

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 LXXXVII • Julio-Agosto 2011 • Núm. 726

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

Don Luis Fernández del Pozo
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores de la
Propiedad y Mercantiles de España

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

Consejeros

- Don Juan Vallet de Goytisolo**
Notario
- Don Aurelio Menéndez Menéndez**
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid
- Don Eugenio Fernández Cabaleiro**
Registrador de la Propiedad y Mercantil
- Don José Antonio Nortes Triviño**
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 CRPME
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN
- 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**
Decano del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles
de España
- Don Luis Fernández del Pozo**
Director del Servicio de Estudios
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

S U M A R I O

Págs.

IN MEMORIAM. Recuerdo del Profesor Juan Luis Iglesias Prada, por
AURELIO MENÉNDEZ.

IN MEMORIAM. Al Profesor don Fernando Sánchez Calero, maestro del
Derecho y maestro de la vida, por MERCEDES VÉRGEZ.

ESTUDIOS

«La reparación de las terrazas de los áticos en el Régimen de Propiedad Horizontal», por JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH	1869
«La sucesión en la empresa familiar», por VANESSA GARCÍA HERRE- RA	1927
«La acumulación en la ejecución sobre bienes hipotecados», por LUIS JIMÉNEZ-ASENJO SOTOMAYOR	1961

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

«Jurisdicción voluntaria y Registro de la Propiedad (Breves conside- raciones sobre el régimen instituido por una reforma frustrada)», por PEDRO M. GARCÍANDÍA GONZÁLEZ y JUAN RAMÓN LIÉBANA ORTIZ	1997

DICTÁMENES Y NOTAS

«Vicisitudes económicas y jurídicas de la dación en pago de activos inmobiliarios como modo de extinción de las deudas pendientes con las entidades financieras», por MARÍA ROSARIO MARTÍN BRI- CEÑO	2025

DERECHO COMPARADO

«Propiciar y facilitar las inscripciones en el Procedimiento Registral peruano», por MAX ADOLFO PANAY CUYA.....	2067
«La libertad de testar en Derecho Comparado», por ALFONSO RENTENRÍA AROCENA.....	2095

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por JUAN JOSÉ JURADO JURADO	2131
Comentarios a las Resoluciones de 30 de octubre y 12 de noviembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado ..	2149

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general:

— «La protección del <i>nasciturus</i> y su proyección en la jurisprudencia civil actual», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE.....	2217

1.2. Derecho de familia:

— «La patria potestad prorrogada o rehabilitada», por ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT	2227
— «Alimentos entre hermanos», por MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE.....	2264

1.3. Derechos reales:

— «La calificación registral de los títulos relativos a bienes inmuebles eclesiásticos», por MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA	2275

1.4. Sucesiones:

— «El contenido de la sustitución pupilar y cuasi pupilar o ejemplar: el patrimonio del menor de catorce años e incapacitados», por MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ	2292

1.5. Obligaciones y contratos:	
— «La transacción y el arbitraje: contratos para evitar o poner término a conflictos ya iniciados», por ROSANA PÉREZ GURREA.....	2310
1.6. Responsabilidad civil:	
— «La objetivación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones: acoso escolar, causa adecuada y daño moral en centros docentes», por MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ y PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ	2331
1.7. Concursal Civil:	
— «El arrendamiento de vivienda. Enervación del desahucio y rehabilitación del contrato al amparo del artículo 70 de la Ley Concursal», por TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS	2348
2. MERCANTIL	
— «Las restricciones a la libre transmisibilidad de acciones en las adquisiciones indirectas», por FRANCISCO REDONDO TRIGO....	2371
3. URBANISMO, coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.	
— «La ausencia de la ocupación directa en la legislación del Estado y sus consecuencias sobre su inscripción en el Registro de la Propiedad», por VICENTE LASO BAEZA	2398

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información legislativa y de actividades	2411

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS:

«El Estatuto de Cataluña. Una meditación sobre España», por JESÚS LÓPEZ MEDEL	2435
«La intervención de las comunicaciones electrónicas», de INMACULADA LÓPEZ-BARAJAS PEREA, por ROSANA PÉREZ GURREA.....	2437

REVISTA DE REVISTAS.....	2445

IN MEMORIAM

RECUERDO DEL PROFESOR JUAN LUIS IGLESIAS PRADA

por

AURELIO MENÉNDEZ
Catedrático de Derecho Mercantil ()*

Se nos ha ido Juan Luis Iglesias, un gran compañero y amigo de todos, con toda su calidad científica, profesional y humana. El pasado domingo, día 15, falleció otro de los grandes mercantilistas españoles, el Profesor Fernando Sánchez Calero. Hemos perdido en muy poco tiempo dos figuras sobresalientes de nuestra disciplina. No será nada fácil suplirlos. Iremos a su recuerdo en los actos académicos oportunos. Ahora me quedo ya con el Profesor Juan Luis Iglesias. En los primeros años de la década de los sesenta del pasado siglo nos encontramos en las aulas de nuestra querida Universidad de Oviedo, él como alumno distinguido de los dos últimos cursos de la Licenciatura en Derecho, y yo continuando mi labor como Catedrático de Derecho Mercantil, iniciada en la Universidad de Santiago de Compostela y seguida de otra estancia en la Universidad de Salamanca. Enseguida que le conocí percibí que tanto por su calidad intelectual, como por su talante humano, la Universidad tenía que ser nuestra «casa común» y allí se inició una relación de magisterio, y pronto una relación de amistad que terminó por consolidarse como una providencial unidad de pensamiento y acción en la Universidad, la profesión y la familia. En cierto modo, por eso se me hace tan difícil hablar de JUAN LUIS IGLESIAS PRADA; sencillamente porque su vida es una buena parte de mi vida. Aquí no es que «los árboles no dejen ver el bosque»; lo que sucede aquí es que «el bosque no deja ver los árboles». Juan Luis no me deja ver, como algo individualizado y autónomo, los muchos acontecimientos de su vida de profesor y abogado.

Echo la mirada hacia atrás y veo muchos años, casi cincuenta, en los que no solo hemos compartido una experiencia universitaria y una profesión de abogado sino, sobre todo, una amistad, en definitiva, toda una vida. Con su dedicación plena al Derecho y, especialmente a esta casa, será extremadamente difícil rellenar el vacío que nos ha dejado.

(*) Texto de las palabras leídas por el autor en el Acto Académico celebrado el día 18 de mayo de 2011 en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, en recuerdo del Profesor y Maestro Juan Luis Iglesias Prada, miembro del Consejo de Redacción de esta Revista.

Tendré que hacer una semblanza sobre su vida y la mía. Pero ahora debo decir que su saber, su bondad, su generosidad, su talento, su capacidad de trabajo, su comunicación con los demás, su sencillez y su sentido común explican la frecuencia con que fue llamado a los más variados menesteres, todo alrededor de estas tres grandes actividades: su alta condición de Catedrático de Derecho Mercantil y maestro, su excelente ejercicio de la abogacía en el Despacho URÍA MENÉNDEZ y en cualquiera de las ocupaciones propias de un gran abogado plenamente identificado con el bufete, y su sobresaliente actividad social como Secretario General de la Fundación Príncipe de Asturias.

En cuanto a su condición de Catedrático de Derecho Mercantil recordaré, por ser un hecho poco conocido de sus años más jóvenes, la fuerte incitación de una temprana vocación musical. Pocos saben, en efecto, que el Profesor Juan Luis IGLESIAS había estudiado la carrera de piano, armonía y composición, y seguido los estudios de Dirección de orquesta. ¿Música o Derecho? Digamos que la música enriqueció notoriamente su personalidad y siguió siendo el gran «hobby» de su vida. No es menos cierto que su encuentro personal, su encuentro definitivo, un encuentro en el que tanto ha brillado y del que nunca se arrepintió fue el Derecho, el cultivo y la enseñanza de la ciencia jurídica.

Lo cierto es, en efecto, que tras una primera experiencia de trabajo oculto y silencioso en el Departamento de Derecho Mercantil del Instituto de Estudios Jurídicos de Oviedo culminó la colaboración de su tesis doctoral sobre la «Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima», tesis que le valió la calificación de Premio Extraordinario del Doctorado, tesis publicada con gran éxito y muy pronto agotada, tesis, que le acreditó por sí sola como uno de los mejores mercantilistas de aquellas generaciones más jóvenes en la moderna Escuela española de la disciplina, y tesis, en fin, con las virtudes que brillarán posteriormente en su condición de investigador del Derecho. No es posible descender a su obra escrita. Me limitaré a decir que en más de sesenta trabajos sobresalientes que escribió no hay sector de nuestra disciplina que no cuente con alguna publicación suya especialmente significativa. Se puede afirmar, sin falsas exageraciones, que todas sus publicaciones responden a las exigencias más rigurosas de la investigación jurídica, y que será necesario contar con todas y cada una de ellas para cualquier elaboración posterior de las instituciones estudiadas.

Sería necesario examinar todos sus artículos, colaboraciones en obras generales, libros-homenaje, comentarios de legislación y jurisprudencia, participación en diccionarios jurídicos, etc., para tener un conocimiento más exacto de lo que ha sido la contribución del Profesor IGLESIAS al desarrollo de nuestra disciplina. Más aún si pensamos que siempre estuvo abierto a las novedades más significativas de la teoría y la práctica de los saberes más modernos.

En su casi totalidad, esa obra se realizó en la Universidad a partir de los últimos años sesenta en que concluyó su Doctorado en Oviedo, para continuar

muy pronto, en 1969, su labor científica y docente en la Facultad de Ciencias Económicas y en esta Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma. Por ahí va toda su carrera profesoral. La empezó como Profesor Ayudante y Profesor Adjunto en Oviedo, la continuó como Profesor Agregado de esta Universidad, hasta acceder en 1976 a la Cátedra de Derecho Mercantil de la Universidad de Málaga y, más tarde, por concurso de traslado, a una de las Cátedras de Derecho Mercantil de esta Facultad.

Años antes, en 1970, los dos, él en calidad de Secretario y yo como Decano, al lado de Marisa APARICIO como secretaria administrativa, participamos en la puesta en marcha de esta Facultad de Derecho. Recordamos siempre la gran ilusión y el mucho esfuerzo que pusimos para hacer una Facultad de Derecho del más alto nivel. No llegamos tan arriba, pero entonces nació esta institución que nos llenó de orgullo. No quiero hacer un elogio de la condición de profesor de Juan Luis; si alguien tiene curiosidad por este dato, cualquiera de los miles de discípulos que han tenido la suerte de pasar por su Cátedra —hoy situados en el ejercicio de las más diversas profesiones jurídicas— puede dar testimonio de su calidad como docente y su calidad humana, esa suma de calidades que son la clave del más elevado magisterio.

Pero el Profesor IGLESIAS también vivió el Derecho en su fase de elaboración y en el ámbito de su aplicación a la realidad social. Recordaré que fue Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación y, como miembro de su Sección de Derecho Mercantil, no solo colaboró en todos los trabajos prelegislativos de Derecho Mercantil realizados por la Sección en las últimas décadas, sino que a él correspondió, en buena medida, la preparación del Anteproyecto de Ley sobre «el contrato de agencia», y como Presidente de la Ponencia la redacción del Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, convertido más tarde en la importante Ley de 23 de marzo de 1995, ahora sustituida por la Ley de Sociedades de Capital, de 2 de julio de 2010. A ello hay que añadir su sobresaliente colaboración en el Anteproyecto de Ley Concursal de 9 de julio de 2003, colaboración justamente elogiada por el Presidente de la Comisión redactora, el Profesor OLIVENCIA, y su condición de miembro de la Comisión Redactora del Reglamento del Registro Mercantil de 1989, el Anteproyecto de Reglamento del Registro Mercantil de 1995 y, sobre todo, la singular importancia de su labor en los trabajos que ha venido realizando la Sección de Derecho Mercantil, bajo la Presidencia del Profesor Alberto BERCOVITZ, para la preparación de un Código Mercantil que venga a sustituir al vigente y envejecido Código de Comercio.

No me queda tiempo para hablar de lo que ha supuesto su extraordinario trabajo como Director Adjunto de nuestra Revista de Derecho Mercantil, o como Director de la Revista «Actualidad Jurídica Uría Menéndez» o como Director de la colección «Estudios de Derecho Mercantil», publicada por la Editorial

Civitas. Como antes dejé dicho, su saber, su sencillez, sus virtudes humanas y su generosidad explican la frecuencia con que fue llamado a los más variados menesteres. No puedo aludir a ellos pero algo diré, al menos, de su actividad profesional como Abogado en ejercicio y de su actividad social como Secretario General de la Fundación Príncipe de Asturias.

En cuanto al ejercicio de la Abogacía, ¡cuántas veces hablamos del tema Abogacía y Universidad! Alguna vez soñamos con la posibilidad de ejercer en la Universidad una actividad más propia del Doctorado o del jurista especializado (dictámenes, arbitraje, etc.) que del Abogado como profesional defensor del cliente. Al final, ingresado en la Cátedra de Madrid entró en calidad de socio en el Despacho URÍA MENÉNDEZ donde acabó ocupando la Secretaría del Consejo de Administración y en sus varias funciones acabó convirtiéndose —como se ha podido decir— en *alma mater* del despacho, amigo entrañable, compañero leal, referente de jóvenes abogados, compañero infatigable para todo y para todos. Por eso no ha de sorprender que fuera llamado por unos y otros para entrar a formar parte de una nueva categoría de socios, los llamados «socios fundadores electos», con la que el Despacho quiso premiar a quien tanto se sintió identificado con él.

Y en cuanto a su condición de Secretario General de la Fundación Príncipe de Asturias, a la que accedió en el año 2004, me limitaré a recoger dos testimonios de sus Directores: el de Graciano GARCÍA, ahora Director Emérito de la Fundación, para quien «la grandeza de Juan Luis radica en su humildad, en su inteligencia, en su bonhomía, en su decisión intuitiva para situarse en un segundo plano de los múltiples escenarios en que fue actor principal voluntariamente disfrazado de secundario». Y el testimonio de la Directora actual, Teresa SANJURJO, para quien con la pérdida de Juan Luis, nos ha dejado «una persona inteligente y muy trabajadora que, desde su sólida formación de jurista y su profundo compromiso con los más nobles valores, vivía con ilusión los trabajos de la Fundación». Para cerrar esta idea no puedo dejar de aludir a la simpatía que siempre sintieron hacia él los Príncipes de Asturias, que en la carta de condolencia a su familia destacaron de Juan Luis IGLESIAS «su amistad, lealtad, trayectoria y valía personal».

Una personalidad tan rica y tan cabal como fue la suya, estuvo sometida, lógicamente, a una solicitud de colaboración permanente y contó, como es natural, con un reconocimiento general propio de una persona de gran valía. Como premio a tanta generosidad y tanto esfuerzo mereció múltiples distinciones. Algunas de ellas han quedado referidas o aludidas anteriormente. Pero no puedo dejar de añadir ahora las siguientes: Manzana de Oro del Centro Asturiano de Madrid, Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Académico de número de la Academia Asturiana de Jurisprudencia, Gran Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort y la gran condecoración francesa de Caballero de la Orden Nacional de la Legión de Honor.

No quiero dejar de referirme también a la «asturianía» del Profesor IGLESIAS. Asturiano de todas las Asturias: *a)* De Sama de Langreo, donde nació en 1941, donde vivió su infancia y su juventud y donde, como muestra sobresaliente de su sensibilidad social, impulsó la creación de un colegio de educación especial para niños y jóvenes con discapacidad intelectual; el colegio, que lleva su nombre, inició su actividad en 1982 y contó siempre con el apoyo y la comunicación constante del reconocido «langreanismo» de Juan Luis IGLESIAS. *b)* De Gijón, que gozó siempre de su simpatía, sin negar en ningún momento su preferencia deportiva por el Sporting. *c)* De Oviedo, donde tenía la mayor parte de sus amigos asturianos y donde adquirió un piso en la calle URÍA para atender a sus desplazamientos a Asturias. *d)* De Tapia de Casariego, con su casita soñada y donde vivió con mucha alegría, mucho yantar y mucha paz su descanso veraniego en los inolvidables meses de agosto. Fue siempre un asturiano pleno, muy ajeno a cualquier localismo que sobrepasara el sentido del humor asturiano; un asturiano pleno, dotado de las mejores virtudes de los asturianos de valía.

Pero mi recuerdo principal está ahora en la intimidad y condolencia con su familia: su gran mujer Carucha y la excelente familia que formaron con su hijo Juanín y su hija, mi ahijada Carmen, sus hijos políticos Carmen y Rubén y sus dos nietecitas, a las que tanto alabó siempre con su palabra y sus gestos.

Ahora me vuelven al recuerdo también unas palabras que oí por primera vez a Pedro Laín: «No es buen maestro quien llegado a una cierta edad no sabe ser discípulo de sus discípulos». Hace ya algún tiempo, JUAN LUIS, que soy discípulo tuyo y lo seguiré siendo. ¡Gracias, Juan Luis, por todo lo que me enseñaste del Derecho y de la vida! ¡Gracias, Juan Luis, por tu amistad y que Dios te premie todo lo que has hecho en tu vida ejemplar!

IN MEMORIAM

AL PROFESOR DON FERNANDO SÁNCHEZ CALERO,
MAESTRO DEL DERECHO Y MAESTRO DE LA VIDA

por

MERCEDES VÉRGEZ
Catedrática de Derecho Mercantil

Los mercantilistas españoles estábamos todavía sobrecogidos por la desaparición del Profesor Iglesias cuando hemos tenido que afrontar la del Profesor Sánchez Calero, porque, sobre todo para quienes en los últimos tiempos hemos trabajado intensamente a su lado, bajo su dirección, el silencio de sus opiniones y de sus consejos suponen ya un vacío irreparable. Pero la desaparición del Profesor Sánchez Calero lo que no va a impedir, de ninguna manera, es la presencia de sus planteamientos y de sus criterios en la ciencia del Derecho Mercantil moderno. Su magisterio personal y toda su obra escrita representan una de las contribuciones más importantes al Derecho Mercantil actual.

Maestro directo de muchas generaciones de estudiantes, en las Universidades en las que ejerció su magisterio como Catedrático de Derecho Mercantil, lo ha sido también a través de sus textos escritos; las «Instituciones de Derecho Mercantil» y también los «Principios de Derecho Mercantil», con su exquisita claridad, su grado de elaboración y su cuidada información, han contribuido a la formación de un gran número de jóvenes juristas españoles. Su obra investigadora le ha convertido en un referente imprescindible en los sectores más importantes del Derecho Mercantil, y su participación como vocal permanente de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación en uno de los autores más destacados del ordenamiento mercantil vigente. Con la generosidad que siempre le caracterizó, el Profesor Sánchez Calero, participó también como ponente en las tareas prelegislativas de algunos países hispanoamericanos, a los que amplió su magisterio como Director de tesis doctorales de alumnos de estos países.

No es posible y no creo que sea oportuno hacer aquí una detallada exposición de toda la obra del Profesor Sánchez Calero, pero es absolutamente necesario resaltar que el vigente Derecho de sociedades español —incluidas las sociedades que hoy se denominan de economía social— cuenta con su imprescindible participación en la elaboración de las leyes vigentes, y no se concibe sin la aportación de sus libros sobre la materia, su valoración de los textos legales, su análisis de la jurisprudencia, el estudio de sus problemas y sus soluciones; las siempre claras y atinadas soluciones del Profesor Sánchez Calero. Como es preciso decir,

asimismo, que el Derecho de seguros español está, en gran medida, vinculado a la obra del Profesor Sánchez Calero. Su permanencia en la presidencia de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros le convirtió, además, en un embajador especial de la doctrina española de seguros en relación con la de otros países. La ley vigente de contrato de seguro y el actual Anteproyecto de reforma de dicha ley llevan el sello de su trabajo y de sus conocimientos. Sus estudios sobre el Derecho de seguros representan los criterios de máxima autoridad sobre la materia. También, especialmente, los sectores del Derecho bancario y bursátil, él fue el creador de la Revista española que lleva ese nombre, y del Derecho marítimo, se han visto enriquecidos con sus trabajos y con su dedicación a esas materias.

El Profesor Sánchez Calero, que fue también Académico de Número de la Real Academia Española de Jurisprudencia y Legislación, combinó, como abogado de gran prestigio, la rigurosa elaboración científica y la aplicación práctica del Derecho Mercantil, con la sabiduría con la que solo los grandes maestros saben hacerlo. Su legado tiene la profundidad de la cuidada elaboración jurídica y la sabia viva de la perspectiva práctica.

Pero el Profesor Sánchez Calero no es solo un maestro del Derecho, ha sido también un maestro de la vida. Las distintas circunstancias que proporciona la vida académica me han otorgado el privilegio de estar a su lado en muchos momentos, en los que he podido apreciar su grandeza personal y su llaneza; como las sencillas grandes personas que junto a su saber irradian la profundidad de sus sentimientos, y ponen de manifiesto la existencia de una vida colmada por el trabajo, pero plena en el ámbito personal y en el familiar. Por razones personales muy peculiares me he sentido especialmente cerca de él en los últimos tiempos, en los que he podido apreciar su fina sensibilidad y su capacidad para acercarse al dolor y a las limitaciones, no digo los suyos propios, porque si los tuvo no los manifestó nunca, trabajador incansable hasta el último momento, sino de las personas que estaban próximas a él, por supuesto de sus familiares, pero también de extraños. He tenido la suerte de comprobar la profundidad de sus vivencias y de sus creencias, su sencilla fidelidad a sus principios, los que, como él decía, le inculcaron sus padres y desarrolló en su propia familia, y sobre todo he podido apreciar también su serena y racional manera de afrontar los aspectos trascendentales a los que aboca el final de esta vida.

Querido Profesor Sánchez Calero, querido Fernando, como dice M.^a Ángeles, tu mujer, se nos ha hecho muy corto el tiempo que has estado entre nosotros.

ESTUDIOS

La reparación de las terrazas de los áticos en el Régimen de Propiedad Horizontal

por

JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Alicante

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: ACTUALIDAD DEL PROBLEMA.
- II. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: TERRAZA COMO ELEMENTO COMÚN DE USO EXCLUSIVO DEL PROPIETARIO DEL ÁTICO.
- III. NATURALEZA DE LAS REPARACIONES Y CRITERIOS DE REPARTO DE LOS GASTOS:
 1. ORIENTACIÓN DE ESTUDIO.
 2. PREVISIONES ESPECÍFICAS.
 3. OBRAS QUE ASUME LA COMUNIDAD.
 4. OBRAS QUE ASUME EL PROPIETARIO.
 5. CONDENA DE LA COMUNIDAD Y DEL PROPIETARIO.
 6. DESPERFECTOS CAUSADOS POR DEFECTOS DE CONSTRUCCIÓN.
 7. OBSERVACIONES CRÍTICAS. EL ENFOQUE ARQUITECTÓNICO DEL PROBLEMA.
 8. REGULACIÓN EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN.
- IV. REPARACIÓN POR EL PROPIETARIO EN SUSTITUCIÓN DE LA PROPIA COMUNIDAD.
- V. PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN.
- VI. ACCESO A LA TERRAZA PARA PROCEDER A LA REPARACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN: ACTUALIDAD DEL PROBLEMA

No ofrece duda que uno de los problemas que con frecuencia se plantea en el régimen de propiedad horizontal es el referido a las reparaciones de la terraza del ático (1). Se trata de un elemento que sirve de protección frente a las inclemencias del tiempo y por ello mismo se encuentra expuesto a los efectos que produzcan los fenómenos atmosféricos. Las humedades y filtraciones, por citar dos casos de los más habituales, hacen necesarias determinadas obras de reparación; surgen dudas sobre si procede un arreglo puntual de la tela asfáltica o el pavimento, o si debe procederse a su sustitución al haberse cumplido su periodo de servicio útil, y surgen también disparidad de opiniones en el seno de la comunidad acerca del responsable de llevar a cabo la reparación, que unos ven en la comunidad y otros en quien tiene el uso exclusivo de la terraza (2). Esta es una de las múltiples cuestiones que se discuten en las juntas de las comunidades de vecinos (3), además de ser una de las más polémicas: por un lado, el propietario tiene el uso exclusivo de una terraza, pero, por otro, esta forma parte de los elementos comunes (4).

En concreto, nos interesan las reparaciones que afectan a la terraza cuyo uso exclusivo ha sido atribuido al titular del ático (5). Los tipos posibles de

(1) Así lo señaló, hace varias décadas, VENTURA-TRAVERSET Y GONZÁLEZ, A., «Consideración jurídica de las terrazas ante la Ley de Propiedad Horizontal», en *RJC*, 1964, pág. 147.

Más en general, sobre la abundante litigiosidad de las terrazas en el ámbito de la Propiedad Horizontal, puede verse ÁLVAREZ SÁNCHEZ, J. I., «Las terrazas», en *Sepin*, septiembre de 2005, núm. 261, PH, pág. 14 y sigs.

(2) Todo ello, claro está, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan haber incurrido los diferentes agentes que intervinieron en la construcción del inmueble o la de quienes hicieron reparaciones en estos elementos tras haber finalizado la construcción.

(3) Como dice MARTORELL ZULUETA, P., en CARUANA FONT DE MORA, G. / MARTORELL ZULUETA, P., *Daños por incendios y filtraciones de agua: criterios judiciales*, Valencia, 2008, pág. 175, son probablemente estos supuestos los que suscitan en la práctica mayores situaciones de conflicto a la hora de determinar quién debe soportar la consecuencia de la filtración que se produce en el elemento inferior.

(4) El supuesto es descrito por PONS GONZÁLEZ, M. / DEL ARCO TORRES, M. A., *Régimen jurídico de la propiedad horizontal (Doctrina científica y jurisprudencia. Legislación. Formularios)*, Granada, 2007, pág. 93, en los siguientes términos: «Las llamadas “terrazas a nivel” —destinadas al uso exclusivo de alguno o algunos titulares— son cubiertas de parte del edificio, realizando una clara función estructural en beneficio común. Aunque el suelo de dichas terrazas es exclusivamente utilizado por el dueño del ático, sirve a la vez de techo de otro piso inferior, constituyendo, por tanto, parte de la cubierta del inmueble».

(5) Los casos más frecuentes son los de los áticos, pero no hay que descartar que el mismo problema pueda plantearse en pisos inferiores. Así ocurre en las SSAP de Alicante, de 8 de marzo de 1999 (*EDJ* 1999/10922), y Burgos, de 18 de octubre de 2002 (*Act.civ.* 2002/261); la terraza que producía filtraciones estaba situada en la primera planta y servía

reparaciones y la forma de proceder al pago de los gastos que las mismas originan constituyen la finalidad de este trabajo (6). El supuesto típico es el del propietario que sufre en su vivienda daños y perjuicios a causa del estado de la terraza que se encuentra situada encima de su piso y duda entre demandar a la comunidad de propietarios o al titular del ático. Resulta muy problemático lo relativo a la reparación de estas terrazas que compatibilizan su carácter común con un uso privativo. No siempre es fácil determinar la naturaleza del deterioro y establecer su causa, y precisamente de ello depende que la reparación sea pagada por la comunidad de propietarios o por el propietario que usa la terraza de un modo particular.

II. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO: TERRAZA COMO ELEMENTO COMÚN DE USO EXCLUSIVO DEL PROPIETARIO DEL ÁTICO

Antes de determinar a quien corresponde la reparación, conviene analizar si la terraza es elemento común, elemento privativo (en cuyo caso, pertenece únicamente a un propietario) o elemento común cuyo uso privativo se atribuye a

de cubierta de los bajos comerciales y, aun cuando sea de uso exclusivo del propietario de la primera planta, la terraza es un elemento común y su reparación corresponde a la comunidad en determinadas circunstancias y casos, como más adelante veremos. Vid. también la SAP de Asturias, de 1 de julio de 2004 (*JUR* 2004/225961), conforme a la cual «se puede afirmar sin duda alguna que la terraza-cubierta de la primera planta y la del ático participan de la misma naturaleza, ya que ambas constituyen una terraza a nivel del piso o ático respectivo, sirven además de cubierta a los pisos inferiores...», y la SAP de La Rioja, de 24 de octubre de 2007 (*AC* 2007/225), que aplica «la doctrina jurisprudencial que señala que las denominadas terrazas a nivel y que sirven de cubierta total o parcial a los pisos verticalmente inferiores, como ocurre en este caso respecto a los locales sitos en la planta baja, se equiparán a las cubiertas y son elementos comunes por naturaleza».

En el caso del ático, la situación puede plantearse tanto si la terraza está al mismo nivel, como si está situada encima del piso, como ocurre en la SAP de Barcelona, de 29 de octubre de 2003 (*JUR* 2003/260083). También lo admite la doctrina, y así VENTURA-TRAVERSET Y GONZÁLEZ, A., *Derecho de la propiedad horizontal*, edición revisada y puesta al día por VENTURA-TRAVERSET HERNÁNDEZ, A., Barcelona, 1992, pág. 124, nota 197: «El concepto más claro de terraza a nivel es aquella que constituye una prolongación del piso, a su mismo nivel y cuyo único acceso es a través del mismo, pero también pueden comprenderse, dentro de esta expresión, aquellas terrazas que estando a un nivel distinto solo son accesibles a través de un departamento privativo (terrados en la cubierta del edificio, con un único acceso a través de la vivienda en planta inferior)».

(6) Debemos matizar las conclusiones a las que vamos a llegar en este trabajo en el sentido siguiente: sin conocer las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, no se pueden hacer afirmaciones rotundas. Por tanto, intentaremos sentar unas pautas o criterios que permitan resolver las dudas que presentan los casos reales.

un propietario (7). Este último caso suele ser el más frecuente (8) y se da cuando el acceso a la terraza solo puede hacerse a través de la vivienda de uno de los propietarios, que es quien tiene asignado de manera exclusiva su uso y disfrute.

La titularidad de la terraza suele ser objeto de discusión en este tipo de pleitos (9), y por ello vamos a hacer referencia a la calificación y utilización de la terraza, distinguiendo cuándo puede considerarse como elemento común, privativo o común con uso exclusivo (10). Las tres posibilidades se resumen de manera clara en la SAP de Asturias de 1 de julio de 2004 (11): «La dificultad

(7) Para LÓPEZ FRÍAS, M. J., «La problemática de las terrazas a nivel en los áticos», en *Act.Civ.*, 1996, núm. 26, pág. 632: «En realidad, cuando surge el problema de la naturaleza común o privativa de los elementos que analizamos es porque existe la necesidad de una inversión para reparaciones de elementos del edificio que difícilmente se quiere abonar por parte de los copropietarios del edificio. Por ello, no son pocos los disgustos sufridos por los presidentes y los administradores de fincas en orden a conseguir las partidas necesarias para atender a tan importantes y normalmente elevados gastos, ya que los propietarios de pisos bajos no encuentran la necesidad de contribuir a reparar algo que “en principio” ellos no disfrutan y cuyo uso lo detenta únicamente el propietario del edificio».

(8) Al respecto, CAÑIZARES LASO, A., *La propiedad horizontal en el Código Civil*, Madrid, 2009, pág. 143.

(9) Así lo demuestran los casos decididos por aquellas sentencias en las que se impugna el acuerdo comunitario de reparar las terrazas, por considerar al comunero discrepante que las terrazas son privativas y no comunes.

Para determinar la naturaleza común o privativa de las terrazas de los áticos, se tendrá en cuenta, en primer lugar, lo que dispone el título constitutivo del régimen o los estatutos. Y, en segundo lugar, si nada se afirma en estos documentos sobre su naturaleza, operará la presunción del carácter común formulada por la jurisprudencia.

(10) Tenemos que partir del hecho, admitido por la jurisprudencia, de que «la terraza general o cubierta de un inmueble está configurada como un elemento común del mismo, como así se infiere del artículo 396 del Código Civil, pero no es menos indudable que no representa un elemento común de naturaleza esencial...»: STS (Sala 1.ª) de 8 de octubre de 1999 (RAJ 1999/7319).

(11) JUR 2004/225961.

También puede verse la SAP de Asturias, de 12 de diciembre de 2005 (JUR 2006/106744): «Las denominadas “terrazas a nivel” (el mismo nivel que el piso primitivo constituye cubierta de nivel inferior) han venido siendo considerados elementos comunes por destino (no por naturaleza) y por tanto posibles de desafectación y de su atribución en propiedad exclusiva al comunero propietario del elemento independiente o bien mediante la concesión a esta de su exclusivo uso».

En cambio, la SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 20 de octubre de 1993 (AC 1993/2062) parece admitir solamente dos posibilidades (elemento común y elemento común de uso exclusivo de un propietario), pues dice que «cuando un edificio se halla dividido en régimen de propiedad horizontal se distinguen en el mismo las partes privativas de cada propietario, constituidas por los espacios susceptibles de aprovechamiento independiente atribuidos a cada uno con carácter exclusivo, de las partes comunes, necesarias para el adecuado uso y disfrute de las mismas, cuya propiedad se adscribe, como anejo inseparable, a la de aquellas —arts. 396 del CC y 3 de la Ley de 21-7-1960— pudiendo distinguirse dentro de estas las que son comunes por naturaleza, que tendrán siempre esa condición, sin que puedan perderla por decisión o acuerdo alguno, entre las que se encuentran las anunciadas por el artículo citado del Código Civil, y las que lo son por destino o adscripción voluntaria al servicio

surge por el hecho de que determinados elementos comunes (que la misma Jurisprudencia y la Doctrina denominan como “comunes por destino”), además de cumplir su verdadera finalidad, como en este caso servir como tejado o cubierta de los pisos inferiores, pueden prestar un uso complementario para satisfacer fines estrictamente privados de un concreto o concretos titulares individuales. Es el caso de las llamadas “terrazza-cubierta” del edificio o “terrazas a nivel”. En principio se trata de elementos comunes, en cuanto sirven al interés común o general de la totalidad de los diferentes propietarios, pero nada impide que el propio título constitutivo, o la posterior voluntad unánime de aquellos, puedan destinarlos al uso exclusivo de alguno o algunos propietarios individuales (sentencias del TS de 20-3-70, 22-12-78, 17-2-93, etc.), pues tal cosa no va contra ninguna norma imperativa que lo prohíba. Incluso nada impide, igualmente, que dichas terrazas a nivel puedan tener el concepto de elemento privativo, siempre que así se deduzca sin género de duda de los títulos de constitución de la propiedad horizontal y de adquisición, como también lo admitió el TS en sus sentencias de 9-1 y 25-5-84, 3-7-89, 23-2-93, entre otras, pues en otro caso su naturaleza y destino o uso común se impondrá».

La jurisprudencia ofrece esta variedad de situaciones, que derivan de lo que las propias sentencias denominan «la maleabilidad del carácter comunal o privativo de las terrazas de uso exclusivo» (12).

común de todos o algunos de los elementos privativos, que pueden perder ese carácter si así se acuerda válidamente; encontrándose indudablemente entre las primeras la cubierta del edificio, sin la cual no se concibe la posibilidad de que existan siquiera partes privativas; pero este carácter naturalmente común resulta compatible con el hecho de que si reviste la forma de azotea y está construida adecuadamente pueda prestar un uso complementario, distinto de su finalidad principal de cubrir la edificación, como puede ser servir para tender ropa a secar, para solarío o para otros fines domésticos que no impidan el principal, no existiendo obstáculo para que ese uso sea atribuido exclusivamente a alguno o algunos de los propietarios de espacios privativos».

(12) Lo cual se explica si tenemos en cuenta que el artículo 396 del Código Civil, que enumera los elementos comunes, no es una norma imperativa, sino dispositiva. Por ello, no han de ser ineludiblemente comunes todos los elementos y servicios descritos en el precepto. Entre otras, pueden verse las SSTS (Sala 1.ª) de 23 de mayo de 1984 (*RAJ* 1984/2544), 15 de marzo de 1985 (*RAJ* 1985/1168), y 5 de mayo de 2000 (*RAJ* 2000/3990), y las SSAP de Girona, de 2 de octubre de 1998 (*AC* 1998/1807); Alicante, de 8 de marzo de 1999 (*EDJ* 1999/10922); La Coruña, de 30 de septiembre de 1999 (*EDJ* 1999/46397), y Barcelona, de 11 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/148530).

El planteamiento de la SAP de Ourense, de 30 de abril de 2002 (*JUR* 2002/157198) es el siguiente: «La controvertida naturaleza común o privativa de las denominadas “terrazas a nivel”, cual es el caso que nos ocupa, debe desvelarse atendiendo a las normas generales de la comunidad, en este caso (art. 396 CC) y después a la Ley de Propiedad Horizontal y la interpretación jurisprudencial acerca de cuáles son los elementos comunes esenciales y cuáles los susceptibles de privacidad por voluntad expresa de sus titulares. En la actualidad, nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones a favor de la maleabilidad del carácter comunal o privativo de las terrazas de uso exclusivo individual, a pesar de ejercer conjuntamente la función de tejado o cubierta para el conjunto de la edificación (vid. SSTS

La STS (Sala 1.^a) de 23 de febrero de 1993 (13) no aprecia que la terraza litigiosa tenga carácter común y la considera elemento privativo del piso al que se halla vinculada y a cuyo cargo corre el pago de los gastos de mantenimiento de la misma; «la terraza litigiosa —dice el Tribunal Supremo— no constituye en modo alguno un elemento que por la propia naturaleza de las cosas deba ser siempre común de tal manera que en todo caso es necesario para el uso y disfrute de los diferentes pisos; puede tener naturaleza privativa si así se ha determinado en el título constitutivo de la propiedad horizontal» (14). También se califica la

de 20-3-1970, 22-12-1978, 15-3-1985, 27-2-1987, cubierta de todo o parte del inmueble, tienen, en principio, la conceptualización legal de elementos comunes del edificio, pues así lo establece el artículo 396 del Código Civil, al mencionar entre ellos a las cubiertas, si bien la enumeración que el precepto hace de los elementos comunes es de derecho dispositivo, lo que permite que, bien en el originario título constitutivo de la propiedad horizontal, o bien por acuerdo posterior de la junta de propietarios adoptado de manera unánime (art. 16.1 LPH), pueda atribuirse el carácter privativo a ciertos elementos comunes que no sean los esenciales (suelo, cimentaciones, escaleras comunes, ascensor...), sino aquellos elementos, que son comunes en función de su destino o accesoriadad “como los patios inferiores y las terrazas a nivel o cubiertas”».

Distinguen MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M. / CUEVAS CASTAÑO, J., *Código de Propiedad Horizontal (Comentarios y Formularios)*, t. I, Madrid, 1997, pág. 172 y sigs., entre «reserva» y «desafectación», basándose en un aspecto de carácter temporal. El hecho de reservar la titularidad de un elemento común solamente se puede realizar en el título constitutivo, mientras que la «desafectación», que consiste en cambiar el carácter del bien en cuestión (que pasa de común a privativo), se realiza después de constituido el régimen de propiedad horizontal y a virtud de acuerdo unánime de los propietarios del edificio.

(13) RAJ 1993/1223.

También se califica como privativa en la STS (Sala 1.^a), de 10 de mayo de 1993 (RAJ 1993/3529), la terraza en litigio que forma parte integrante del ático de los demandados al que tienen acceso directo y único. La parte demandante era la comunidad, que solicitaba la demolición de unas obras de ampliación que se habían efectuado en la terraza; la demanda fue desestimada, al considerarse, en todas las instancias, que la terraza era elemento privativo.

(14) Curiosamente, en el caso de autos, «tal título no existe de forma específica ... porque el propietario del edificio se ha limitado a otorgar simplemente escritura de obra nueva en 23-11-1961, que modifica otra anterior de 24-12-1959, y a ir vendiendo cada piso y su bajo comercial a diferentes personas, segregando registralmente de dicho edificio los mismos para constituir fincas independientes. En las escrituras de venta se describe el objeto vendido con referencia al edificio y se señala su cuota en relación con este, pero en ellas tampoco se realiza una enumeración de los elementos comunes. Así las cosas, y por haberse operado registralmente de una manera tan atípica, es necesario examinar las escrituras de venta y sus inscripciones registrales para determinar a qué abarca la propiedad privativa de los diferentes titulares, siendo lo demás del edificio en este caso elemento común. De este examen resulta que la terraza Norte es propiedad privativa del titular del piso 2.º, al que otras veces se le denomina planta inferior, puesto que en la escritura pública de compraventa del mismo, de fecha 24-11-1961, se transmite al adquirente, de quienes hemos dicho traen causa a través de sucesivas transmisiones los recurrentes, dicho piso y el derecho de vuelo o de edificar en la terraza Norte, siendo de su cargo los gastos que origine su mantenimiento. Hasta tal punto es así, que la propiedad del piso tan aludido es la que ha hecho frente al pago de cuantos gastos ha originado la propiedad de tal terraza, no los demás vecinos, e incluso a los daños que por causa de la misma se produjeron en el local comercial respecto del cual es techo».

terrazza como privativa en las SSAP de Las Palmas, de 16 de marzo de 2000 (15); Málaga, de 4 de junio de 1997 (16); Guipúzcoa, de 29 de enero de 1998 (17); Soria, de 12 de enero de 2002 (18); Ourense, de 30 de abril de 2002 (19); Asturias,

(15) RGD 2001, pág. 1572 y sigs.

(16) AC 1997/1289: «...la desafección de la cualidad de elemento común no necesariamente debe realizarse por acuerdo unánime de los comuneros, ya que, como se dijo, cabe también la posibilidad de que así conste en el título constitutivo en cuestión y esto es precisamente lo que acontece en el supuesto de autos, por cuanto que en la inscripción registral de la finca número 16.887 recoge a la “terrazza” como parte privativa integrada en la vivienda Letra B de la planta primera del edificio en construcción —inscripción en la escritura de división horizontal—, quedando a mayor abundamiento acreditado en las actuaciones cuando el perito designado por las partes para determinar el origen de los datos producidos expresó su extrañeza de que la medición que efectuara no se correspondía con la nota simple del Registro de la Propiedad que se le había facilitado, lo cual encuentra su explicación lógica, como certeramente recoge la sentencia recurrida, en el hecho de que en la inscripción registral figura modificación —inscripción 3.ª— sobre la superficie construida de la referida vivienda, incluyendo en la misma a la “terrazza”, de lo que se infiere la carencia de esta de la cualidad de elemento común y, subsiguientemente, la no obligación de responder por parte de la Comunidad de propietarios de los “presuntos” daños que por filtraciones de aguas se producen desde la misma hasta el local propiedad de la demandante...».

(17) AC 1998/4187.

(18) JUR 2002/71362: «...no es posible afirmar, a la vista del acervo probatorio obrante en autos, que la terraza a la que se accede desde la vivienda del piso 1.º derecha del inmueble del número 11 de la calle Navas de Tolosa (construida por el señor G. L. con la autorización de la comunidad de propietarios) sea elemento común en el régimen de propiedad horizontal, y en este sentido ha de resaltarse que entre los elementos comunes enumerados a título ejemplificativo en el artículo 396 del Código Civil (suelo, vuelo, cimentaciones, pasos, muros, patios, escaleras, corredores, cubiertas, canalizaciones, etc.) no se incluyen las terrazas de los diversos locales o viviendas susceptibles de aprovechamiento independiente. Esta conclusión se ve corroborada por el hecho de que la terraza fuese construida en su día a expensas únicamente de los propietarios de las viviendas beneficiadas, tal como se recoge expresamente en el documento privado suscrito por dichos propietarios en su día... y así consta en dicho documento privado que los propietarios de las viviendas del piso primero —entre ellos don Victoriano G. L., causante a título particular de los hoy demandados— asumieron la responsabilidad por los perjuicios que la construcción de las terrazas pudiese provocar en el edificio en régimen de responsabilidad horizontal».

(19) JUR 2002/157198: «En el presente supuesto, y si bien, en principio la presunción sería de elemento común, conforme antes se ha expuesto, asiste la razón al Juzgador a quo cuando califica de privativa tal terraza, toda vez que, en primer lugar, dicha terraza no se incluye dentro de los elementos comunes en el título constitutivo de la propiedad horizontal; por otra parte en la cláusula 6.ª del estatuto jurídico de dicha comunidad se hace constar: «...Los que sean propietarios de tales terrazas anejas (refiriéndose a la terraza de litis), no podrán depositar bultos ni objeto alguno sobre las claraboyas...», partiéndose pues del carácter privativo de las terrazas; se desprende igualmente del título constitutivo que al piso 1.º D de las apelantes se le asigna una cuota de participación en los elementos comunes del 3 por 100, mientras que a los demás pisos tipo D, que miden igual y tienen la misma distribución, se les asigna una cuota inferior (de un 2,50 por 100), lo que únicamente tiene explicación si se considera la terraza por parte de su madre; por lo que a la vista de todo ello, no cabe sino concluir tal como efectúa el Juez *a quo*, que la terraza de litis tiene carácter privativo, pues dicho carácter fue el que se le atribuyó en el título constitutivo de la propiedad».

de 28 de septiembre de 2005 (20), y Murcia, de 3 de noviembre de 2005 (21). Partiéndose, pues, del carácter privativo (22), la conclusión ha de ser la de hacer responsable al propietario del ático, a quien corresponde, según dispone el artículo 9.1.b) LPH, «mantener en buen estado de conservación su propio piso o local e instalaciones privativas, en términos que no perjudiquen a la comunidad o a los otros propietarios resarciendo los daños que ocasione por su descuido o el de las personas por quienes deba responder» (23). Conviene, sin embargo, matizar algo más la hipótesis que estamos tratando, pues si el daño se debe a elementos estructurales, no hay duda de la responsabilidad de la comunidad, si atendemos a la función de cubierta que también cumple la terraza del ático (24); no basta

(20) *JUR* 2005/233008.

(21) *JUR* 2006/21247. Se dice por la Audiencia:

«Téngase en cuenta que las terrazas en su consideración de cubiertas del todo o parte de un inmueble y especialmente estas últimas, denominadas “terrazas a nivel”, no gozan de la característica de elemento común de naturaleza esencial, como cabe predicar del suelo o de la cimentación. De ahí la viabilidad y posibilidad de su desafectación como inicial elemento común, bien a través del título constitutivo, bien a tenor de los estatutos comunitarios, etc.

Y ello es, en efecto, lo acontecido en este caso, pues, sin duda, el título de propiedad de la parte demandada y concretamente la descripción registral, permite aceptar tal desafectación, cuando se le atribuye también el dominio de una superficie determinada de la terraza de la casa».

(22) Sin embargo, convendría siempre diferenciar entre el pavimento y la estructura de separación. En las llamadas «terrazas a nivel» se distingue la función común de cubierta de la de espacio pisable y de disfrute reservado en exclusiva a los vecinos que cuentan con acceso directo de las mismas. Lo primero apunta a un elemento común esencial o por naturaleza. Vid., acerca de ello, el planteamiento que hace en torno a los elementos comunes propiamente dichos o esenciales RAMS ALBESA, J., *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal (art. 3)*, coordinado por CUADRADO IGLESIAS, M., Madrid, 2000, pág. 96.

(23) Vid., a este respecto, las anteriormente citadas SSAP de Soria, de 12 de enero de 2002; Ourense, de 30 de abril de 2002, y Murcia, de 3 de noviembre de 2005.

(24) La SAP de Madrid, de 23 de mayo de 2007 (*JUR* 2007/199892), da la misma solución para el supuesto de terraza privativa (que es el caso juzgado) que para el de terraza común de uso exclusivo, señalando que «debe diferenciarse el supuesto singular de las cubiertas que, al mismo tiempo, constituyen terrazas transitables, cuya superficie puede hallarse incorporada a la de alguno de los pisos o locales, o bien permanecer como elemento común pero de uso exclusivo de alguno de estos, con la consecuencia de desplazar hacia el propietario individual la obligación de servirse de la terraza con arreglo a su destino, sin introducir alteraciones incontinentidas, y de velar por el mantenimiento de su superficie y elementos externos (tales como pavimento o embocaduras de canalizaciones), sin perjuicio del simultáneo deber que incumbe a la comunidad de propietarios de realizar las obras que afecten a los elementos estructurales, como las de impermeabilización de las capas estructurales o mantenimiento de las conducciones internas, siempre que no sean consecuencia de la negligencia o dolo del propietario privativo que disfruta su uso en exclusiva».

La SAP de Madrid, de 24 de diciembre de 2007 (*JUR* 2008/80742), declara la nulidad del acuerdo impugnado, que pretendía hacer recaer en el propietario del ático determinados gastos de impermeabilización de una terraza que tenía la consideración de elemento privativo. Entiende que los gastos son extraordinarios, «en tanto que afectantes a un elemento que cumple una función estructural de elemento de cubrición actuando en la práctica en beneficio común al defender del agua a los pisos inferiores, como lo es la impermeabilización existente

con definir la terraza como privativa, pues en este último caso todavía deberíamos distinguir entre el pavimento y la estructura de separación.

Si la terraza no es descrita expresamente como elemento privativo, su consideración como elemento común cobra fuerza (25). Es más, ante la duda, hay que presumir que tiene carácter común, correspondiendo la carga de la prueba a quien afirme lo contrario, según posición consolidada de la jurisprudencia (26). Es cierto que el artículo 396 del Código Civil no menciona a las

por debajo de ese solado, o como lo puede ser su entramado estructural...», debiendo la comunidad correr con dichos gastos.

La SAP de Madrid, de 15 de enero de 2008 (*JUR* 2008/99792), entiende que corresponde el pago de la impermeabilización de la terraza a la comunidad, aunque la terraza sea privativa.

En parecido sentido, la SAP de Ávila, de 12 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/356008), que tiene origen en la demanda interpuesta por el propietario del ático, impugnando el acuerdo comunitario por el que debía soportar de manera exclusiva las reparaciones de la terraza. Para el Tribunal, lo importante no es el carácter privativo o común de esa zona, sino que debe entenderse que cuando se afecta a elementos estructurales, cuya reparación o reposición se hace precisa, excede de las obligaciones del titular dominical del espacio privativo.

También puede citarse la SAP de Bilbao, de 7 de noviembre de 1991 (*RGD*, 1992, pág. 6143 y sigs.). Declara la Audiencia la validez del acuerdo comunitario, por el que la comunidad asumía el coste de la reparación de la tela asfáltica de la terraza privativa y el 50 por 100 del coste de la mano de obra necesaria para colocar las baldosas, en compensación por los inconvenientes que para los propietarios de la terraza supondrían las propias obras al tener que levantar todo el enlosado de la terraza para la sustitución de la tela asfáltica.

(25) El tema se presta a discusión, en cualquier caso. Para ÁLVAREZ SÁNCHEZ, J. I., *op. cit.*, pág. 17, cuando las terrazas a nivel no están específicamente comprendidas en la descripción de cada departamento, pero tienen acceso exclusivo a través de él, hay que entender que deben considerarse como privativas, aunque se haya olvidado describirlas como tal en el título constitutivo.

(26) En un caso concreto, para poder decidir si estamos ante un elemento común o privativo, hemos de analizar, en primer lugar, lo dispuesto en el título constitutivo o, en su caso, en los estatutos. A falta de regulación concreta, la jurisprudencia presume que todo lo que no aparezca definido como privativo se debe considerar común. Se lee, a este respecto, en la STS (Sala 1.ª) de 27 de febrero de 1987 (*RAJ* 1987/1001): «no habiendo sido expresamente reputada la terraza como parte privativa por la voluntad del titular de la propiedad (esto es, por el promotor, antes de iniciar las ventas o por la totalidad de los propietarios, sobrevenidas estas), debe la misma conceptuarse como elemento común. Ciertamente no es anejo en el sentido del apartado a) del artículo tercero, aunque así la califique el título nulo de 1971; ni tampoco es elemento común por naturaleza según la clasificación apuntada por la sentencia de 10 de mayo de 1965 y seguida por tantas otras, ya que, como cuida de resaltar el recurso, lo cierto es que el actor viene poseyendo y utilizando el piso de que es propietario sin precisar del uso comunal de la terraza como no sea con fines de cubierta o techumbre del edificio; la condición de elemento común por destino le viene dada porque no se le configuró como elemento privativo antes de iniciarse la venta de los pisos y locales, y, consiguientemente, no habiéndose establecido válidamente que haya de ser privativa ha de reputarse elemento común a causa de la copropiedad creada por aquella venta de pisos y locales y la extensión de la misma a todos los elementos que expresamente no se halle establecido o inequívocamente aparezca haberse reservado el vendedor como elementos privativos, caso de las viviendas y pisos todavía por vender». En la misma línea, STS (Sala 1.ª) de 14 de octubre de 1991 (*RAJ* 1991/6916), STS (Sala 1.ª) de 10 de febrero de 1992 (*RAJ* 1992/1199), STS (Sala 1.ª) de 29 de julio de 1995 (*RAJ* 1995/5922), STS (Sala 1.ª) de 17 de diciembre de 1997 (*RAJ*

terrazas cuando realiza una enumeración de los elementos comunes, pero ello no impide defender su carácter común si las consideramos como «cubiertas», elemento este que sí figura en el precepto citado. En este sentido se pronuncia la SAP de Asturias, de 1 de julio de 2004 (27): «El artículo 396 del Código Civil, en su párrafo 1.º, atribuye el concepto o carácter de elemento común a las “cubiertas”, lo que es confirmado por la Jurisprudencia (sentencias TS de 3-12-82, 25-5-84, 23-7-90, etc.). Por tales la Doctrina y la misma Jurisprudencia entienden a todos aquellos que limitan el edificio por su parte superior y que, si no es transitable, el término de cubierta es el apropiado, como lo es igualmente el de tejado; si, por el contrario, fuere practicable por estar destinado a ser pisado normalmente por las personas, entonces el término podría ser el de terraza o azotea, pero en uno u otro caso sigue sin perder su naturaleza de elemento común, pues la LPH, según la redacción que atribuyó el referido artículo, expresamente lo califica como tal».

Llegamos, pues, a concluir que la terraza del ático, en cuanto cubierta, tiene naturaleza común (28). Ahora bien, ello no impide que el propietario del ático tenga el uso exclusivo de la misma (29). En cualquier caso, la determinación del

1997/8780), SAP de Valencia, de 29 de julio de 2002 (*JUR* 2002/247500); SAP de Zaragoza, de 26 de julio de 2004 (*JUR* 2004/202511); SAP de Girona, de 10 de febrero de 2005 (*JUR* 2005/101216), y SAP de Alicante, de 4 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/163901).

(27) *JUR* 2004/225961.

Afirma la SAP de Burgos, de 18 de enero de 1999 (*AC* 1999/2772): «Las terrazas están incluidas dentro del concepto genérico de “cubiertas” y por tal hay que entender aquellas cubiertas del edificio constituidas por material pisable y, en principio, como cubierta que es ha de ser considerada como elemento común, pues así lo establece el artículo 396 del Código Civil».

Por su parte, dice la SAP de La Coruña, de 30 de septiembre de 1999 (*EDJ* 1999/46397): «En la relación del mentado artículo 396 del Código Civil, vigente a la fecha de formalización del litigio, no se menciona, a diferencia de su actual redacción a las terrazas, sin embargo ello no impedía que doctrina y jurisprudencia viniesen admitiendo su posibilidad de inclusión con tal carácter, dentro de la categoría de “cubierta”, definida como aquel elemento común que limita el edificio por la parte superior, que cumple una función divisoria o de separación que sirve para la parcelación cúbica en pisos o locales, cubriendo o tapando el piso superior, de manera tal que si la misma está construida con tejas, no pisable, se llama tejado y si es pisable se denomina terrado o azotea y, en este sentido, las terrazas de los pisos superiores son cubiertas del piso inmediato inferior».

(28) Las cubiertas, dicen GARCÍA GIL, F. J. / GARCÍA NICOLÁS, L. A., *Manual práctico de las comunidades de propietarios y su administración*, Navarra, 2005, págs. 27-28, «son la parte exterior de la techumbre de un edificio. Con frecuencia se utilizan indistintamente los términos cubierta y terraza, aunque se trata de conceptos distintos. Ocurre, sin embargo, que en no pocas ocasiones la terraza constituye a la vez cubierta de los pisos inferiores, en cuyo caso no sirve exclusivamente al propietario del piso que con ella comunica directamente, sino que es un elemento estructural del inmueble necesario para el aprovechamiento por los demás de sus respectivas propiedades singulares, destinto este que le confiere el carácter de elemento común».

(29) Es posible la reserva en exclusivo uso de ciertos elementos comunes, como las terrazas. Entre otras, SSTS (Sala 1.ª), de 7 de octubre de 1978 (*RAJ* 1978/3212), y de 23 de mayo de 1984 (*RAJ* 1984/2544); SSAP de Castellón, de 24 de septiembre de 2002 (*JUR*

uso exclusivo de un elemento común es un aspecto que genera, con frecuencia, conflictos, que surgen muchas veces por la no adecuada distinción entre lo que es el uso de un elemento común y el mantenimiento del derecho de propiedad a favor de la comunidad de propietarios. Habrá que averiguar, pues, lo que disponen el título constitutivo, los estatutos o los acuerdos a los que hayan podido llegar los propietarios por unanimidad, siendo incluso posible, según algunas sentencias, que nada se afirme en estos documentos y el uso exclusivo venga

2002/282125); Cantabria, de 25 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/157655), y Asturias, de 1 de julio de 2004 (*JUR* 2004/225961).

Es de interés reproducir los argumentos de la STS (Sala 1.^a) de 30 de marzo de 2007 (*RAJ* 2007/1612), en la que tras afirmar que las terrazas que sean la cubierta de todo o parte del inmueble (estas últimas llamadas «terrazas a nivel») tienen, en principio, la conceptualización legal de elementos comunes del edificio, indica: «también ha señalado esta Sala que, dentro de los elementos comunes, cabe distinguir entre elementos comunes por naturaleza o esenciales, imprescindibles para asegurar el uso y disfrute de los diferentes pisos o locales; y por destino, o no esenciales, admitiéndose que estos últimos, entre los que se encuentran las terrazas comunitarias, pueden ser, por esta razón, “desafectados” de su destino común y dedicados a un uso privado o exclusivo, a favor de uno o varios de los propietarios de pisos o locales, excluyendo en ese uso al resto. La desafectación de elementos comunes no esenciales es posible en la medida que el artículo 396 no es en su totalidad de *ius cogens*, sino de *ius dispositivum* (sentencias de esta Sala, de 23 de mayo de 1984, 17 de junio de 1988, entre otras), “lo que permite que bien en el originario título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, bien por acuerdo posterior de la comunidad de propietarios (siempre que dicho acuerdo se adopte por unanimidad: regla 1.^a del artículo 16 de la Ley de 21 de julio de 1960) pueda atribuirse carácter de privativos (desafectación) a ciertos elementos comunes que no siéndolo por naturaleza o esenciales, como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras, etc., lo sean solo por destino o accesorios, como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de parte del edificio, etc. (sentencias de 31 de enero y 15 de marzo de 1985, 27 de febrero de 1987, 5 de junio y 18 de julio de 1989, entre otras). La desafectación de un elemento común no esencial, como las terrazas, no implica que el bien deje de tener tal consideración; tan solo produce una variación respecto del uso del mismo que cabrían hacer todos los copropietarios con arreglo a su cuota, configurándose el uso privado o exclusivo como una excepción a lo que constituye regla general en el régimen de propiedad horizontal. En efecto, la Ley de Propiedad Horizontal establece un peculiar régimen dominical en virtud del cual, la propiedad singular y exclusiva de cada propietario sobre su piso o local se completa con la “copropiedad con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes” (art. 3 LPH), entre los que se encuentran las terrazas que sirven de cubierta al edificio, y que en consecuencia, dicho régimen faculta a todo copropietario a servirse de los mismos en la forma que sancionan los artículos 394 del Código Civil y 9.6 LPH, esto es, conforme a su destino, y de manera que no perjudique a los intereses de la Comunidad ni impide a los copartícipes usarlas según su derecho. Pero, siendo aquella la regla general; si atendemos a que el artículo 5 LPH otorga al título constitutivo, entre otras, la función de disponer las “reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios (...)”, y que el artículo 13 LPH concede a la junta de propietarios la facultad de “4.º Aprobar o reformar los estatutos y determinar las normas de régimen interior”, en principio nada se opone a que, bien por medio de lo dispuesto originariamente en el título constitutivo, bien por razón de decisión de la junta de propietarios, pueda otorgarse el uso exclusivo de un elemento común a alguno o algunos de los comuneros y restringir el mismo en cuanto a otros». Repite el argumento la SAP de La Rioja, de 24 de octubre de 2007 (*AC* 2007/225).

dado por la especial configuración y afección de la cosa, que hace que solo un propietario pueda acceder a ella (30). Los Tribunales distinguen perfectamente la naturaleza común de la terraza del ático y su uso y disfrute exclusivo por el propietario del piso (31), y así señala la SAP de Zaragoza, de 26 de julio de

(30) Lo pone de manifiesto con claridad la SAP de Las Palmas, de 14 de octubre de 2005 (*AC* 2005/2023): «...respecto a la terraza litigiosa, dada su ubicación y configuración, solo los dueños de la vivienda, sita en planta derecha cuarta, pueden acceder a la misma y usarla con normalidad, pues la única entrada con que cuenta dicha terraza está en el piso de los demandados. En los respectivos interrogatorios a que fueron sometidos los demandantes doña Estíbaliz, don Pablo y doña Irene, admitieron que a la terraza solo puede entrarse por la vivienda de don José María y que desde un principio los únicos que la habían usado eran los propietarios del piso adquirido por los demandados. Reconocen, pues, que la Comunidad nunca ha hecho uso de dicha parte del inmueble, si bien la señora Irene matiza que la utilización dada al mismo por los dueños de la vivienda de la planta cuarta derecha se ha basado en el permiso de los comuneros. Esta comunicación directa de la terraza con la referida vivienda, el hecho de que solo a través de la misma pueda hacerse un uso natural de aquella —corroborado por las fotografías aportadas con la contestación a la demanda como documento núm. 5— y la falta de interés de la Comunidad por aprovechar dicho espacio común, determinan la creación de un estado de cosas, previsible desde la construcción del edificio y evidenciable ante los compradores de sus pisos o locales, consistente en la atribución del uso exclusivo de la terraza a los propietarios de la vivienda sita en planta cuarta derecha. Así se desprende de la doctrina jurisprudencial evidenciada en las SSTs de 25 de mayo de 1984 y 17 de abril de 1998».

En la misma línea, podemos ver la SAP de Madrid, de 14 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002/272550): «...a falta de determinación específica en las escrituras de propiedad de los pisos de los demandados, deben considerarse las terrazas colindantes con los mismos como elemento común del inmueble si bien dado el acceso y configuración de las mismas como de uso privativo atribuido a los respectivos propietarios y por ello sometidas al régimen legal que para tales elementos comunes establecen los precitados preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal».

(31) Se echa en falta, sin embargo, en algunas sentencias, una mayor precisión del supuesto, que evite confusiones. Es el caso, por ejemplo, de la SAP de Málaga, de 1 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006/151763). La Audiencia estima el recurso de apelación y, revocando la sentencia del Juez de Primera Instancia, absuelve a la parte recurrente de los pedimentos deducidos contra ella en la demanda. La vivienda de la actora había sufrido diversos daños por humedades y filtraciones provenientes de la vivienda situada en la planta superior propiedad de los demandados. La vivienda propiedad de los demandados era la inmediatamente superior al apartamento de la demandante. Dice la Audiencia: «Armonizando lo dispuesto en los artículos 396 del Código Civil y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal, ha de considerarse que frente a los elementos comunes por naturaleza, como inherentes al derecho de propiedad sobre espacios delimitados de aprovechamiento común, y los elementos comunes por destino, cuales son aquellos anejos que se adscriben especialmente al servicio de todos o algunos de los propietarios, existen los elementos privativos de cada propietario sobre los cuales recae la obligación de aquel respecto a su mantenimiento, reparación y cuidado. En el presente caso, la terraza del piso de los demandados, aun cuando sea privativa, merece la calificación de elemento común del inmueble al servir al propio tiempo de cubierta del edificio...».

En el polo opuesto, tenemos la precisión y claridad de la SAP de Cantabria, de 25 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/157655): «Nos encontramos, por tanto, con un típico supuesto de terraza-cubierta, descrita en el título constitutivo como elemento común precisamente por su naturaleza de cubierta, pero cuyo uso y disfrute se reserva a los titulares, propietarios o poseedores, de la vivienda en la que la terraza se ubica».

2004 (32): «El estudio del recurso entablado contra la sentencia del Juzgado debe partir de unas consideraciones previas sobre la regulación que la Ley de Propiedad Horizontal hace de los elementos comunes y privativos, y la naturaleza específica que la Jurisprudencia ha venido otorgando a los espacios conocidos como terrazas, distinguiendo aquellos supuestos en que mantienen de manera íntegra su carácter comunitario de aquellos otros en que, aun revistiendo aquel carácter, ha sido asignado su uso privativo a algún comunero».

Las terrazas a nivel, aun cuando tenga el uso exclusivo un propietario, no dejan de ser un elemento común, pues integran la estructura esencial del edificio en cuanto cubierta del mismo. En este sentido se manifiesta la STS (Sala 1.^a) de 17 de febrero de 1993 (33), cuando afirma que: «las terrazas de los pisos de que se trata merecen la calificación de elemento común del inmueble, pues aun cuando su uso y disfrute corresponda en exclusividad al titular del piso a que pertenecen, está fuera de duda que sirven, al propio tiempo, de cubierta del edificio, con lo que, en el aspecto estructural, tienden a la consecución del bien general o común de los partícipes en la comunidad», posición que siguen,

(32) *JUR* 2004/202511.

(33) *RAJ* 1993/1239.

Es interesante también la argumentación de la SAP de Alicante, de 8 de marzo de 1999 (*EDJ* 1999/10922): «Hemos de reseñar que la calificación de las terrazas como elemento común o privativo, si se encuentran “a nivel”, es decir, presentan una continuidad con el resto de la vivienda ha sido objeto de polémica doctrinal y controversias. En principio, podría considerarse como privativa, pues el hecho de tener salida propia y encontrarse dentro de los límites del piso y superficie —arts. 3 y 4 de la Ley de Propiedad Horizontal— comporta dicha calificación. Ahora bien, aunque se trata de suelo que es exclusivamente utilizado por el dueño del principal debe reputarse también como “techo” del local del edificio que se corresponde con un elemento común como ha señalado reiterada jurisprudencia —sentencias del Tribunal Supremo, de 9 de enero de 1984, 3 de julio de 1989 y 14 de octubre 1991— que declara que aún cuando las terrazas no vienen recogidas *nominatim* en el artículo 396 del Código Civil, como elemento común, refiriéndose expresamente al vuelo y cubiertas, se trata de una enumeración solo indicativa que no contiene un *numerus clausus* definitorio de los elementos comunes de la propiedad horizontal.

En dicho sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de julio de 1995, afirmaba que las terrazas que sean la cubierta de todo o parte del inmueble —estas últimas llamadas terrazas “a nivel” tienen, en principio, la concepción legal de elementos comunes del edificio, pues así lo establece el artículo 396 del Código Civil al mencionar entre ellos a las cubiertas (sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1992). Sin embargo, al no tratarse de una enumeración, de *ius cogens*, sino de *ius dispositivum* (SSTS de 23 de mayo de 1983 y 17 de junio de 1988), permite que bien en el originario título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, o bien por acuerdo posterior de la comunidad de propietarios —siempre que dicho acuerdo se adopte por unanimidad—, puede atribuirse carácter de privativos —desafectación— a ciertos elementos comunes que no siéndolo por naturaleza o esenciales, como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras..., lo sean solo por destino o accesorios, como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de parte del edificio (SSTS de 27 de febrero de 1987, 5 de junio y 18 de julio de 1989). Mientras ello no se produzca desafectación en el propio título constitutivo o por acuerdo unánime posterior de la comunidad ha de mantenerse su calificación como comunes».

entre otras muchas, las SSAP de Barcelona, de 22 de diciembre de 2003 (34); Almería, de 26 de abril de 2004 (35); Cantabria, de 13 de julio de 2005 (36), y A Coruña, de 11 de junio de 2006 (37). Prevalece este criterio frente a otros posibles argumentos a favor de un pretendido carácter privativo (38); como bien dice la SAP de Cantabria, de 17 de junio de 1993 (39), a propósito del controvertido tema del carácter privativo o comunal de las terrazas-cubierta a nivel a las que tienen salida directa el último piso del inmueble, «en el plano puramente teórico, la doctrina se encuentra dividida entre quienes, atendiendo principalmente a la consideración de que este tipo de terrazas son fundamentalmente la cubierta del edificio, por más que sea pisable y susceptible de uso, a diferencia de las cubiertas inclinadas, entienden que, en principio, y salvo que otra cosa dispongan los estatutos, deben ser consideradas elementos comunes en virtud de lo dispuesto en el artículo 396 del Código Civil —que expresamente contempla como tales a las cubiertas—; y quienes, minoritariamente, dando mayor relevancia a la circunstancia de ser esa terraza a nivel accesible solo para un concreto propietario, que puede así usarla y disfrutarla privadamente, entienden que deben ser consideradas elemento privativo perteneciente al piso en cuestión. La Sala entiende como más correcta en el plano doctrinal la primera de estas tesis, pero debe destacar que a la hora de resolver el caso concreto ha de estarse principalmente a lo que resulte de los propios Estatutos de la comunidad, en los que puede excepcionarse la calificación de dichas terrazas como elemento común» (40).

(34) JUR 2004/30475.

(35) JUR 2004/157995.

También puede verse la SAP de Almería, de 1 de febrero de 1993, citada por TORRES LANA, J. A., *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia (art. 396)*, coordinador: ALBÁCAR LÓPEZ, J. L., t. II, Madrid, 1995, pág. 484.

(36) JUR 2005/199075.

(37) EDJ 2006/53080.

(38) Como indica LÓPEZ FRÍAS, M. J., *op. cit.*, pág. 629, nota 17, «no olvidemos que de acuerdo a la realidad social, quien compra un ático, está pensando en comprar un “piso con terraza” y que, incluso para la Propiedad Horizontal, elemento privativo es aquello “susceptible de aprovechamiento independiente”. Por tanto, el acento hay que ponerlo en que la terraza es también cubierta que interesa arquitectónicamente a la Comunidad».

(39) AC 1993/1235.

(40) En el caso de autos: «aun cuando al describir el piso propiedad del demandado —según se hace en la demanda, al no haberse aportado el título de propiedad—, se califica la terraza en cuestión como “anejo” del piso “y en uso exclusivo”, lo que en una pura interpretación gramatical sirve de base fundamental a la oposición del demandado, son los propios Estatutos los que, en su artículo segundo, con su remisión, sin salvedad alguna al respecto del artículo 396 del Código Civil, consideran la cubierta del edificio, configurada en parte por la terraza litigiosa, como elemento común; y nuevamente hacen tal calificación en su artículo tercero, en que expresamente se mencionan las terrazas existentes en la undécima planta como elementos comunes, atribuyendo coherentemente con ello los gastos de mantenimiento ordinario a todos los propietarios del inmueble. Tal conjunto de datos obliga a afirmar que

El tema de las reparaciones se hace más complejo cuando la terraza es elemento común pero su uso ha sido atribuido en exclusiva al propietario del ático (41). Como vamos a ver seguidamente, habrá que averiguar la causa del desperfecto, para poder, con posterioridad, saber si la responsabilidad de su reparación recae sobre la comunidad de propietarios (42) o sobre el propietario que tiene derecho a usar la terraza.

Lo determinante no es tanto la titularidad privativa o común de la terraza, sino la naturaleza del gasto a satisfacer, lo que se conecta con el tipo de reparación (43). Esta es la forma correcta de resolver la atribución del coste. Por ello, puede ocurrir que responda la comunidad incluso cuando la terraza es privativa, porque en estos casos, como bien dice la SAP de Madrid, de 17 de diciembre de 2007 (44), la terraza queda integrada por dos partes perfectamente distintas: una, cuya naturaleza privativa no se discute, de carácter interno destinada al uso y disfrute exclusivo del dueño del piso; otra externa, de naturaleza común, cuyo fin es el de revestir el edificio, y añade que «todas aquellas actuaciones que sean precisas realizar sobre tal elemento, cuyo fin sea el de conservar, mantener o mejorar su función de cubierta, revestimiento o techado del edificio y no tengan causa en un uso negligente de aquel condueño que la usa o disfruta de forma exclusiva, serán de cargo exclusivo de la comunidad, en atención a lo expuesto anteriormente pues forman parte estructural del edificio y, por ende, tienden a la consecución del bien general o común de los partícipes en la comunidad».

la terraza que nos ocupa, aun cuando sea de uso exclusivo y excluyente del propietario del piso a través del que se accede a ella, es un elemento común del inmueble cuya propiedad indivisa pertenece a todos los copropietarios...».

(41) La posibilidad de elementos comunes de uso privativo de uno o varios de los partícipes —vg., las terrazas—, «supone, por un lado, reconocer una realidad incuestionable, pero, por otro, insertar una dificultad añadida en el sistema, de suyo complejo, de conservación y reparaciones». Son palabras de TORRES LANA, J. A., *op. cit.*, págs. 368 y 369.

(42) No debe sorprender que la comunidad pueda responder, según el tipo de reparación que deba realizarse. Como se dice en la SAT de Burgos, de 6 de mayo de 1985 (*RGD*, 1986, pág. 3421 y sigs.), «la cubierta de la terraza tiene la condición de elemento común, dentro del régimen de la propiedad horizontal, puesto que el interés en la buena conservación y mantenimiento de la misma, acoge por igual a todos los copropietarios, y no puede decirse que afecte únicamente a aquellos que se encuentran precisamente debajo de la misma, por cuyo motivo todos los gastos que sean necesarios realizar para el buen mantenimiento de la cubierta, deberán redistribuirse entre los distintos propietarios que integran la comunidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9-5 de la Ley de Propiedad Horizontal, condición que no pierde, aunque se trate de una terraza y su uso se adscriba con carácter exclusivo a los propietarios de los pisos que tienen acceso directo a ella, y no sería justo que estos propietarios fueran exclusivamente los responsables de su mantenimiento, cuando los beneficiarios de su buen estado es la totalidad de los comuneros...».

(43) Es el planteamiento de la SAP de Lleida, de 30 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/317396).

(44) *JUR* 2008/90708.

Vid. también el mismo enfoque en la SAP de Madrid, de 15 de octubre de 2007 (*JUR* 2007/362959).

En definitiva, la consideración de la terraza como elemento privativo del titular del ático o como elemento común de uso exclusivo, no exime a la comunidad de propietarios de responsabilidad en cierto tipo de obras (45).

III. NATURALEZA DE LAS REPARACIONES Y CRITERIOS DE REPARATO DE LOS GASTOS

1. ORIENTACIÓN DE ESTUDIO

Dedicamos este apartado a la problemática que suscita la determinación del sujeto responsable de sufragar los gastos de mantenimiento y reparación de las terrazas.

La atribución a favor de un copropietario del disfrute exclusivo de un elemento común (en nuestro caso, la terraza) le obliga, en principio, a realizar las reparaciones derivadas de un uso ordinario y del mantenimiento regular de tal elemento; y a la comunidad corresponden las de tipo estructural, denominadas también obras a la gruesa o reparaciones extraordinarias (46). Al margen, claro

(45) Se dice en la SAP de La Coruña, de 7 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002/64056) —dictada para un supuesto de filtraciones procedentes de la terraza de la planta primera del inmueble— que «la naturaleza mixta de dicho elemento común, que se constituye como de aprovechamiento exclusivo en beneficio de los propietarios de los pisos primero derecha e izquierda de la comunidad demandada, y por otra parte su condición de cubierta del inmueble, conlleva a que se haya dictado un cuerpo de doctrina jurisprudencial, que asigna al titular de la vivienda los gastos surgidos de las obras necesarias para su aprovechamiento y, más concretamente, las que afectan a su superficie o pavimento, y a la comunidad de propietarios las precisas para mantenerlas en buen estado como cubiertas, cuales las de impermeabilización, cambios de desagües, etc., siempre y cuando tales daños no sean causados por la negligencia o dolo del titular del piso a cuyo nivel se encuentran. Y en este sentido, se ha expresado esta Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, en las sentencias de 11 de julio de 1990 y 5 de febrero de 1996, señalándose en esta última: “que el carácter privativo o común de las terrazas litigiosas no era determinante a los efectos pretendidos en el proceso, que en el presente caso son las reparaciones necesarias de las terrazas para que no sigan produciéndose filtraciones que afecten al bajo del cual las terrazas constituyen la cubierta, siendo ello así porque las filtraciones no se producen como consecuencia del uso inadecuado de las terrazas, sino de importantes defectos constructivos que no pueden ser atribuidos a los propietarios de los pisos primeros, y porque, como queda dicho, las terrazas son la cubierta del bajo del inmueble. Esto último determina que, al igual que ocurre con todos los elementos estructurales de un edificio aunque se encuentren dentro de un piso o local privativo, haya que atender, cuando se trata de afrontar la realización de obras, no al carácter del elemento en que tienen que ser realizadas sino al de dichas obras”».

(46) Como dice ECHEVERRÍA SUMMERS, F. M., en *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal* (art. 10), coordinador: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Pamplona, 2007, pág. 315, «esta clasificación de las reparaciones en función de su carácter ordinario o extraordinario tiene particular incidencia en los casos de reconocimiento del uso exclusivo sobre elementos comunes a favor de alguno o algunos de los propietarios. En estos supuestos la obligación básica que tiene

está, de los desperfectos que traen causa del mal uso por el propietario del ático (por ejemplo, humedades por falta de limpieza de los sumideros) (47), cuya reparación debe asumir, sin entrar en mayor detalle acerca de la naturaleza de la reparación misma. Adelantamos, así, la conclusión que cabe extraer del estudio de la jurisprudencia (48), que es la que verdaderamente ha proporcionado la solución, pues lo cierto es que la Ley de Propiedad Horizontal no contiene una regulación específica de un tema tan concreto como este (49).

Estas afirmaciones, hechas con carácter general (50), requieren, sin embargo, su adaptación al caso concreto. Creemos, por ello, que será más útil entrar

el beneficiario es la de atender y cuidar el elemento común, debiendo costear todas aquellas obras de conservación o reparación que se deriven del uso o disfrute ordinario de la cosa. Como contrapartida, es la comunidad quien debe soportar el coste de las reparaciones extraordinarias, salvo que las mismas fueran fruto de la actuación negligente del titular del uso exclusivo».

En términos similares, vid. también DÍAZ MÉNDEZ, N., «Derechos de uso y disfrute de elementos comunes», en *Propiedad Horizontal*, director: DÍAZ MÉNDEZ, N., *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994, pág. 61.

(47) La SAP de Santa Cruz de Tenerife, de 16 de abril de 2008 (SP/SENT/168532) pone como ejemplos de falta de diligencia o cuidado del propietario el hecho de taponar o permitir por su desidia que se obturen los desagües o realizar obras que afecten, dañándolas, a las canalizaciones que discurren bajo la cubierta.

(48) Al respecto, GARCÍA GIL, F. J., «Los gastos comunes. Contribución a su sostenimiento», en *Propiedad Horizontal*, director: DÍAZ MÉNDEZ, N., *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1994, pág. 112.

(49) En cambio, el Derecho Civil catalán, como veremos más adelante, opta por una regulación específica: vid., a este respecto, el artículo 553-42.3 del Código Civil catalán.

(50) Vid., por ejemplo, la SAP de Madrid, de 13 de septiembre de 2004 (*JUR* 2004/299138). Las filtraciones provenían de la terraza que sirve de cerramiento al edificio, a consecuencia del montaje de una barbacoa. La solución, según dice la Audiencia, «consiste en atender a la naturaleza de los gastos a satisfacer, que está en relación con la índole de la reparación a efectuar, es decir, si son ordinarios o normales, de conservación o uso, en cuyo caso corresponde a los usuarios de la terraza, o si son extraordinarios, en cuyo caso si el elemento a reparar cumplía función estructural de elemento de cubrición en la práctica como elemento común, al defender del agua a los pisos inferiores, todos deben contribuir a costear la reparación». Se desestima la demanda, no considerándose acreditado que las filtraciones se haya producido por el mal estado de impermeabilización de la terraza. La demanda fue interpuesta por una compañía de seguros, que había indemnizado a su asegurado, contra otra entidad aseguradora, que aseguraba la responsabilidad civil de la comunidad de propietarios.

También, con anterioridad, la SAP de Madrid, de 2 de noviembre de 2001 (*JUR* 2002/60885): «...por las propias características de esta terraza todos aquellos gastos necesarios para mantener en perfecto estado y uso la misma, serán de cuenta de la señora G. L., en cuanto poseedora inmediata de la misma, que debe hacer un uso correcto y adecuado de aquella, en tanto que se puedan conceptuar como gastos ordinarios necesarios para el mantenimiento de esta terraza, resultando que aquellos gastos de carácter extraordinario devengados por el carácter estructural que dicha terraza tiene, en cuanto a que sirve de cubierta a otras viviendas integradas en la comunidad de propietarios, deben ser satisfechos por esta última». Se trataba de una terraza-ático, elemento común, pero de uso exclusivo. No se condena a la comunidad, que resulta absuelta, porque la comunidad había ya reparado con anterioridad los desperfectos; en concreto la comunidad procedió a una serie de obras de impermeabilización de la terraza del inmueble, para evitar precisamente las filtraciones a las que se refería el demandante.

en el estudio de los casos decididos por la jurisprudencia. No sirve de ayuda distinguir dos tipos de gastos o de reparaciones, si no acertamos a determinar su significado y quizás la mejor manera de hacerlo es estudiando la casuística jurisprudencial; la sustitución de la tela asfáltica, por poner un ejemplo clásico, ¿es reparación ordinaria o extraordinaria? En principio, diríamos que es un gasto extraordinario, pues implica un cambio o sustitución de un elemento, pero deberíamos comprobar la respuesta con lo decidido por los Tribunales.

El problema planteado tiene, por otra parte, una indudable consecuencia procesal. Al fin y al cabo, las dudas que aquí se producen pueden determinar que se demande a quien finalmente no es declarado responsable, lo que probablemente acarreará la condena en costas (51). Añádase que las causas del

Otras veces, las indicaciones son más concretas y lógicamente ayudan más al intérprete. Así sucede en la SAP de Burgos, de 18 de enero de 1999 (AC 1999/2772), cuyo razonamiento repite la SAP de Alicante, de 1 de junio de 2005 (JUR 2005/203858) en los términos siguientes: «...debe indicarse que la consideración de las terrazas a nivel como elemento privativo de los titulares del piso a cuyo nivel se encuentran o desde el cual se accede a las mismas, es criterio predominante el que asigna al titular de la vivienda los gastos surgidos de las obras necesarias para su aprovechamiento como tales terrazas y, más concretamente, las que afectan a su superficie o pavimento, y a la comunidad de propietarios las precisas para mantenerlas en buen estado como cubiertas, cuales las de impermeabilización, cambios de desagües, etc., siempre y cuando tales daños no sean causados por la negligencia o dolo del titular del piso a cuyo nivel se encuentran (SSTS de 14 de octubre de 1991, 17 de febrero de 1993 y 17 de diciembre de 1997), y por último, la utilización exclusiva de esta zona de terraza por los codemandados, aunque esta fuere comunitaria, y las resultas de su falta de cuidado o negligencia no son atribuibles a la comunidad de propietarios, y así lo declara la mayoría de las sentencias de las Audiencias Provinciales (Pontevedra, Sala 6.ª, de 14-4-02; Burgos, Sala 3.ª, de 18-1-1999; Madrid, Sala 11.ª, de 11-10-1999; Zaragoza, Sala 2.ª, de 19-11-2001; Málaga, Sala 5.ª, de 15-9-2000; Palencia, de 20-12-1999; La Coruña, Sala 4.ª, de 30-9-1999)». Resulta, en esta línea, bastante gráfica la SAP de A Coruña, de 11 de junio de 2002 (EDJ 2002/53080), cuando dice que la obligación de los propietarios de los pisos se circunscribe a la superficie de las terrazas, pero no a la tela asfáltica o lo que está debajo. Más recientemente, dice la SAP de Lleida, de 30 de mayo de 2008 (JUR 2008/317396): «...si se trata de gastos ordinarios o normales, de conservación o uso, serán de cargo de los usuarios de la terraza; si son extraordinarios y afectan a la terraza como elemento común en cuanto la terraza cumple función estructural de elemento de cubrición, todos deben contribuir a costear la reparación, que será de cargo de la comunidad. También se dice que el titular de la vivienda ha de hacerse cargo de los gastos surgidos de las obras necesarias para su aprovechamiento como terrazas, por afectar a su superficie o pavimento, y la comunidad de propietarios las precisas para mantenerlas en buen estado como cubiertas, como serían los casos de impermeabilización, cambios de desagües y similares salvo que tales daños sean causados por dolo o culpa del titular del piso a cuyo nivel se encuentran».

(51) Así, en concreto, puede verse la SAP de Málaga, de 1 de diciembre de 2005 (JUR 2006/151763). La Audiencia estima el recurso de apelación y revocando la sentencia del Juez de Primera Instancia absuelve a la parte recurrente de los pedimentos deducidos contra ella en la demanda. La vivienda de la actora había sufrido diversos daños por humedades y filtraciones provenientes de la vivienda situada en la planta superior propiedad de los demandados. La vivienda propiedad de los demandados era la inmediatamente superior al apartamento de la demandante. Dice la Audiencia: «Armonizando lo dispuesto en los artículos 396 del Código Civil y 3 de la Ley de Propiedad Horizontal, ha de considerarse que frente a los elementos

deterioro o desperfecto no estén excesivamente claras en muchos casos, lo que hace inevitable la prueba pericial.

Retomando el hilo conductor, en este concreto apartado habrá de estarse a lo pactado en el título constitutivo o en los estatutos y, en su defecto, aplicar las reglas que sobre conservación y reparación de las terrazas se han ido dictando por los Jueces y Tribunales (52).

2. PREVISIONES ESPECÍFICAS

La lectura de las sentencias nos permite extraer una primera conclusión, que no es otra que la importancia que puede tener establecer una previsión específica en el título constitutivo o los estatutos de la comunidad, y que esta fuese lo más concreta y detallada posible. No hay que olvidar el papel de la

comunes por naturaleza, como inherentes al derecho de propiedad sobre espacios delimitados de aprovechamiento común, y los elementos comunes por destino, cuales son aquellos anejos que se adscriben especialmente al servicio de todos o algunos de los propietarios, existen los elementos privativos de cada propietario sobre los cuales recae la obligación de aquel respecto a su mantenimiento, reparación y cuidado. En el presente caso, la terraza del piso de los demandados, aun cuando sea privativa, merece la calificación de elemento común del inmueble al servir al propio tiempo de cubierta del edificio, con lo que, como indica la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de febrero de 1993: «en el aspecto estructural, tiende a la consecución del bien general o común de los partícipes en la comunidad», de tal forma que el propietario de la terraza que al propio tiempo es cubierta del edificio, como el usuario exclusivo de una terraza que no tiene el derecho de propiedad, estará obligado a reparar solo los daños ocasionados por el uso que hacen de dicha cubierta, tanto los que se producen por el uso ordinario como los que se produzcan por el mal uso o uso indebido, pero no los que son atribuibles a vicios ruinógenos (STS de 11 de octubre de 1993), ruina que puede deberse tanto a la mala ejecución, como al mero paso del tiempo. En el presente caso, ante la disyuntiva de cual pueda ser la causa de las filtraciones en el piso inferior, se descarta el mero transcurso del tiempo por tratarse de un edificio de reciente construcción, y respecto de las otras causas posibles, las sentencia de instancia resuelve que la misma reside en la defectuosa impermeabilización de la terraza, y a la misma conclusión llega esta Sala a la vista de las pruebas practicadas, especialmente de la testifical de don Jesús Carlos e informe pericial de don Gustavo, pues en este ya se apunta dicho hecho como la posible causa de las filtraciones al piso inferior. No obstante, partiéndose de este hecho probado, debe acogerse el recurso formulado pues si las filtraciones no tienen su causa en ningún actuar negligente de los propietarios de la terraza sino en el defectuoso estado del forjado, que conforme a tal fin sirve, constituye parte estructural de la cubierta, al no concurrir la culpa de aquellos, tampoco nace su obligación de reparar el mal causado, y así lo resuelve la citada sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de febrero de 1993, al decir que resulta evidente que como las obras de reparación tendrían a suprimir filtraciones de agua y humedades derivadas de determinados vicios constructivos, las mismas excedían de las naturalmente debidas al uso y conservación de la cosa». Resultan, por tanto, absueltos los propietarios de las viviendas desde las cuales se habían producido las filtraciones.

(52) Vid. este planteamiento en FUENTES LOJO, J. V. / FUENTES-LOJO LASTRES, A. / BUFETE FUENTES-LOJO, *Comentarios a la Ley Estatal de Propiedad Horizontal*, t. II, Barcelona, 2009, pág. 1171.

autonomía privada, al margen de lo que pueda disponer la Ley de Propiedad Horizontal en sus artículos 9 (obligaciones del propietario) y 10 (obligaciones de la comunidad). Nada impide, por otra parte, que los propietarios, respetando el régimen de adopción de acuerdos (art. 17 LPH), dicten sus propias normas sobre los gastos de conservación, mantenimiento y reparación de las terrazas, así como los gastos de sustitución o cambio de elementos, perfilando las diferentes hipótesis y la forma en que debe efectuarse la atribución y reparto de los mismos, y que lo hagan incluso con criterios distintos a los que se derivan de los artículos 9 y 10 LPH.

En la STS (Sala 1.^a) de 10 de octubre de 1993 (53), se declara la validez de la cláusula contenida en la escritura de división horizontal, con arreglo a la cual se atribuían a determinados copropietarios los gastos de reparación de la cubierta. Para el Tribunal Supremo una cosa es que la cláusula sea válida y otra que deban reparar los daños que ahora se reclaman, que son atribuibles a vicios ruinógenos, por lo que, aun siendo válida tal cláusula, recae sobre la comunidad la obligación de reparar los daños de la cubierta. Dice el Supremo: «la reiterada cláusula, aun siendo válida, no atribuye a los usuarios de la cubierta los gastos de reparación que, como los que son objeto de esta litis, no son imputables al uso que de ello se haga por los actores, por lo que no cabe concluir otra solución que su atribución a la comunidad denunciada».

El análisis del título de constitución de la propiedad horizontal es lo que permite en la SAP de Guipúzcoa, de 29 de enero de 1998 (54), concluir que se atribuye a las terrazas carácter privativo, estableciéndose además que «los gastos de conservación de las terrazas y arreglos de goteras corresponden por mitad a los dueños de los pisos a los que pertenecen y los locales a la comunidad de propietarios», llegando, en consecuencia, a afirmar que «ya sean los gastos realizados de conservación u ordinarios o más bien extraordinarios en virtud de lo que expresamente se explicita en las normas de condominio, en ningún caso cabrá condenar a la comunidad de propietarios».

En la SAP de Girona, de 2 de octubre de 1998 (55), el acuerdo relativo a las «responsabilidades ante desperfectos que puedan producirse en la cubierta de la finca que al mismo tiempo es terraza o ático de propiedad y uso exclusivo de un propietario (según título constitutivo) y cause perjuicio a uno o unos propietarios de viviendas situadas bajo la terraza» disponía que «cuando por desgaste del pavimento, u otros motivos se originen molestias con goteras y desperfectos a las viviendas inferiores, corresponde al propietario del ático que tiene su uso y propiedad, costear las reparaciones. Las causas pueden ser la rotura de ladrillos del pavimento, zócalos laterales, o tela o líquido asfáltico

(53) RAJ 1993/8179.

(54) AC 1998/4187.

(55) AC 1998/1807.

considerados accesorios del pavimento)», reservando la responsabilidad de la comunidad en la reparación de defectos cuando procedan de la estructura intermedia de la cubierta o terraza, como puede ser vigaje, forjados, columnas, tuberías interiores, etc., es decir, elementos de propiedad común de la finca.

En la SAP de Asturias, de 23 de octubre de 2001 (56), se habían producido filtraciones en la vivienda de la demandante, que procedían de las terrazas de viviendas situadas en el piso superior: «lo que se discute es si las terrazas y las obras de reparación a ejecutar son elementos comunes de los que deba responder la comunidad o privativos y por tanto la responsabilidad por lo ocurrido incumbe a los propietarios es menester destacar que el título constitutivo (escritura de 2 de octubre de 1978) con claridad establece (apartado octavo) que las terrazas son de uso y disfrute exclusivo de los propietarios de los pisos donde se ubican, añadiendo que todos los gastos de conservación, así como las obras de reparación son de cuenta del propietario que las utilice, quien vigilará expresamente el desagüe de las mismas (fuente de los daños según el perito), a fin de que no haya humedades de agua ni filtraciones para los pisos inferiores. Solo las obras extraordinarias, al conservar la atribución de elemento común, serán de cuenta de la comunidad, entendidas las reparaciones extraordinarias, continúa diciendo el título, las ocasionadas por fuerza mayor o defecto de los materiales o de la construcción mientras que las ordinarias son derivadas del uso normal de la terraza». La Audiencia entiende que «el título es la norma que rige el funcionamiento de la comunidad en cuanto sus postulados no vulneren la Ley, imponiendo su regulación a todos los comuneros (y la demandante lo es), cual declara la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1984 y de 6 de febrero de 1989, etc.), pudiendo pactarse en él la condición común o privativa de elementos como las terrazas (sentencias del Tribunal Supremo de 7 y 24 de octubre de 1978) o el uso exclusivo por ellas de algunos propietarios, delimitándose el grado de intervención y responsabilidad en dichos elementos y en los daños que puedan derivarse de su uso, cual aquí ocurre, en el que se distingue la dualidad de responsabilidad y atención a las reparaciones ordinarias y a las extraordinarias, enumerándose estas, como igualmente se estipula la obligación de efectuar las obras de reparación y mantenimiento encaminadas a evitar daños por filtraciones o humedades a los predios inferiores, que es precisamente el caso que los ocupa y el título encomienda a los que utilizan en su exclusivo provecho las terrazas y no a la comunidad. Esta Sala, en sentencia de 7 de octubre de 1994 y de 3 de septiembre de 1998, ha dicho que, incumbe efectuar las obras de reparación y mantenimiento que impidan causar daños a terceros. En el presente y como quiera que los daños, conforme la propia prueba de la demandada se deben

(56) *JUR* 2002/17065.

a modificaciones realizadas por los usuarios de la terraza, que no implican variación o alteración externa del edificio (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1989) y que se encuentran calificadas como ordinarias en el título a cargo de los propietarios de los predios donde se ubican las terrazas, que las usan en su provecho y no de la comunidad, quienes tienen también asignado imperativamente el deber de evitar las filtraciones y humedades en los pisos inferiores, que pueden proceder de las terrazas, patente es la falta de acción contra la comunidad y la necesidad de analizar los hechos, de acuerdo al artículo 1902 y 1910 del Código Civil, frente a partes distintas, pues no se trata por último de infracción achacable a la demandada, de los deberes de mantener la seguridad y estanqueidad estructural del inmueble a que se refiere el artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal en su redacción actual, sino a la pura reparación de elementos de uso privativo, como el pavimento de las terrazas por obras ejecutadas por los propietarios que las disfrutaban, de las que se derivan daños para otros, todo lo cual obliga a la acogida del recurso y revocación de la apelada».

En la SAP de Madrid, de 6 de octubre de 2003 (57), se dice lo siguiente: «los Estatutos de la comunidad de propietarios, debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad, declaran que “las terrazas igualmente delimitadas y colindantes con los pisos superiores, aunque de propiedad común, serán de uso exclusivo de los propietarios de los referidos pisos, responsabilizándose en cambio de su limpieza y conservación”». Y más adelante, se afirma: «Sobre el deber de mantenimiento de los elementos comunes, y en concreto para las terrazas descritas, corresponde por virtud del mandato de los Estatutos, según se ha transcrito, a los propietarios que detentan el uso exclusivo; pero esta obligación abarca únicamente los elementos integrados en la propia terraza, como lo son las perforaciones-sumideros ubicados en su superficie, y se limita a tareas de mera conservación. Por tanto no se incluyen otros elementos constructivos, como las cazoletas adosadas a la fachada y el colector a que se refiere el informe pericial, ni se impone al propietario deberes que excedan del simple mantenimiento o conservación». El informe pericial constata que el origen de las humedades se encuentra en una defectuosa disposición de los desagües que origina que parte del agua desaguada de la terraza se estanque en las cazoletas y se filtre por el forjado y parte se filtre a través de la cazoleta desfondada, provocando un reguero de agua en la fachada, en alusión a los desagües y cazoletas que se encuentran, no en la superficie de la terraza, sino en la fachada posterior de la vivienda, lo que conduce a ratificar la atribución de su mantenimiento y conservación a la comunidad de propietarios. En concreto, señala la Audiencia: «Como expresa la sentencia recurrida, en su

(57) JUR 2003/258832.

quinto fundamento de derecho, el daño material no deriva del uso inadecuado o defectuoso mantenimiento de la terraza, y su subsanación requiere además la impermeabilización de las perforaciones de los sumideros y la sustitución de las cazoletas rotas, reparando en su caso las conexiones con el colector; por lo que, vista la ubicación del origen del daño, así como la naturaleza de los trabajos a realizar, la comunidad de propietarios es la única obligada por aplicación de los artículos 5, 10, 13.3 y 18.3 LPH».

Distinto a los anteriores es el caso decidido por la SAP de Pontevedra, de 25 de noviembre de 2005 (58), en el que la reparación de la terraza corre a cargo del comunero por el compromiso adquirido por él al serle autorizado el cierre de la terraza: «desde la óptica jurídica, debe entenderse que las terrazas en cuestión constituyen elementos comunes de uso privativo, repartiéndose los gastos ordinarios de mantenimiento a sus propietarios, y los gastos extraordinarios o estructurales a la comunidad, a los efectos dispuestos en los artículos 9 y 10 LPH. En el caso enjuiciado la propia comunidad admite de principio, en Junta celebrada el 29-8-1985, el obligado acometimiento de obras de reparación de terrazas, reconociéndose tácitamente el carácter extraordinario del gasto planteado. Pero a continuación se plantea y acuerda por unanimidad la solución concertada de autorizar la reconfiguración de los áticos a cambio de la asunción por estos de la expresa obligación de reparar todo origen de humedades con adecuado saneamiento e impermeabilización de los primeros. No se trata, por tanto, de entrar en elucubraciones respecto a la condición privada o común de las terrazas, sino de obligar a los propietarios de los áticos demandados a que, simplemente, cumplan con el compromiso asumido, clara y voluntariamente, frente a la comunidad al amparo del artículo 1255 del Código Civil, en la actualidad todavía incumplido de modo patente. Máxime cuando, como se dijo, la doble pericial centra el origen a las filtraciones en los tabiques divisorios de terrazas, lo que determina la responsabilidad y condena de los propietarios de los áticos codemandados, en aplicación de los artículos 9 LPH y 1902 del Código Civil». Condena, en consecuencia, la Audiencia a los propietarios de los áticos a reparar los daños causados en la vivienda de la actora, que demandó a la comunidad (que resultó absuelta) y a los propietarios de los áticos (que sí fueron condenados).

Parecido al anterior es el supuesto enjuiciado en la SAP de Asturias, de 25 de noviembre de 2005 (59). El propietario perjudicado por las filtraciones de su vivienda demandó a la titular del ático que tenía el uso exclusivo de la terraza comunitaria. La Audiencia reconoce que la causa de las filtraciones se halla en elementos estructurales, y no en el uso y mantenimiento hecho por la demandada, por lo que, en principio, se derivaría responsabilidad para la

(58) *JUR* 2006/20740.

(59) *JUR* 2006/689.

comunidad (60). Sin embargo, advierte que se celebró una junta extraordinaria de dicha comunidad en la que la demandada, a cambio de la concesión del uso exclusivo de la azotea, se obligó a la reparación de la cubierta de la cuarta planta (que no podía ser sino la terraza), corriendo de su cuenta todos los gastos originados por la reparación. Para el Tribunal, «dicho pacto, que fue suscrito por unanimidad de los asistentes a la Junta, no puede sino interpretarse en el sentido de la asunción por parte de doña Melisa de la obligación de costear las obras precisas para el arreglo de la cubierta (terraza), sin que se consignase otra cosa, por lo que ha de entenderse tal obligación sin límite ni cortapisa, como tampoco se señaló respecto a la contrapartida por ella solicitada. Quiere esto decir que el demandante, lógicamente conocedor de tal pacto e interesado en su cumplimiento al ser miembro integrante de la comunidad, dirigió su acción frente a quien venía obligada a su cumplimiento en cuanto responsable de la reparación en el punto concreto a que la litis se refiere y, por ende, de los daños causados». La obligación de la propietaria del ático deriva de este pacto, y por ello resulta condenada a la reparación, ratificando la Audiencia, aunque con distinta argumentación, la sentencia de instancia (61).

En la SAP de Granada, de 21 de abril de 2006 (62), el título constitutivo establecía que «en las terrazas de los pisos áticos será sufragada su conservación por el propietario del piso al que pertenece, siendo también de su cuenta todas las reparaciones que ocasionan los daños causados por el mal uso de esta. No obstante, las reparaciones que sean debidas a haber transcurrido el plazo de garantía de la impermeabilización, serán satisfechas por los propietarios de los pisos y locales en proporción a su cuota». El Tribunal decide que han de ser consideradas como obras de conservación o mantenimiento las que afectan al revestimiento deteriorado por el ambiente marino —en concreto, la pérgola, jácenas y pilares han sido objeto de picado en zonas afectadas, limpieza y pa-

(60) «El informe pericial aportado describe la vivienda propiedad de la demandada como tipo ático con una amplia terraza impermeabilizada con una o varias láminas, y desde la que a través de una escalera metálica se accede a una azotea que resulta ser la cubierta de dicho ático.

El señor perito describe como correcto el estado de mantenimiento y conservación de dicha terraza, observando fisuras en su superficie debidas a asientos diferenciales en la estructura del edificio, denotando un pandeo o flexión en los forjados motivado por la fatiga de los materiales de los que están conformados, todo lo cual ha podido afectar a los materiales impermeabilizantes de la terraza.

Rescapitulando lo expuesto, no cabe duda tanto del carácter de elemento común de la terraza como la causa de las filtraciones, no debida a un inadecuado mantenimiento sino a la propia situación estructural de la finca...».

(61) «La señora juez de instancia dictó sentencia en la que, tras rechazar la alegada excepción de falta de legitimación activa, acogió la demanda, y ello en base al criterio de la responsabilidad objetiva fijado en el artículo 1910 del Código Civil, tras razonar el carácter de elemento común de la terraza, si bien de uso exclusivo de la demandada, así como que la causa de las filtraciones lo era el pandeo o flexión de los forjados».

(62) SP/SENT/96232.

sivado de las armaduras, revestimiento y pintado—, correspondiendo las mismas al propietario de la terraza.

En la SAP de A Coruña, de 18 de mayo de 2006 (63), figuran en la escritura de obra nueva y división horizontal dos cláusulas del siguiente tenor: «Los gastos de reparación y conservación de las terrazas producidos por el uso normal de las mismas, serán satisfechos exclusivamente por los dueños de los pisos que tengan terraza unida, debiendo mantenerlas en perfectas condiciones de limpieza y quedando prohibido a los dueños de los pisos altos verter objetos a las mismas» (64), y «todos los demás gastos de conservación y reparación de los elementos comunes serán satisfechos por los distintos propietarios en proporción a la cuota de participación asignada a cada uno de ellos en el valor total del inmueble». Decide la Audiencia, en concreto, que las obras de impermeabilización corresponden a la comunidad de propietarios: «a ningún propietario le es exigible que ejecute a costa de su patrimonio obras en elementos comunes del inmueble al margen de su contribución conforme a su cuota de participación fijada en el título constitutivo. No le podemos hacer, por consiguiente, responsable, a costa de su propio y exclusivo pecunio, de las reparaciones correspondientes a colocar una capa de impermeabilización bajo la baldosa (al haber advertido el perito señor Leonardo que la solución de hacerlo sobre el solado sería una solución temporal y no definitiva), a sustituir y revisar el sumidero y su conexión con la bajante de forma que el desagüe sea suficiente a la aportación de aguas que pueda tener la cubierta, a sellar debidamente los tubos de ventilación, a colocar en aquellos una caperuza en su terminación para evitar la entrada directa de agua y a reparar el tabique divisorio en debida forma para evitar filtraciones en su encuentro con el solado. Consideramos que dichas obras son propias de la comunidad demandada».

Estimamos que los Tribunales, antes de decidir la cuestión que les sea planteada, deberán estudiar cada supuesto examinando el título constitutivo, los estatutos y los acuerdos comunitarios. En ausencia de una previsión específica, resulta de utilidad distinguir dos posibles situaciones, según se impute el coste a la comunidad o al propietario, a la que podemos añadir una tercera, en la que el coste es de ambas partes.

(63) *JUR* 2006/165407.

(64) Para la Audiencia, se asigna a los titulares de los pisos que tengan terraza unida el uso exclusivo de ellas, «y en contrapartida lógica y natural, asumen el mantenimiento y reparación ordinaria de la referida terraza, debiendo conservarla en perfectas condiciones de limpieza...».

3. OBRAS QUE ASUME LA COMUNIDAD

Las obras de carácter extraordinario, que exceden del uso y conservación de la cosa, deben ser asumidas por la comunidad. La STS (Sala 1.^a) de 17 de febrero de 1993 (65), constituye una referencia importante en esta materia. El origen del caso son unas filtraciones de agua y humedades que se produjeron en las viviendas de los actores. Para el Tribunal Supremo, «resulta evidente que como las obras de reparación tendían a suprimir filtraciones de agua y humedades derivadas de determinados vicios constructivos, las mismas excedían de las naturalmente debidas al uso y conservación de la cosa».

La norma que permite declarar la responsabilidad de la comunidad la encontramos en el artículo 10.1 LPH, conforme al cual «será obligación de la comunidad la realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad, accesibilidad y seguridad» (66). La mayoría simple será la requerida para la aprobación de estas obras, siendo aplicable la regla 3.^a del artículo 17 LPH (67).

Las obras se costean, en principio, por los comuneros en proporción a sus respectivas cuotas (68), aunque no puede descartarse otro módulo de distribución del gasto (69). El artículo 9.1.e) LPH indica, como obligación del pro-

(65) RAJ 1993/1239.

En este mismo sentido se había ya expresado la SAP de Barcelona, de 28 de julio de 1989 (citada por LÓPEZ FRÍAS, M. J., *op. cit.*, pág. 632) al afirmar que «la cubierta de un edificio constituye un elemento común del inmueble y su reparación cuando no se trate de gastos de mera conservación corresponden a todos los copropietarios en proporción a sus cuotas ya que en nuestro Derecho no se establece distribución en la contribución a los gastos de tal naturaleza en atención a que el uso no fuera común a todos los condueños a diferencia de otros regímenes de Derecho Comparado».

También puede traerse aquí, aunque no precise el origen de los daños, la argumentación de la SAP de Lleida, de 7 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/118696): «No habiéndose cuestionado por el apelante que nos encontramos ante obras de carácter extraordinario, que exceden de la naturaleza debida al uso y conservación de la cosa (F. J. quinto de la resolución apelada) y no habiéndose acreditado que los daños producidos sean debidos al mal uso o negligencia en el cuidado de la terraza por parte de la demandada (F. J. cuarto) procede confirmar la sentencia puesto que se trata de obras que debe asumir la comunidad de propietarios y, por tanto, se costearán por los comuneros en proporción a sus respectivas cuotas».

(66) La cita del artículo 10 LPH es habitual en este tipo de resoluciones. Entre otras muchas, vid. SSAP de Barcelona, de 29 de octubre de 2003 (*JUR* 2003/260083); Almería, de 26 de abril de 2004 (*JUR* 2004/157995), y Madrid, de 26 de septiembre de 2006 (*JUR* 2006/268784).

(67) Vid. SAP de Pontevedra, de 16 de abril de 2008 (*JUR* 2008/215909).

(68) Así, SSAP de Lleida, de 7 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/118696), y Alicante, de 4 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/163901).

(69) En la SAP de Álava, de 31 de marzo de 2008 (*JUR* 2008/162780), los estatutos establecían que los propietarios del ático tendrían en uso las terrazas del piso, con la obligación de contribuir a los gastos de conservación y de reparación de dichas terrazas en la

pietario, la de «contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización». En consecuencia, hay que atender a la cuota o bien a lo que especialmente tenga establecido la comunidad, pues nada impide señalar, para determinados gastos, un régimen especial de distribución (70); puede, por ejemplo, acordarse que el propietario que tiene el uso exclusivo de la terraza contribuya en una proporción superior, siempre, claro está, que este tipo de acuerdos se adopten en la forma legalmente prevista (71). Por otra parte, la comunidad debe contar con un fondo de reserva, tal y como previene el artículo 9.1.f) LPH, o bien acudir a la derrama extraordinaria si el fondo es insuficiente para hacer frente a la reparación de la terraza.

Son, pues, a cargo de la comunidad la realización de obras que exceden del puro mantenimiento y afectan a elementos estructurales del edificio. Caso paradigmático es el de la impermeabilización (72), que se reputa obra extraordi-

parte correspondiente a los mismos en un 20 por 100, abonando el 80 por 100 restante los propietarios que lo sean de los diferentes elementos que integran cada casa, incluyéndose ellos mismos. La Audiencia reconoce que es un sistema distinto de contribución de gastos, pero que no es aplicable al caso de autos, pues la obra a ejecutar no es de conservación o reparación ordinaria.

(70) Los comuneros gozan de libertad para fijar, convencionalmente, otro módulo de reparto, sin la proporción que conllevan las cuotas de participación.

(71) Dada la trascendencia que tiene esta cuestión, se opta por exigir el consenso unánime de todos los propietarios, sometiendo el acuerdo al riguroso régimen de la regla 1.^a del artículo 17 LPH. Al respecto, ECHEVERRÍA SUMMERS, F., *El estatuto de la Propiedad Horizontal*, Granada, 2000, pág. 467; este mismo autor (pág. 468) pone de manifiesto que la práctica demuestra que la adopción de estos sistemas especiales genera una notable mejora en la gestión cotidiana de los elementos, instalaciones y servicios comunes.

(72) Así, la SAP de León, de 2 de febrero de 1998 (AC 1998/3271): «...la factura cuyo importe se reclama se refiere a tres conceptos, el primero forrar canalón empotrado en terraza con tela asfáltica con protección de aluminio e impermeabilizado, el segundo se refiere a impermeabilizar terraza completa con manta de vidrio y antigoteras, y el tercero alude al alicatado de terraza en gress. Deficiencias cuya reparación ha de hacer frente la comunidad por no derivar las mismas del uso exclusivo de la terraza por la propietaria demandada, sino que son propias de un elemento común por naturaleza como es la terraza en cuestión, la cual sirve de cubierta a los pisos inferiores».

En la SAP de La Coruña, de 30 de septiembre de 1999 (EDJ 1999/46397), se dice: «...el resto de las reparaciones precisas en la tela asfáltica de impermeabilización de la terraza, distintas de las correspondientes a la piscina, competirían a la comunidad, sin que, no obstante, podamos condenar a la misma, toda vez que, al haber sido absuelta, no se recurrió tal pronunciamiento por la actora».

Otra referencia es la de la SAP de Alicante, de 4 de mayo de 2005 (JUR 2005/163901), en la que los daños tienen origen en «la inexistencia de capa impermeable de las terrazas de las viviendas de la última planta»: «...aunque tenga el uso reservado de la terraza, lo cierto y real es que, desde el punto de vista estructural del edificio, la terraza constituye cubierta de la vivienda de la demandada, y en esos casos la responsabilidad dimanante de los daños por filtración de agua pluvial incumbe siempre a la comunidad, porque la misma deriva de

na (73) y que, por ello mismo, excede del normal uso (74) y disfrute y de la obligación de mantenimiento ordinario que recae sobre el propietario del ático que tiene el aprovechamiento exclusivo de la terraza. La SAP de Barcelona, de 29 de octubre de 2003 (75), destaca por la claridad de su planteamiento, considerando que las humedades han sido provocadas por el deterioro de la tela asfáltica, cuya sustitución incumbe a la comunidad: «El Juzgador de Instancia hace una interpretación de la obligación de conservación que se corresponde con el sentido habitual y sociológico de esta expresión en este tipo de conflictos; también el perito judicial señor Sen expresó igual parecer. Tal criterio parte de distinguir lo que son los gastos normales de mantenimiento que indiscutiblemente serían del que utiliza la terraza, así como las reparaciones menores puntuales que exija su conservación y lo que es la reconstrucción de la cubierta del edificio en esta zona, cuando ha perdido la estanqueidad necesaria por envejecimiento natural de los materiales. Obsérvese que un criterio similar es el de la ley de arrendamientos en un conflicto en el que, de igual manera, hay un titular que no controla efectivamente el inmueble, y un poseedor arrendatario que lo utiliza».

su naturaleza como elemento de la estructura del edificio, que siempre es común, y no de la propiedad o del uso que sobre la superficie de la terraza se disponga o detente.

Por tanto como esta terraza hará las veces del necesario tejado, su conservación en perfectas condiciones de impermeabilidad y eficiencia a todos los conductores del inmueble beneficia y concierne, los gastos que ello origine, es decir, los de reparación y conservación de las mismas y de los daños que como consecuencia de filtraciones u otras averías, pudieran originarse en otras partes del inmueble, serán satisfechas por todos los conductores del mismo en proporción a sus respectivas cuotas de propiedad».

Asume también los gastos de impermeabilización la comunidad en las SSAP de Madrid, de 24 de mayo de 1996 (*RGD*, 1996, pág. 8809 y sigs.); Pamplona, de 9 de marzo de 1999 (*RGD*, 1999, pág. 12205); Barcelona, de 29 de marzo de 2000 (*AC* 2000/4587); Segovia, de 30 de junio de 2005 (*JUR* 2005/221256); Madrid, de 18 de octubre de 2005 (*JUR* 2005/266818); Barcelona, de 19 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/217287); Madrid, de 4 de abril de 2008 (*JUR* 2008/180629), y Santa Cruz de Tenerife, de 2 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/251871). Referencias más antiguas, pero habitualmente manejadas, son la SAT de Burgos, de 6 de mayo de 1985 (*RGD*, 1986, pág. 3421 y sigs.), y la SAP de Oviedo, de 24 de enero de 1989 (*RGD*, 1990, pág. 3822 y sigs.).

(73) Califica la impermeabilización de la terraza como reparación «extraordinaria» la STS (Sala 1.ª) de 9 de diciembre de 1983 (*RAJ* 1983/6926). No sabemos, sin embargo, si se trataba de un caso de propietario del ático con terraza de uso exclusivo.

(74) Se considera que el deterioro de la tela asfáltica nada tiene que ver con el uso.

(75) *JUR* 2003/260083. El demandante tenía atribuido el uso exclusivo de la terraza situada encima de su piso, si bien con la carga, reflejada en los Estatutos, de atender «de forma exclusiva, a su limpieza y conservación». El deterioro de la tela asfáltica, que ya ha cumplido su periodo de servicio útil, es lo que provoca las humedades en el piso. La comunidad alegaba que mediante la cláusula estatutaria se quiso trasladar sobre los titulares del uso exclusivo de las terrazas la misma obligación de conservación que en otro caso tendría la comunidad de conformidad con el artículo 10 LPH, pero para la Audiencia, «ninguna prueba hay sobre una voluntad específica en tal sentido, por lo que entendemos debe confirmarse la resolución del Juzgado que atiende al sentido normal de tal expresión en este tipo de situaciones».

Hay otros casos. Así, ante un supuesto de reparación en los voladizos de la terraza, se declara que ha de correr por cuenta de la comunidad y no de la titular de la vivienda en cuyo paramento exterior se ha ocasionado el desperfecto (76).

Las SSAP de Burgos, de 18 de enero de 1999 (77), y Alicante, de 1 de junio de 2005 (78), consideran obligación de la comunidad las obras exigidas por el cambio de desagües. En la doctrina, se refiere BATLLE VÁZQUEZ (79) a la insuficiencia de los canales de desagüe, que pueden ser causa de rebosamientos en caso de lluvia abundante dañando a los pisos inferiores sin culpa del dueño de la terraza, considerando que la responsabilidad es de la comunidad.

El caso de la SAP de Burgos, de 18 de enero de 1999, acabada de citar, es el del deterioro o envejecimiento de la lámina aislante existente bajo el solado de la terraza, origen de las filtraciones producidas en el salón de la vivienda del actor. El solado presentaba un estado de normalidad (no se aprecian roturas, cuarteados, fisuras o grietas) y las obras de mantenimiento o conservación descritas en el informe pericial son calificadas como necesarias y urgentes, debiendo correr a cargo de la comunidad.

Los gastos de reparación de las barandillas merecen también un comentario, pues son ya varias las sentencias que tratan este aspecto concreto. Son casos en que, por ejemplo, la barandilla está deteriorada o falta sujeción en algunos tramos. Con independencia de lo que pueda decirse en una previsión específica de los estatutos, lo cierto es que, con carácter general, las barandillas son consideradas revestimiento exterior del inmueble, formando parte de la fachada y, por tanto, se encuadran entre los elementos comunes, correspondiendo su reparación o sustitución a la comunidad de propietarios.

Así sucede en la SAP de Tarragona, de 3 de diciembre de 2004 (80), en la que se condena a la comunidad de propietarios a llevar a cabo a su costa las obras necesarias para la sustitución íntegra de las barandillas que circundan la

(76) SAP de Alicante, de 18 de abril de 2002 (*JUR* 2002/155520): «Todo lo expuesto conduce, en el caso concreto, a la confirmación de la sentencia dictada que declara nulo el acuerdo, punto tercero de la Junta de Propietarios de la comunidad demandada, por el que se imputaba a la demandante el pago de las obras realizadas en el canto del voladizo de la terraza, por ser precisamente la comunidad la que viene obligada a reparar los desperfectos localizados en dicho voladizo de la vivienda de la señora G., al quedar acreditado que la zona afectada pertenece a la estructura del inmueble, y no haber quedado probado que los mismos sean efecto de un uso inadecuado de la terraza por parte de la propietaria u ocupante de la misma, ya que nada impide sostener a la vista de la prueba practicada, que tales daños provengan de un uso indebido daños dolosos o culposos o de falta de mantenimiento por parte de la actora, como causas de exoneración de los artículos 9 y 13 de la LPH, que a la propia comunidad recurrente correspondía haber acreditado, y que no ha hecho».

(77) AC 1999/2772.

(78) *JUR* 2005/203858. Pone estas obras como ejemplo de obras que incumben a la comunidad, junto con la impermeabilización.

(79) BATLLE VÁZQUEZ, M., *La propiedad de casas por pisos*, Alcoy, 1980, pág. 108.

(80) EDJ 2004/261209.

terrazza aneja al piso-ático de la demandante: «especialmente cuando se cierran terrazas o balcones, las barandillas de las terrazas forman parte de la fachada y, por lo tanto, deben conservarse por la Comunidad a fin de que el edificio, en su aspecto externo, presente un carácter estético uniforme. El hecho de que la terraza del ático tenga un carácter privativo no implica que de esta naturaleza participa la barandilla». Añade más adelante: «una vez que ha quedado claro la naturaleza de bien común de la fachada, es evidente que la barandilla de la terraza del ático tiene el carácter de elemento común del edificio». Para la Audiencia, la barandilla «es parte integrante de la fachada del edificio».

En la SAP de Cantabria, de 13 de julio de 2005 (81), se declara la nulidad del acuerdo por el que se decide que sea cada uno de los propietarios de las viviendas el que sufrague los gastos de reparación o sustitución de las barandillas de la terraza. Los actores aducen, con indudable acierto a juicio de la Audiencia, que la decisión adoptada vulnera lo dispuesto en el artículo 10.1 LPH. En el título constitutivo se establece, en relación a las terrazas existentes en el edificio, que tendrán la consideración de elemento común del inmueble, aunque su uso y disfrute se asigne a viviendas concretas. Se dice: «Las terrazas que son cubierta de todo o parte del inmueble son elementos comunes, aun en el supuesto de que el uso o disfrute de la misma sea privativo del piso que se encuentra en el mismo nivel. La jurisprudencia al respecto es abundante (STS de 20 de marzo de 1970, de 22 de diciembre de 1978, 15 de marzo de 1985, 27 de febrero de 1987 y 29 de julio de 1995). En las terrazas comunitarias existe una barandilla y esa barandilla ha de ser repuesta por la comunidad porque forma parte de la

(81) *JUR* 2005/199075.

Con anterioridad, la SAP de Cantabria, de 25 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/157655), había aprobado el proceder de los propietarios del ático que, ante la desidia de la comunidad, repusieron la barandilla que la propia comunidad había retirado como consecuencia de su mal estado y cuyo coste de reposición debía ser ahora reintegrado a los demandantes. Dice la Audiencia: «La comunidad estaba obligada a reponer la barandilla, y ello por varias razones: 1.ª) Porque existía con anterioridad a su demolición, y formaba por tanto parte de la estructura del edificio. 2.ª) Porque, siendo la terraza accesible desde la vivienda de los actores, y teniendo dicha vivienda reservado su uso y disfrute exclusivo, la barandilla se configura como un inequívoco elemento de seguridad del elemento común terraza-cubierta, además de su función puramente ornamental o de estructura. No se concibe una terraza sin barandilla. Si la comunidad la retiró —con buen criterio, para evitar su caída, en todo o en parte, a la vía pública—, la comunidad deberá reponerla, pues tal reposición se incardina en sus obligaciones derivadas del artículo 10 LPH, que recuerda que es obligación de la comunidad «la realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad y seguridad». Y no cabe alegar que la barandilla se retiró porque los actores no lo hicieron, al incumbir a estos mantenerla en buen estado de conservación no se trata de la barandilla de un balcón particular, sino de la barandilla de una terraza-cubierta que es elemento común, barandilla cuya colocación resulta obligatoria fuere o no privativo el uso o disfrute de la terraza, correspondiendo a la comunidad, y no a los usuarios de la terraza, mantenerla en buen estado».

estructura del edificio y se configura como un inequívoco elemento de seguridad de este elemento común, además de su función unificadora de la estética de la fachada del inmueble. No se concibe una terraza sin barandilla y la comunidad ha de costear su reposición en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 de la LPH, conforme al cual: «será obligación de la comunidad la realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales de estanqueidad, habitabilidad, accesibilidad y seguridad». Y no cabe alegar que su reposición incumbe a los demandantes a título particular por falta de diligencia en la conservación de este elemento común, ya que también la obligación de conservación de este elemento común incumbe a la comunidad conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la LPH». La sentencia de la Audiencia declara la nulidad del acuerdo, por infringir el artículo 10.1 LPH.

4. OBRAS QUE ASUME EL PROPIETARIO

El propietario que tiene el uso exclusivo de la terraza debe asumir las obras de reparación de carácter ordinario, que son aquellas que derivan del mero uso. Parece abusivo y contrario a la equidad imputar este tipo de gastos al resto de propietarios que no disfrutan este elemento común. Esta obligación es independiente de que el derecho sea efectivamente utilizado o no por su titular, no pudiendo eximirle de responsabilidad la falta de uso. Las resoluciones judiciales, como veremos más adelante, han venido admitiendo que la atribución del uso exclusivo de las terrazas lleva consigo, a cargo del propietario o propietarios directamente beneficiados, la obligación de correr con los gastos que se deriven de la conservación y reparación ordinaria de las mismas (82), más concretamente las que afectan a su superficie o pavimento.

Toda esta problemática se comprende mejor si pasamos al estudio de los diferentes supuestos que se han ido decidiendo por los Jueces y Tribunales.

Uno de los casos más frecuentes que se plantea en la práctica es el de las baldosas rotas o desprendidas. El deterioro puede deberse al uso, al transcurso del tiempo o a una acción negligente del propietario del ático; no hay duda aquí que la reparación corresponde al usuario de la terraza. Otra cosa es que los desperfectos tengan origen en problemas de impermeabilización, en cuyo caso correrá a cargo de la comunidad el coste de la reparación.

(82) Califica la SAP de A Coruña, de 18 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/465407), de contrapartida lógica y natural que los titulares que tengan el uso exclusivo de la terraza asuman «el mantenimiento y reparación ordinaria de la referida terraza, debiendo conservarla en perfectas condiciones de limpieza...».

También en este punto hay que referirse a la STS (Sala 1.ª) de 17 de febrero de 1993 (83). Califica como obras que responden al normal uso y conservación de las terrazas —y, por ello mismo, de la incumbencia del propietario— aquellas que consisten en la reposición de las baldosas rotas, que equivalen, en el caso de autos, a la sustitución o reparación de la superficie de rasilla cerámica.

Para la SAP de Madrid, de 20 de octubre de 1995 (84), el daño que se viene sufriendo en la vivienda de los demandantes tiene su causa «en la falta de mantenimiento y revisión de la cubierta, lo que se concreta en la rotura o mal estado de la membrana impermeabilizante de la cubierta dado el escaso mantenimiento, así como a la falta de reposición y limpieza, ya que los sumideros se obstruyen siendo incapaces de recoger y conducir todo el agua, presentando el elemento de cubrición, baldosín catalán, unidades sustituidas por otras nuevas alrededor de los sumideros, y otras reparaciones parciales, como provocadoras de las humedades que sufre el piso de los demandantes a través de su cubierta que constituye terraza a nivel de uso privativo de la parte ahora recurrente», considerando, en consecuencia, que «no se está observando la obligación de mantener la terraza de modo tal que no perjudique a los demás copropietarios y por ello es procedente la condena que en demanda se postula frente al codemandado ahora apelante, sobre quien pesa esa obligación de conservación ordinaria, y no sobre elementos estructurales, que no se determinan como causantes de los daños».

La SAP de Burgos, de 18 de octubre de 2002 (85), decide condenar a las propietarias demandadas a la sustitución del pavimento, cuyo deterioro se había producido como consecuencia del uso ordinario de la terraza: «la jurisprudencia viene admitiendo igualmente la posibilidad de que, bien en los estatutos, bien por acuerdo adoptado válidamente en Junta General, la Comunidad pueda establecer un derecho de uso exclusivo en favor de una determinada vivienda o local, atribución de uso exclusivo que en ningún caso puede confundirse con el derecho real de propiedad (SSTS de 24 de octubre de 1978, 23 de mayo de 1984, 3 de febrero de 1987, 14 de octubre de 1991, 22 de abril de 1992 y 8 de octubre de 1993), pero en el bien entendido de que, como bien se expresa en la ya citada sentencia de la Sección 1.ª de la AP de León, de 21 de junio de 1994, la atribución en favor de un copropietario del uso exclusivo de un elemento común tiene como natural contraprestación las obligaciones de mantenimiento que recaen sobre el usuario exclusivo, pues la utilización exclusiva de un elemento común, implica la obligación de mantener, conservar y reparar todas aquellas deficiencias en dicho elemento, que sean producto del uso y disfrute ordinario propio de un diligente y cuidadoso usuario de cosa ajena, dejando

(83) *RAJ* 1993/1239.

(84) *RGD*, 1996, pág. 778 y sigs.

(85) *Act.Civ.* 2002/261.

para la propiedad —la comunidad de propietarios— todas aquellas reparaciones u obras de carácter extraordinario o urgente que vayan más allá del derecho del usuario (sentencias de la Sala Primera del TS de 17 de febrero y 11 de octubre de 1993)». En el caso de autos, se dice por el Tribunal que «el mal estado del pavimento de dicha terraza es consecuencia del uso ordinario de dicho patio por parte de las citadas demandadas, de manera que, puesto que ha quedado parcialmente acreditado que el mal estado del pavimento de dicha terraza, junto con el mal estado de la capa impermeabilizadora, ha contribuido a la aparición de filtraciones de agua en una determinada zona del local de la demandante, están obligadas las hermanas T. G. a costear, sino la sustitución de la capa impermeabilizadora, a la que no tienen acceso directo, ni consta que se haya deteriorado por el uso ordinario de la terraza, sí la sustitución del pavimento».

La SAP de Asturias, de 23 de octubre de 2001 (86), sitúa a cargo de los propietarios la obligación de reparar el pavimento de las terrazas deteriorado por obras ejecutadas por estos mismos propietarios que las disfrutan: «En el presente y como quiera que los daños, conforme la propia prueba de la demandada se deben a modificaciones realizadas por los usuarios de la terraza, que no implican variación o alteración externa del edificio (sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de julio de 1989) y que se encuentran calificadas como ordinarias en el título a cargo de los propietarios de los predios donde se ubican las terrazas, que las usan en su provecho y no de la Comunidad, quienes tienen también asignado imperativamente el deber de evitar las filtraciones y humedades en los pisos inferiores, que pueden proceder de las terrazas, patente es la falta de acción contra la comunidad y la necesidad de analizar los hechos, de acuerdo al artículo 1902 y 1910 del Código Civil, frente a partes distintas, pues no se trata, por último, de infracción achacable a la demandada, de los deberes de mantener la seguridad y estanqueidad estructural del inmueble a que se refiere el artículo 10 de la Ley de Propiedad Horizontal en su redacción actual, sino a la pura reparación de elementos de uso privativo, como el pavimento de las terrazas por obras ejecutadas por los propietarios que las disfrutan, de las que se derivan daños para otros, todo lo cual obliga a la acogida del recurso y revocación de la apelada».

Otro caso de responsabilidad del propietario es el de la SAP de Girona, de 2 de octubre de 1998 (87). La ampliación y modificación de la terraza del ático, llevada a cabo por el propietario que tenía su uso exclusivo y sin que conste solicitud de autorización a la comunidad, está en el origen de las humedades y filtraciones producidas en el piso inferior; en concreto, la defectuosa unión de los dos tramos de terraza, el originario y el ampliado, por una probable falta de buenas condiciones de la tela asfáltica en dicha unión, hace que se filtre el

(86) *JUR* 2002/17065.

(87) *AC* 1998/1807.

agua de lluvia bajo la tela asfáltica y discurra por buena parte del subsuelo de la terraza afectando al techo de la finca inferior.

Tampoco hay que descartar que el propietario tenga que asumir el coste de obras que, en principio, corresponden a la comunidad, si se demuestra que los daños han sido debidos a su negligencia —o la de las personas por quienes debe responder— en el cuidado de este elemento común (88). Una gotera causada por un atasco en el sumidero es un ejemplo claro de negligencia del propietario del ático; es el supuesto de la SAP de Ourense, de 9 de mayo de 2001 (89), si bien aquí la terraza estaba situada en la primera planta: «las terrazas existentes en edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal tienen el carácter de elemento común y, por ello, el mantenimiento en buen uso de acuerdo con el destino que les es propio corresponde a la Comunidad, la cual ha de hacer las reparaciones precisas para conservarlas adecuadamente impermeabilizadas; pero el uso puede corresponder exclusivamente a la finca en la que se halle integrada, como ocurre en el supuesto que se enjuicia, en la que las partes reconocen que corresponde al propietario de una de las viviendas de la primera planta, el demandado-apelante, y es él quien está obligado a mantenerla limpia y en estado de no causar daños a los restantes usuarios, y por consiguiente, al producirse filtraciones por falta de limpieza, lo que atascó los desagües, él es el único responsable, más cuando ningún vecino podría acceder a ella sin su consentimiento. El que haya pasado varios años en el extranjero en nada afecta a su obligación de conservar el inmueble en buen uso».

(88) Se afirma en la SAP de Barcelona, de 21 de octubre de 1997 (*EDJ* 1997/14353): «como pone de manifiesto la sentencia de instancia, la terraza es un elemento común, por servir de cobertura a los pisos o locales inferiores, y por tal razón debe ser mantenida por la comunidad, sin perjuicio de la responsabilidad de su usuario si los daños producidos desde la misma hubiesen sido consecuencia de su culpa o negligencia».

(89) *JUR* 2001/151391.

Puede también citarse la SAP de Lugo, de 27 de julio de 1995 (*RGD*, 1996, pág. 3230), aunque el daño no se origina en un ático, sino en la planta segunda donde estaban ubicados los locales comerciales que disfrutaban de terraza por el retranqueo sobre la planta inferior. Dice la Audiencia: «Como la terraza llegó a tener el sumidero atrancado, el agua pluvial caída sobre ella no encontró su salida normal, y entonces alcanzó el establecimiento mercantil situado en la planta baja, en el que produjo daños, existiendo una relación de causalidad entre este efecto perjudicial y la situación anómala de sumidero, el cual se encontraba así por no habersele prestado el necesario cuidado para cumplir la función de evacuar el agua, cuidado que correspondía exclusivamente a “A. E., S. A.”, porque forma parte del uso y disfrute de la terraza, facultad que solo él tiene, lo que implica el mantenimiento en buen estado de los desagües, exigencia que trae consigo, la lógica consecuencia de atribuirle la responsabilidad por los daños que su atranco produzca, cuando, como sucede en este caso, sea debido a una omisión negligente, pues una mínima diligencia hubiera impedido la obturación del sumidero, y entonces nadie más que “A. E.”, es responsable de los daños, y sin embargo, no ha sido demasiado, no pudiendo válidamente objetarse que, como la terraza es un elemento común, su mantenimiento es competencia de la comunidad de propietarios, porque, a pesar de esa naturaleza, hay un uso y disfrute exclusivo, en función del cual, no por otra causa, ocurrieron los daños».

La responsabilidad del propietario encuentra, en definitiva, su base legal en el artículo 9.1.b) LPH, donde se establece, entre otras obligaciones, la de «mantener en buen estado de conservación su propio piso o local e instalaciones privativas, en términos que no perjudiquen a la comunidad o a los otros propietarios, resarciendo los daños que ocasione por su descuido o el de las personas por quienes deba responder».

Ahora bien, la dejadez del propietario en afrontar estas reparaciones no debe impedir a la comunidad ejecutarlas por sí misma y solicitar posteriormente su reembolso del titular del ático.

5. CONDENA DE LA COMUNIDAD Y DEL PROPIETARIO

Una situación distinta a la de los casos anteriores debe también ser objeto de estudio. Nos referimos, en concreto, a la condena solidaria de la comunidad y del propietario, cuando ambos son declarados responsables del daño producido. Se impone esta solución cuando no es posible atribuir a cada una de las partes demandadas, de forma individual, la responsabilidad en los desperfectos y se constata que la causa de los daños se encuentra en el incumplimiento de las obligaciones que incumben a todas ellas.

Así, en la SAP de Barcelona, de 30 de junio de 2006 (90), se condena solidariamente a la propietaria del ático (la terraza era elemento común de uso privativo) y a la comunidad a realizar las obras necesarias para evitar las filtraciones de agua y al pago del coste de los trabajos de pintura que precisa la vivienda de la demandante, pues aparecieron manchas de humedad en los techos del comedor y de una de las habitaciones individuales. Se aprecia que las filtraciones en el piso de la actora derivan de la concurrencia de diversas causas, que denotan tanto un defectuoso mantenimiento del elemento común como un uso indebido de la terraza por parte de quien la utiliza habitualmente. Se habla, por un lado, del desgaste de la cubierta, con una incorrecta impermeabilización de la terraza, así como el mal funcionamiento del desagüe, y por otro, del hecho de haber procedido a la modificación de los sumideros por parte de la propiedad del ático y la adición de algunos elementos en la cubierta, como es el caso de un aparato de aire acondicionado con un desagüe conectado al desagüe de la cubierta y otro evacuando directamente sobre el pavimento. Por ello, entiende el Tribunal que «la única solución posible ante la legítima pretensión actora de que cesen las filtraciones que provienen de la terraza del piso superior y se reparen los daños que le han ocasionado (humedades en techo) es condenar a ambas demandadas a indemnizar a la actora de forma solidaria por los perjuicios».

(90) TOL 1.024.218.

cios sufridos como consecuencia de las filtraciones, y es que en casos como el presente, en que se adivina la concurrencia de diversas actuaciones negligentes imputables a distintas personas, la jurisprudencia se inclina por acudir, con fundamento en la salvaguarda del interés social (STS de 24 de septiembre de 2003) en cuanto constituye un medio de protección de los perjudicados (STS de 15 de abril de 2003), y, por tanto, en beneficio del perjudicado que no ha tenido responsabilidad alguna en el siniestro, a lo que se ha venido a definir como solidaridad impropia, haciendo recaer la responsabilidad del siniestro en todos ellos de forma solidaria, sin perjuicio del derecho de que quien finalmente abone la indemnización y efectúe la reparación de la terraza pueda repetir contra los demás», añadiendo que «cierto es que tal figura exige la indiscernibilidad en su respectiva responsabilidad, esto es, que no sea factible, por el resultado de las actuaciones, la determinación individual y personal de las responsabilidades atribuibles a los agentes intervinientes (STS de 24 de mayo de 2004), pero es que precisamente en el caso de autos no resulta posible efectuar tal determinación ni eximir de responsabilidad a ninguna de las demandadas».

En otras ocasiones resulta, en cambio, posible individualizar la responsabilidad de cada uno de los sujetos que han sido demandados. Se aprecia en estos casos el carácter mancomunado de la obligación de reparar.

Se condena, en la SAP de Madrid, de 23 de mayo de 2007 (91), a los propietarios de la terraza (92) y a la comunidad al levantamiento de la impermeabilización y la colocación de una nueva, debiendo soportar el coste de estas obras al 50 por 100 la comunidad y la otra mitad los otros dos codemandados. Para el Tribunal «la terraza-cubierta aneja a la vivienda constituye al propio tiempo elemento común, en su estructura, y elemento privativo, en sus elementos superficiales y externos, y el deber de velar por su conservación de forma que se evite la filtración de aguas hacia el interior del edificio incumbe simultáneamente a doña Cecilia y don Pedro Antonio, como propietarios de la vivienda y a la comunidad de propietarios, en cuanto las filtraciones provienen del defectuoso mantenimiento y conservación de los elementos superficiales y estructurales de la terraza, y singularmente de la omisión del reforzado deber de mantenimiento que se precisa en las zonas superficiales de encuentro de la terraza con los paramentos verticales de la vivienda, en su estructura original y en la ampliada».

En la SAP de Barcelona, de 2 de julio de 2007 (93), se considera probado que el origen de las filtraciones se encuentra tanto en el mal estado del pavimento (responsabilidad del propietario del ático) como en la caducidad de los materiales

(91) *JUR* 2007/199892.

(92) La terraza figuraba inscrita como parte integrante de la vivienda, teniendo (al parecer) el carácter de elemento privativo.

(93) *JUR* 2007/285321.

que garantizan la estanqueidad del edificio (responsabilidad de la comunidad). Se condena al propietario del ático a realizar las obras de mantenimiento general de la terraza y a la comunidad a las obras necesarias para reponer la tela asfáltica de dicha terraza. Entiende la Audiencia que no es posible atribuir de forma exclusiva la responsabilidad a uno solo de los demandados (94) y declara la naturaleza mancomunada de la obligación (95), lo cual es una apreciación correcta en tanto en cuanto se habían identificado de manera concreta los respectivos ámbitos de responsabilidad del propietario y la comunidad.

Mencionamos también en este apartado a la SAP de Bilbao, de 7 de noviembre de 1991 (96), aunque el origen del conflicto (un acuerdo comunitario, que resulta impugnado) sea distinto al de los anteriores fallos. Declara la Audiencia la validez del acuerdo, por el que la comunidad asumía el coste de la reparación de la tela asfáltica de la terraza privativa y el cincuenta por ciento del coste de la mano de obra necesaria para colocar las baldosas, en compensación por los inconvenientes que para los propietarios de la terraza supondrían las propias obras al tener que levantar todo el enlosado de la terraza para la sustitución de la tela asfáltica. Dice la Audiencia: «la comunidad asume la totalidad de los costes de colocación de la tela asfáltica como elemento común que este es y además se hace cargo del cincuenta por ciento de los gastos originados en concepto de mano de obra para la colocación de las baldosas, mientras que la parte demandada tiene que asumir el otro 50 por 100 restante y el coste del material, lo cual es lógico y equitativo porque el suelo de la terraza es elemento

(94) «...si el origen de las filtraciones se encontrara tan solo en el mal estado del pavimento, la responsabilidad sería exclusiva del propietario demandado, y en cambio, si el daño pudiera derivarse únicamente del mal estado de la tela de impermeabilización, deberíamos hacer recaer sobre la comunidad la obligación de asumir el coste total de la reparación.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, no puede hacerse una atribución exclusiva en la forma expuesta, por lo que no será posible atender a ninguno de los dos recursos porque cada una de las partes busca responsabilizar a la contraria por la vía de determinar que el origen de los daños se encuentre en una u otra patología.

Para analizar el estado de la terraza disponemos del informe pericial emitido por el arquitecto técnico señor Gregorio, que se acompañó al escrito de demanda, y en el que expone que estas filtraciones tienen su origen en dos hechos claramente visibles: 1) el nulo mantenimiento de la terraza por parte del propietario, y 2) la instalación de pilares metálicos apoyados sobre la cubierta por medio de dados de obra que originan más puntos de filtración. Asimismo, se destacó por el indicado perito que los materiales que garantizaban la estanqueidad del edificio habían caducado».

(95) Lo hace, precisamente, al hilo de la condena en costas: «Tan solo existe un extremo en el que la sentencia debe ser modificada, y es el relativo a las costas, pues en tanto que la indicada resolución impone las costas con carácter solidario a los demandados, asiste la razón a la comunidad apelante cuando señala que tal condena debió ser, en su caso, de carácter mancomunado, de acuerdo con la naturaleza de la obligación principal impuesta a los demandados, pues si la misma tiene este carácter, derivación natural de ello, es que la condena en costas sea también de carácter mancomunado y no solidario...».

(96) RGD, 1992, pág. 6143 y sigs.

privativo, de disfrute exclusivo de los copropietarios demandantes y, obviamente, de dichos costos de material deben hacerse cargo, pues ellos son los únicos beneficiarios, sobre todo teniendo en cuenta que dichas losetas deben sustituirse ya a consecuencia de su deterioro. Tampoco son abusivos los acuerdos de la comunidad de propietarios porque esta se hace cargo además de lo que estrictamente le corresponde como gastos derivados de la colocación de la tela asfáltica y de la mitad del costo de la mano de obra para la colocación de las losetas, lo cual en cierto modo viene a resultar una compensación para los copropietarios actores de las inconveniencias que para ellos representa el tener que levantar todo el enlosetado de la terraza para la sustitución de la tela asfáltica, pero no hay que olvidar que también las losetas están deterioradas y deben sustituirse, y aunque las humedades del piso inferior se deban fundamentalmente a fallos del sistema de impermeabilización, no se excluye del todo por el perito que alguna incidencia pudo tener el mal estado del pavimento».

6. DESPERFECTOS CAUSADOS POR DEFECTOS DE CONSTRUCCIÓN

La obligación de reparar que recae sobre la comunidad ha sido objeto de discusión cuando los daños son atribuibles a los llamados vicios ruinógenos o de construcción: ¿responde la comunidad o los agentes que intervinieron en la construcción del edificio?

El caso de la SAP de Cantabria, de 18 de octubre de 2001 (97), nos sirve de ejemplo para plantear la cuestión debatida, señalándose en el informe pericial que «no es que no se haya instalado ningún tipo de impermeabilización debajo del pavimento, sino que carece de este pavimento, siendo la terminación del forjado estructural la que hace de pavimento».

No es infrecuente que la comunidad demandada intente exonerarse de responsabilidad, alegando que se trata de defectos que tienen origen en la construcción misma de la terraza, siendo, por tanto, incumbencia del arquitecto, constructor y demás agentes que intervinieron en el proceso constructivo. La respuesta a esta cuestión es clara: la comunidad sigue estando obligada a realizar las obras de reparación que legalmente le corresponden, con base en la LPH, sin que ello sea obstáculo para el ejercicio de las acciones contra quienes proyectaron y construyeron el edificio (98).

(97) SP/SENT/32399. Para la Audiencia, la reparación de la terraza privativa no corre a cargo de su titular, sino que resulta obligación de los copropietarios del inmueble.

(98) Es precisamente lo que sucede en el caso decidido por la SAP de Barcelona, de 7 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/138193). El origen del pleito, interpuesto por la comunidad, es el defecto de desprendimiento de las losas de los balcones y de la escalera, así como humedades detectadas en uno de los pisos. Resultan condenados la promotora-constructora, el

Para ROCA GUILLAMÓN (99), la pretensión de exigir a la comunidad el cumplimiento de su deber de realizar las obras necesarias «ha de prosperar incluso abstracción hecha de mediar pendiente una reclamación por vicios de la construcción a los que se achaca el mal estado de la finca, y de los que deban responder cualquiera de los ahora llamados agentes de la edificación».

Se pronuncia sobre este tema la SAP de Almería, de 26 de abril de 2004 (100), y lo hace en unos términos que no dejan margen a la duda. La

arquitecto y los aparejadores. La Audiencia considera que las deficiencias no se deben a la falta de conservación y mantenimiento de la comunidad, sino a vicios constructivos.

(99) ROCA GUILLAMÓN, J., en *Comentarios a la Ley de Reforma de la Propiedad Horizontal* (art. 10), coordinador: CUADRADO IGLESIAS, M., Madrid, 2000, pág. 386.

(100) *JUR* 2004/157995.

En la misma línea, con anterioridad, la SAP de Cantabria, de 28 de octubre de 1996 (AC 1996/1812), había ya declarado: «La comunidad demandada sostuvo en la instancia que no está obligada a reparar la terraza común ni a responder de los daños causados por tratarse de unos defectos constructivos que tienen su origen en la construcción misma, lo que hace aplicable al caso el artículo 1591 del Código Civil, con responsabilidad exclusiva o solidaria, en su caso, del arquitecto, constructor y demás intervinientes en la construcción, mientras que el actor ha sostenido que en todo caso la comunidad demandada debe proceder a la reparación de la terraza y a indemnizarle de los daños causados en aplicación de lo dispuesto en los artículos 3, 9 y 18.1.º y 3.º de la Ley de Propiedad Horizontal y 1902 del Código Civil. Esta última tesis es la que esta Audiencia considera correcta y de aplicación al caso, lo que conduce a la estimación del recurso y de la demanda. En efecto, con ser cierto que tratándose de defectos constructivos causantes de ruina, total o parcial, material o funcional, el arquitecto, constructor, promotor y aparejador son responsables cada uno en la esfera que le es propia o solidariamente en caso de no poder deslindarse esas responsabilidades, conforme al artículo 1591 del Código Civil y la doctrina legal que lo interpreta y de cuyo amplio conocimiento por las partes hay muestras sobradas en los escritos rectores del proceso y en los del recurso e impugnación, tal responsabilidad frente al dueño de la obra, la comunidad de propietarios o incluso los adquirentes originarios o posteriores de los diversos pisos y locales no se ve interferida por el deber de la comunidad como tal de mantener el edificio en sus elementos comunes en perfectas condiciones de uso y conservación, tal como se desprende de los artículos 5.10.13.3.º y 18.3.º de la Ley de Propiedad Horizontal, pues uno y otro cuerpo normativo tienen su ámbito propio que no resultan incompatibles entre sí, de suerte que sin perjuicio de que la comunidad e incluso cualquiera de sus componentes pueda dirigirse contra aquellos intervinientes en el proceso constructivo para, vía artículo 1591 del Código Civil, exigirles su responsabilidad por los defectos constructivos, a cualquier comunero les asiste el derecho de instar de la comunidad la realización de las obras necesarias para el adecuado mantenimiento del edificio y asegurar el uso de sus elementos privativos, sea cual sea el origen de las deficiencias que perturban o menoscaban ese uso, y así lo han entendido, por ejemplo, el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de octubre de 1989, y el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en sentencia de 29 de junio de 1995. Por consiguiente, acreditado como queda dicho que la terraza común del inmueble tiene grietas por las que se filtra el agua al garaje del actor, la comunidad está obligada a realizar las obras necesarias para evitar esa filtración, sin perjuicio de las acciones que le pueda asistir contra el arquitecto del proyecto de construcción, el constructor, etc.».

Puede que sea correcto traer también aquí a colación la STS (Sala 1.ª) de 10 de octubre de 1993 (RAJ 1993/8179). Se declara la validez de la cláusula contenida en la escritura de división horizontal, con arreglo a la cual se atribuyan a determinados copropietarios los gastos de reparación de la cubierta. Para el Tribunal Supremo una cosa es que la cláusula sea válida

comunidad de propietarios demandada pretendía exonerarse de responsabilidad, derivando la misma hacia el arquitecto, constructor y demás intervinientes en la construcción (101). La Audiencia efectúa el siguiente razonamiento:

«La comunidad demandada ha sostenido en todo momento que no es responsable de dichos daños, ni está obligada a reparar el elemento común por tratarse de unos defectos constructivos que tienen su origen en la construcción misma, lo que hace aplicable al caso el artículo 1591 del Código Civil, con responsabilidad exclusiva o solidaria, en su caso, del arquitecto, constructor y demás intervinientes en la construcción, mientras que el actor ha sostenido que en todo caso la comunidad demandada debe proceder a la reparación de la terraza y a indemnizarle de los daños causados en aplicación de lo dispuesto en los artículos 3, 9, 18.1.^a y 3 LPH y 396 del Código Civil. Esta última tesis es la que este Tribunal considera correcta de aplicación al caso, lo que conduce a la desestimación del recurso y estimación de la demanda. Con independencia de las causas de los defectos constatados en un elemento común y que a la vista del informe pericial del señor Plácido que en el acto del juicio señaló como causa una mala ejecución de la impermeabilización de la cubierta, la comunidad es responsable del estado y reparaciones del mismo, así como de los daños que cause sobre la propiedad privativa. De aceptarse el planteamiento de la demandada, se llegaría a una situación contraria incluso al propio sentido común, al obligar a uno de los copropietarios a dirigirse contra el constructor u otro responsable del vicio ruinógeno y soportar, poco menos que en exclusiva, las consecuencias de una ejecución inadecuada de la obra que afecta a toda la comunidad e incide en un elemento común.

En efecto, con ser cierto que en su caso tratándose de defectos constructivos causantes de ruina, total o parcial, material o funcional, el arquitecto, constructor, promotor y aparejador son responsables cada uno en la esfera que le es propia o solidariamente en caso de no poder

y otra que deban reparar los daños que ahora se reclaman, que son atribuibles a vicios ruinógenos, por lo que, aun siendo válida tal cláusula, recae sobre la comunidad la obligación de reparar los daños de la cubierta. Dice el Tribunal Supremo: «...la reiterada cláusula, aun siendo válida, no atribuye a los usuarios de la cubierta los gastos de reparación que, como los que son objeto de esta litis, no son imputables al uso que de ello se haga por los actores, por lo que no cabe concluir otra solución que su atribución a la comunidad denunciada».

(101) La comunidad demandada insistió en apelación en su falta de legitimación *ad causam*, por no ser responsabilidad de la misma los daños causados, pues debían considerarse daños por mala ejecución y por tanto dentro del marco de la responsabilidad decenal y no del artículo 3 LPH, como ya había puntualizado al solicitar la llamada a pleito a los efectos del artículo 14.2 LEC de la constructora «Ejidohogar, S. L.». La Audiencia considera improcedente el llamamiento regulado en dicho precepto.

deslindarse esas responsabilidades, conforme al artículo 1591 del Código Civil y la doctrina legal que lo interpreta, esta responsabilidad no interfiere en el deber de la comunidad de mantener el edificio en sus elementos comunes en perfectas condiciones de uso y conservación, tal como se desprende de los artículos 5, 10, 13.3.^a y 18.3.^a LPH, pues uno y otro cuerpo normativo tienen su ámbito propio que no resultan incompatibles entre sí, de suerte que sin perjuicio de que la Comunidad e incluso cualquiera de sus componentes pueda dirigirse contra aquellos intervinientes en el proceso constructivo, a cualquier comunero les asiste el derecho de instar de la comunidad la realización de las obras necesarias para el adecuado mantenimiento del edificio y asegurar el uso de sus elementos privativos, con independencia del origen de las deficiencias que perturban o menoscaban ese uso.

Así lo han entendido, por ejemplo, el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de octubre de 1989, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en sentencia de 29 de junio de 1955 y la Audiencia Provincial de Cantabria de 28 de octubre de 1996.

Por consiguiente, la comunidad está obligada a realizar las obras necesarias para evitar esas filtraciones y humedades, sin perjuicio de las acciones que le pueda asistir contra el arquitecto del proyecto de construcción, el constructor, etc.».

7. OBSERVACIONES CRÍTICAS. EL ENFOQUE ARQUITECTÓNICO DEL PROBLEMA

El repaso a las sentencias de las Audiencias pone de manifiesto la importancia de la distinción entre reparaciones ordinarias y extraordinarias, distinción que sirve, como hemos visto, para imputar (en aquellos casos en que sea posible) la responsabilidad por los daños causados. Cabe ahora preguntarse si un enfoque diferente, más en línea con el punto de vista arquitectónico, puede servir para resolver el arduo tema de las reparaciones. Más que atender al carácter ordinario o extraordinario de la reparación, se trata de apreciar si el daño tiene origen en la superficie de la terraza o en la estructura de separación entre la terraza y los pisos inferiores (102). Al fin y al cabo, la terraza, aunque sea objeto de utili-

(102) El Derecho Civil catalán recoge también la distinción entre gastos ordinarios de conservación y mantenimiento, que van a cargo del propietario del elemento privativo que tiene el uso y goce exclusivo del elemento común, y gastos estructurales, de refacción y demás extraordinarios, que son considerados comunes. Así resulta del artículo 553-42.3 del Código Civil catalán, al que más adelante aludiremos. Se mantiene, pues, la distinción entre gastos ordinarios y extraordinarios, pero se introduce cierta concreción y detalle, al hablar de conservación, mantenimiento, gastos estructurales y de refacción.

zación individualizada debido a su ubicación física en el ático, es un elemento de la estructura del inmueble.

La SAP de Madrid, de 23 de mayo de 2007 (103), opta por esta solución: «queda dicho que las terrazas superiores de los edificios, incluso aquellas que son transitables, quedan incluidas en la categoría de cubiertas, y por tanto, en principio, son consideradas como elementos comunes en el régimen de propiedad horizontal, *ex* artículo 396 del Código Civil y artículo 1 LPH. Lo que no impide que la superficie transitable, en principio de uso común por razón de su naturaleza, pueda atribuirse en exclusiva a alguno de los pisos o locales privativos, o bien pueda asignarse al uso exclusivo de alguno o algunos de los propietarios individuales, dando lugar a la denominada doctrinalmente “desafectación”, y que produce como consecuencia, a todos los efectos relativos a su mantenimiento, reparación y conservación, una escisión entre lo que constituye superficie de la terraza (pavimento, capas superiores y elementos superficiales), y lo que son sus elementos estructurales, incumbiendo al propietario individual beneficiario responder del mantenimiento de los primeros, y a la comunidad de propietarios la obligación de mantenimiento de los elementos estructurales, con la sola excepción de las reparaciones u obras cuya necesidad dimanase de la negligencia o dolo del propietario individual». Se precisa, más en concreto, que el hecho de ser la terraza elemento privativo o elemento común de uso privativo tiene «la consecuencia de desplazar hacia el propietario individual la obligación de servirse de la terraza con arreglo a su destino, sin introducir alteraciones inconsistentes, y de velar por el mantenimiento de su superficie y elementos externos (tales como pavimento o embocaduras de canalizaciones), sin perjuicio del simultáneo deber que incumbe a la comunidad de propietarios de realizar las obras que afecten a los elementos estructurales, como las de impermeabilización de las capas estructurales o mantenimiento de las conducciones internas, siempre que no sean consecuencia de la negligencia o dolo del propietario privativo que disfruta su uso en exclusiva». En el caso de autos, resultan condenados a reparar tanto los propietarios de la terraza (que era elemento privativo) como la comunidad, pues se constata que la filtración de aguas, causante de los desperfectos en el piso inferior, proviene del defectuoso mantenimiento y conservación «de los elementos superficiales y estructurales de la terraza» (104).

Además de prescindir de la distinción entre reparación ordinaria y extraordinaria, el enfoque arquitectónico puede servir para hacer un planteamiento

(103) *JUR* 2007/199892.

(104) La solución es lógica, pues si se filtra del agua, como apunta la propia sentencia, «es porque están deterioradas tanto las capas externas de la terraza, como las internas o estructurales, pues de encontrarse unas u otras en perfecto estado no se producirían las filtraciones en cuestión, que atraviesan primero el pavimento de la terraza y después sus capas internas».

más coherente de las consecuencias que derivan de la configuración jurídica de las terrazas y evitar, por ejemplo, que todas las reparaciones se imputen al propietario del último piso cuando la terraza tiene la consideración de elemento privativo, como también se apunta en la sentencia acabada de citar. La terraza es la cubierta total o parcial del edificio (105); por ello, incluso en el caso de que tuviese la consideración de elemento privativo —y no simplemente la de elemento común cuyo uso ha sido atribuido al propietario del ático—, las reparaciones relacionadas con aquellas instalaciones que no se hallen al servicio exclusivo del titular de la misma, como pueden ser la estructura, el armazón, el impermeabilizado, etc., deben correr por cuenta de la comunidad.

El planteamiento anterior se sigue —aunque hablándose todavía de reparaciones extraordinarias— en la SAP de Ávila, de 12 de mayo de 2008 (106). Tratándose de un ático cuya terraza tenía la consideración de elemento privativo, entiende la Audiencia que «las obras tendentes a reponer el aislamiento térmico y la impermeabilización del suelo de la terraza, que supongan en la práctica realizar una nueva terraza, son obras extraordinarias cuya responsabilidad atañe a toda la comunidad, y no solo al propietario de la vivienda concreta».

8. REGULACIÓN EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN

A diferencia de la LPH que, como sabemos, no regula de manera específica esta materia, el Derecho catalán opta por una previsión concreta, distinguiendo la naturaleza del gasto y determinando el sujeto que, en función del tipo de gasto, debe proceder a su abono. Es el momento de referirnos al contenido del Libro V del Código Civil de Cataluña, aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo.

Tras reconocer el artículo 553-41 del Código Civil catalán que las cubiertas son elementos comunes, y el artículo 553-42.2 del Código Civil catalán, que puede vincularse (en el título de constitución o por acuerdo unánime de la junta de propietarios) su uso exclusivo a un elemento privativo, el artículo 553-42.3 del Código Civil catalán señala que «los propietarios de los elementos privativos que tienen el uso y goce exclusivo de los elementos comunes, en el caso a que se refiere el apartado 2, asumen sus gastos ordinarios de conservación y mantenimiento y tienen la obligación de conservarlos adecuadamente y mante-

(105) A pesar de los intentos de distinguir entre terraza y cubierta (vid., por ejemplo, VENTURA-TRAVESET Y GONZÁLEZ, A., *Derecho de la propiedad horizontal...*, cit., pág. 124), lo cierto es que los conceptos terminan entremezclándose.

(106) *JUR* 2008/356008. El demandante, en este caso, era el propietario del ático, que impugnaba el acuerdo comunitario por el que se le obligaba a acometer, de forma exclusiva, las reparaciones de la terraza.

nerlos en buen estado. Los gastos estructurales, de refacción y los demás gastos extraordinarios son comunes» (107).

La doctrina, en sus primeros análisis y comentarios del artículo 553-42.3 del Código Civil catalán, ha puesto de manifiesto la contradicción en que, por lo que se refiere a los gastos extraordinarios, incurre este precepto en relación con el artículo 553-38.2 del Código Civil catalán, pues esta última norma dispone, de manera clara, que los gastos extraordinarios de conservación y mantenimiento de los elementos comunes de uso restringido son a cargo de los propietarios de los elementos privativos que gozan de ellos (108).

ABRIL I CAMPOY (109) se muestra partidario de resolver tal contradicción, dando la solución que más se ajusta a la problemática del artículo 553.42.3 del Código Civil catalán, en el sentido de entender que los gastos extraordinarios de conservación y mantenimiento de un elemento común los ha de soportar la comunidad, atendiendo a que si bien la cesión del uso restringido justifica el pago de los gastos ordinarios, como un corolario de la obtención del uso de un elemento común en exclusiva, no se puede extender a los gastos extraordinarios.

GINER GARGALLO (110) entiende más apropiada la regla del artículo 553-42, es decir, quien tiene el uso restringido de un elemento común solo debe hacerse cargo de los gastos que se vinculan a dicho uso (los ordinarios): «En cualquier caso, el que el apartado 2 del artículo 553-38 ponga a cargo de la comunidad las reparaciones motivadas por vicios de la construcción o estructurales y las que afecten y beneficien a todo el edificio, parece que ya agota la mayor parte de gastos extraordinarios e incluso constituye un argumento de peso en favor de que la contradicción apuntada debe resolverse en el sentido de considerar un error la alusión que el artículo 553-38 hace a los gastos extraordinarios, o, si se prefiere, que esta resulta inoperante».

De manera distinta, considera CONTIJOCH PRATDESABA (111) que la aparente contradicción no es tal, si nos centramos en el estudio de cada precepto

(107) Dice CONTIJOCH PRATDESABA, R., «La Llei de Propietat Horitzontal catalana (II)», en *RJC*, 2007, núm. 2, pág. 182, que el apartado 3 del artículo 553-42 del Código Civil catalán recoge la experiencia y aplicación doctrinal de las previsiones del artículo 9.1.a) y b) LPH.

(108) Entre otros, DEL POZO CARRASCOSA, P. / VAQUER ALOY, A. / BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos Reales*, Madrid, 2008, pág. 236.

(109) ABRIL I CAMPOY, J. M., en PUIG I FERRIOL, LL. / ROCA I TRIAS, E., *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, volum IV, *Drets Reals*, Valencia, 2007, pág. 400.

(110) GINER GARGALLO, A., *Derechos Reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña (art. 553-38)*, t. II, Barcelona, 2008, pág. 908.

(111) CONTIJOCH PRATDESABA, R., *op. cit.*, pág. 177. Repite más adelante (pág. 182) el mismo argumento. El artículo 553-38 hace referencia a los «servicios e instalaciones de carácter común» (en cuyo supuesto los gastos ordinarios y extraordinarios de conservación y mantenimiento son a cargo del copropietario de los elementos privativos que los gozan, mientras que la comunidad ha de asumir el coste de las reparaciones que se deben a vicios de construcción o a reparaciones que afecten y beneficien a todo el edificio); el artículo 553-42.3 contempla «el uso exclusivo de patios, jardines, terrazas, cubiertas del edificio o demás

específico. El artículo 553-38, al hacer mención de «los elementos comunes de uso restringido» y al estar incardinado en una norma que regula la conservación y mantenimiento de los elementos privativos y de los «servicios y las instalaciones que se ubiquen en los mismos», quiere referirse, sin duda, a los ramales interiores de las conducciones generales de agua, gas y electricidad e incluso de la calefacción central o del agua caliente central; es decir, elementos comunes respecto de los cuales hay que tener cuidado y responsabilidad. Por el contrario, el artículo 553-42.3 hace una concreta referencia a los «patios, jardines, terrazas, cubiertas del edificio o demás elementos comunes» atribuidos y vinculados como de uso exclusivo de un elemento privativo. Por ello, el legislador, en el primer caso, impone la carga al propietario de tener que soportar los gastos ordinarios y extraordinarios, mientras que en el segundo le atribuye únicamente el pago de los gastos ordinarios, corriendo a cargo de la comunidad los extraordinarios (además de las particularidades que resultan de la lectura de los dos preceptos).

IV. REPARACIÓN POR EL PROPIETARIO EN SUSTITUCIÓN DE LA PROPIA COMUNIDAD

La lectura de las sentencias de las Audiencias demuestra que hay casos en los que la comunidad, a pesar de ser su obligación, no lleva a cabo las obras de reparación de la terraza-cubierta. En buena lógica, se plantea si el propietario que sufre el daño ocasionado por las filtraciones, humedades, etc., puede, ante la inactividad del responsable, acometer por sí mismo las obras y posteriormente repercutir su coste en quien deba asumirlas conforme a los criterios legales que ya hemos analizado.

Siempre es recomendable no anticiparse, comenzar las obras por uno mismo tiene sus riesgos y conviene seguir los pasos marcados por la LPH que, básicamente, consisten en comunicar los desperfectos, requerir el pertinente acuerdo comunitario y, en su caso, demandar a la comunidad (112).

Ahora bien, no se puede descartar, y de hecho sucede con relativa frecuencia, que el propietario afectado, viendo la negativa de la comunidad a asumir sus

elementos comunes a uno o varios elementos privativos», o sea, destacamos que la diferencia es que no se trata de «servicios o instalaciones comunitarias» sino de elementos propiamente comunes, como son ejemplo los citados expresamente.

(112) En ocasiones, pesa la circunstancia de que el propietario tenga contratado un seguro, que efectúa la reparación de los desperfectos y posteriormente pasa factura a la comunidad. Entre otras, puede verse la SAP de Barcelona, de 21 de octubre de 1997 (*EDJ* 1997/14353), donde la compañía aseguradora ejercita la acción contra la comunidad de propietarios y su aseguradora, por razón de los daños producidos en el local de su asegurado y que fueron ya debidamente indemnizados.

obligaciones, ejecute las obras de reparación por sí mismo y reclame después el abono de los gastos (113).

Es el caso de la SAP de Madrid, de 29 de noviembre de 1994 (114). Se produjeron desperfectos en los pisos de los actores a consecuencia de las hu-

(113) No faltan, sin embargo, casos en los que el propietario realiza la reparación sin esperar a la decisión de la comunidad, admitiendo tal proceder los Tribunales. Así, en la SAP de Asturias, de 12 de diciembre de 2005 (*JUR* 2006/106744): «Examinado el supuesto (filtración de agua en domicilio) es lo cierto que los actores realizaron la reparación sin esperar a la decisión de la comunidad. Sin embargo además de que la comunicación —aunque no con la suficiente antelación— existió, la infracción del deber impuesto, no puede llevar a considerar que quede excluida la aplicación del principio de contribución general al sustento de los gastos de conservación del inmueble. La consecuencia sería la contemplada en el artículo 9 g) es decir, responder frente a la comunidad de la infracción de la obligación, lo que no entraña la exoneración de la comunidad de satisfacer tales gastos, sino la del nacimiento de la obligación del copartícipe de indemnizar a la comunidad todos los daños y perjuicios que su actuación cause».

(114) *EDJ* 1994/13359.

«Don Jesús y don Manuel pusieron en conocimiento de la comunidad, en todo momento, cómo las distintas goteras producidas desde el tejado y cubierta estaban generando daños en los pisos 3.º A y 3.º C. Desoye la comunidad los requerimientos de los comuneros, de forma que se procede a efectuar requerimiento notarial en la forma y modo que constan en los folios 14 a 28 de las actuaciones en 25 de junio de 1992. La comunidad desoye el requerimiento y los actores ejecutan por sí las obras tras confeccionar los oportunos presupuestos para luego abonar su importe en cuantía de 460.000 ptas., en lo que se refiere a don Jesús, y 460.990 ptas. en lo que atañe al otro litigante actor».

Las obras se ejecutan en un elemento común, «como es la terraza o tejado del inmueble que como tal elemento común se recoge en el artículo 396 del Código Civil, nuevamente redactado por Ley de Propiedad Horizontal de 1960. Es sabido como la relación de elementos comunes del artículo 396 no es exhaustiva y como también la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales ha ido matizando la configuración de otros elementos de carácter común, cual ocurre con las terrazas, a las que atribuye tal carácter, entre otras muchas, en SSTs de 14 de octubre de 1991 y 17 de febrero de 1993».

«La comunidad está obligada a mantener en buen estado la conservación del edificio (STS, Sala 1.ª, de 8 de junio de 1993, interpretadora de los preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal). Si desoye o incumple sus obligaciones pueden perfectamente los propietarios individuales asumirlas en sustitución de la propia comunidad, que luego tendrá que asumir los gastos causados para la reparación del elemento común, lo que ocurre en nuestro caso. Las obras se ciñen a la techumbre-terraza del inmueble y no afectan a los elementos privativos de los litigantes. Sustituyen, como hemos dicho, a la comunidad, que incumple sus obligaciones, los propietarios afectados, siendo viable tal conducta como recoge la SAP de Cádiz, Sección 1.ª, de 21 de mayo de 1993. Ante las obras urgentes de reparación cabe, dice la sentencia repetida, la facultad del propietario afectado de llevarlas a cabo por cuenta de la comunidad si no existen los órganos comunitarios previstos en la Ley. Debe de añadirse a estos supuestos aquellos en que por desidia de la propia comunidad, aún teniendo constituidos sus órganos rectores, no atiende los requerimientos de los comuneros.

En nuestro caso se planteó la problemática en distintas Juntas y los actores requirieron notarialmente a la comunidad, dándole un plazo, no obstante lo cual no ejecutó las obras por lo que estos emprendieron su realización. No se trata de reparaciones ordinarias que pueda ejecutar el Administrador (art. 18,3 de la Ley de Propiedad Horizontal) sino de obras de carácter extraordinario, ante la cuantía de su importe y las propias características que las tipifican.

medades procedentes de la terraza-tejado de la vivienda, viéndose obligados a requerir a la comunidad y ante su inactividad ejecutar las obras por sí en la cuantía que consta en el procedimiento. No obstante haberse suscitado la problemática de las goteras y daños que se estaban produciendo en los pisos de los actores a partir del año de 1987, es lo cierto que la comunidad de propietarios no asumió sus obligaciones ni en el año 1990, como tampoco en los años 1991 y 1992, en los que se celebran las correspondientes Juntas de Propietarios y se deja constancia de la problemática existente.

En la SAP de Cantabria, de 25 de febrero de 2003 (115), la comunidad había retirado una barandilla de la terraza, que se encontraba en mal estado

Pues bien, la postura sustentada por los actores se ajusta a la Ley de Propiedad Horizontal en el marco de la comunidad que integran los distintos propietarios de los pisos o locales. Pues de otra forma se les impediría utilizar el elemento exclusivo por la desidia o incuria de la comunidad de propietarios, rompiéndose la dinámica convivencial que caracteriza al régimen de propiedad horizontal».

Para la Audiencia, las obras:

- a) Eran extraordinarias y de carácter urgente;
- b) Se pretendió que las ejecutase la comunidad en el periodo y tiempo más adecuado;
- y c) No tenían porqué esperar los comuneros al ejercicio de una acción que al parecer la comunidad iba a emprender contra la Constructora del inmueble».

Más adelante, frente a la argumentación de la comunidad recurrente, en el sentido de que carecía de fondos, señala la Audiencia: «Que la comunidad no tenga fondos, para el caso de que este hecho obedeciese a la realidad, no impide que la Junta arbitre mecanismos necesarios para la obtención de los mismos, normalmente a través de cuotas de carácter extraordinario, pero nunca dos comuneros tendrán que soportar la crisis por la que pueda atravesar una Comunidad con incidencia negativa en el uso y disfrute de los pisos de que son titulares».

(115) *JUR* 2003/157655.

Dice la Audiencia: «La comunidad estaba obligada a reponer la barandilla, y ello por varias razones: 1.ª) Porque existía con anterioridad a su demolición, y formaba por tanto parte de la estructura del edificio. 2.ª) Porque, siendo la terraza accesible desde la vivienda de los actores, y teniendo dicha vivienda reservado su uso y disfrute exclusivo, la barandilla se configura como un inequívoco elemento de seguridad del elemento común terraza-cubierta, además de su función puramente ornamental o de estructura. No se concibe una terraza sin barandilla. Si la comunidad la retiró —con buen criterio, para evitar su caída, en todo o en parte, a la vía pública—, la Comunidad deberá reponerla, pues tal reposición se incardina en sus obligaciones derivadas del artículo 10 LPH, que recuerda que es obligación de la comunidad: «la realización de las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad y seguridad». Y no cabe alegar que la barandilla se retiró porque los actores no lo hicieron, al incumbir a estos mantenerla en buen estado de conservación no se trata de la barandilla de un balcón particular, sino de la barandilla de una terraza-cubierta que es elemento común, barandilla cuya colocación resulta obligatoria fuere o no privativo el uso o disfrute de la terraza, correspondiendo a la comunidad, y no a los usuarios de la terraza, mantenerla en buen estado».

La comunidad no solo no repuso la barandilla, que previamente había retirado, sino que nada hizo por evitar el riesgo que supone que una terraza que es un elemento común y cuyo uso y disfrute exclusivo tienen reconocidos los titulares de la vivienda en la que se ubica continúe sin barandilla. Dice la Audiencia, a este respecto, que «en esta situación, los demandantes no están obligados a asumir el riesgo de un accidente, y ante la desidia de la

y con peligro de caer a la vía pública, pero no la repuso, lo que hicieron los demandantes —que tenían el uso exclusivo de la terraza—, considerando el Tribunal ajustado tal proceder ante la desidia de la comunidad.

En la SAP de Madrid, de 18 de octubre de 2005 (116), se causaron daños a los pisos inferiores por filtraciones producidas por defectos de impermeabilización. La comunidad se niega a asumir las reparaciones, incluso adoptó un acuerdo en este sentido, que fue impugnado y declarado nulo por el Juez de Primera Instancia, confirmando el fallo la Audiencia. Se condena a la comunidad a resarcir los gastos que inicialmente pagaron los propietarios afectados.

Un caso distinto a los anteriores es el de la SAP de Burgos, de 18 de enero de 1999 (117). El Juez de Primera Instancia estima la demanda del propietario de la vivienda en la que se habían ocasionado los daños y perjuicios que tenían su origen en las filtraciones producidas por el deterioro o envejecimiento de la lámina existente bajo el solado de la terraza situada encima de la vivienda, y condena a la comunidad de propietarios demandada a reparar la terraza del edificio, obras que deberán ser comenzadas en el periodo de un mes a contar desde la firmeza de la sentencia y que deberán concluirse en el periodo máximo de dos meses desde su comienzo, «con la prevención de que, en el caso de no verificarse así, podrán ser realizadas por la parte actora, en cuyo supuesto deberá consignar la demanda (*sic*) el importe de los gastos que represente la reparación

comunidad, optaron por reponer ellos la barandilla, reposición cuyo coste es obligado asuma la comunidad, por ser la obligada legalmente a reponer aquella», añadiendo, en último término, que «siendo el coste de reposición ajustado a los precios de mercado, según la pericial practicada, y acreditado su desembolso por el técnico que la repuso, a la comunidad corresponderá reintegrarlo a los actores».

(116) *JUR* 2005/266818: «las obras efectuadas y reclamadas son de impermeabilización, no consistiendo, como interesadamente dice la apelante, en mera superposición de una fibra de vidrio en el solado, sino también en aplicar antes tres manos de pintura de caucho, una de imprimación y dos de terminación (...) carácter de obra de impermeabilización, no otras, que es sustentado por el representante legal de Syser, S. L., afirmando que se excluyeron otras dado el buen estado del pavimento, procediendo únicamente a las obras de impermeabilización y excluyendo o descontando las partidas inicialmente presupuestadas por “picado” y “rellenando de huecos” (...) buen estado del pavimento que resulta también de la prueba pericial practicada por el arquitecto don Augusto, quien reconoció la terraza, afirmando que es capaz de recoger las aguas fluviales mediante tres sumideros de 16 cm. de diámetro..., siempre y cuando tanto la junta constructiva transversal como el resto del pavimento de la terraza se encuentre adecuadamente impermeabilizado. Siendo precisamente la impermeabilización de las dos grietas que forma dicha junta, en sentido transversal, justamente en la mitad de la terraza, las que reclamó notarialmente la señora Nieves (...). Obras de inequívoca impermeabilización que han impedido continúen las filtraciones a pisos inferiores, pues de no haber sido así se hubiese denunciado por la demandada-apelante (...). En suma, se produjeron filtraciones por defectos de impermeabilización, se causaron daños a los pisos inferiores, las obras de reparación eran necesarias, no se asumieron por la comunidad de propietarios y fueron efectuadas por encargo de los actores las obras de impermeabilización necesarias y pagadas por ellos, quienes no tenían tal obligación y tienen derecho a ser resarcidos por la comunidad».

(117) *AC* 1999/2772.

de los desperfectos, todo ello con imposición de las costas de este juicio». Aquí, a diferencia de los supuestos anteriores, la posibilidad de sustitución se apunta en el fallo condenatorio, como medida a utilizar si la comunidad no cumple voluntariamente con su obligación de reparación.

V. PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

El enjuiciamiento de los hechos se hace, en muchas de las sentencias estudiadas, de acuerdo con los criterios de la responsabilidad extracontractual (118). Habitualmente las demandas se apoyan en el artículo 1902 del Código Civil («El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»), pero no faltan casos en los que es el artículo 1910 del Código Civil el que sirve para fundamentar la acción reparación («El cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma») (119).

El plazo de prescripción es, por tanto, el de un año (art. 1968.2 CC), tanto si se solicita la reparación de la terraza desde la que se han producido los daños, como si la anterior petición se ve acompañada por otra en la que el demandante pide la reparación de los desperfectos causados en el local o vivienda de su propiedad (120).

El tema se aborda en la SAP de Alicante, de 8 de marzo de 1999 (121). La sentencia considera que incumben a la comunidad los gastos de conservación y mantenimiento de la terraza desde la que se produjeron las filtra-

(118) Como dice la SAP de Barcelona, de 2 de julio de 2007 (*JUR* 2007/285321), «es evidente que entre los litigantes no existe vínculo contractual alguno...».

(119) Señala MARTORELL ZULUETA, P., *op. cit.*, pág. 136, que la elección no es baladí, pues mientras el artículo 1902 del Código Civil consagra una responsabilidad subjetiva, «la opción por el artículo 1910 —cuando proceda, que no siempre procede— nos colocará en la posición de ventaja de la objetivación de la responsabilidad, pues conviene destacar que el Tribunal Supremo entiende que el artículo 1910 del Código Civil consagra una clara muestra de la denominada responsabilidad objetiva o por riesgo, prescindiéndose, por tanto, de la culpa...».

En la SAP de Barcelona, de 4 de julio de 2006 (*TOL* 1.053.475) se afirma que: «queda suficientemente acreditado en autos, que el local propiedad de la entidad actora sufre una serie de humedades en paredes y techos ocasionados por filtraciones provenientes de la terraza inmediatamente superior debidas a su deficiente impermeabilización. Siendo así que, según resulta de la nota simple informativa del Registro de la Propiedad, le corresponde a la vivienda de la planta primera, de la que es propietaria la demandada, “el uso y conservación exclusivos” de dicha terraza, debe concluirse, en principio, la responsabilidad de la misma, al concurrir los presupuestos de la responsabilidad extracontractual prevenida en los artículos 1902, en relación con el 1910 (precepto que establece una responsabilidad de marcado carácter objetivo), ambos del Código Civil».

(120) Sobre ambas peticiones, vid., entre otras, SSAP de Barcelona, de 30 de junio (*TOL* 1.024.218) y 4 de julio de 2006 (*TOL* 1.053.479).

(121) *EDJ* 1999/10922.

ciones (122) y que tenía la consideración de elemento común. Sin embargo, no se produce la condena por estimar prescrita la acción ejercitada, que era la de responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil. La argumentación de la Audiencia es la siguiente: «Por lo que se refiere a la excepción de prescripción de la acción de indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual, los acertados razonamientos contenidos en la sentencia resultan plenamente ajustados a la prueba practicada, y así resulta que el actor en su demanda alude a daños producidos en junio de 1992 (Hecho Tercero), interrumpiendo la prescripción por acto de conciliación el 25 de noviembre de 1992, fecha en que se reanuda el cómputo del plazo; hace referencia a unas goteras que se constataron el 26 de abril de 1993 (Hecho Quinto), por la visita del Servicio Técnico de Obras del Ayuntamiento, iniciándose en junio de 1993 las obras que concluyen a finales de 1994 aportándose las facturas (docs. 24 y 25) y por lo tanto el agraviado supo de los daños a los efectos del artículo 1968 del Código Civil desde el 26 de abril de 1993, y la demanda se presentó el 22 de junio de 1995, por lo que se excedió con mucho del plazo de prescripción establecido por Ley no habiéndose acreditado por el actor otros daños posteriores y por los que pueda hablarse de “daños continuados”».

La SAP de Huelva, de 28 de marzo de 2006 (123) apunta, en cambio, a una solución distinta. Uno de los propietarios había pagado la reparación del atasco en los desagües y ahora reclamaba a la comunidad. La sentencia de primera instancia aplica la excepción de prescripción extintiva para rechazar la demanda, razonando que ha transcurrido más de un año desde que se reconoció la existencia de la deuda. La Audiencia revoca el fallo, por considerar que el plazo es el de quince años, cuando se reclaman los gastos de reparación de daños derivados de la falta de mantenimiento por parte de la comunidad de los elementos comunes del edificio. Los argumentos son los siguientes: «de las diversas fuentes de origen de las obligaciones la que da causa y nacimiento a la que aquí nos ocupa es la Ley, siendo la responsabilidad que se exige derivada de los deberes que impone el artículo 10 de la LPH. No hay supuesto de responsabilidad extracontractual en el sentido que expresan los artículos 1.902 y siguientes, ni cuasidelito identificable, sino incumplimiento por la entidad demandada de uno de los deberes que, en la compleja relación que existe entre propietarios singulares y la comunidad de la que forman parte (que dibuja un haz de derechos y deberes de cada uno entre sí), establece la LPH, en concreto su artículo 10.1. Se trata, pues, de un caso de responsabilidad legal o derivado del incumplimiento de una obligación *propter rem*, consustancial a la titularidad de los elementos comunes, siendo el caso

(122) Se trataba de la terraza de la primera planta que, a su vez, servía de cubierta a los bajos comerciales.

(123) *JUR* 2006/190655.

de aplicar las normas de los artículos 1.902 y siguientes, cuando esa dejadez o falta de cuidado en el mantenimiento de las instalaciones comunes causa daño a un tercero, no a un miembro de la misma al que atan, por parte y de manera similar, los deberes para con la comunidad que señala el artículo 9 de la LPH y cuyos incumplimientos no pueden ser calificados como casos de responsabilidad extracontractual; difícilmente puede decirse que cada uno de los condueños pueda ser considerado tercero frente a la propia comunidad de la que forma parte».

En este tipo de litigios merece especial atención la cuestión de los daños continuados. Difícilmente puede hablarse de prescripción cuando las humedades o filtraciones persisten, por poner dos ejemplos de los más habituales (124). El razonamiento de la SAP de Barcelona, de 30 de junio de 2006 (125), es claro a este respecto y desmonta el argumento de la recurrente que alegaba la prescripción de la acción, al fijar el origen de las humedades en una fecha que superaba ampliamente el plazo de un año: «Conviene recordar, a este respecto, la doctrina sobre el daño continuado recogida en la jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, y para ello acudiremos a su sentencia de 20-7-2001 en la que apunta: «Dice la sentencia de 19 de enero de 1988 que “fuera de los daños instantáneos, la de aquellos de cierta permanencia ha obligado a sentar criterios sobre el *dies a quo* en el plano prescriptivo que establece el párrafo segundo del artículo 1968 del Código Civil. Y así, por más recientes, ya la sentencia de 12 de febrero de 1981 entendió que cuando los daños producidos son consecuencia de varios hechos continuados que iban ocasionando daños en inmuebles, el cómputo inicial del plazo prescriptivo ha de situarse en el último estadio del total resultado; y cuya doctrina ha sido ratificada por la posterior de 6 de mayo de 1985 y por la más reciente de 17 de marzo de 1986”»; la sentencia de 15 de marzo de 1993 reitera que «es también uniforme doctrina jurisprudencial la que cuando se trata de los daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción no se inicia (*dies a quo*) hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida (sentencias de 12 de

(124) En la SAP de Barcelona, de 26 de septiembre de 2000 (*RJC* 2001, I, *Jurisprudència*, pág. 53 y sigs.) las filtraciones de agua de lluvia desde la terraza litigiosa, que afectaron a los locales inferiores, se produjeron en forma continuada desde 1979 hasta 1997. Al margen de esta circunstancia, es cierto también que hubo reiteradas reclamaciones para su subsanación desde el inicio de las filtraciones.

(125) *TOL* 1.024.218.

Vid., también, la SAP de Barcelona, de 11 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/148530). Las humedades aparecieron en agosto de 1998 y la demanda se presentó en junio de 2000, por lo que la comunidad demandada alegaba que la acción de responsabilidad civil estaba prescrita. El Tribunal considera que se trata de un supuesto de daños continuados o de producción sucesiva o paulatina, en el que el siniestro se va agravando por el transcurso del tiempo a medida que se repiten sus agentes desencadenantes, por lo que el cómputo anual ha de situarse en el último estadio del total resultado, que fue septiembre de 1999.

diciembre de 1980, 12 de febrero de 1981, 19 de septiembre de 1986 y 25 de junio de 1960, entre otras), no resultando siempre fácil determinar en la práctica cuándo se produce o ha producido ese “definitivo resultado” que, en relación con el concepto de daños continuados, se nos ofrece como algo vivo, latente y concordante precisamente con la causa originadora y determinante de los mismos, que subsiste y se mantiene hasta su adecuada corrección (sentencia de 25 de junio de 1990)». En igual sentido se manifiesta, con cita de otras varias, la sentencia de 24 de mayo de 1993, según la cual: «no puede olvidarse tampoco que es también consolidada doctrina de esta Sala la de que cuando se trata de los daños continuados o de producción sucesiva o ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción no se inicia (*dies a quo*) hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas o hechos diferenciados la serie proseguida»». Llega a la conclusión el Tribunal que no hay prescripción por cuando no se ha iniciado todavía el cómputo del plazo al estar actualmente produciéndose daños en la vivienda de la demandante.

Otra cosa es que se impugne el acuerdo comunitario en relación con la reparación a efectuar en la terraza del ático, sometido, como es lógico, a lo dispuesto en el artículo 18.3 LPH. Así ocurre en la SAP de Asturias, de 1 de julio de 2004 (126). Se desestima la demanda que pretendía la nulidad del acuerdo adoptado en Junta, en el que se acordaba por la comunidad demandada la reparación de las terrazas de los áticos derecha e izquierda del edificio, al considerar que eran elemento común del inmueble y por ello de cargo de dicha comunidad. La demandante consideraba, por el contrario, que dichas terrazas eran elemento o anejo privativo de cada uno de dichos áticos, por lo que no correspondía a la comunidad, sino a los titulares de los citados, asumir los gastos derivados de la reparación. La Audiencia señala que el plazo para el ejercicio de esta acción es el de un año y no el de tres meses.

En la misma dirección que la anterior, se pronuncia la SAP de Madrid, de 18 de octubre de 2005 (127). Resulta impugnado el acuerdo por el que se niega a la comunidad a hacer reparaciones en una terraza a nivel, que sirve de cubierta a los pisos que están bajo ella, por considerarla elemento privativo. Se considera que la comunidad tiene obligación de reparar las filtraciones de agua que afectaron a los pisos inferiores y que exigieron reparaciones en los mismos, reparación abordada por los actores por la negativa de la comunidad a asumirla. El Juez de Primera Instancia (y la Audiencia confirma) declaró nulo el acuerdo adoptado por la Junta, por el que se decidió no efectuar a su costa las obras de impermeabilización de la terraza. Dice la Audiencia: «La caducidad de la acción no es la ordinaria de tres meses, desde la fecha del acuerdo, sino la de un año, tal como establece el artículo 18.3 de la Ley de Propiedad Horizontal,

(126) JUR 2004/225961.

(127) JUR 2005/266818.

aplicable cuando la acción se contrae a actos contrarios a la ley». Adoptado, pues, el acuerdo en cuestión el 26 de abril de 2001 e interpuesta la demanda el 25 de abril de 2002, la acción no está caducada.

VI. ACCESO A LA TERRAZA PARA PROCEDER A LA REPARACIÓN

Cuando se trata de obras de reparación que incumben a la comunidad de propietarios, el dueño del piso deberá permitir el acceso a su vivienda, pues solamente de este modo se puede llegar hasta la terraza. Esta obligación tiene su encaje en el artículo 9.1.c) y d) LPH (128), conforme a los cuales, respectivamente, el propietario debe «consentir en su vivienda o local las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes de interés general acordados conforme a lo establecido en el artículo 17, teniendo derecho a que la comunidad le resarza de los daños y perjuicios ocasionados» y «permitir la entrada en su piso o local a los efectos prevenidos en los tres apartados anteriores». La Ley impone esta obligación de forma imperativa, por lo que no tiene aquí ninguna operatividad la autonomía privada (129).

En realidad, la obligación de consentir en sentido general la entrada en el piso propio para cumplir las obligaciones establecidas en el artículo 9 se extiende también al supuesto que contempla el artículo 10.1 LPH (130), que es la norma que permite, como antes se dijo, determinar la responsabilidad de la comunidad cuando se trata de desperfectos que no tienen origen en el uso normal u ordinario de la terraza.

Esta obligación del propietario tiene como contrapartida la obligación de la comunidad de dejar la casa tal y como la encuentra, además de resarcir los daños que eventualmente puedan ocasionarse con motivo de la reparación de la terraza (así, por ejemplo, los gastos originados por el desalojo de la vivienda durante las obras) (131). La obligación de indemnizar, a la que se alude en el

(128) A este respecto, además de las sentencias citadas en el texto, vid., también, la SAP de Barcelona, de 21 de octubre de 1997 (*EDJ* 1997/14353).

(129) Al respecto, PÉREZ VEGA, A., «“El paso a través de finca ajena no siempre se considera servidumbre de paso”, a propósito de la sentencia dictada por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, de fecha 13 de diciembre de 2001 (*AC* 13/2002, 237)», en *Act.civ.*, 2003, núm. 30, pág. 817.

(130) Así, en concreto, PÉREZ VEGA, A., *op. cit.*, pág. 817, nota 6.

(131) La casuística con la que nos podemos encontrar es amplia. Así, citan FUENTES LOJO, J. V. / FUENTES-LOJO LASTRES, A. / BUFETE FUENTES-LOJO, *op. cit.*, pág. 1155, el siguiente caso: «Hemos de advertir... que la comunidad de propietarios no estará obligada a indemnizar al propietario del ático que disfruta de la terraza, por el importe de las cerámicas que se destruyeron como consecuencia de obras necesarias para evitar las humedades, aunque dichas cerámicas hubieran sido colocadas por dicho titular para el embellecimiento del mismo,

artículo 9.1.c) LPH, estará en función de la existencia y entidad del perjuicio ocasionado. La SAP de Bilbao, de 7 de noviembre de 1991 (132), que da por bueno el acuerdo comunitario por el que la comunidad asumía el gasto relativo a la tela asfáltica y el cincuenta por ciento de la mano de obra para la colocación de las baldosas en la terraza privativa, considera que este último coste viene a ser una compensación para los propietarios de la terraza por los inconvenientes que para ellos representa el tener que levantar todo el enlosado de la terraza para la sustitución de la tela asfáltica. La SAP de Barcelona, de 15 de enero de 2007 (133), indica que la comunidad debe abonar la reconstrucción del cerramiento de la terraza, consolidado hace más de veinte años y cuya retirada es ahora necesaria para las obras de la reparación de la cubierta —que consisten en levantar todo el suelo, colocar tela asfáltica y asegurar la plena estanqueidad—.

La entrada en la vivienda ha de ceñirse a lo estrictamente indispensable para las concretas obras de conservación y reparación, según su naturaleza y características y previamente acordadas en una junta de propietarios celebrada a tal efecto, empleando en su ejecución el menor tiempo posible. Atendiendo a las circunstancias concretas del caso, el propietario del ático puede exigir que la entrada se realice en los momentos que menos molestias o incomodidades se le ocasionen (134).

Si el ocupante del ático no cumple la obligación de permitir la entrada en el domicilio para efectuar reparaciones, será necesario acudir a la autoridad judicial (135), lo que seguramente ocasionará problemas cuando se trata de obras urgentes.

habida cuenta: 1) carecer la comunidad de responsabilidad alguna, tanto de tipo contractual como extracontractual, en orden a los vicios existentes en los elementos comunes, que debió reparar; 2) haberse colocado la cerámica por voluntad exclusiva del titular del ático que, en consecuencia, debe sufrir el daño, al ser este, como hemos dicho, ajeno a la comunidad».

(132) *RGD*, 1992, pág. 6143 y sigs.

(133) *JUR* 2007/192858.

(134) Las tareas de reparación, dice la SAP de Badajoz, de 30 de enero de 2003 (SP/SENT/57204), han de llevarse a cabo de la forma que menos dificulte o menos obstaculice aquel uso y disfrute que, en efecto, es exclusivo del propietario de la vivienda.

No sería admisible, por ejemplo, una entrada a horas intempestivas o con ocasión de estar enfermo o ausente el propietario. Así lo indica la SAP de Palma de Mallorca, de 28 de marzo de 1992 (*RGD*, 1993, pág. 912 y sigs.), que tampoco admite que se pueda obligar a los propietarios a que tengan depositado permanentemente en poder de un representante de la comunidad un ejemplar de las llaves de las puertas de la terraza.

(135) Dice CARRERAS MARAÑA, J. M., en *Propiedad Horizontal* (art. 10 LPH), directores: Díez Núñez, J. J. / González Martín, L. A., «Manuales de Formación Continuada», en *CGPJ*, t. II, Madrid, 2008, pág. 893, que habrá que acudir a un juicio declarativo ordinario, consecuencia de la reserva que por razón de la materia impone el artículo 249.1.8.º LEC, donde cabe la posibilidad de pedir, como medida cautelar, en la propia demanda o previamente, que el juzgado permita el acceso al piso o local con carácter preventivo, conforme los artículos 726.2 y 727, regla 11.ª, LEC.

Encontramos sentencias de Audiencias en las que se condena al propietario del piso en el que se encuentra la terraza a permitir el paso de personas y materiales a fin de realizar las reparaciones que procedan. No resulta infrecuente, a la vista de estos casos, la negativa del propietario u ocupante a franquear la entrada (136).

En la SAP de León, de 3 de junio de 2002 (137), se condena a la demandada a que permita el acceso a su vivienda para llevar a cabo las obras de reparación y subsanación de deficiencias existentes en la cubierta del edificio. La demandada alegaba la improcedencia de tales obras, porque entiende que no se halla acreditado que las humedades de la vivienda del 3.º izquierda se deban a la falta de impermeabilización de su terraza o cubierta del edificio, los riesgos que suponen dichas obras para el edificio, la falta de dirección técnica, así como la ausencia de la reglamentaria licencia municipal y en su caso autonómica o nacional, dada la situación del edificio en el entorno de la catedral de León. Para la Audiencia, «no revisten las obras que se pretenden llevar a cabo la trascendencia que la demandada quiere darle, pues conforme al presupuesto aportado por la Comunidad se trata del arreglo de la balaustrada y el vierteaguas, debiendo llevarse a cabo una “prueba de agua” en la terraza de la demandada que constituye también la cubierta del edificio y tiene por tanto carácter de elemento común del inmueble, la citada prueba y que es a lo que la demandada se opone, consistiría en crear un charco de agua de escasos milímetros en la terraza y por debajo siempre del rodapié de la vivienda de la demandada durante uno o dos días y con el fin de comprobar en que medida las humedades de la planta inferior pudieran provenir de deficiencias en la impermeabilización de la terraza citada. Pero es que en cualquier caso las alegaciones de doña Gregoria Margarita para oponerse a las pretensiones de la comunidad, se hallan fuera de lugar, ya que incumbe a la citada comunidad y no a ella, la determinación de las obras a realizar y su procedencia, y dichas obras fueron aprobadas por unanimidad de los asistentes en las Juntas de Propietarios celebradas, y sin que nadie ni incluso la ahora demandada impugnase los expresados acuerdos comunitarios, si consideraba que le causaban algún perjuicio. La Ley de Propiedad Horizontal es clara al respecto cuando dice en su artículo

(136) En estos casos, como señala PÉREZ VEGA, A., *op. cit.*, págs. 817 y 818, la entrada en el domicilio para efectuar obras comunitarias ha de adoptarse, ya que se trata de limitar un derecho fundamental, en una resolución judicial motivada precedida de un proceso declarativo, después de haberse acreditado exhaustivamente cuantos elementos componen la acción ejercitada, esto es, a la vista de las circunstancias concurrentes y los intereses en conflicto, el Juez formará su convicción sobre la necesidad ineludible de entrar en el domicilio de quien se niega a autorizarlo, valorando los motivos de la negativa del propietario discordante frente al cumplimiento de los requisitos legales para la válida adopción del acuerdo comunitario en que se aprueba la reparación.

(137) *JUR* 2002/209628.

nueve que son obligaciones de cada propietario». Más adelante, concluye: «Por tanto, habiendo aprobado la Junta de Propietarios las obras correspondientes a que se refiere el Presupuesto elaborado por la empresa COVER, consistentes en el arreglo del vierteaguas y balaustrada del edificio, así como la “prueba de agua” a realizar en la terraza de la demandada, que constituye, como ya se ha dicho, un elemento común del inmueble al ser la cubierta de la planta tercera del mismo, es clara la procedencia de la acción ejercitada por la Comunidad de Propietarios frente a la actitud obstruccionista de la demandada, cuyas alegaciones acerca de la oportunidad y procedencia de las obras, se hallan fuera de lugar, al no ser de su incumbencia, y sí de la Comunidad de Propietarios, la cual viene obligada de conformidad con el artículo 10 de la LPH a realizar las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad y seguridad, y sin perjuicio naturalmente de las acciones civiles que le puedan corresponder a la demandada, si las referidas obras le causaren algún perjuicio».

Otro caso es el de la SAP de Pontevedra, de 13 de marzo de 2003 (138), en el que se condena a los propietarios de las viviendas a las que pertenecen las terrazas-cubiertas de autos a permitir el acceso y paso de personas y materiales por sus viviendas para que la comunidad de propietarios, que era la demandante en este proceso, pueda realizar en las terrazas de su propiedad las obras necesarias a fin de reparar las filtraciones de agua y humedades sufridas por la viviendas. Dice la Audiencia que «se acredita la celebración de Junta General Extraordinaria de Propietarios de fecha 30-3-2001 en la que, ante la interpelación de determinada perjudicada, se plantea la necesidad de reparar, acordándose el acometimiento de la eliminación de humedades más urgentes, así como recabar informes y presupuestos al objeto de dar solución definitiva al problema, junta en la que comparecieron los demandados sin formular oposición ni impugnar lo acordado —folios 10 y 11—. Y con la directa finalidad de afrontar las acuciantes filtraciones se proyecta tratamiento con pintura específica impermeabilizante con duración aproximada de diez años, cuya realización viene siendo truncada por la negativa al acceso de sus terrazas por los demandados, desatendiendo sucesivos requerimientos postal y notarial remitidos por la comunidad con la expresa indicación del carácter urgente de las obras —folios 12 y sigs.—. Valorando lo cual, debe concluirse la obligación de los interpelados

(138) *JUR* 2003/158292. «Ambas partes en litigio —dice la sentencia— coinciden en reconocer la realidad de las filtraciones y humedades procedentes de las terrazas-cubierta del edificio, así como la consiguiente necesidad de reparación, discrepando del calado de la misma. La comunidad actora peticiona en demanda el acceso para llevar a cabo los trabajos más urgentes, sin perjuicio de recabar informes y presupuestos en orden a la recuperación a fondo del inmueble en un futuro próximo hasta cuya llegada sea posible la correspondiente costosa financiación, mientras que los demandados defienden la inmediata saneación (*sic*) definitiva».

de permitir de inmediato el acceso a sus inmuebles para poderse ejecutar dicha reparación urgente, conforme a lo dispuesto en los artículos 9.1.c) y d), 17 y demás concordantes LPH».

Si el propietario no cumple con la obligación legal de permitir la entrada en su piso para que la comunidad efectúe las reparaciones que le incumben, deberá responder de los daños y perjuicios que haya podido ocasionar (pensemos, por ejemplo, en la agravación de los daños como consecuencia del retraso que produce la negativa del propietario), siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil. La indemnización es procedente, tanto si hay negativa como demora injustificada en el cumplimiento de esta obligación (139).

RESUMEN

PROPIEDAD HORIZONTAL REPARACIÓN DE LAS TERRAZAS

Desde una perspectiva esencialmente práctica, son evidentes los problemas que plantea la reparación de la terraza del ático para la comunidad de propietarios. Suele ser frecuente que este elemento común tenga atribuido su uso exclusivo al propietario del ático que tiene acceso directo a la terraza. Los tipos posibles de reparaciones y la forma de proceder al pago de los gastos que las mismas originan constituyen la finalidad de este trabajo. Se presta especial atención a la distinción entre reparaciones ordinarias y extraordinarias, formulando observaciones críticas al planteamiento tradicional, ya que la solución debería tener en cuenta criterios que proporciona la técnica constructiva. Otros temas abordados son el plazo para el ejercicio de la acción y el acceso a la terraza para proceder a la reparación.

ABSTRACT

HORIZONTAL PROPERTY REPAIR OF THE TERRACES

From an essentially practical perspective, there are evident problems for the owners' community, stated by the repair of the attic terrace. It is frequent that this common element has the exclusive use attributed to the owner of the attic who has direct access to the terrace. Possible types of repairs and how to proceed with payment of the expenses that they originate constitute the purpose of this paper. Special attention to the distinction between ordinary and extraordinary repairs, formulating critical observations to the traditional approach, since the solution should take into account criteria that provide the construction technique. Other topics include the term for the exercise of the action, and the access to the terrace to proceed to the repair.

(Trabajo recibido el 26-2-2010 y aceptado para su publicación el 27-5-2011)

(139) Hacen referencia a estas dos situaciones MORILLO GONZÁLEZ, F. / ECHEVERRÍA SUMMERS, F., *Manual práctico de propiedad horizontal*, Pamplona, 2008, pág. 94.

La sucesión en la empresa familiar

por

VANESSA GARCÍA HERRERA

Profesora ayudante Doctor

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. SUJETOS DE LA FACULTAD CONCEDIDA POR EL ARTÍCULO 1056, PÁRRAFO 2.º, DEL CÓDIGO CIVIL:
 1. SUJETO ACTIVO: EL TESTADOR.
 2. SUJETOS PASIVOS:
 - A) *El adjudicatario de la explotación económica o de las acciones o participaciones que otorguen el control de una sociedad de capital o grupo de estas.*
 - B) *Los perceptores del metálico.*
- III. OBJETO: LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA Y LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES QUE OTORGUEN EL CONTROL DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL O GRUPO DE ESTAS. REQUISITOS: EXISTENCIA Y TITULARIDAD.
- IV. ASPECTOS FORMALES DE LA ADJUDICACIÓN:
 1. NECESIDAD DE UN TESTAMENTO PREVIO, SIMULTÁNEO O POSTERIOR A LA PARTICIÓN.
 2. MODALIDADES DEL ACTO PARTICIONAL.
 3. IRRELEVANCIA DE LA APROBACIÓN JUDICIAL.
- V. CAUSA DE LA ADJUDICACIÓN: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA Y EL INTERÉS DE LA FAMILIA.
- VI. PAGO EN METÁLICO DE LA LEGÍTIMA DE LOS DEMÁS INTERESADOS:
 1. PAGO CON METÁLICO EXTRAHEREDITARIO.
 2. FIJACIÓN DEL *QUANTUM* DE LA LEGÍTIMA Y DE LA PORCIÓN HEREDITARIA DE LOS DEMÁS INTERESADOS EN LA SUCESIÓN.
 3. PLAZO PARA EL PAGO. APLAZAMIENTO Y FRACCIONAMIENTO DEL PAGO.
 4. FORMAS DE PAGO.
- VII. GARANTÍAS DE LOS DEMÁS INTERESADOS PARA EL COBRO DE SUS DERECHOS.

I. INTRODUCCIÓN

Por el hecho de la muerte del causante, los herederos adquieren la misma posición en la titularidad activa o pasiva de sus relaciones jurídicas, los poderes y facultades que podía ejercitar, y las obligaciones que debía cumplir. En consecuencia, la extinción de la personalidad del *de cuius* corre pareja con la asunción, por parte de sus herederos, de las referidas titularidades, evitando así la existencia de patrimonios sin sujeto (*res nullius*), aun cuando pueda existir una situación interina en la administración y detentación —en el caso de ser varios los llamados a la sucesión a título universal— durante la cual se establezca una comunidad sobre los bienes relictos que durará, como regla general, hasta la partición.

La partición es el acto o negocio jurídico en cuya virtud se extingue la situación de comunidad hereditaria, ya sea atribuyendo a cada coheredero una parte del caudal relictos, ya sea creando una comunidad voluntaria sobre todos o parte de los bienes, o incluso una sociedad civil o mercantil a la que los herederos aporten, cada uno, su derecho hereditario. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1958, dispuso que por medio de la partición la cuota ideal e indivisa de cada heredero se transforma en otra específica o concreta, proclamándose el derecho a la división en el artículo 1051 del Código Civil con las especialidades que allí se establecen.

La partición puede ser realizada judicialmente (art. 1059 CC) o en forma voluntaria; en el último de los supuestos mencionados, puede llevarse a cabo por el propio testador por medio de negocio jurídico *inter vivos* o *mortis causa* (art. 1056 CC), por medio de comisario o contador nombrado por el testador en testamento (art. 1057, párr. 1.º CC y SSTs de 25-4-1963, 17-6-1963 y 25-4-1994), por el contador-partidor dativo a que se refiere el artículo 1057, párrafo 2.º, del Código Civil, y por los propios coherederos, por sí mismos o por medio de personas nombradas a tal fin (art. 1058 CC).

A la partición realizada por el propio testador, que es la que ocupa nuestra atención en el presente trabajo, se refiere el artículo 1056 del Código Civil en los siguientes términos: «*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».

El párrafo 1.º del precepto reproducido conserva su redacción originaria; en cambio, no ocurre lo mismo respecto del párrafo 2.º, que fue objeto de modificación en virtud 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 Responsabilidad Limitada, y que en su redacción originaria rezaba: «El padre que, en interés de su familia, quiera conservar indivisa una explotación agraria, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos» (1). Con la reforma operada, no solo se ajusta la redacción de este precepto a la nueva realidad socio-económica, sino que además se introducen delimitaciones y ampliaciones subjetivas, objetivas y formales, que facilitan la sucesión generacional de la empresa y preservan su indivisión.

La Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, «teniendo en cuenta la situación y perspectiva de las pequeñas y medianas empresas como factores generadores de riqueza y empleo, y con el objeto de proporcionarles los medios suficientes para que puedan desarrollarse, alcanzar el ámbito internacional y superar los cambios generacionales dentro de las mismas, intenta resolver tres problemas que se han identificado en la mayoría de nuestras empresas: las dificultades de financiación, la pérdida del control de la gestión por los socios que ostentan la mayoría y los problemas de supervivencia de la sociedad derivados de la sucesión generacional». A tal efecto, introduce «transformaciones en la legislación civil vigente en aquellos preceptos en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión

(1) Este precepto aparece por primera vez en el artículo 1073 del Anteproyecto 1882-1888, que en el texto definitivo adoptó la numeración de 1056. Pero esto no significa que carezca de precedentes; por el contrario, encuentra dos antecedentes en Derecho romano: el *testamentum parentum inter liberos* (desde Constantino, el *pater familia* podría distribuir las cuotas entre sus descendientes sin respetar las formalidades testamentarias) y la *divisio inter liberos* (en cuya virtud el *pater* distribuía bienes concretos con carácter de acto particional). En el Derecho castellano cabe citar las Leyes 19 y 20 de Toro, que permitían al testador señalar cosas singulares para satisfacer las mejoras de tercio o quinto. Por su parte, la Partida 6, 10-2, facultaba al heredero para extraer su legítima de la cosa «si esta fuere tal que se pudiera partir sin daño y sin mal», de donde resultaba la indivisión de la cosa en el supuesto contrario. Por último, en el Proyecto de 1851, el artículo 650 (que conforma el actual art. 821 CC) estableció, para el legado que no admitiera cómoda división, la posibilidad de abono en dinero del respectivo haber, y el artículo 681 (que forma el actual art. 829 CC), que en el supuesto de que la mejora se señalara en cosa determinada, si el valor de esta excedía del tercio destinado a mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, este debía abonar la diferencia en metálico a los demás interesados.

de la unidad productiva (2) para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual, etc.» (3).

II. SUJETOS DE LA FACULTAD CONCEDIDA POR EL ARTÍCULO 1056, PÁRRAFO 2.º, DEL CÓDIGO CIVIL

1. SUJETO ACTIVO: EL TESTADOR

El artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, faculta al *testador* para realizar la partición de sus bienes, de forma que se preserve la indivisión de una explotación económica o se mantenga el control de una sociedad de capital o grupo de estas, «*disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados*».

Mediante el empleo del término *testador* queda delimitado, tanto el ámbito subjetivo activo de la facultad concedida por el citado precepto, como el vehículo formal adecuado para su ejercicio (4).

Por lo que se refiere a la delimitación subjetiva, la palabra *testador* debe ponerse en relación con la expresión *demás interesados*, empleada por el mismo precepto, de donde resulta que debe tratarse de un *testador* que tenga herederos forzosos o legitimarios, cualquiera que sea el parentesco con respecto a los mismos (ascendientes, descendientes o cónyuge), puesto que, en el supuesto contrario, no se plantearía problema alguno.

Desde un punto de vista formal, el empleo del término *testador* revela la necesidad de un testamento como vehículo adecuado para ejercer la facultad concedida por el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil. Aun cuando nos ocuparemos de esta cuestión en el epígrafe IV, conviene advertir que la partición realizada *ex* artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, precisa del refrendo de un testamento previo, simultáneo o posterior.

(2) Merced a la D.F. 1.ª de la Ley 7/2003, de 1 de abril, resultan modificados los artículos 1056, párrafo 2.º, 1271, párrafo 2.º y 1406.2.º, todos ellos del Código Civil.

(3) Exposición de Motivos II, párrafos 4.º y 6.º

(4) Sobre esta cuestión vid. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., «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 Responsabilidad Limitada», en *La Ley*, año XXV, núm. 5939, viernes 23 de enero de 2004, pág. 4; *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 266.

2. SUJETOS PASIVOS

La facultad concedida por el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, tiene un sujeto pasivo doble: por un lado, el favorecido con la explotación económica o con el control de una sociedad de capital o grupo de estas, y, por otro lado, los *demás interesados*.

a) *Adjudicatario de la explotación económica o de las acciones o participaciones que otorguen el control de una sociedad de capital o grupo de estas*

En principio, y dado que el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, no lo prohíbe, puede ser beneficiario de la explotación económica o de las acciones o participaciones que otorguen el control de una sociedad de capital o grupo de estas cualquiera, incluso un extraño (no legitimario). El repetido precepto habla del pago en metálico *a los demás interesados*, y no «a los demás legitimarios».

En contra de esta opinión, PALAZÓN GARRIDO (5) sostiene que el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil solo permite que el testador nombre adjudicatario a cualquier legitimario (y no a cualquier persona), es decir, a descendientes, a falta de estos, ascendientes y cónyuge. Los argumentos que utiliza en apoyo de su postura pueden sintetizarse del siguiente modo:

- *Argumento literal*. Sostiene que la palabra clave no es *interesados*, sino *demás*, que debe ponerse en relación con el término *legítima*, de suerte que, a su juicio, que haya más (o demás) interesados en la legítima supone que hay otro, que es precisamente el que ha recibido la empresa, ya que en otro caso se diría «que se pague en metálico su legítima a los interesados».
- *Argumento sistemático*. Considera poco factible que la intangibilidad cualitativa de la legítima, que hasta ahora solo había cedido ante otro legitimario (vid. arts. 829, 841 y sigs., todos ellos del CC), ahora lo haga ante un extraño.
- *Argumento económico*. Entiende que sería perjudicial desde un punto de vista económico para el propio beneficiario de la explotación o del paquete de acciones o participaciones, y para demostrarlo pone el ejemplo de que el extraño concorra con descendientes del testador, en cuyo caso podría corresponderle, como máximo, un tercio de la herencia (el tercio de libre disposición), por lo que tendría que compensar dos tercios en metálico (los tercios de legítima estricta o corta y de legítima larga o mejora).

(5) *Protección del patrimonio familiar*, coordinador: Francisco Javier SÁNCHEZ CALERO y Rosa GARCÍA PÉREZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 316 a 319.

- *Argumento legal.* Opina que la Ley 7/2003 tiene por trasfondo y eje la empresa familiar, por lo que una interpretación que propiciara la transmisión de la propiedad fuera de la familia resultaría ilógica.

También otorga fuerza a este argumento legal RUEDA ESTEBAN (6), quien, en orden a la posibilidad de designar beneficiario a un tercero extraño, afirma que su razón como jurista se divide, ya que por una parte, la doctrina y la jurisprudencia clásicas, así como la Exposición de Motivos, se refieren al «entorno familiar»; pero, por otra, una lectura aséptica del precepto, tomando como base para su interpretación exclusivamente la literalidad del mismo, conduce a la conclusión de que puede ser adjudicatario un extraño.

Cuando el artículo 1056, párrafo 2.º, de Código Civil, habla de pagar en metálico *su legítima a los demás interesados*, se refiere a todos aquellos sujetos que, además del adjudicatario, están *interesados* en la sucesión en cuanto destinatarios de los tercios de legítima estricta, mejora y libre disposición. En definitiva, de dicha expresión no puede inferirse que el adjudicatario o beneficiario deba ser un legitimario, decayendo, de este modo, el argumento literal empleado por PALAZÓN GARRIDO.

Consecuencia de lo anterior es la improcedencia del argumento sistemático; el legislador ha querido sacrificar el sistema legitimario regulado en los artículos 806 y siguientes del Código Civil, en pro de la conservación de la empresa; en otras palabras, el interés de los legitimarios se hace ceder ante el interés del testador por preservar indivisa una explotación económica o por mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas.

El argumento económico no es suficiente para excluir que pueda designarse como adjudicatario a un extraño. El testador podrá concederle un aplazamiento («*siempre que este no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador*»), facilitándole así tiempo para recaudar fondos, incluso a través de la empresa adjudicada, con que pagar a los demás interesados su parte. Además, el beneficiario podrá servirse de los demás modos de extinción de las obligaciones previstos en el artículo 1156 del Código Civil, para cumplir dicho pago. En última instancia, si estimara que le resulta perjudicial el abono de dichas cantidades, siempre podrá renunciar a la herencia.

Por último, respecto del argumento legal, debe advertirse que, aun cuando es cierto que la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, de acuerdo con su Exposición de Motivos, tiene como eje la empresa familiar, no es menos cierto que los Preámbulos y Exposiciones de Motivos no tienen valor normativo, sino meramente interpretativo (interpretación auténtica), la in-

(6) *La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil*, Cuadernos de Derecho y Comercio, 39, junio de 2003, págs. 116 y 117.

interpretación que lleva a cabo de la ley el propio legislador, y que del articulado definitivo de dicha Ley ha desaparecido toda referencia a la «empresa familiar». Si se designa adjudicatario a un extraño, ya no habrá «empresa familiar», pero el legislador ordena que se preserve como unidad económico-productiva. El acento debe ponerse, por tanto, en el *primum* la empresa (7).

En síntesis, puede ser beneficiario cualquier sujeto, ya sea legitimario (descendientes, ascendientes y cónyuge viudo), o no, y, en este último supuesto, ya sea un no legitimario familiar del testador (como por ejemplo un nieto), o un extraño.

Por lo que se refiere a su posición jurídica, habrá que distinguir según que el adjudicatario sea o no un legitimario (8). Mas debe adelantarse que la cuestión se suscitará cuando el testador no haya manifestado su voluntad al respecto, ya que si imputó la adjudicación de la explotación o del paquete de acciones o participaciones sociales en los tercios correspondientes, o puntualizó el o los tercios que habrían de pagarse en metálico a *los demás interesados*, no se planteará problema alguno.

En el caso de que el beneficiario fuera un legitimario, la cuestión se suscita respecto de los tercios de mejora y de libre disposición.

En cuanto al tercio de mejora, si el adjudicatario es un legatario, se resolverá en sede de imputación merced a la aplicación del artículo 828 del Código Civil, en cuya virtud solo se entenderá que ha sido mejorado «*cuando el testador haya declarado expresamente ser esta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre*»; y si es un heredero, habrá que estar igualmente a la voluntad del testador, debiendo entenderse —mientras que el testador no haya dispuesto lo contrario— que aquel ha sido mejorado, constituyendo esta una de las mejoras tácitas permitidas por nuestro Código Civil. En este sentido se pronunció nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 18 de junio de 1982, en la que resolvió que el adjudicatario, dado que la voluntad de la testadora era la de conservar indivisa la empresa, y el gravarla con elevadas cantidades hace

(7) En este sentido, vid. GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los actuales artículos 821 y 1056.2.º del Código Civil. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas», en *RJN*, núm. 55, julio-septiembre de 2005, págs. 132 y 133. Opina además el citado autor que en este punto «existe una clara extrapolación, a la vista de la recomendación que de la Comunidad Europea viene desde Bruselas: que los Estados miembros antepongan el principio de la conservación de la empresa *dentro de la familia* sobre el específico interés de los legitimarios a bienes de la herencia en todo caso. Con lo que el nuevo precepto va más allá de la posibilidad de elegir el familiar idóneo para la empresa y al hacerlo deja en el aire la coordinación con el actual régimen fiscal especial, lo cual también ha recibido el toque de atención desde Bruselas en el sentido de fomentar la transmisión de empresas a los empleados, si ello se considera lo mejor».

(8) Sobre esta cuestión, vid. RUEDA ESTEBAN, L., *ob. cit.*, págs. 126 y 127; MILLÁN SALAS, F., «La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil», en *AC*, T. 2003-4, págs. 1181-1183; y PALAZÓN GARRIDO, M., *ob. cit.*, págs. 339 y 340.

peligrar su continuidad, debía entenderse mejorado, de suerte que solo debía pagar al legitimario demandante la cuota de legítima estricta (9).

En lo que atañe al tercio de libre disposición, salvo que se deduzca que ha sido otra la voluntad del testador, debe entenderse que el adjudicatario legitimario ha sido instituido en dicho tercio.

De todo lo anterior resulta que el beneficiario legitimario deberá abonar en metálico a los *demás interesados* únicamente la cuota correspondiente a la legítima corta o estricta.

También es posible que sea beneficiario el cónyuge viudo, en cuyo caso habrá que distinguir dos supuestos:

- Si concurre con hijos o descendientes, «*tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora*» (art. 834 CC), y puede —si así lo desea el testador— tener la propiedad del tercio de libre disposición, de manera que, en tal supuesto, tendría que pagar a los *demás interesados* las cuotas correspondientes a la legítima estricta y a la nuda propiedad del tercio de mejora.
- Si concurre con ascendientes, «*tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia*» (art. 837 CC). Dado que la legítima de los padres y ascen-

(9) De acuerdo con su Considerando 2.º, «establece el artículo 808 del Código Civil, que “la legítima de los hijos y descendientes legítimos está constituida por las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre”, añadiendo que “sin embargo, podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos”, especificándose en el artículo 823 del propio cuerpo legal, “el padre o la madre podrán disponer a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes de una de las dos terceras partes destinadas a legítimas”, denominándose a “esta porción mejora”, a la luz de cuyos preceptos se deduce que como quiera que en tales supuestos la parte disponible a favor de los descendientes no queda limitada al tercio libre, sino a los dos tercios del haber, esto es, que el segundo tercio es legítima frente a extraños, pero no contra los descendientes del testador, que cuenta para distribuir entre los descendientes con tales dos tercios: el libre y el de mejora; si bien este último está afecto a las limitaciones establecidas en los artículos 825 y 828, determinantes de que para que la mejora se considere como tal habrá de declararlo así el testador expresamente, sin que en ningún caso esto haya de ser entendido, en el rígido sentido de que el testador venga obligado necesariamente a utilizar la palabra mejora, para que la misma pueda estimarse verificada, pues ello significaría tanto como extender el alcance del precepto sustantivo a una sacramentalidad, que ni de su texto, ni de su contenido, interpretados a la luz de la normativa de los artículos 1.281 y siguientes del propio Código, exigen, sino que habrá de ser el contenido del testamento, el que pondrá de relieve si en su clausulado existe o no una voluntad expresa de mejorar, debiendo afirmarse que tal voluntad es patente, cuando el causante se haya manifestado de una forma tan contundente y reiterada que sea incompatible con la negación de los efectos de la mejora, sin que ello pueda entenderse como forma tácita de expresión de voluntad del causante, que implique la existencia de una voluntad que, aunque no gamaticalmente manifestada, sí aparezca directamente comprobada, sino como una declaración expresa e implícita de la exteriorizada voluntad de mejorar, que no pierde tal condición por el hecho de que no se haya empleado la palabra mejora».

dientes, cuando concurren con el cónyuge viudo, es de una tercera parte de la herencia (art. 809 CC), este último podría tener la propiedad de los otros dos tercios, de forma que, en tal supuesto, solo tendría que pagar a los *demás interesados* la cuota correspondiente a un tercio de la herencia.

Por último, si el instituido como adjudicatario fuera un extraño, y salvo que sea otra la voluntad del testador, habrá que entender que este ha sido instituido en el tercio de libre disposición, de suerte que tendrá que pagar a los *demás interesados* las cuotas correspondientes a los tercios de legítima estricta y de mejora.

Resta aclarar si pueden ser adjudicatarios varios sujetos. La respuesta debe ser afirmativa, principalmente, por los dos motivos siguientes: por un lado, porque puede ocurrir que tal solución sea la conveniente para conservar indivisa la explotación (10), y por otro, porque de esta manera se facilita el pago de su cuota a los *demás interesados*.

b) *Los perceptores del metálico*

Los perceptores del metálico son los *demás interesados*. Sobre quiénes sean dichos *interesados*, la doctrina se divide en dos direcciones:

- Quienes sostienen que los *demás interesados* son los legitimarios (hijos y descendientes, ascendientes y, por extensión, el cónyuge) (11).
- Quienes defienden que los *demás interesados* son tanto los legitimarios como los beneficiarios de los tercios de mejora y de libre disposición. En este sentido se manifiesta MILLÁN SALAS (12), a cuyo juicio «el pago en metálico se tiene que hacer, dependiendo de cada caso, a quienes sean legitimarios del testador y a los beneficiarios de los tercios de mejora y de libre disposición, en cuanto el valor de la explotación económica, de las acciones o de las participaciones sociales abarque cuantía imputable

(10) Nos mostramos disconformes, por lo tanto, con la opinión sostenida por MILLÁN SALAS (*ob. cit.*, pág. 1183), a cuyo juicio «existen argumentos para sostener una respuesta tanto afirmativa como negativa. Si se da una respuesta afirmativa se podría alegar el interés de la familia de preservar indivisa una explotación económica; por la negativa se podría alegar que preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas equivale a conservarla en manos de una persona individual». Entendemos, con RUEDA ESTEBAN (*ob. cit.*, pág. 117), que el fin de la norma es preservar indivisa la explotación, y ello puede lograrse tanto adjudicándola a uno como a varios, siempre que estos continúen con el negocio.

(11) En este sentido se pronuncian, entre otros, FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, A., *La Ley 7/2003...*, cit., pág. 5, y *Transmisión...*, cit., págs. 266 y 267; PALAZÓN GARRIDO, M. L., *ob. cit.*, pág. 319; y RUEDA ESTEBAN, L., *ob. cit.*, pág. 117.

(12) *Ob. cit.*, págs. 1183 y 1184.

a las cuotas de unos y otros, y no se les haya adjudicado la explotación económica, las acciones o las participaciones sociales. Dentro de los legitimarios se incluye al cónyuge viudo, pues si los herederos pueden satisfacer al cónyuge su parte de usufructo mediante un capital en dinero (arts. 839 y 840), con mayor razón podrá el testador, en interés de la familia, imponer el pago en metálico».

Nosotros somos partidarios de la opinión mantenida por MILLÁN SALAS, y, en consecuencia, consideramos que el término *interesados* empleado por el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, debe abarcar a todo sujeto llamado (por cualquier título) a la herencia, ya sea como destinatario del tercio de legítima estricta, ya como adjudicatario de los tercios de mejora y de libre disposición.

A nuestro modesto parecer, no debe adjudicarse al término *legítima* («*disponiendo que se pague en metálico su legítima*») una importancia tal que deba interpretarse en su literalidad, determinando así una restricción o limitación del ámbito subjetivo pasivo de la facultad consagrada en el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil; a nuestro juicio, el legislador emplea la palabra *legítima* para realzar la importancia que ya en el párrafo 1.º de dicho precepto («*en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos*») otorga a la legítima de los herederos forzosos.

III. OBJETO: LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA Y LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES QUE OTORGUEN EL CONTROL DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL O GRUPO DE ESTAS. REQUISITOS: EXISTENCIA Y TITULARIDAD

El artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, menciona, como objeto de la facultad partitiva conferida al testador en el párrafo primero del mismo precepto, la explotación económica y las acciones o participaciones sociales que otorguen el control de una sociedad de capital o grupo de estas.

Para que la adjudicación sea válida, se precisa que la explotación económica o las acciones o participaciones sociales existan, y que sean de la titularidad del testador.

1. EXISTENCIA DE LA EXPLOTACIÓN O DE LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES SOCIALES. EFECTOS DE SU INEXISTENCIA

La explotación económica puede definirse de varias formas: conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular en el ejercicio de una actividad económica, primordialmente con fines de mercado, y que

constituye en sí misma una unidad técnico-económica (13); organización de factores muy diversos destinada a la producción o a la mediación de bienes y servicios para el mercado, que constituye una unidad económica y funcional y objeto unitario susceptible como tal de tráfico jurídico (14).

No es necesaria una prueba terminante de la existencia de la explotación, ya que, como afirmó la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de mayo de 1951, en su Considerando tercero, constando la explotación, «ya en el testamento, constituye una situación jurídica que no necesita más prueba, sino que por el contrario son los que la impugnan los que tienen que demostrar los hechos en que basen su impugnación en virtud del principio recogido en el artículo 1214 del Código Civil».

Las sociedades de capital son, en el ordenamiento jurídico español, la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada y su subespecie de nueva empresa, y la sociedad comanditaria por acciones. Dado que se habla de *sociedades de capital* sin efectuar distinción ni exclusión alguna, dentro del término deben entenderse comprendidas tanto las productivas como las no productivas (o de tenencia de bienes o meramente patrimoniales) (15), y tanto las formadas por un solo socio (unipersonales) como las formadas por una pluralidad de ellos (pluripersonales).

No obstante, como pone de relieve MILLÁN SALAS (16), existen ciertas restricciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones en las sociedades de capital, así:

- a) En las sociedades anónimas y en las comanditarias por acciones, es posible rechazar la inscripción de la transmisión (*mortis causa*) bien presentando al heredero adjudicatario un adquirente, bien ofreciéndose ellas mismas a adquirirlas por su valor real al tiempo de solicitarse la inscripción (arts. 64 LSA y 152 CdC). Debe advertirse que las restricciones estatutarias serán aplicables a las adquisiciones *mortis causa* solo cuando así lo establezcan expresamente los estatutos.
- b) En las sociedades de responsabilidad limitada y en su subespecie de responsabilidad limitada nueva empresa, la adquisición de alguna participación social atribuye al heredero la condición de socio. No obstante, los estatutos pueden establecer un derecho de adquisición a favor de los

(13) MILLÁN SALAS, F., *ob. cit.*, pág. 1184.

(14) PALAZÓN GARRIDO, M. L., *ob. cit.*, pág. 322.

(15) Como muy bien dice PALAZÓN GARRIDO, M. L. (*ob. cit.*, pág. 323) —con cita de FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A.— «no establece el Código Civil restricción ni limitación alguna, por lo que parece que podría utilizarse la facultad también en presencia de sociedades no productivas, como aquellas meramente patrimoniales o de tenencia de bienes, siempre que cumplan el requisito de ser sociedad de capital».

(16) *Ob. cit.*, págs. 1184 y 1185.

socios, y, en su defecto, a favor de la sociedad, por el valor razonable de las participaciones el día del fallecimiento del socio. La valoración se regirá por lo dispuesto en el artículo 100 LSRL y el derecho de adquisición deberá ejercitarse en el plazo máximo de los tres meses a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria (art. 32 LSRL).

En el supuesto de que llegara a demostrarse que la explotación económica o las acciones o participaciones sociales adjudicadas por el testador no existen, la adjudicación deberá declararse nula por falta de objeto, y, en consecuencia, deberá llevarse a cabo una nueva partición conforme a las reglas generales consagradas en los artículos 1061 y siguientes del Código Civil.

2. TITULARIDAD. ADJUDICACIÓN DE BIENES GANANCIALES

El artículo 1056, párrafo 1.º, del Código Civil, faculta al testador expresa y literalmente para llevar a cabo *la partición de sus bienes* (17). De ello se infiere que la explotación económica o el paquete de acciones o participaciones sociales deben ser de la titularidad del testador. En este sentido se pronuncia nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 7 de diciembre de 1988: «la partición, que como una más de las clases o formas de partición hereditaria, puede hacer el testador conforme al artículo 1056 del Código Civil, presupone necesariamente, como requisito condicionante de la validez y eficacia de la misma, 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».

La cuestión se plantea respecto de la adjudicación de la explotación económica o del paquete de acciones o participaciones sociales cuando aquella o este tenga carácter ganancial, tema que ha merecido la atención de la casi unanimidad de la doctrina que se ha ocupado de la exégesis del artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil. En principio, adelantamos que, desde la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 13 de octubre de 1916, la doctrina y la jurisprudencia que se han ocupado del tema han negado la posibilidad de adjudicar bienes de carácter ganancial merced a la partición hecha por el propio testador ex artículo 1056 del Código Civil.

Al fallecer uno de los cónyuges, el matrimonio y, en consecuencia, la sociedad de gananciales se disuelven (arts. 85 y 1392 CC). Surge entonces lo que la jurisprudencia denomina «comunidad postganancial», que es un patrimonio

(17) La negrita es nuestra.

separado pendiente de liquidación para determinar la adjudicación de los bienes que lo integran al cónyuge supérstite y a los herederos del cónyuge fallecido. Mientras no se liquida este patrimonio ganancial, no es posible concretar los bienes que corresponden a sus partícipes. En efecto, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de octubre de 2006: «Esta Sala ha declarado reiteradamente que durante el periodo intermedio entre la disolución (por muerte de uno de los cónyuges o por cualquier otra causa) de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero (cónyuge supérstite y herederos del premuerto en caso de disolución por muerte, o ambos cónyuges si la causa de disolución fue otra) ostenta una cuota abstracta sobre el *totum* ganancial (como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia), pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad postmatrimonial y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación-división, se materialice una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros —sentencia de 17 de febrero de 1992 que recoge la doctrina de las de 21 de noviembre de 1997 y 8 de octubre de 1990 citadas por la sentencia de 7 de noviembre de 1997—; en dicha comunidad los cotitulares siguen manteniendo sus mismos derechos y cuotas que serán materializadas tras la división-liquidación en una parte concreta e individualizada de los bienes y derechos que se les adjudiquen».

En síntesis, mientras no resulte liquidada la sociedad de gananciales, no podrán concretarse los activos que corresponden al cónyuge supérstite ni los que corresponderían a los herederos del cónyuge fallecido.

La partición extingue la situación de comunidad hereditaria merced a la división y a la adjudicación a los coherederos del activo (y pasivo) de la herencia (arts. 1051 y sigs. CC), la cual, de conformidad con el artículo 659 del Código Civil, «*comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte*». Por tanto, en la herencia, de acuerdo con lo que se acaba de decir, no puede comprenderse la mitad de la comunidad ganancial que corresponde al cónyuge supérstite. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de septiembre de 1998, según la cual «el objeto de una partición hereditaria solo puede recaer sobre 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 Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de octubre de 1916, cuando, entre otras cuestiones, establece que «es necesario que los bienes distribuidos en una partición testamentaria sean propios del causante». Hacerlo, mezclando bienes privativos y gananciales no es otra cosa que incluir bienes ajenos al patrimonio del causante», y la de

7 de diciembre de 1988, a cuyo tenor «requisito condicionante de la validez y eficacia de la partición que contempla el artículo 1056 del Código Civil, es que la misma se refiera a bienes que forman parte del patrimonio del testador que la hace, como exige expresamente el citado precepto» (18).

Del mismo modo lo clarifica la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1988 al disponer 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 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 de legado».

El artículo 1056, párrafo 1.º, del Código Civil, de acuerdo con la tradición jurídica española, faculta al testador para llevar a cabo él mismo la partición, confiriéndole amplias posibilidades al efecto, pero imponiéndole el respeto absoluto a las legítimas. Habrá que respetar la voluntad del testador hasta donde le sea legalmente permitido (art. 675 CC), dada la intangibilidad de la legítima, y del presupuesto de que aquel no podrá disponer por testamento más que de lo suyo, resulta que no podrá incluir en la partición los bienes gananciales, en tanto no se haya disuelto la sociedad matrimonial. No debemos caer en la creencia errónea según la cual los bienes gananciales pertenecen al testador por mitad, pues la sociedad de gananciales es una comunidad de tipo germánico en la que, mientras no haya liquidación, «todo es de ambos y nada en particular».

A nuestra argumentación parece oponerse la disposición contenida en el artículo 1379 del Código Civil, y decimos «parece» porque la oposición es más aparente que real.

De acuerdo con el artículo 1379 del Código Civil: «Cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales». Este precepto debe interpretarse conjuntamente con el contenido en el artículo 1344 del Código Civil, a cuyo tenor literal: «Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella». De dicha interpretación conjunta resulta que, de lo que pueden disponer los cónyuges por testamento, no es de la mitad de los gananciales, referido a los mismos bienes, sino de su parte en el patrimonio

(18) En este mismo sentido se habían pronunciado ya las SSTs de 22-5-1965, 17-5-1974 y 5-6-1985, y posteriormente las de 17-10-2002 y 14-12-2005.

ganancial, que es la mitad de lo que corresponda a su liquidación una vez deducido el pasivo (19).

Además, junto a la facultad anterior, el artículo 1380 del Código Civil establece que: «*La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento*» (20). Es decir, si la explotación económica o el paquete de acciones o participaciones sociales fueran de naturaleza ganancial y el testador, no obstante, adjudicara aquella o estos en uso de la facultad que le confiere el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, dicha adjudicación únicamente será válida si, una vez liquidada la sociedad de gananciales, la explotación o las acciones o participaciones sociales se atribuyeran a su haber. Además, debe tomarse en consideración al respecto lo dispuesto en el artículo 1406, apartado 2.º, del Código Civil, según el cual: «*El cónyuge tendrá derecho a que se incluya con preferencia en su haber, hasta donde este alcance: 2.º La explotación económica que gestione efectivamente*».

Puesto que mientras no sea liquidada la sociedad de gananciales no se sabe a quién de los dos cónyuges será atribuida la explotación económica o el paquete de acciones o participaciones sociales, la doctrina (21) y la jurisprudencia (22) se muestran partidarias de la partición combinada como fórmula adecuada para llevar a cabo la adjudicación por parte de los dos cónyuges a favor de la misma persona. Los inconvenientes de esta forma de testar son dos: por un lado, que la apertura de las sucesiones de uno y otro cónyuge se produzca en momentos distintos, de suerte que el adjudicatario recibirá una parte cuando muera uno y otra cuando fallezca el otro; por otro lado, la revocación de uno de los testamentos, que dejaría en «indigencia» la situación del otro, aunque este último

(19) DOMÍNGUEZ LUELMO, A. («Comentario a la STS de 18-3-1991», en *CCJC*, enero-marzo de 1991, núm. 25, págs. 346 y 347) sostiene un criterio favorable a permitir que el testador incluya bienes gananciales en su partición, respetando siempre el límite que suponga su participación tras la liquidación. A su parecer, «dentro de los bienes del testador a que se refiere el artículo 1056 del Código Civil se deben incluir, además de los privativos, todos los que compongan su herencia, es decir, la parte de los bienes de la sociedad conyugal que pertenezca al difunto. Mientras la sociedad no se haya liquidado, la comunidad hereditaria comprenderá también la cuota ideal del difunto en aquella, y, una vez realizada la liquidación, pasarán a formar parte de su patrimonio los bienes concretos que se le adjudiquen en pago de la misma».

(20) En este precepto se recoge la doctrina tradicional del «legado de cosa ganancial», que es aquel legado ordenado por el testador con cargo a su participación en el patrimonio ganancial. No se trata de un legado de cosa ajena (en este sentido, SSTS de 10-1-1934, 18-3-1991 y 26-4-1997), sino de una figura jurídica específica, que se regula por sus propias normas. Es un legado de cosa perteneciente a la comunidad postganancial, la cual se halla fuera de toda normativa legal; ni es ganancial, ni es cosa ajena, ni es cosa común (STS de 11-5-2000).

(21) MILLÁN SALAS, F., *ob. cit.*, págs. 1186 y 1187, y RUEDA ESTEBAN, L., *ob. cit.*, págs. 124 y 125.

(22) SSTS de 20-5-1965, 17-5-1974 y 21-7-1986.

inconveniente podría resolverse —como señala RUEDA ESTEBAN (23)— condicionando la validez de uno al mantenimiento del otro.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA (24) menciona las diversas formas en que puede articularse la partición conjunta de ambos cónyuges: mediante el otorgamiento de testamentos coetáneos y con idéntico contenido particional; mediante pactos conyugales de preliquidación de la sociedad de gananciales realizados en capitulaciones y difiriendo su eficacia al fallecimiento de uno de ellos; mediante documentos de ejecución de protocolo familiar o en el protocolo mismo, que si bien instrumentalmente pueden ser capitulaciones o testamentos (también donaciones de las previstas en el art. 1341 del Código Civil, o contratos onerosos con tercero de los previstos en el art. 827 del Código Civil), causalmente son supuestos de partición por el testador coordinados, en su caso, con el artículo 1271, párrafo 2.º, del Código Civil.

IV. ASPECTOS FORMALES DE LA ADJUDICACIÓN

1. NECESIDAD DE UN TESTAMENTO PREVIO, SIMULTÁNEO O POSTERIOR A LA PARTICIÓN

Ya en sus primeras sentencias dictadas al amparo del artículo 1056 del Código Civil, el Tribunal Supremo condicionaba la validez de la partición a la existencia de una disposición testamentaria, sin exigir que una y otra se sucedieran en el tiempo de forma determinada. Debe advertirse que este último aspecto fue el resultado de una larga evolución, puesto que en la sentencia de 3 de junio de 1903 se exigía testamento anterior a la partición, autorizándose en la de 6 de marzo de 1917 la validez del testamento posterior a la fecha de la partición, criterio que se sigue manteniendo hoy en día.

En la sentencia de 6 de marzo de 1945 (de la que fue ponente el profesor CASTÁN TOBEÑAS) se ofrece una magnífica visión de la problemática que genera la partición hecha por el propio testador. El gran magisterio de su contenido hace que creamos conveniente reproducir alguno de sus fundamentos de derecho: «Que si bien las legislaciones, para proveer a necesidades familiares, ventajas prácticas y anhelos muy legítimos, admiten la posibilidad de que los testadores todos, o cuando menos los ascendientes, realicen por sí mismos la distribución y partición de los bienes entre sus herederos, son muy diversos los sistemas mediante los cuales se ha disciplinado, por las leyes y por la doctrina, la institución de que se trata, cuyo funcionamiento y desarrollo plantea dificult-

(23) *Ob. cit.*, *ibídem*.

(24) *Transmisión mortis causa...*, cit., pág. 269.

tades técnicas de verdadera monta, siendo de tener en cuenta, por lo que afecta al Derecho patrio, los siguientes antecedentes históricos y doctrinales, de gran interés para interpretar adecuadamente la norma que, en términos harto lacónicos, establece el *artículo 1056 apartado 1.º del Código Civil*: Primero: Que el Derecho romano, independientemente de la forma testamentaria especial para que el padre dispusiese de sus bienes en favor de sus hijos (*testamentum inter liberos*) admitió la partición de bienes del ascendiente entre sus hijos (*division inter liberos*), como un acto de sucesión hereditaria o última voluntad pero que podía ser efectuado en forma diversa de la ordinaria y siempre —aun bajo el imperio de la novela dieciocho de Justiniano— con caracteres de gran simplicidad. Segundo: Que en el Derecho histórico de Castilla fue reconocida la partición hecha por el testador, con rasgos fundamentalmente análogos a los del Derecho romano, según lo demuestra claramente la *ley séptima, título primero, Partida sexta*, y aun en el texto de la *ley novena, título quince* de la propia Partida en la que se estableció que «si el padre o el testador partiese él mismo la heredad en su vida entre sus herederos a su finamiento, si después que él finasse venciesen alguno dellos en juicio, alguna de sus cosas que le vinieron en su parte, entonce los otros herederos non serían tenudos de fezerle enmienda alguna», pues lo aquí regulado significa, no una verdadera figura jurídica de partición *inter vivos*, sino una forma de partición *mortis causa* hecha en vida y que producía sus efectos en el momento del «finamiento» del testador. Tercero: Que si bien los escritores más autorizados y seguidos, en el Derecho anterior al Código Civil, admitían como lícita, por no haber ley que la prohibiera, la división mediante entrega en vida a los hijos de los bienes que había de corresponderles, es de observar, de un lado, que dichos autores no exigían formalidades especiales para esa partición, cuyo efecto se ligaba, más que al título contractual, a la *traditio* de los bienes, y de otro, que esa partición se consideraba revocable, salvo disposición expresa en contrario, pues se estimaba que no equivalía a una donación simple, sino a una *disposición última* que era revocable hasta la muerte. Cuarto: Que fue el Código francés, seguido en este punto por muchos otros de los modernos europeos y americanos, el que, con caracteres de novedad, perfiló los rasgos de la que se ha llamado división *inter vivos*, ya que, queriendo conciliar la tradición de las regiones de Derecho escrito, que habían conservado la partición de origen romano, con la de aquellas otras regiones que practicaban la institución de origen consuetudinario conocida con el nombre de abandono de bienes (*demission de biens*), que era el acto por el cual una persona se despojaba en vida de la universalidad de su patrimonio en favor de sus herederos de sangre, pero conservando el derecho a recoger los bienes donados cuando lo juzgase oportuno, admitió dos formas distintas de la partición de bienes por el ascendiente: la clásica partición testamentaria o testamento-partición y la donación-partición, forma esta última que sustituía a la *demission* del Derecho consuetudinario, aunque teniendo caracte-

res distintos, pues implica ahora una donación entre vivos acompañada de la partición de los bienes y revestida de la forma solemne y la naturaleza irrevocable que son propias de los actos de aquella clase, según se desprende del precepto claro contenido en el *artículo 1076 del citado Código francés*, a cuyo tenor esas respectivas particiones hechas por actos *inter vivos* o testamentarios, habrían de ajustarse a las formalidades, condiciones y reglas prescritas para las donaciones *inter vivos* y para los testamentos. Quinto: Que el Código español no siguió apenas en esta materia las huellas del patrón napoleónico; y así se observa, en primer término, que da a la facultad de división mayor amplitud y flexibilidad que la que tiene en Derecho francés, sin duda para facilitar el logro de las finalidades prácticas de aquella, tanto en lo que se refiere a los sujetos de la partición (admitiendo que todo testador, tenga o no herederos forzosos, pueda hacer la partición de sus bienes, e incluso que pueda ejercitarse ese derecho, en algunos casos, por vía de delegación, según resulta del *artículo 831*), como en lo que se refiere al contenido (otorgando al testador una amplia libertad, no solo en la composición cualitativa de los lotes, permitida por el *artículo 1056, apartado 2.º*, sin sujeción a lo que disponen los *artículos 1061 y 1062*, sino también en la distribución valorativa, al admitir como medio normal único de impugnación la acción por lesión de la legítima y no la acción ordinaria de rescisión por lesión en más de la cuarta parte). Sexto: Que si bien el *artículo 1056*, aludido, del Código español, admite que el causante pueda realizar partición de sus bienes de dos modos distintos, por acto *inter vivos* o por disposición de última voluntad, no se remite como el Código napoleónico lo hace, en cuanto a la primera de estas modalidades, al régimen específico de las donaciones *inter vivos*, ni permite entender que ese acto entre vivos a que el texto legal se refiere (y que quizá se entronca, más que con la fórmula de los Códigos extranjeros, con la de nuestra *ley novena, título quince de la Partida sexta* anteriormente citada) suponga un puro acto de esa naturaleza, ya que, en una técnica rigurosa, para discriminar los actos *inter vivos* y los actos *mortis causa* hay que atender a su finalidad y al tiempo en que el acto o negocio ha de producir su efecto típico o definitivo, de tal modo que serán negocios *mortis causa* los destinados a regular las relaciones jurídicas después de la muerte del sujeto del negocio o de uno de sus sujetos, y sobre esta base, la división del patrimonio es fundamentalmente un acto *mortis causa*, que tiene clara finalidad sucesoria, como lo confirma el propio *artículo 1056 de nuestro Código Civil*, al poner en todo caso como límite a la eficacia de la partición hecha por el testador el de no perjudicar la legítima de los herederos forzosos, siquiera se permita que este acto *mortis causa* vaya ligado, por una especie de yuxtaposición de elementos, a una declaración de voluntad emitida dentro del molde propio de los actos *inter vivos*, sin perder por ello su naturaleza ni dar siquiera al negocio particional (complejo en cuanto a sus elementos integrantes, mas no en cuanto a su naturaleza sustancial) el carácter mixto que

suelen atribuir a la donación-partición los intérpretes del *Código francés* y del *italiano de 1865*, cuando, tratando de fijar la fisonomía de esa institución (que alguna vez ha sido calificada de paradoja jurídica) dicen que en ella se descubren los caracteres sustanciales de la donación *inter vivos* estrechísimamente combinados con los propios de la sucesión hereditaria que le sirve de causa. Séptimo: Que la doctrina científica patria más generalizada, acomodándose a los precedentes de nuestro Derecho y fundándose, entre otras consideraciones, en la del lugar que la regulación de la partición hecha por el testador ocupa en el Código y la de la dicción de este, referida premeditadamente al testador (no al difunto, como decía el *artículo 899 del proyecto de 1851*), entiende, en el sentido expuesto, que se trata en esencia de una pura división hereditaria, la cual, aunque pueda revestir dos formas, implica siempre un acto de última voluntad. Octavo: Que siendo esa misma orientación la doctrina de esta Sala tiene declarado: que la facultad que concede el *artículo 1056* supone y requiere un testamento previo o ulterior en el que se disponga o se exprese el deseo de atemperarse a las normas de la ley, o sean las de la sucesión intestada (sentencias de 13 de junio de 1903 y 6 de marzo de 1917); que dicha facultad no obstaculiza la posible variación de la voluntad del causante durante su vida y el otorgamiento consiguiente de otro testamento que deje sin efecto el anterior y la división realizada (sentencias de 9 de junio de 1903 y 9 de julio de 1940), y que no obsta a la validez de la partición el haber sido hecha en documento privado, cuando en testamento posterior se refiere a ella el padre y no perjudica la legítima de los herederos forzosos (sentencia de 6 de marzo de 1917)».

La partición hereditaria efectuada en vida alcanza plena eficacia si viene corroborada *a posteriori* merced a una disposición testamentaria, ya sea previa, simultánea o posterior. Esta afirmación viene avalada por los siguientes argumentos de carácter literal:

- a) El artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil se refiere al *testador*, lo cual —como dijimos al ocuparnos del ámbito subjetivo del precepto— delimita el aspecto formal de la facultad contemplada por dicha norma.
- b) El precepto referido empela el gerundio *disponiendo*, con el cual parece referirse a una disposición *mortis causa*, pues de lo contrario —como muy bien dice RUEDA ESTEBAN (25)— habría empleado otros términos, como por ejemplo «habiendo dispuesto».
- c) Se concede al *testador* la facultad de partir sus bienes, y dado que la partición no es sino una ejecución adecuada de un testamento, no es posible concebir aquella sin la existencia de este, pues lo partitivo se subordina a lo dispositivo (26).

(25) *Ob. cit.*, pág. 115.

(26) MILLÁN SALAS, F., *ob. cit.*, pág. 1191.

2. MODALIDADES DEL ACTO PARTICIONAL

El artículo 1056 del Código Civil, en su párrafo 1.º, permite al testador hacer la partición de sus bienes de dos formas: «*por acto entre vivos o por última voluntad*».

Si la partición se hace en testamento, este podrá ser el mismo en el que se dispone de la explotación económica o del paquete de acciones o participaciones sociales a favor del adjudicatario ordenando el pago en metálico a los demás interesados, u otro distinto, y podrá adoptar cualquiera de las formas previstas por nuestro Código Civil, ya sea común (ológrafo, abierto, cerrado) o especial (militar, marítimo, hecho en país extranjero). En tal supuesto se cumpliría, de forma simultánea, con el presupuesto de la necesidad de un testamento que corrobore la partición.

En el supuesto de que la partición se lleve a cabo por acto *inter vivos*, tal circunstancia, *prima facie*, revestiría a la partición de una naturaleza contractual, de suerte que si tuviera lugar la entrega efectiva de los bienes, nos hallaríamos ante una institución híbrida de donación y partición que encontraría apoyo legal en la excepción contenida en el artículo 1271, párrafo 2.º, del Código Civil (27), a cuyo tenor: «*Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056*». No obstante lo anterior, el hecho de que el artículo 1056 del Código Civil confiera al *testador* la facultad de partir sus bienes, presupone —como ya se ha dicho— que la partición a que alude el citado precepto encuentra su fundamento en un testamento anterior, simultáneo o posterior.

La división por acto *inter vivos* del patrimonio es un acto *mortis causa*, unilateral y de última voluntad, cuya eficacia queda diferida al momento de la apertura de la sucesión, y de naturaleza esencialmente revocable.

La partición podrá hacerse en cualquier forma, pública o privada (28), e incluye integrarse en un protocolo familiar (29). Si dentro de la partición se

(27) Redactado por la Disposición Final 1.ª de la Ley 7/2003, de 1 de abril.

(28) De acuerdo con FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (*La Ley 7/2003, de 1 de abril...*, cit., pág. 5, y *Transmisión...*, cit., pág. 273), «esta interpretación se deriva del carácter no formal de nuestro derecho y de su coherencia sistemática con el párrafo primero, pero no cabe olvidar la equivalencia entre testador y contador-partidor por él designado que establece el precepto, por lo que si el protocolo establece esta posibilidad deberá ser refrendada por un testamento válido y eficaz».

(29) Respecto de esta posibilidad, estima FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (*La Ley 7/2003, de 1 de abril...*, cit., pág. 5, y *Transmisión...*, cit., pág. 273), que «conservará su independencia de suerte que el testador podrá alterar por sí mismo su contenido, y sin perjuicio de los artículos 1341, 1379 y 1380 del Código Civil, para los bienes gananciales y de lo previsto en el artículo 826 respecto de la promesa de mejorar o no mejorar hecha en capitulaciones matrimoniales».

incluyen bienes de naturaleza inmueble, será de aplicación lo dispuesto en los artículos 1279 y 1280 del Código Civil.

3. IRRELEVANCIA DE LA APROBACIÓN JUDICIAL

De acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil: «*No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843*». Ello significa que la partición realizada por el propio testador de conformidad con el artículo 1056 del Código Civil no precisa confirmación expresa de los hijos o descendientes de aquel, ni, en su defecto, aprobación judicial.

La referida exclusión debe interpretarse en sentido favorable, ya que — como afirma con acierto FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA (30)— «altera por completo el alcance de la partición por el testador alejándola de otros supuesto de pago en metálico ineficaces en la práctica precisamente por esta razón».

V. CAUSA DE LA ADJUDICACIÓN: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA Y EL INTERÉS DE LA FAMILIA

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, el testador que adjudique íntegramente a un solo sujeto (o a varios, si son más los adjudicatarios) la explotación económica o el paquete de acciones o participaciones sociales con conmutación en metálico de su legítima a los demás interesados, debe hacerlo «*en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia*».

El Código Civil no nos dice qué deba entenderse por *interés de la familia* ni por *conservación de la empresa*; tampoco la doctrina muestra un criterio uniforme al respecto, habiendo surgido tres vertientes:

- a) Quienes opinan que se trata de un único móvil de adjudicación dirigido a preservar la empresa familiar. En este sentido se manifiesta PALAZÓN GARRIDO (31), a cuyo juicio: «ambos móviles van íntimamente unidos y no se entienden el uno sin el otro, dado que lo que se pretende preservar es precisamente una empresa familiar. Aquí el interés de la empresa está enlazado de modo indisoluble con el interés de la familia».
- b) Quienes defienden la existencia de dos motivos de adjudicación, el interés familiar y la conservación de la empresa, pero estiman que el primero de ellos lleva implícito el segundo. Este es el punto de vista

(30) *Transmisión mortis causa...*, cit., págs. 275 y 279.

(31) *Ob. cit.*, págs. 320 y 321.

sostenido por MILLÁN SALAS (32), quien, después de definir el «interés de la familia» como el interés del testador «de preservar íntegra la explotación económica o mantener el control de una o varias sociedades de capital dentro de su propia familia, adjudicando la explotación económica, las acciones o las participaciones sociales a uno de sus familiares, proporcionándole el medio de vida de su familia», concluye que «la voluntad del testador de conservar indivisa una explotación presupone el interés de la familia, interés que solo y exclusivamente necesita ser apreciado por el disponente. Pero mientras el móvil «en interés de su familia» lleva implícito el otro móvil, «la conservación de la empresa», mantenemos, en cambio, que el testador puede hacer la partición de sus bienes atendiendo solo a la conservación de la empresa y no al interés de su familia, haciendo la adjudicación a un extraño».

- c) Quienes defienden la existencia de dos motivos absolutamente independientes entre sí, apoyándose en el dato literal de las dos alternativas separadas por una disyuntiva, presentadas por el legislador en el precepto. Entre estos autores cabe citar a RUEDA ESTEBAN (33).

Nosotros nos mostramos partidarios de esta última doctrina. En efecto, el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, presenta una disyuntiva de motivos («*en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia*»), argumento literal que estimamos suficiente para determinar la independencia entre ambos, ya que si el legislador no hubiera querido esta dualidad causal, no habría empleado la mencionada disyuntiva.

Por «interés de la familia» debe entenderse todo aquello que evite un perjuicio a la misma; por ejemplo, la adjudicación de la explotación económica o del paquete de acciones o participaciones sociales a uno de los hijos —con conmutación en metálico de su legítima a *los demás interesados*— puede generar envidia en los otros y conflictos familiares, lo cual iría en contra del «interés familiar» (34). Se trata, en definitiva, de circunstancias apreciables por el testador, y, en consecuencia, subjetivas.

(32) *Ob. cit.*, pág. 1181.

(33) *Ob. cit.*, págs. 118 y 119.

(34) En este sentido, afirma RUEDA ESTEBAN (*ob. cit.*, págs. 118 y 119) que: «establecido que el interés familiar no es ninguno de los demás mencionados en el Código Civil (67, 70, 82.4, 103.2 y 1389), ni puede ser el que define Díez-PICAZO (interés en la conservación de la empresa), porque es otro requisito alternativo diferente, solo nos queda el de CÁMARA: «deseo del testador de que la explotación se mantenga dentro de la familia». Pero también este es cuestionable, ya que con la nueva norma cabe adjudicar a un extraño y curiosamente puede darse que precisamente la única forma de preservar la empresa sea “sacarla” de la familia (por ejemplo, legándola a un hombre de confianza, que abonará los derechos a otros interesados). También puede considerarse interés familiar todo aquello que pueda evitar la perturbación de la paz familiar; por ejemplo, adjudicación a un hijo que sería incompatible

En cuanto a la «conservación de la empresa», por tal debe entenderse todo aquello que garantice, en términos económicos, el correcto funcionamiento de la explotación económica o de la sociedad de capital. Dado que el testador no puede disponer de esta información —de carácter objetivo— en el momento de llevar a cabo la adjudicación, la apreciación de aquello que se estime más adecuado para la «conservación de la empresa» no será sino algo de carácter subjetivo.

El carácter subjetivo de la causalización prevista en el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, se pone igualmente de manifiesto por el empleo de la disyuntiva *o* y del término *en atención*, pues como muy bien dice RUEDA ESTEBAN (35), de aquella disyuntiva resulta «un amplio abanico de posibilidades a disposición del testador, lo que aproxima más el fin justificante a un motivo de carácter subjetivo, porque no hay nada más personal que lo que se somete a elección», y del uso de la expresión *en atención* parece inferirse que «el interés de la familia o la conservación de la empresa ya han dejado de ser un requisito *sine qua non*, para pasar a ser un motivo de la forma especial de partición que ha escogido el testador».

Estamos de acuerdo con FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA (36) en que el referido carácter subjetivo de la causalización dificulta el control judicial posterior con tal que el testador sea titular de una empresa o de un paquete de acciones o bien de una participación de control en cualquier sociedad de capital.

De acuerdo con lo anterior, para que la partición realizada por el testador al amparo del artículo 1056 del Código Civil sea válida, será preciso que efectúe la adjudicación con conmutación a metálico de las legítimas en base al «interés de la familia» o bien para «conservar la explotación». Si su voluntad fue otra, no podrá utilizar la facultad prevenida en este precepto, aunque podrá efectuar la adjudicación con conmutación a metálico por la vía de los artículos 841 y siguientes del Código Civil (*Pago de la porción hereditaria en casos especiales*); en caso contrario, la partición así efectuada podrá ser impugnada demostrando que «fue otra la voluntad del testador», y su efecto será similar al de la rescisión por lesión en más de la cuarta parte (art. 1074 y sigs. CC). Los *demás interesados* tendrán entonces derecho a que se rescinda parcialmente la partición y a que se les atribuya su parte en bienes de la herencia (*in natura*) (37).

con otro, o exclusión de uno de ellos en el negocio por su carácter difícil con los demás, o sencillamente por ser arriesgado en sus concepciones del negocio o influenciado por su cónyuge, en definitiva, circunstancias apreciables pro el testador y como tal subjetivas».

(35) *Ob. cit., ibidem.*

(36) *Transmisión mortis causa...*, cit., pág. 273.

(37) En este sentido se manifiesta FOSAR BENLLOCH, E., «La explotación agrícola y el párrafo 2.º del artículo 1056 del Código Civil», en *ADC*, 16, 1963, págs. 384 y 385.

VI. PAGO EN METÁLICO DE LA LEGÍTIMA DE LOS DEMÁS INTERESADOS

1. PAGO CON METÁLICO EXTRAHEREDITARIO

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, para realizar el pago en metálico de su *legítima* a los *demás interesados*, *«no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario...»*.

De la literalidad del precepto objeto de estudio resulta que el adjudicatario de la explotación económica o del paquete de acciones o participaciones sociales podrá pagar su legítima (cuando se trate de beneficiarios del tercio de legítima estricta) o su porción hereditaria (cuando se trate de beneficiarios de los tercios de mejora y de libre disposición) a los demás interesados con metálico hereditario o con metálico extrahereditario; en este último supuesto, el metálico procederá del patrimonio del adjudicatario. Lo que en ningún caso será factible es que dicho abono se lleve a cabo con bienes de la herencia, ya que si en dicha herencia hubiera bienes bastantes (además de la explotación económica o de las acciones o participaciones sociales) para cubrir la legítima y la porción hereditaria de los demás interesados en la sucesión, no nos hallaríamos ante el supuesto contemplado en el repetido artículo, y, en consecuencia, el testador no podría emplear este resorte para realizar la partición de sus bienes (38).

En consonancia con lo anterior, para que el testador pueda adjudicar la explotación económica o el conjunto de acciones o participaciones sociales a un sujeto, ordenando la conmutación a metálico de la legítima y la porción hereditaria de los demás interesados en la sucesión, deberá concurrir alguna de las situaciones que se indican a continuación:

- a) Que en la herencia haya, junto a la explotación económica o al paquete de acciones o participaciones sociales, bienes insuficientes para el pago de la legítima y de la porción hereditaria de los demás interesados en la sucesión.
- b) Que en la herencia haya, junto a la explotación económica o al paquete de acciones o participaciones sociales, metálico insuficiente para el pago de la legítima y de la porción hereditaria de los demás interesados.
- c) Que en la herencia haya, junto a la explotación económica o al paquete de acciones o participaciones sociales, dinero suficiente para cubrir la legítima y la porción hereditaria de los demás interesados.

(38) En este sentido, ESPÍN CÁNOVAS, D., «La conservación de la explotación agraria en el régimen sucesorio del Código Civil español», en *RDP*, T. LXIII, 1979, pág. 314.

En las dos primeras situaciones mencionadas, el metálico será extrahereditario, debiendo proceder del adjudicatario; en la tercera, en cambio, el metálico será hereditario.

Aun cuando lo hasta ahora dicho responde a la literalidad de la disposición contenida en el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, desde nuestro modesto punto de vista, en la tercera de las referidas situaciones (que junto a la explotación económica o a las acciones o participaciones sociales exista dinero bastante) no nos encontraríamos dentro del ámbito de aplicación del reiterado precepto, ya que si en la herencia hubiera dinero bastante para el pago de las legítimas y de las porciones hereditarias de los demás interesados en la sucesión, en rigor el testador efectuaría una «partición de sus bienes», supuesto este prevenido en el párrafo primero del mismo artículo.

2. FIJACIÓN DEL *QUANTUM* DE LA LEGÍTIMA Y DE LA PORCIÓN HEREDITARIA DE LOS DEMÁS INTERESADOS EN LA SUCESIÓN

El *quantum* de la legítima y de la porción hereditaria de los demás interesados en la sucesión se fijará en virtud de acuerdo entre estos y el adjudicatario de la explotación económica o del paquete de acciones o participaciones sociales, respetando siempre las reglas contenidas en los artículos 818 y siguientes del Código Civil para la fijación de legítimas. Nunca podrá fijar dicha cuantía el adjudicatario de forma unilateral.

También podrá señalar dicho *quantum* el propio testador (incluso el contador-partidor por él designado) en la misma partición de sus bienes, lo que ocurre es que, como advierte FOSAR BENLLOCH (39), «como está sujeto imperativamente el causante a lo prevenido en los artículos 818 y siguientes del Código Civil, si realiza una asignación de metálico inferior a la legítima, computada con arreglo a dichas normas, aquella es impugnabile y la partición rescindible por lesión en la legítima (arg. arts. 1056.1.º, y 1075 del Código Civil). Sobre todo, si entre la partición testamentaria y la apertura de la sucesión ha mediado largo tiempo, la asignación concreta de la legítima puede romperse por aumentar la masa del patrimonio del testador, o por desvalorización monetaria. Por ello, no es aconsejable tal forma de designación legitimaria. Por eso creemos que es muy conveniente que el testador, en lugar de asignar el metálico por sí, se limite a nombrar un albacea específico para liquidar las legítimas».

Estimamos que también el cónyuge viudo puede fijar el *quantum* de las legítimas y porciones hereditarias (siempre en base a un acuerdo con los destinatarios y respetando las disposiciones de los arts. 818 y siguientes del

(39) *Ob. cit.*, pág. 395.

Código Civil) merced a la delegación fiduciaria *ex* artículo 831 del Código Civil (40).

Cuestión debatida es la del momento a que deberá atenderse (a la fecha de la muerte del causante, o a aquella en la que se lleve a cabo la fijación) para fijar el *quantum* de las legítimas y porciones hereditarias de los demás interesados. El Código Civil no dice nada para el supuesto concreto en el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil. Por el contrario, sí previene el momento al que deberá atenderse para la valoración de los bienes en otros preceptos, pero el criterio no es único; así, en los artículos 847 (relativo al pago de la legítima de los hijos y descendientes)

(40) De acuerdo con el artículo 831 del Código Civil: «1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa.

2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior.

3. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de esos.

De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas y otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes solo al cónyuge que ejercite las facultades.

4. La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones.

Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido.

5. Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

6. Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí».

y 1074 (concerniente a la rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte), se refiere la valoración de los bienes al momento de la partición, liquidación o adjudicación, en cambio, en el artículo 818 se señala (para la fijación de las legítimas) como momento al que debe atenderse para valorar los bienes, al de la muerte del testador (41).

Nuestro Tribunal Supremo (42) entiende aplicable por analogía al supuesto del artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, el criterio mantenido en los artículos 847, 1045 y 1074 del mismo cuerpo legal (43).

Mas debe advertirse que esta postura cuenta con algún inconveniente; en efecto, si la empresa disminuye de valor como consecuencia de una pésima gestión por parte del adjudicatario o beneficiario, los demás interesados se verán seriamente perjudicados, porque recibirán menos de aquello que les hubiera correspondido de haberse atendido al momento del fallecimiento del *de cuius*; en cambio, si la empresa se revaloriza por una excelente gestión del adjudicatario o beneficiario, los demás interesados se verán injustamente beneficiados.

Sin embargo, no es menos cierto que defender la postura contraria, es decir, partir del momento de la muerte del causante para fijar el *quantum* de las legítimas y porciones hereditarias de los demás interesados, también presenta inconvenientes, ya que si se ha producido una depreciación del dinero, los demás interesados se verán perjudicados, y, en cambio, si se ha producido una revalorización dineraria, se verán beneficiados.

Dado que, como acabamos de ver, existen argumentos para defender ambas soluciones, estimamos —con RUEDA ESTEBAN (44)— que los propios testadores, para evitar todos estos posibles inconvenientes, deberían precisar los tiempos de valoración e introducir «cláusulas de estabilización».

(41) VALLET DE GOYTISOLO, J. («Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil», en *ADC*, 1970, pág. 94), tras plantear la problemática en torno al momento al que debe atenderse para cifrar las legítimas, entiende que no existe contradicción alguna entre los artículos 818 y 1074 del Código Civil, puesto que «la legítima queda fijada en una participación del caudal relicto en la fecha de fallecer el testador; pero su valor dinerario deberá cifrarse en principio, con relación al que aquella participación tenga tasada en la fecha de su satisfacción».

(42) Entre otras, SSTs de 22-11-1991, 8-6-1995 y 27-10-2000.

(43) Este es el criterio mantenido por MILLÁN SALAS (*ob. cit.*, págs. 1189 y 1190), quien estima aplicable el artículo 847 del Código Civil en virtud del inciso final del propio artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, que al excluir para la partición en él contemplada lo previsto en los artículos 843 y 844, párrafo 1.º, del propio Código, viene a significar la aplicabilidad de los demás preceptos de la Sección 8.ª, Capítulo II, Título III, Libro III. Por el contrario, RUEDA ESTEBAN, L. (*ob. cit.*, pág. 135) se muestra reacio a resolver la cuestión mediante la aplicación del artículo 847 del Código Civil, por negarse a aplicar como supletoria la normativa de los artículos 841 y siguientes del Código Civil.

(44) *Ob. cit.*, pág. 136.

3. PLAZO PARA EL PAGO. APLAZAMIENTO Y FRACCIONAMIENTO DEL PAGO

Una vez que han sido fijadas las legítimas y porciones hereditarias de los demás interesados en la sucesión, el adjudicatario de la explotación económica o del paquete de acciones o participaciones sociales deberá proceder a su abono. A tal efecto, cuenta con la posibilidad, siempre que así lo haya establecido el testador (el contador-partidor por él designado o su cónyuge merced a la delegación fiduciaria *ex art. 831 del Código Civil*), de aplazar el pago, siempre y cuando dicho aplazamiento no supere los cinco años a contar desde el fallecimiento del testador (*art. 1056.2.º CC*).

Dicho aplazamiento permite al adjudicatario disponer de tiempo para obtener, incluso a través de la propia explotación o de la sociedad de capital (o grupo de estas), rendimientos suficientes con cargo a los cuales cumplir su obligación de pago.

Aunque el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil no lo dice expresamente, si es posible el aplazamiento, también deberá admitirse el fraccionamiento del pago, que facilitará igualmente al adjudicatario el cumplimiento de su obligación.

Tampoco se dice nada respecto de los intereses, mas, a pesar de dicho silencio, entendemos que debe aplicarse, por analogía, lo dispuesto al respecto en el artículo 847 del Código Civil, de suerte que habrá que estimar que el crédito metálico devengará el interés legal desde la liquidación.

4. FORMAS DE PAGO

En cuanto a las formas en que el adjudicatario puede cumplir con su obligación de pago, el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil le faculta para el pago con metálico extrahereditario y por cualquier otro medio de extinción de las obligaciones, de manera que remite a lo dispuesto en el artículo 1156 del Código Civil, a cuyo tenor: *«Las obligaciones se extinguen:*

Por el pago o cumplimiento.

Por la pérdida de la cosa debida.

Por la condonación de la deuda.

Por la confusión de los derechos de acreedor y deudor.

Por la compensación.

Por la novación».

De acuerdo con lo anterior, la obligación de pago del adjudicatario se extingue por alguna de las siguientes causas:

- a) *Por el pago o cumplimiento* con metálico extrahereditario, propio del adjudicatario. Este es el modo normal de extinción de la obligación de pago.

- b) *Por la condonación de la deuda por el legitimario o el interesado.* El perdón o «quita», esto es, la renuncia gratuita que el legitimario o interesado haga de su derecho de crédito quedará sometida a los preceptos que rigen en materia de donaciones inoficiosas. Además, en caso de que la condonación fuera expresa, deberá ajustarse a las formas de la donación (art. 1187.2 CC).
- c) *Por la confusión de los derechos de acreedor y deudor.* Esta forma de extinción de la obligación de pago concurrirá en situaciones muy concretas, como por ejemplo cuando el adjudicatario suceda al legitimario o interesado al que deba pagar su legítima o porción hereditaria (45).
- d) *Por la compensación de la obligación de pago con otras obligaciones de los legitimarios o los demás interesados nacidas de relaciones jurídicas ajenas a la sucesión.* Es frecuente que la explotación económica o la sociedad de capital goce de créditos frente a los legitimarios y a los interesados en la sucesión, de forma que estos créditos podrán compensarse con lo que por sucesión les corresponda.

Más difícil será, en cambio, que la obligación de pago del adjudicatario se extinga por «pérdida de la cosa debida», ya que lo «debido» en este supuesto concreto es dinero, y por «novación extintiva», puesto que la novación precisa el consentimiento de los terceros que puedan verse perjudicados por su consecuencia (art. 1207 CC).

Dado que la enumeración efectuada por el artículo 1156 del Código Civil es ejemplificativa y no taxativa, la obligación de pago del adjudicatario podrá extinguirse por cualesquiera otros medios, merced al *principio de autonomía de la voluntad de las partes*. RUEDA ESTEBAN (46) señala las siguientes posibilidades: «La del padre que adjudica la explotación a uno de los hijos, para con beneficios procedentes de la misma hacer ciertos repartos a los demás interesados en plazos señalados por el testador y aceptados por los legitimarios, si superan los cinco años»; «cuentas en participación de beneficios en la sociedad, que controlará el adjudicatario»; y «encargo al adjudicatario para que en el plazo de cinco años adquiera inmuebles para los demás interesados (inmuebles que podrá adquirir con rendimientos de la explotación)».

Cualquiera que sea la forma de cumplimiento de la obligación de pago del adjudicatario, es preciso que haya sido prevenido por el propio testador (por el contador-partidor por él designado o por el cónyuge viudo en virtud de la delegación fiduciaria *ex* art. 831 del Código Civil), puesto que en caso contrario, y según el tenor literal del artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil: «*Si no*

(45) Al respecto, RUEDA ESTEBAN, L., *ob. cit.*, pág. 139.

(46) *Ob. cit.*, pág. 140.

se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia».

VII. GARANTÍAS DE LOS INTERESADOS PARA EL COBRO DE SUS DERECHOS

Una vez realizada la partición por el testador al amparo del artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, el adjudicatario deviene propietario exclusivo de la explotación económica o titular único de las acciones o participaciones sociales, porque de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1068 del Código Civil: «*La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados*».

Pero no debe olvidarse que dicho beneficiario está constreñido por la obligación de satisfacer «*en metálico su legítima a los demás interesados*» (art. 1056.2 CC). Surge entonces el siguiente interrogante: ¿Con qué garantías cuentan los demás interesados en la sucesión? ¿Puede garantizarse registralmente el derecho de estos «interesados» desde la apertura de la sucesión hasta su pago efectivo por el adjudicatario? Para responder a este interrogante habrá que distinguir según que lo adjudicado sea un paquete de acciones o participaciones sociales o una explotación económica:

- a) Si lo adjudicado es un paquete de acciones o participaciones sociales, no cabrá garantía registral alguna del derecho de los demás interesados, puesto que falta el inmueble objeto de inscripción.
- b) Si lo adjudicado es una explotación económica, lo más frecuente será que esta forme parte de un inmueble, de manera que en tal supuesto sí será posible establecer una garantía registral. Al respecto, dispone el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, que: «*No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 844*», es decir, «las garantías legales establecidas para el legatario de cantidad» (art. 844, párr. 1.º, *in fine* CC); en consecuencia, no podrá garantizarse el derecho de los demás interesados mediante la anotación preventiva a que se refieren los artículos 42, párrafo 7.º, y 48 de la Ley Hipotecaria. Sí será de aplicación, en cambio, la garantía regulada en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria (47), puesto que se cumplen los presupuestos exigidos a tal efecto por el párrafo primero del citado precepto, de acuerdo con

(47) Se muestran partidarios de la garantía prevista en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria, entre otros, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión....* cit., pág. 278; FOSAR BENLLOCH, E., *ob. cit.*, pág. 419; PALAZÓN GARRIDO, M., *ob. cit.*, pág. 342 y sigs.; VIDAL MARTÍNEZ, J., «Algunos aspectos de la regulación de la sucesión *mortis causa* en el

el cual: «*Los derechos del legitimario de parte alícuota que no pueda promover el juicio de testamentaría por hallarse autorizado el heredero para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles, así como los de los legitimarios sujetos a la legislación especial catalana, se mencionarán en la inscripción de los bienes hereditarios*»; en efecto, en el supuesto prevenido por el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, concurren dichos presupuestos:

- Los demás interesados en la sucesión son legitimarios de parte alícuota.
- Dichos interesados no pueden promover el juicio de testamentaría, puesto que la partición ya se ha realizado por el propio testador.
- El adjudicatario está autorizado (en rigor, obligado) para pagar las legítimas y porciones hereditarias de los demás interesados en metálico.

Por tanto, el derecho de los demás interesados en la sucesión se mencionará de oficio en la inscripción del inmueble del que forma parte la explotación económica.

De acuerdo con FOSAR BENLLOCH (48) se practicarán dos menciones:

- La expresión legitimaria abstracta, en la que se publicará simplemente que el testador ha salvado los derechos de los legitimarios, pero sin cifrarlos en cantidad alguna.
- La expresión legitimaria concreta, en la que se cuantificarán dichas legítimas. Por imperativo de artículo 3 de la Ley Hipotecaria, esta última mención deberá constar en escritura pública para tener acceso al Registro. El testador podrá otorgarlo en testamento, mas para que tenga acceso al Registro, este deberá ser protocolizado convenientemente.

Las referidas menciones se practicarán con el documento en cuya virtud se inscriba el inmueble del que forma parte la explotación económica adjudicada, aunque en aquel no hayan intervenido los legitimarios (art. 15, párr. 3 LH).

Las expresiones registrales solo producirán efecto respecto de los terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero no entre herederos y legitimarios, cuyas relaciones se regirán por las normas civiles aplicables a la herencia del causante (art. 15, párr. 4.º LH).

Código Civil español, que favorecen la creación y mantenimiento de las unidades agrarias», en *RDP*, T. XIII, 1979, pág. 553.

(48) *Ob. cit.*, págs. 420 y 421.

Si, por cualquier causa, no se hubiera practicado dicha mención en el Registro de la Propiedad, o no se extendiera a todos los bienes inmuebles, y el beneficiario hubiera logrado inscribir la explotación económica libre de aquella, y la enajenare entera, o bienes concretos, a un tercero que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, los demás interesados en la sucesión no podrán hacer valer sus derechos frente a dicho tercero, que deberá ser mantenido en su adquisición por haber confiado en la plena titularidad del adjudicatario.

RESUMEN

PARTICIPACIÓN HECHA POR EL TESTADOR SUCESIÓN EN LA EXPLOTACIÓN PAGO EN METÁLICO

El artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil faculta al testador para llevar a cabo la partición de sus bienes de tal forma que quede salvaguardada la indivisión de una explotación económica o se mantenga el control de una sociedad de capital o grupo de estas. El testador puede adjudicar la empresa o el conjunto de acciones o participaciones sociales a un sujeto ordenando la conmutación a metálico de la legítima y de la porción hereditaria de los demás interesados en la sucesión.

Dicho precepto, que ante la perspectiva de facilitar la sucesión generacional de la empresa y preservar su indivisión, fue objeto de modificación merced a la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, ha dejado en cambio sin resolver algunas cuestiones de indudable trascendencia práctica; así, quedan sin precisar los sujetos que pueden ser adjudicatarios y aquellos que deben entenderse incluidos en la expresión de más interesados, nada dice sobre lo que sucederá con la adjudicación cuando lo adjudicado tenga un carácter ganancial, no se concreta lo que debe entenderse por conservación de la empresa e interés de su

ABSTRACT

CASH PAYMENT BEQUEATHAL OF HOLDINGS SUCCESSION TO AN UNDERTAKING

Paragraph 2 of article 1056 of the Civil Code empowers a testator to carry out the partition of his or her estate in such a way as to safeguard an economic undertaking from division or maintain a controlling interest in a corporation or corporate group. The testator can adjudicate the enterprise in question or the set of shares or corporate holdings at issue to an individual, ordering the legitime and the legacy of other holders of some interest in the succession converted into cash.

With an outlook toward facilitating generational succession in business and preserving enterprises from division, paragraph 2 of article 1056 was amended thanks to Spanish Act 7/2003 of 1 April on the «New Enterprise» limited company. The amendment, however, left a number of questions of indubitable practical bearing unresolved. For example, it neglected to specify what individuals can receive adjudications and who must be understood to be included in the expression «other holders of some interest»; it said nothing about what will happen with an adjudication when the property at issue is community property; it failed to explain what must be understood by «conservation of the enterprise» and «interest of his or

familia en cuanto móviles de la adjudicación, en orden al pago por el adjudicatario de la legítima y de la porción hereditaria de los demás interesados, ni se indica el momento al que debe atenderse para la fijación del quantum, ni se menciona la posibilidad de su fraccionamiento, y, por último, se omite toda referencia a la posibilidad de los «demás interesados» de garantizar su derecho registralmente desde la apertura de la sucesión hasta su pago efectivo.

Quedan así expuestas las principales cuestiones que plantea el tema de la sucesión en la empresa familiar, y que en el estudio que presentamos obtienen una respuesta meditada y suficientemente razonada de la que podrá discreparse, pero nunca atacar por falta de argumentos.

her family» as grounds for adjudication, as pertains to the adjudication winner's payment of the legitime and the legacy of the other holders of interests; nor did it indicate the point in time that applies in the setting of the quantum, nor did it mention the possibility of splitting it; and lastly it omitted any reference to the possibility whereby «other holders of some interest» might use registration to guarantee their right from the opening of succession proceedings until actual payment.

These, as stated, are the main issues suggested by the topic of succession in the family enterprise. In the study we present, these issues receive a well-pondered, sufficiently reasoned answer that the reader may disagree with but will never be able to attack as wanting in arguments.

(Trabajo recibido el 11-3-2010 y aceptado para su publicación el 27-5-2011)

La acumulación en la ejecución sobre bienes hipotecados

por

LUIS JIMÉNEZ-ASENJO SOTOMAYOR
Abogado

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN: MOTIVOS Y OBJETO DEL ESTUDIO.
2. LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES, PRETENSIONES, PROCESOS O PROCEDIMIENTOS:
 - 2.1. MARCO JURÍDICO:
 - a) *Derecho material: artículos 1.911 CCiv, 105 LH y 140 LH.*
 - b) *Derecho formal anterior a la LEC 2000: artículo 135 antigua LH, 166 antigua LEC y 1447.1 antigua LEC.*
 - c) *Derecho formal vigente: 555 LEC y 579 LEC.*
 - 2.2. OBJETO DE LA ACUMULACIÓN.
 - 2.3. ACCIÓN Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.
 - 2.4. DISTINTOS SUPUESTOS PRÁCTICOS DE ACUMULACIÓN:
 - a) *Caso de uno o varios deudores hipotecarios.*
 - b) *Caso de deudor hipotecario y no hipotecario.*
 - c) *Caso de deudor hipotecario y fiador solidario.*
 - d) *Caso de deudor no hipotecario e hipotecante no deudor.*
 - e) *Caso de un deudor hipotecario con varias fincas.*
3. EJERCICIO SEPARADO DE ACCIONES:
 - 3.1. CASO DE ACCIONES INDEPENDIENTES Y SUCESIVAS.
 - 3.2. CASO DE ACCIONES INDEPENDIENTES Y SIMULTÁNEAS.
 - 3.3. CASO DE UNA ÚNICA ACCIÓN DE EJECUCIÓN ORDINARIA.
 - 3.4. CASO PROPUESTO DE UNA ÚNICA EJECUCIÓN.
4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN: MOTIVOS Y OBJETO DEL ESTUDIO

El presente estudio sobre la acumulación (1) en el procedimiento de ejecución de bienes hipotecados (2) es reflejo de las dudas surgidas en la práctica y de la experiencia obtenida en esta materia en un momento en el que la garantía hipotecaria se revela claramente insuficiente para la recuperación de los préstamos concedidos años atrás por las entidades financieras, principalmente a causa de la disminución de valor de los inmuebles y de la falta de liquidez en el mercado de las subastas judiciales de inmuebles.

El principio general en materia de responsabilidad patrimonial viene establecido por el artículo 1911 del Código Civil (3), según el cuál, del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros.

En el caso de un contrato de préstamo de dinero garantizado mediante una hipoteca, este principio, a diferencia de otros sistemas jurídicos como el estadounidense (4), subsiste y no se ve alterado. Es decir, la obligación principal nacida del contrato de préstamo se ve garantizada por una obligación accesorio nacida del contrato de hipoteca, pero el deudor no responde solo con el bien hipotecado sino con todo su patrimonio. La garantía hipotecaria lo que hace es identificar un bien de los existentes en el patrimonio del deudor y sujetarlo o trabarlo al pago de una deuda, dando publicidad a esta traba de tal manera que tenga eficacia frente a terceros.

El principio del artículo 1911 del Código Civil se ve refrendado por el artículo 105 de la LH que establece que la hipoteca no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil.

(1) Como se explica más adelante, la mayoría de la doctrina habla de acumulación de acciones o de pretensiones, si bien mi opinión es ligeramente distinta, al considerar que no existe propiamente una acumulación, pero para facilitar la lectura se utilizan los términos más habituales.

(2) Como también más adelante se hará notar, a lo largo de este artículo se utiliza la terminología habitual de *procedimiento de ejecución ordinario* y *procedimiento hipotecario* o también *sumario hipotecario*, para mantener la terminología comúnmente utilizada, si bien tras la entrada en vigor de la LEC actual ya solo hay un procedimiento de ejecución, con algunas particularidades en caso de ejecución de bienes hipotecados, por lo que no debería hablarse de procedimientos distintos sino de un único procedimiento de ejecución con particularidades.

(3) A lo largo de este estudio se utilizan las abreviaturas habituales para Código Civil (CC), Ley Hipotecaria (LH), Reglamento Hipotecario (RH) y Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

(4) Recientemente se lanzaron propuestas desde la Comunidad de Madrid para defender que la responsabilidad derivada de los préstamos hipotecarios quedara limitada al producto obtenido con la venta de inmueble, posibilidad que ya contempla el artículo 140 de la LH. Ver como ejemplo el diario Cinco Días de 26 de mayo de 2009 o publicaciones electrónicas como www.cotizalia.es de la misma fecha.

Constituida la hipoteca, en caso de incumplimiento de la obligación principal el acreedor hipotecario (5) se debe plantear qué procedimiento va a seguir para satisfacer su crédito. Siguiendo a la doctrina (6) mayoritaria, las opciones del acreedor son las siguientes:

- Iniciar un procedimiento declarativo.
- Iniciar un procedimiento de ejecución ordinario.
- Iniciar un procedimiento hipotecario.
- Iniciar un procedimiento extrajudicial.

Centrándonos en el procedimiento de ejecución ordinario y el hipotecario y descartando los otros dos como objeto de estudio, la doctrina parece estar de acuerdo en que el acreedor que una vez que se produce el incumplimiento del contrato principal pretende ver satisfecho su crédito mediante la realización de cualesquiera bienes del deudor, debe acudir al procedimiento de ejecución ordinario, mientras que si acude al procedimiento hipotecario solo puede dirigirse contra la finca hipotecada sin poder dirigirse, al menos de forma simultánea, contra ningún otro bien del deudor.

El objeto del presente estudio se sintetiza en la siguiente cuestión: ¿es posible pretender la realización de una finca hipotecada por medio del procedimiento sumario hipotecario y, simultáneamente, obtener el embargo y realización de otros bienes del deudor mediante el procedimiento de ejecución ordinario?

Es decir, cuando un acreedor que goza de un derecho accesorio de hipoteca, que garantiza el cumplimiento de la obligación principal pretende reclamar el cumplimiento de la obligación al deudor, ¿tiene que ceñir necesariamente su demanda hipotecaria a la realización de la finca hipotecada como garantía del cumplimiento de la obligación o puede además y de forma simultánea reclamar el embargo de otros bienes diferentes, sobre los que no tiene ningún derecho especial de garantía?

Pues bien, la pregunta objeto de este estudio nos conduce a sensu contrario a la siguiente: ¿por qué debe el acreedor que goza de una garantía hipotecaria constituida con las formalidades legalmente requeridas renunciar al procedi-

(5) Centramos el presente estudio en la figura del acreedor hipotecario, pensando principalmente en la entidad financiera que presta dinero para la compra de un inmueble que es hipotecado como garantía. También se puede aplicar lo dicho, con las matizaciones oportunas, al derecho real de prenda.

(6) MONTERO AROCA, 2001, pág. 283. El mismo autor ya defendía estas opciones en MONTERO AROCA, 1997. Véase también ADAN DOMENECH, 2009, pág. 54. También ROCA SASTRE, 1997, pág. 1021, defendía la existencia de una acción real hipotecaria y una personal netamente separada. Para otros autores, en cambio, la acción personal en todo caso es subsidiaria de la acción real hipotecaria. Así opinan, entre otros, LALAGUNA, 1997, pág. 53, y también DÍEZ-PICAZO, 1995, pág. 71.

miento hipotecario si quiere además perseguir otros bienes del deudor? O, en otras palabras ¿qué norma es la que impide al acreedor hipotecario seguir un procedimiento hipotecario contra la finca hipotecada y simultáneamente perseguir otros bienes del deudor?

Cuando un prestamista y un prestatario se obligan por medio de un contrato de préstamo, el prestamista acuerda dejar dinero a cambio de que el prestatario lo devuelva en un plazo determinado y añadiendo el pago de unos intereses determinados.

Como garantía de que el prestatario va a cumplir con su obligación, el ordenamiento jurídico concede al prestamista una acción declarativa mediante la cuál puede dirigirse contra el deudor y, una vez obtenga un título ejecutivo judicial, podrá iniciar un procedimiento ejecutivo y embargar cualquier bien en virtud del artículo 1911 del Código Civil.

Pero, dando un paso más, el ordenamiento jurídico ofrece al prestamista la posibilidad de acudir directamente al procedimiento ejecutivo, mediante la creación de un título ejecutivo no judicial: la escritura pública, ahorrándose con ello el procedimiento declarativo.

Pero aún hay más; para no tener que andar buscando y embargando entre los bienes del patrimonio del deudor, y ante el riesgo de que su patrimonio disminuya entre el tiempo transcurrido desde el contrato de préstamo hasta el procedimiento judicial de reclamación, el ordenamiento pone a disposición de las partes un instrumento jurídico, la garantía hipotecaria, mediante el que las partes pueden identificar un bien concreto del patrimonio del deudor en el momento de otorgarse el contrato de préstamo y sujetarlo al pago de la deuda, de manera que si caso de incumplimiento el acreedor inicia el procedimiento ejecutivo basado en la escritura pública, este ya cuente con un bien concreto y perfectamente identificado en el patrimonio del deudor contra el que dirigirse, con independencia incluso de que siga o no en el patrimonio del deudor.

Pero el ordenamiento todavía va más allá, y pone a disposición del acreedor la posibilidad de acudir a un procedimiento más rápido de ejecución que el ordinario para realizar ese bien concreto perfectamente localizado, identificado y sujeto al pago de la obligación mediante la hipoteca. Así, supone una garantía o mejora procesal, el procedimiento hipotecario, a través del cuál el acreedor va a poder subastar directamente la finca hipotecada, exigiendo a cambio el legislador que el título en que se base la ejecución cumpla con unos requisitos formales como son la tasación previa del inmueble a efectos de subasta y la fijación de un domicilio en el que realizar el requerimiento de pago al deudor (art. 682.2 LEC).

Y por si el acreedor todavía considera que existe algún riesgo de no ver satisfecho su crédito con todo lo anterior, todavía tiene más instrumentos a su alcance como obligar al deudor a constituir otras garantías reales sobre

otros bienes, con lo que los identificará y sujetará al pago para caso de incumplimiento; o exigir que un tercero garantice personalmente la deuda, un fiador, que además se podrá obligar de forma solidaria, con lo que el acreedor podrá dirigirse contra dos patrimonios (*todos los bienes presentes y futuros* del art. 1911), en vez de uno; o incluso obligar al deudor a suscribir una póliza de seguro para que, en caso de fallecimiento, o también de pérdida del empleo, sea la compañía aseguradora quien se haga cargo del cumplimiento de la obligación, etc. En definitiva, todas ellas son medidas para reducir o transferir el riesgo de insolvencia del deudor principal del contrato de préstamo, tienen carácter accesorio, y pueden existir de forma simultánea.

Aunque todo lo anterior es una obviedad, vale la pena recordarlo para tener en cuenta que son garantías a disposición de las partes y que facilitan el tráfico jurídico y económico. Y que cuando las partes acuden al instrumento de la escritura pública y a constituir una hipoteca, consignando en la escritura los requisitos legales para poder acceder al procedimiento hipotecario, etc., lo que pretenden, sobre todo el acreedor, es sumar garantías; quedar mejor protegido en su derecho de crédito; tener la seguridad de que pase lo que pase, ante cualquier riesgo, va a poder ver satisfecho su derecho de crédito. En definitiva, lo que el acreedor obtiene es seguridad jurídica. Y eso hace que preste dinero y, en definitiva, es un pilar fundamental de nuestra economía y nuestro sistema financiero (7).

Por lo tanto, cuando antes nos preguntábamos si el acreedor tenía que renunciar al procedimiento hipotecario si quería realizar la finca hipotecada por el procedimiento más rápido y además y simultáneamente dirigirse contra otros bienes del patrimonio del deudor, hemos de tener en cuenta que cuando se constituyó la hipoteca con los requisitos que establece la LEC para acudir al procedimiento hipotecario, seguramente lo que pretendía era sumar una garantía a las que ya tenía.

Es decir, cuando el acreedor ya tenía el título ejecutivo (la escritura notarial), y ya había acordado con el deudor la constitución de la hipoteca (salvando el requisito indispensable de la inscripción a efectos dialécticos), el acreedor ya tenía la garantía de poder acudir a un procedimiento de ejecución ordinario para perseguir cualquier bien del deudor, incluyendo el inmueble hipotecado, debiendo trabar embargo sobre ellos y luego realizarlos mediante venta públi-

(7) La hipoteca es un instrumento jurídico de reducción del riesgo de insolvencia del deudor. En los tiempos actuales de crisis financiera, el riesgo de insolvencia que antes reducía y casi eliminaba la garantía hipotecaria, se ha visto agravado por la reducción del valor de mercado de los inmuebles que actúan como garantía y por la falta de liquidez para recuperar el crédito con el producto de su venta pública.

ca, excepto con relación al bien hipotecado sobre el que no haría falta trabar embargo (8).

(8) La inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad supone una traba sobre el bien que queda sujeto al cumplimiento de la obligación principal y determina el rango, sin que sea necesaria una anotación preventiva de embargo del bien por el hecho de haber acudido a una ejecución ordinaria. En el mismo sentido, MONTERO AROCA, 2001, pág. 285. Ilustrativo de esta postura es el Auto de 28 de abril de 1998 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.^a) que establece que: «...Para la más adecuada comprensión de la cuestión planteada han de tenerse en cuenta las características comunes a las figuras jurídicas del “embargo ejecutivo” y de la “hipoteca” y que son las siguientes: 1.^a Tanto el embargo ejecutivo como la hipoteca comprenden en su estructura una afección de unos determinados bienes a una ejecución. 2.^a Tanto el embargo ejecutivo como la hipoteca cumplen la función de concretar los bienes sobre los que una determinada actividad de apremio ha de versar, si la misma llega a producirse. Estas comunes características han llevado a un sector de nuestra doctrina a calificar la hipoteca de “embargo convencional anticipado”. Y sin que con ellas quiera negarse la patente concurrencia de peculiares características de cada una de estas figuras no compartidas por la otra (así el embargo ejecutivo es un acto que forma parte de un proceso de ejecución mientras que la hipoteca surge extraprocesalmente al margen del proceso de ejecución. El embargo ejecutivo se practica por un órgano jurisdiccional, mientras que la hipoteca se constituye por un acuerdo celebrado entre particulares. El embargo ejecutivo tiene lugar una vez que ya ha sido despachada una ejecución mientras que la hipoteca preordena una ejecución futura y eventual).

Pero las reseñadas peculiaridades no empañan el que las análogas apuntadas permitan afirmar que los efectos que produce el embargo ya se han conseguido con la hipoteca. En consecuencia, resulta innecesario embargar el bien hipotecado. Una vez incoada la ejecución, el bien hipotecado puede ser sometido a la actividad de apremio, sin necesidad de practicar sobre el mismo el embargo. Tesis que es la mantenida por nuestra doctrina científica especializada, por la que se indica, como dato fundamental, el que la ley prescinde, sin más del embargo cuando se trata de un proceso de ejecución que recae solo sobre el bien hipotecado (así en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria se acude directamente a la vía de apremio mediante la reclamación al Registrador de la Propiedad de la certificación de cargas y gravámenes —regla 4.^a— sin previo embargo).

Sin embargo, la DGRN no siempre ha mantenido este criterio. Ver, por ejemplo, la Resolución de 10 de diciembre de 1997: «Es indudable que cuando el acreedor hipotecario acude a la vía del juicio ejecutivo ordinario para el cobro de su crédito, puede hacer valer simultáneamente la acción personal inherente al crédito garantizado y consignado en documento con fuerza ejecutiva, y la acción real derivada de la garantía hipotecaria (cfr. arts. 1447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 126 y 127 de la Ley Hipotecaria). Ahora bien, en tales supuestos, la ejecución, en lo que respecta a los bienes especialmente hipotecados, presenta importantes particularidades con respecto al apremio de bienes derivado del ejercicio de una acción puramente personal, que derivan fundamentalmente de la posibilidad de que entre la hipoteca que se ejecuta y el embargo del bien hipotecado a realizar (que, pese a la preexistencia de la garantía, es necesario practicar, conforme previene el artículo 1447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), se hayan constituido derechos sobre dicho bien en favor de terceros. Estos terceros (a diferencia de los que adquieren derechos sobre el bien después del embargo) deberán ser advertidos por el Juez de la existencia del procedimiento —y del ejercicio en él de la acción hipotecaria— a los efectos previstos en los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria (si se trata de terceros poseedores), y 1490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (si se trata de titulares de derechos reales limitados sobre el bien); y, además, y a diferencia de lo previsto en el artículo 1520 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del precio de remate del bien hipotecado solo podrán detraerse para pagar al actor, las cantidades necesarias para

Y cuando decide dar un paso más y consignar en la escritura los requisitos legales determinados en la LEC para poder acudir a un procedimiento de ejecución hipotecario (valor de tasación y domicilio del deudor), lo que pretende es sumar una garantía a las que ya tenía para poder acudir a un procedimiento más rápido y ágil para la realización del bien hipotecado. Se trata de una garantía o privilegio de naturaleza procesal añadido a la mera hipoteca que lo que permite es acudir a un procedimiento sumario (9).

Por tanto, son las normas procesales las que en su caso posibilitan al acreedor hipotecario el ejercicio simultáneo de las acciones pertinentes contra la finca hipotecada y contra el resto de bienes del deudor. Es decir, que son las normas procesales las que dan respuesta a la pregunta que formulábamos al principio de este estudio. Y la respuesta a si el acreedor tiene que renunciar al procedimiento hipotecario o no, en definitiva, la encontramos en el fenómeno de la acumulación de acciones o procedimientos.

Antes de entrar a analizar este fenómeno aplicado sobre la realización de la garantía hipotecaria, vamos a recordar y analizar brevemente el marco jurídico aplicable a esta cuestión.

cubrir su crédito en la medida en que resulta asegurado por la garantía (cfr. arts. 9, 12, 104, 114 y 131 de la Ley Hipotecaria), de modo que bien puede ocurrir que aun siendo el precio de remate superior al crédito definitivo del actor por los distintos conceptos, al exceder este del límite de las respectivas coberturas hipotecarias, quede parcialmente insatisfecho, pues el exceso de dicho precio de remate sobre el límite de la cobertura hipotecaria debe ponerse a disposición de los titulares de esos derechos intermedios. TERCERO. Por otra parte, en estos supuestos de ejercicio simultáneo de la acción personal y de la acción hipotecaria inherentes al crédito hipotecario, es igualmente preciso que tal circunstancia resulte claramente y desde el momento inicial, en la configuración del procedimiento y en todas sus manifestaciones públicas (anuncios de las subastas, anotación de embargo del bien trabado, etc.), a fin de que los terceros puedan conocer la concreta preferencia de que goza el crédito del actor sobre el bien a ejecutar, y, consiguientemente, las responsabilidades que por el juego del principio de purga parcial recogido por el artículo 133.2 de la Ley Hipotecaria, seguirán pesando sobre dicho bien tras su remate; de este modo se evitarán tercerías, acaso, innecesarias, se facilita a los eventuales postores un conocimiento preciso de los factores que determinarán la cuantía económica de sus pujas, y se posibilita la obtención del mejor precio de remate, y es que el eventual desconocimiento de que se está ejecutando la hipoteca, llevaría a los postores a descontar del valor del bien, el importe de las cargas y gravámenes recayentes sobre el bien a ejecutar constituidas antes del embargo pero después de la hipoteca, a pesar de que estos se van a extinguir, y ello, sobre beneficiar injustificadamente al rematante (que adquirirá el bien libre de responsabilidades que consideraba iban a subsistir), perjudicará gravemente no solo al actor y al propio deudor, sino también a los titulares de todas las cargas que se extingan como consecuencia de la ejecución del bien afecto sean anteriores o posteriores al embargo (al reducirse las posibilidades de existencia de remanente)».

(9) Es similar a las letras de cambio, cheques y pagarés que, al margen de su función cambiaria, el ordenamiento prevé un procedimiento especial para su reclamación. Se trata también de un privilegio procesal para cuyo disfrute deben cumplir con una serie de requisitos formales. Y en caso de incumplirse la sanción que impone el ordenamiento no es la extinción del derecho sino el deber de acudir a un procedimiento declarativo.

2. LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES, PRETENSIONES, PROCESOS O PROCEDIMIENTOS

2.1. MARCO JURÍDICO

a) *Derecho material: artículos 1.911 CCiv, 105 LH y 140 LH*

Establece el artículo 1911 del Código Civil el principio de responsabilidad patrimonial universal, según el cual: *Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.*

Es decir, que cuando el deudor se obliga frente al acreedor, expone todo su patrimonio presente y futuro al cumplimiento de la obligación.

Por su parte, el artículo 105 de la LH reconoce que: *La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil.*

Es decir, que el hecho de que la garantía recaiga sobre un bien concreto no limita ni excluye al resto de bienes del deudor de su responsabilidad para con el acreedor.

El 140 de la LH, por su parte, establece que: *No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados.*

En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor.

En este caso, sí contempla la LH la posibilidad de limitar la responsabilidad patrimonial universal del deudor a un bien concreto, pero exigiendo para ello pacto expreso. Luego cabe afirmar que es posible la limitación material de la responsabilidad del deudor al producto que se obtenga con la venta pública de la finca hipotecada (10).

b) *Derecho formal anterior a la LEC 2000: Artículo 135 antigua LH, 166 antigua LEC y 1447.1 antigua LEC*

La LEC actualmente vigente supone un punto de inflexión en esta materia, al modificar determinados preceptos de la LH y modificar el juicio ejecutivo anterior.

(10) Véase nota 4.

El artículo 135 de la LH, antes de la reforma operada por la LEC, establecía en su último párrafo que: *Los autos de procedimiento sumario que establece esta Ley Hipotecaria no son acumulables entre sí, ni tampoco a los del juicio ejecutivo, ni a un juicio universal.*

Por su parte la antigua LEC, en su artículo 166, establecía que: *No procederá la acumulación de los juicios ejecutivos entre sí; ni a un juicio universal, cuando solo se persigan los bienes hipotecados, salvo el caso previsto en el artículo 133 de la Ley Hipotecaria.*

Y en el artículo 1447.1, establecía que: *Si hubiere bienes dados en prenda o hipotecados especialmente, se procederá contra ellos en primer lugar.*

Vemos que la antigua LH hablaba de acumulación de *autos* y la LEC de *juicios*, estableciendo además una preferencia en la ejecución sobre los bienes hipotecados.

Se establecía por tanto la imposibilidad de acumular un procedimiento hipotecario a otros procedimientos hipotecarios y a ejecuciones ordinarias o universales.

De aquí, la doctrina estaba de acuerdo en que las opciones del acreedor hipotecario eran, o bien acudir a una ejecución ordinaria persiguiendo todos los bienes del deudor y, en su caso, del fiador, o bien seguir una ejecución hipotecaria dirigida solo contra la finca hipotecada.

En cualquier caso, se trata de normas procesales que limitan indirectamente el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, ya que obligan al acreedor hipotecario a optar por un procedimiento sumario (11), con las ventajas que conlleva pero dirigido únicamente contra la finca hipotecada, o bien por un procedimiento ejecutivo ordinario que, sin ser tan rápido como el anterior, puede dirigir contra todo el patrimonio del deudor y contra otros codeudores no hipotecarios y fiadores, si existen.

c) *Derecho formal vigente: 555 LEC y 579 LEC (12)*

El artículo 555 de la actual LEC establece que:

1. A instancia de cualquiera de las partes, se acordará la acumulación de los procedimientos de ejecución pendientes entre el mismo acreedor ejecutante y el mismo deudor ejecutado.

(11) A lo largo del artículo haré referencia al carácter *sumario* del procedimiento hipotecario, aclarando que a mi juicio tan sumario es el procedimiento hipotecario como el ordinario de ejecución, al estar en ambos casos limitada la fase cognitiva. Sin embargo, para facilitar la lectura, mantendré también aquí la terminología más frecuente.

(12) Me centro en estos artículos al ser los que generan dudas sobre la posibilidad de la acumulación en la ejecución hipotecaria, dejando fuera del alcance de este estudio los artículos 71 a 73 sobre la acumulación de acciones y 74 a 80 sobre la acumulación de procesos, a los que haré referencia cuando sea necesario.

2. *Los procedimientos de ejecución que se sigan frente al mismo ejecutado podrán acumularse, a instancia de cualquiera de los ejecutantes, si el tribunal que conozca del procedimiento más antiguo lo considera más conveniente para la satisfacción de todos los acreedores ejecutantes.*

3. *La petición de acumulación se sustanciará en la forma prevenida en los artículos 74 y siguientes.*

4. *Cuando la ejecución se dirija exclusivamente sobre bienes especialmente hipotecados, solo podrá acordarse la acumulación a otros procedimientos de ejecución cuando estos últimos se sigan para hacer efectivas otras garantías hipotecarias sobre los mismos bienes.*

Y, por su parte, el artículo 579 de la LEC, que: *Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.*

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia (13) interpreta de los anteriores preceptos que el acreedor hipotecario debe optar necesariamente entre iniciar un procedimiento sumario de ejecución hipotecaria, que en teoría es más rápido que

(13) No falta quien es partidario de la acumulación de acciones de ejecución en algunos supuestos. Así, MARTÍN DÍZ, 2000, pág. 193, dice que: «¿Debemos entender del estricto tenor del artículo 555.4 de la nueva LEC que no cabría la acumulación a aquellas ejecuciones de bienes hipotecados que se sigan por los trámites de otro procedimiento que no sea la especialidad hipotecaria?, nuestra respuesta es favorable a la acumulación entre ejecuciones sobre el mismo bien seguidas en uno u otro trámite, pese a la dicción errónea del precepto. Ello redundaría en una reducción de trámites de cara a la venta y realización del bien y la compensación de la deuda a los acreedores en el orden legalmente establecido». Y continúa más adelante analizando la acumulación de pretensiones, donde concluye que: «...en una misma demanda sería admisible que contuviera múltiples peticiones de realización judicial de bienes previamente hipotecados, o lo que es lo mismo, una acumulación de pretensiones siempre y cuando incumban a bienes hipotecados en garantía de deudas independientes entre sí pero entre un mismo acreedor y deudor, o en su defecto hipotecante no deudor».

También parece admitirla la SAP de Barcelona, de 14 de mayo de 2004, tesis que es acogida por otras sentencias, como la SAP de Burgos, de 22 de mayo de 2006, al afirmar que: «cuando en un mismo documento público, que reúne todos los requisitos previstos en el artículo 517.2.4.º de la LEC, se constituye una garantía hipotecaria, el acreedor tiene dos títulos ejecutivos perfectamente compatibles entre sí e instrumentados en un único documento, siendo el primero la escritura constitutiva del derecho real de hipoteca que se puede ejecutar por el procedimiento de ejecución sumario del 131 LH, actualmente a través del procedimiento previsto en los artículos 681 y siguientes de la LEC, y el segundo esa misma escritura, en cuanto reúne los requisitos del artículo 517.2.4.º de la LEC, persiguiéndose con este segundo procedimiento todo el patrimonio del deudor presente y futuro con el que responde de sus obligaciones en aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 del Código Civil, y ello porque en tales casos coexiste en un mismo título

el ordinario pero que solo puede dirigir contra la finca hipotecada, o bien iniciar un procedimiento de ejecución ordinario, no tan rápido como el anterior pero que puede dirigir contra todo el patrimonio deudor. Es decir, que la conclusión para muchos es la misma que bajo el régimen jurídico anterior.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la regulación de la actual LEC del procedimiento de ejecución se diferencia fundamentalmente de la regulación anterior en que se crea un único procedimiento de ejecución (14). Efectivamente, el procedimiento de ejecución hipotecaria actual no es sino una especialidad del procedimiento de ejecución. Aunque habitualmente se hable de procedimiento hipotecario, en realidad con la LEC actual se debería hablar de procedimiento de ejecución dineraria con las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados. A pesar de ello, en el presente trabajo se mantiene la expresión procedimiento hipotecario o sumario hipotecario, para diferenciarlo del ordinario, pero aclarando que en realidad no se trata de dos procedimientos de distinta naturaleza, sino que el hipotecario es una especialidad en la ejecución, que es única. Ni siquiera se debe hablar ya de ejecución *ordinaria*, ya que no hay ejecuciones especiales, sino particularidades de la ejecución.

En cualquier caso, vemos que si bien el acreedor lo único que pretende es recuperar el dinero del préstamo, el ordenamiento procesal le ofrece distintos cauces para ello.

Por lo tanto, y esto es importante tenerlo en cuenta, son las normas procesales las que en su caso impondrían al acreedor una limitación consistente en no poder pretender la satisfacción de su crédito mediante la ejecución sumaria de la finca hipotecada y, simultáneamente, mediante la ejecución de otros bienes del deudor distintos de la finca hipotecada. Y lo harían por medio de impedir al acreedor acumular ambas acciones o procedimientos.

dos tipos de deudas, una real y otra personal, que se pueden ejecutar por cauces completamente diferentes pero compatibles entre sí».

Sin embargo, tras analizar estas posturas, lo que admiten es la acumulación de la llamada acción real y la acción personal pero por los cauces procesales del procedimiento de ejecución ordinario. Lo que aquí defiende va un paso más allá. Se trata de la acumulación de la acción real y la acción personal, pero siguiendo en el primer caso los cauces procesales de los artículos 681 y siguientes de la LEC y en el segundo caso los de los artículos 571 y siguientes.

(14) Así lo establece la Exposición de Motivos de la LEC y su propia estructura sistemática. Para mayor detalle, ver MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, 2004, pág. 79, en la que tras realizar un exhaustivo análisis de la evolución de nuestra normativa procesal, dicen que: «el juicio ejecutivo ha desaparecido en la LEC 2000, en la que se regula un único proceso de ejecución, que se aplica sea cual fuere el título ejecutivo (...) Naturalmente la existencia de una única ejecución no puede suponer que no existan normas propias de una (la de títulos judiciales o asimilados) o de otra (la de títulos no judiciales)».

2.2. OBJETO DE LA ACUMULACIÓN

La anterior LEC hablaba de acumulación de *acciones* o de *autos* (15), mientras que la actual habla de *acciones* o *procesos* (16). La doctrina, por su parte, considera que lo más correcto es hablar de *pretensiones* y *procesos* (17).

En cualquier caso, de lo que se trata es de diferenciar dos momentos en los que se puede llevar a cabo el fenómeno de la acumulación: el momento inicial del procedimiento o una vez ya se ha iniciado este.

La posición del acreedor hipotecario frente al deudor a mi juicio es única: cobrar la deuda mediante la ejecución de bienes del deudor. El procedimiento es solo una cuestión formal o instrumental. Es el *cómo* lo va a recuperar. Por tanto, cabe decir que la pretensión al menos material (18) del acreedor es solo

(15) Artículos 153 y sigs. y 160 y sigs.

(16) Artículos 71 y sigs. y 74 y sigs.

(17) Ver por todos, MONTERO AROCA, 2001, pág. 273: «...hoy se está hablando de clases de pretensiones y no de acciones». Y el mismo autor en MONTERO AROCA, 1997, pág. 1129: «Si no tiene sentido distinguir entre acciones reales y personales, ha de estarse a la clase de pretensión siendo el criterio clasificador de estas la referencia al tipo de tutela jurisdiccional que se pide, lo que lleva a la distinción entre pretensiones declarativas y pretensiones ejecutivas. (...) Lo que altera el esquema normal de los títulos ejecutivos y de la ejecución cuando se trata de los créditos hipotecarios es que realmente no existe un título, sino que el acreedor dispone de dos títulos ejecutivos, uno la escritura pública en que se documenta el derecho de crédito y otro la escritura pública en la que se constituye la hipoteca (siempre que esté inscrita en el Registro de la Propiedad). El que normalmente uno y otro acto jurídico aparezcan bajo la forma de una sola escritura no debe esconder la realidad de la existencia de dos negocios jurídicos y, en sentido material, de dos escrituras públicas. Sin perjuicio de tener en cuenta que la hipoteca es siempre accesoria, por cuanto su misma existencia requiere de la existencia de una obligación personal, no puede desconocerse que aquella supone un derecho distinto del de crédito, y que uno y otro derecho se plasman en documentos que son títulos ejecutivos por sí mismos. Esto es, hay que partir de la existencia de dos títulos ejecutivos y consiguientemente, de dos pretensiones ejecutivas distintas que se fundamentará cada una de ellas en un título ejecutivo».

(18) La doctrina suele hablar de la *pretensión* como el objeto del proceso. Así, distinguen entre pretensiones declarativas de un derecho, constitutivas, ejecutivas, etc. Por ejemplo, MONTERO AROCA, 1997, párrafo 1138, sustituyendo el concepto de *acción* por el de *pretensión* dice que: «...si el acreedor opta por acudir a un proceso de ejecución lo hará formulando, en todo caso, una pretensión ejecutiva, pero esta puede tener un doble fundamento: 1.º Título ejecutivo que es la hipoteca, y entonces podemos hablar de pretensión ejecutiva hipotecaria. 2.º Título ejecutivo que es la escritura pública (...) y de la que podría hablarse de pretensión ejecutiva crediticia». También, aunque utilizando el término *acción* en vez de *pretensión*, ADAN DOMENECH, 2009, pág. 50, para quien: «La hipoteca no adquiere una vida autónoma sino que la misma se encuentra sometida a una relación de causalidad respecto de un negocio jurídico subyacente. Esta circunstancia presupone la existencia de dos relaciones jurídicas con sustantividad propia pero estrechamente ligadas entre ellas, el negocio subyacente y la institución de la hipoteca, derivándose de ambas a favor del acreedor hipotecario una doble acción contra el deudor, la primera de ellas, una acción personal consecuencia del incumplimiento contractual por parte del obligado, y una segunda, la acción hipotecaria, fruto de la función garantista de la hipoteca». En el mismo sentido, y citado por el anterior,

una, a diferencia de otros casos en los que sí se acumulan pretensiones, como el acreedor que demanda el pago de una deuda impagada y además la resolución del contrato, o que exige el cumplimiento forzoso de una obligación y los daños y perjuicios.

En nuestro caso, el acreedor reclama que se le devuelva el importe de la deuda. Y a esta pretensión única, acumula en su caso la de indemnización por daños y perjuicios, consistente en el interés de demora que se suele haber pactado en la escritura de préstamo.

Por tanto, bajo mi punto de vista no es del todo cierto el que exista una acumulación de acciones, una real contra la finca hipotecada y una personal contra el deudor, sino que la acción es única y de ejecución, independientemente de que para realizar unos bienes se deba seguir un procedimiento y contra el resto se deba seguir otro, dentro del mismo proceso. A pesar de esto y por ser la terminología más habitual, me continuaré refiriendo a la acumulación de acciones para defender mi postura de la unidad de la ejecución.

Igualmente, no estoy de acuerdo que existan dos pretensiones o una sola con doble fundamento. Creo que el proceso de ejecución actual es único y que la ejecución de una finca hipotecada no es sino una especialidad dentro del procedimiento de ejecución. El procedimiento de ejecución se dirige contra todo el patrimonio deudor en base a un título ejecutivo y el hecho de que exista un bien hipotecado no significa otra cosa que la innecesariedad de trabar embargo sobre dicho bien. Se ejecuta el título ejecutivo que lleva incorporado el derecho del acreedor, que es único y consiste en un derecho de crédito por el importe del préstamo más los intereses que haya lugar a reclamar. Su *pretensión*, a mi juicio, es recuperar el principal que reclama (capital e intereses pactados y devengados), y para ello puede bastarle con el apremio de la finca hipotecada o bien puede necesitar el embargo de otros bienes adicionales. Y para ello podrá acudir a un procedimiento de ejecución hipotecario, ordinario o incluso optar por un declarativo, pero mi opinión es que la *pretensión*, al menos material y definida como el resultado que busca el actor al acudir al proceso, es la misma: satisfacer su derecho de crédito mediante la ejecución directa de bienes del patrimonio deudor. El procedimiento que utilice es solo el camino que sigue para alcanzar su objetivo. Por eso digo que no existen dos pretensiones distintas, sino una única pretensión que se puede alcanzar por medio de distintos procedimientos.

Cuando el acreedor exige y el deudor concede el otorgamiento de una garantía hipotecaria, lo que está haciendo es reforzar sus posibilidades de cobro

BARBANCHO, 2000, pág. 3081: «El acreedor hipotecario, como titular del crédito hipotecario, ostenta una doble titularidad activa. Por una parte es titular de un derecho de crédito y, por otra es titular del derecho real de hipoteca que garantiza el cumplimiento de la obligación o satisfacción del crédito». ROCA SASTRE, 1979, pág. 1021, distingue netamente entre una acción personal contra el deudor y que afecta a todo su patrimonio y una acción real hipotecaria que se dirige exclusivamente contra el bien hipotecado.

mediante la identificación y gravamen de un bien concreto del patrimonio del deudor. Es un embargo extrajudicial o convencional y previo al impago de la deuda que asegura el rango del derecho del acreedor para el caso de incumplimiento futuro de la obligación.

Desde un punto de vista del riesgo financiero, cuando el acreedor presta dinero tiene el riesgo de que el deudor cambie de fortuna, y que no solo no pueda devolver el préstamo, sino que no tenga tampoco el bien inmueble que sí tenía en el momento de otorgar el contrato, porque precisamente lo compró con el dinero prestado. Por ello, el acreedor reduce ese riesgo mediante la constitución a su favor de un gravamen sobre ese bien que tiene perfectamente identificado en el momento de constituirse la obligación. Pero no solo eso, sino que además el acreedor adopta las cautelas necesarias para, en caso de impago, poder realizar el bien por un procedimiento más rápido que el común, de manera que no tenga que discutir sobre la existencia o no de la deuda, ni tenga que sufrir maniobras dilatorias por parte del deudor, sino que directamente pueda sacarlo a subasta para con su producto ver satisfecho su crédito.

Lo que quiero decir es que la formalidad de otorgar el préstamo ante notario, pactar el valor de tasación, fijar el domicilio a efectos de notificaciones, etc., no es otra cosa que reforzar el derecho de crédito mediante una garantía formal, es decir, la garantía de que puede acudir a un procedimiento sumario en vez de a un procedimiento de ejecución ordinario. Es, como decíamos al principio una garantía añadida a la que ya tenía con la *simple* hipoteca.

En definitiva, la adopción de estas garantías no supone que el acreedor tenga una nueva pretensión o más pretensiones de las que tendría en caso de no haberlas adoptado, sino que la pretensión del acreedor es la misma, tanto si existe garantía como si no. Lo que ocurre es que en caso de tener una garantía hipotecaria constituida con las formalidades previstas en la LEC tendrá a su alcance una vía procesal privilegiada para la satisfacción de su derecho.

Además, con la actual LEC no cabe hablar ya de *acción o pretensión* ejecutiva e hipotecaria como conceptos distintos puesto que solo hay un procedimiento de ejecución en el que, de existir bienes hipotecados en el patrimonio deudor, su apremio y realización se tramita a través de un procedimiento especial exclusivo para dichos bienes (19).

(19) Los artículos 681 y siguientes LEC se encuentran en el Capítulo V, dentro del Título IV del Libro III, bajo la rúbrica *De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados*, y lo que hacen es regular las particularidades de la ejecución cuando el acreedor cuenta con una garantía real (hipoteca o prenda) sobre un bien concreto. Las particularidades consisten, entre otras, en que los motivos de oposición son más reducidos que en la ejecución ordinaria y sobretodo que no hace falta trabar embargo sobre dichos bienes, ya que la prenda o hipoteca es un embargo convencional anticipado.

2.3. ACCIÓN Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Como se desprende de todo lo visto hasta ahora, el problema radica en si las normas procesales están delimitando un derecho material, como es el de perseguir todos los bienes presentes y futuros. Efectivamente, la imposibilidad de perseguir tanto la finca hipotecada como el resto de bienes, de forma simultánea, supone una suerte de derecho de excusión a favor del deudor y dentro de su propio patrimonio, de manera que primero se debe agotar la ejecución contra finca hipotecada y luego proceder contra el resto de bienes.

Es más, en caso de existir otros deudores en la misma obligación, ya sean principales por haber tomado prestado el dinero de forma conjunta, o accesorios por ser fiadores, también se ven beneficiados por esta limitación formal que el derecho procesal les confiere, ya que hasta que no se agote la garantía hipotecaria, el acreedor no se puede dirigir contra ellos (20).

Pero, ¿puede una norma de derecho formal limitar una norma de derecho material? Las normas formales son mero cauce para el ejercicio de los derechos materiales. Sin embargo, en el presente supuesto nos encontramos con que teóricamente las normas procesales obligan al acreedor a tomar una decisión: o demanda solo al deudor hipotecario e intenta satisfacer su derecho de crédito con la venta pública de la finca hipotecada y, una vez agotada esta, continuar el procedimiento de ejecución ordinario; o bien renuncia a la sumariedad del procedimiento hipotecario y dirige su demanda desde el inicio por la vía de la ejecución ordinaria contra todos los deudores y todo su patrimonio.

Como vemos, son las normas procesales las que nos dan los cauces por los que debe dirigirse el acreedor y las que le están obligando a optar, renunciando en uno y otro caso a algún beneficio (en uno renuncia a la rapidez procesal y en otro a los patrimonios garantes distintos de la finca hipotecada hasta que se agote la realización de esta).

¿Es conforme a derecho que las normas procesales limiten de algún modo los derechos materiales, en este caso del acreedor hipotecario? La respuesta a esta pregunta merece un análisis mucho más profundo y que escaparía del alcance de este estudio, por lo que de momento me permito tomar la duda que esta pregunta suscita como criterio a favor de una interpretación de las normas procesales que permita la acumulación de ambas acciones o pretensiones.

(20) Todo lo anterior se entiende sin perjuicio del derecho del acreedor de acudir a un procedimiento de ejecución ordinario y dirigirse contra todo el patrimonio del deudor hipotecario, del no hipotecario y del fiador, en su caso, pero perdiendo o renunciando a las ventajas del procedimiento hipotecario.

2.4. DISTINTOS SUPUESTOS PRÁCTICOS DE ACUMULACIÓN

Analicemos a continuación diversos supuestos prácticos en los que actuaría el fenómeno de la acumulación de acciones que se defiende en este trabajo.

a) *Caso de uno o varios deudores hipotecarios*

En el caso de que existan uno o varios deudores hipotecarios, realmente existe una obligación principal nacida de un contrato de préstamo de dinero y una obligación accesoria nacida de un contrato de garantía, que es la hipoteca (21).

No existen a mi juicio dos pretensiones distintas, por lo menos materialmente, sino dos procedimientos para satisfacer el mismo derecho de crédito del acreedor.

No se trata de acumular pretensiones, sino de una única pretensión ejercitable por diversos cauces procesales.

Si hacemos una interpretación estricta del artículo 555 de la LEC, cabe esgrimir a favor de la posibilidad de simultanear el procedimiento de ejecución ordinario y el hipotecario los siguientes argumentos:

El artículo 555 de la LEC es aplicable a la acumulación de procedimientos de ejecución ya iniciados, mientras que aquí hablamos de la acumulación inicial, esto es, de acciones, por lo que no sería strictu sensu de aplicación (22).

(21) MARTIN DIZ, 2000, pág. 178: «...no debemos olvidar que la hipoteca no es una entidad independiente, sino que va íntimamente ligada al derecho de crédito al que garantiza, y que como acertadamente había hecho constar CALVO SÁNCHEZ, es preciso diferenciar las dos relaciones existentes en el momento del incumplimiento: de una parte la relación crediticia entre acreedor y deudor, que da lugar a la reclamación de la cantidad no satisfecha a través de una pretensión de naturaleza personal, y la relación hipotecaria propiamente dicha, que surge de la constitución en escritura de dicho instrumento afianzador, cuya consecuencia en el terreno procesal es una pretensión real que permite la persecución del bien hipotecado en orden a realizar sobre él la garantía constituida».

(22) MONTERO AROCA, 2004, pág. 593: «Debe tenerse en cuenta que la regulación legal de la acumulación inicial de acciones está prevista en la LEC para los procedimientos de declaración, no de ejecución». GARBERÍ LLOBREGAT, 2007, pág. 341, para quien: «Es evidente, por tanto, que quien posea derechos incorporados a dos o más títulos ejecutivos frente a un mismo ejecutado no se le puede exigir que interponga tantas demandas ejecutivas cuantos sean los títulos que ostente para que, al fin y a la postre, todos esos diferentes procedimientos de ejecución incoados a instancia del mismo ejecutante sean acumulados sobrevenidamente al amparo del artículo 555 LEC. Por ello, en suma, porque el exigir la incoación de varios procedimientos de ejecución susceptibles de ser acumulados con posterioridad, una vez se encuentren pendientes, es algo totalmente absurdo, no debiera existir inconveniente para que el acreedor ejecutante pueda proceder a la acumulación de varias acciones ejecutivas en una misma demanda. Ante la ausencia de toda regulación legal específica al efecto, dicha acumulación originaria de acciones ejecutivas habrá de someterse a las exigencias requeridas por los artículos 71 a 74 LEC».

Las normas sobre acumulación de acciones en la LEC se encuentran en los artículos 71 y siguientes y de la lectura de los mismos parece que sí quepa la posibilidad de acumular una acción personal (ejecución ordinaria) y una real (ejecución hipotecaria) contra una misma persona (deudor hipotecario). El único obstáculo aparente es el artículo 73.1.2.º, que establece que: *Para que sea admisible la acumulación de acciones será preciso: (...) 2.º Que las acciones acumuladas no deban, por razón de su materia, ventilarse en juicios de diferente tipo*, pero es que no se trata de *juicios de diferente tipo*, ni mucho menos *por razón de su materia*, sino que ambos son juicios o procedimientos de ejecución y, precisamente, esa fue la novedad introducida por la LEC vigente (23).

En cuanto al artículo 579 de la LEC, parece a priori que sí otorga esta especie de derecho de excusión al deudor hipotecario, de manera que primero debe ejecutarse la finca hipotecada y después continuar la ejecución contra el resto de bienes de su patrimonio. Sin embargo, el artículo 579 dice literalmente que ello tendrá lugar cuando la ejecución se dirija *exclusivamente* contra bienes hipotecados. Y en caso de permitirse como se propone la acumulación de pretensiones, la ejecución se dirige no de forma exclusiva contra la finca hipotecada sino contra todo el patrimonio de los deudores.

No olvidemos que la reforma operada por la LEC actual, tanto sobre el régimen procesal anterior como sobre la LH, ha venido a modificar y derogar respectivamente los antiguos artículos 135 de la LH, 166 y 1447.1 de la anterior LEC, que hemos visto antes y que sí contenían una prohibición expresa y clara de acumular las ejecuciones hipotecarias entre sí y con las ejecuciones ordinarias, ya que se trataba de procesos de naturaleza distinta, y establecía expresamente la excusión de bienes del patrimonio del deudor cuando entre ellos existiera uno especialmente hipotecado.

Pero bajo el marco jurídico actual, ni existe esa prohibición expresa de manera clara, ni se trata de procesos de naturaleza distinta, sino que la ejecución de la hipoteca es una especialidad del procedimiento de ejecución dineraria, ni se establece ese derecho de excusión entre los bienes del deudor.

Hay que interpretar por tanto la voluntad del legislador en el sentido de que ha evolucionado hacia un procedimiento único de ejecución contra todos los bienes del deudor o deudores, con especialidades cuando en el patrimonio de uno de ellos se encuentre un derecho real de hipoteca sobre una finca en garantía del cumplimiento de la obligación.

Por todo ello, el artículo 579 de la LEC debe interpretarse en el sentido de que el acreedor puede dirigirse contra todos los bienes del deudor hipotecario, tramitándose la ejecución contra la finca hipotecada por medio de las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados que establecen los artículos 681 y siguientes

(23) Véase nota 14.

de la LEC a los que se remite, y la ejecución contra el resto de bienes del deudor distintos de la finca hipotecada por los trámites ordinarios de la ejecución, esto es, sin especialidad alguna. Pero que si el acreedor solo se ha dirigido contra la finca hipotecada confiando en que con su ejecución va a tener suficiente para ver totalmente satisfecha su pretensión material y no ha sido así, podrá continuar el proceso contra el resto de bienes por los trámites de la ejecución ordinaria, sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento, precisamente porque con la LEC actual el procedimiento de ejecución es único.

Es decir, que el artículo 579 no establece en realidad un derecho de excusión a favor del deudor hipotecario o del resto de codeudores, sino que otorga al acreedor hipotecario la posibilidad de continuar la ejecución contra el resto de bienes del deudor sin necesidad de interponer una nueva demanda. Pero ello no obsta que el acreedor pueda de inicio solicitar la acumulación de ejecuciones (ordinaria e hipotecaria) contra todos los bienes del deudor, cuando ya de inicio sepa que con la ejecución de la finca hipotecada no va a haber suficiente para la satisfacción completa de su derecho de crédito.

En caso de no interpretar estos artículos de manera favorable a la acumulación, el acreedor se verá forzado a iniciar un procedimiento distinto para perseguir el resto de bienes del deudor hipotecario y otros tantos contra el deudor no hipotecario y el fiador, en su caso, duplicando o multiplicando con ellos los procedimientos judiciales para la satisfacción del derecho de crédito único del acreedor.

Efectivamente, las soluciones posibles a la cuestión jurídica planteada son dos: permitir la acumulación de la acción de ejecución dineraria contra todo el patrimonio de los deudores de una misma obligación, por los trámites de los artículos 571 y siguientes de la LEC, con la ejecución hipotecaria contra un bien especialmente hipotecado, por los trámites de los artículos 681 y siguientes de la LEC; o por el contrario no permitir dicho ejercicio simultáneo de ambas acciones o procesos, de manera que el acreedor hipotecario que quiera perseguir no solo la finca hipotecada, sino simultáneamente otros bienes del deudor, deberá renunciar a la sumariedad hipotecaria contra la finca hipotecada e iniciar un procedimiento de ejecución ordinario contra todos los bienes del patrimonio deudor.

Si se permite la acumulación pretendida, los acreedores hipotecarios, que raramente van a renunciar a la sumariedad hipotecaria, podrán satisfacer antes sus pretensiones, al poder dirigirse en un único procedimiento contra todo el patrimonio deudor, tanto el del deudor principal incluyendo la finca hipotecada, como el del deudor no hipotecario y del fiador, en su caso, evitando con ello una duplicidad de procedimientos y costas judiciales. En cambio, de no permitirse dicha acumulación, los acreedores hipotecarios no tendrán otra alternativa que iniciar dos o más procedimientos de ejecución separados, según los casos, dirigidos contra la finca hipotecada por el procedimiento sumario por un lado

y, por otro, contra el resto de bienes del deudor, contra todo el patrimonio del deudor no hipotecario y contra todo el patrimonio del fiador, generando con ello una clara inseguridad jurídica y duplicando innecesariamente los procedimientos y las costas judiciales.

Pensemos en el supuesto de un crédito dinerario garantizado solo en su mitad por una garantía hipotecaria. Si no se admite la existencia de una única ejecución, sino de dos procedimientos distintos no acumulables, el acreedor que quiera acudir al procedimiento hipotecario y haya hecho constar en la escritura los requisitos del artículo 682.2 LEC, deberá interponer demanda solo por el importe que alcance la garantía, es decir, la mitad de la deuda, ya que la otra mitad no está garantizada por la hipoteca ni puede ser objeto del procedimiento hipotecario al exceder la responsabilidad de la finca. Por lo tanto, solo obtendrá despacho de ejecución por la mitad de la deuda, debiendo agotar los trámites del procedimiento hipotecario y, una vez acabado, invocar el artículo 579 de la LEC y pedir nuevo despacho de ejecución por la cantidad del crédito que le falte por cobrar (al menos la mitad de la deuda no garantizada con hipoteca), debiéndose requerir de pago de nuevo al deudor al ser un procedimiento distinto y, ahora sí, embargar bienes distintos de la finca hipotecada. Es fácil concluir que, en la práctica, el acreedor difícilmente encontrará bienes susceptibles de embargo del deudor o, que aún encontrándolos, otros acreedores ya hayan trabado embargo sobre los mismos y con preferencia a él.

Por lo tanto, la otra opción que tiene el acreedor, según la mayoría de la doctrina que no admite la acumulación de acciones, es renunciar al procedimiento hipotecario y acudir directamente a la ejecución ordinaria, lo que nos lleva a concluir que el procedimiento hipotecario solo sirve para aquellos casos en que la totalidad de la deuda esté garantizada por la responsabilidad hipotecaria del inmueble, pues de otro modo es mejor acudir a la ejecución ordinaria directamente y tratar de embargar otros bienes al deudor antes que otros acreedores lo hagan o que salgan del patrimonio del deudor (recordemos que la hipoteca garantiza el rango sobre la finca sin necesidad de embargo).

Otros artículos de la LEC sirven para reforzar la idea de una ejecución única. Así, el artículo 538.2 dice que: *Solo podrá despacharse ejecución frente a los siguientes sujetos: (...) 2.º Quien sin figurar como deudor en el título ejecutivo, responda personalmente de la deuda por disposición legal o en virtud de afianzamiento acreditado en virtud de documento público. 3.º Quien sin figurar como deudor en el título ejecutivo resulte ser propietario de los bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede.*

Vemos como en el apartado primero habla del *proceso de ejecución*, sin distinguir al hipotecario como un proceso (entiendo que sería más correcto hablar de *procedimiento*) autónomo, y sin embargo se refiere en el apartado segundo a *bienes especialmente afectos al pago de la deuda en cuya virtud se procede*, es decir, que contempla la ejecución de bienes hipotecados dentro de

las disposiciones generales a toda ejecución. Esto refuerza la idea de unidad del procedimiento de ejecución en la actual LEC.

También el artículo 545.3 al hablar del Tribunal competente para conocer de la ejecución dice que: *cuando la ejecución recaiga solo sobre bienes especialmente hipotecados o pignorados la competencia se determinará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 684 de esta Ley*. Por lo que a sensu contrario, está admitiendo que la ejecución puede recaer no solo sobre bienes especialmente hipotecados sino también, y de forma simultánea, sobre otros bienes, y que en estos casos la competencia vendrá determinada por las normas que el propio artículo establece para la ejecución de títulos no judiciales.

b) *Caso de deudor hipotecario y no hipotecario*

Este es un caso que suele darse con frecuencia en la práctica, en el que son dos o más personas las que toman prestado dinero de una entidad financiera, expresando en la escritura que se obligan de forma conjunta y solidaria frente al acreedor. Sin embargo, es una sola la que constituye un derecho real de hipoteca sobre una finca de su propiedad.

En este caso, el acreedor se encuentra nuevamente con que si quiere acudir a un procedimiento hipotecario tiene que renunciar a perseguir al resto de codeudores no hipotecarios, ya que el artículo 685 parece que no les incluye entre los legitimados pasivamente.

Efectivamente, el artículo 685 de la LEC establece como especialidad del procedimiento hipotecario que: *la demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados*. A mi juicio, se refiere a todos aquellos vinculados a la finca hipotecada, sean o no deudores, pero dejando fuera de la legitimación pasiva a los que no tienen vinculación con la finca, tales como fiadores o deudores no hipotecarios.

Refuerza esta idea el artículo 538.2 que distingue netamente entre el deudor que figura como tal en el título ejecutivo, del fiador y del hipotecante no deudor, por lo que en consonancia con la literalidad de este precepto cabe definitivamente considerar que el *deudor* al que se refiere el artículo 685.1 no incluye por lo menos al fiador y yo creo que tampoco al deudor no hipotecario por el mismo criterio lógico de que no tiene ninguna vinculación jurídica con la finca hipotecada y, por lo tanto, no tiene sentido su presencia en un procedimiento que tiene como única finalidad la realización de la finca hipotecada.

En la práctica se suele demandar a los dos, pero creo que es un error el despachar ejecución contra el deudor no hipotecario en el seno de una ejecución hipotecaria, salvo que se entienda que se pueden acumular ambas acciones, las que venimos llamando personal y real, pues está claro que con-

tra el deudor no hipotecario no existe acción real alguna, sino solo personal. Luego, al despacharse ejecución contra ambos de forma simultánea, se está admitiendo implícitamente la acumulación de ambas acciones. Sin embargo, en la práctica la ejecución se dirige solamente contra la finca hipotecada para pedir su subasta, sin admitir los Juzgados el embargo de bienes del deudor no hipotecario por invocación del artículo 579 de la LEC. Entonces mi pregunta es: ¿por qué es parte el deudor no hipotecario del procedimiento de ejecución hipotecario si no existe acción real contra él ni se le pueden embargar bienes? A mi juicio, caben dos alternativas: o bien hablamos de una ejecución única y permitimos el embargo de sus bienes, como yo propongo, o bien no se debería despachar ejecución contra un deudor no hipotecario en un procedimiento hipotecario. Lo que considero una contradicción es dirigir la demanda también contra el deudor no hipotecario, que se despache ejecución contra ambos, pero que no se permita el embargo de bienes del deudor no hipotecario. Si no se puede embargar sus bienes no se está despachando ejecución contra él.

Si no se admite la acumulación de acciones el acreedor debe elegir: o renuncia a la sumariidad del procedimiento hipotecario y se dirige contra todos los codeudores por los trámites del procedimiento de ejecución ordinario, o renuncia a la esfera patrimonial del resto de codeudores y del deudor hipotecario, aparte de la finca hipotecada, y se dirige solo contra esta pero, eso sí, mediante el cauce sumario hipotecario. Y en todo caso, una vez finalice la ejecución hipotecaria entendida como un procedimiento autónomo, se aplicará el 579 de la LEC y continuará la ejecución por los trámites ordinarios, esta vez contra todos los codeudores y todo su patrimonio. Y yo entiendo que debería ser en este momento cuando se demande al deudor no hipotecario y se despache ejecución también contra él.

Si se impide efectivamente la acumulación de la acción personal contra el deudor no hipotecario que se ha obligado de forma solidaria junto con el deudor hipotecario, lo único que conseguimos es forzar al acreedor que no quiere renunciar a ninguna de las garantías a su favor a iniciar un procedimiento de ejecución paralelo dirigido solo contra el deudor no hipotecario, quien no podrá oponer ni siquiera litispendencia, pues no es parte en el procedimiento hipotecario, duplicando con ello las costas procesales y desdoblando la misma pretensión material en dos procedimientos, solamente por una interpretación demasiado rígida de la norma procesal.

c) Caso de deudor hipotecario y fiador solidario

En este caso existe, por un lado, la pretensión contra el deudor hipotecario en base a una obligación principal y una accesoria de garantía de la finca hi-

potecada de su propiedad, y por otro una pretensión contra el fiador en base a un contrato también de garantía y accesorio del principal.

Pero claro, el fiador tampoco es uno de los pasivamente legitimados por el artículo 685 de la LEC, de manera que la demanda hipotecaria no puede dirigirse contra él, lo cual es lógico al no ser parte en la obligación estrictamente hipotecaria, tan accesoria como la suya, sino en la principal. Ello salvo que consideremos la posibilidad de acumular las acciones hipotecaria y ordinaria de ejecución.

En la práctica se suele cometer el error, a mi juicio, de demandar tanto al deudor hipotecario como al fiador, sin pretender la acumulación de la acción hipotecaria y la ordinaria de ejecución. Si no se acumulan las acciones y se trata solo del ejercicio de la acción hipotecaria tal y como entiende la mayoría de la doctrina, esto es, dirigida exclusivamente contra la finca hipotecada, entonces los fiadores carecen de legitimación pasiva. Primero porque del artículo 685.1 de la LEC solo se refiere a quienes hayan tenido vinculación jurídica con la finca hipotecada y, por tanto, con el término *deudor* se refiere solo al deudor hipotecario, reforzando esta interpretación del término *deudor* del 685.1 con el 538.2.2.º, que considera al fiador a quien *sin figurar como deudor en el título ejecutivo responda personalmente de la deuda (...) en virtud de afianzamiento*. Y segundo porque si con ese procedimiento se pretende solamente el apremio y realización de la finca hipotecada, el fiador no pinta nada, pues nada tiene que ver con dicha finca.

Considero que es un error en la práctica muy habitual el demandar a todos los deudores, tanto hipotecarios como no hipotecarios, hipotecantes no deudores y fiadores, pidiendo en el suplico de la demanda que se despache ejecución contra todos ellos y se subaste la finca hipotecada, y que el Juzgado despache ejecución efectivamente contra todos acordando que se tramite el procedimiento por los artículos 681 y siguientes exclusivamente, sin permitir el embargo de bienes distintos de la finca hipotecada. Porque en la práctica no se admite.

Si no se está acumulando las acciones no tiene sentido a mi juicio que se despache ejecución en un procedimiento estrictamente hipotecario contra quienes no tienen vinculación jurídica con la finca hipotecada. Si se pretende que los fiadores y el resto de obligados respondan simultáneamente a la finca hipotecada, el acreedor debería renunciar al procedimiento hipotecario y acudir a la ejecución ordinaria, o si no admitir la acumulación de acciones que aquí se propone.

Si no se permite la acumulación, ¿qué sentido tiene otorgar la garantía hipotecaria y a la vez garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la parte prestataria mediante la fianza?, ¿es consciente el acreedor que así lo hace que no va a poder pedir la ejecución contra todos ellos simultáneamente salvo que acuda al procedimiento de ejecución ordinario? Entonces, ¿por qué no constituir ambas garantías en escrituras separadas o pedir el acreedor dos copias ejecutivas

de la escritura en el momento de su otorgamiento?, de esta manera el acreedor podrá acudir al procedimiento hipotecario para la subasta de la finca hipotecada y simultáneamente a una ejecución ordinaria para el embargo de bienes distintos de la finca hipotecada, tanto del deudor principal como de los fiadores.

En definitiva, creo que cuando la LEC prevé unas especialidades para la ejecución de bienes hipotecados es para que el acreedor sume garantías a las que ya tenía, facilitándole el acceso a un procedimiento más ágil para el apremio y subasta de la finca hipotecada, y creo que cuando el artículo 682 dice que: *las normas del presente capítulo solo serán aplicables cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes pignorados o hipotecados en garantía de la deuda por la que se proceda* se refiere a que la especialidad procedimental regulada en los artículos 681 y siguientes de la LEC solo se aplica a la ejecución de los bienes hipotecados, no del resto, que deberán seguir los trámites ordinario de ejecución, sin que ello signifique que no puedan simultanearse ambas ejecuciones en un mismo proceso.

De no permitirse la acumulación de la pretensión contra el deudor principal y contra el fiador, que normalmente habrá renunciado al beneficio excusión y se habrá obligado solidariamente con el deudor principal, resulta que le estamos devolviendo su derecho de excusión de bienes, por lo menos hasta que se agote la ejecución de la finca hipotecada. Con ello convertimos también el régimen de solidaridad en la deuda en una ficción, pues una vez subastada la finca la ejecución contra el fiador ya no será por el principal inicial, sino descontado el valor de la adjudicación. Resulta paradójico que si el acreedor opta por la ejecución sumaria de la finca hipotecada deba renunciar a esa otra garantía que es la esfera patrimonial del fiador.

Es un caso similar al comentado en el apartado anterior, pero aquí el deudor no hipotecario lo es en virtud de una obligación accesorio, no principal. Cumple en la obligación una función de garantía, igual que la hipoteca, reforzada generalmente con la renuncia a los beneficios legalmente establecidos por el Código Civil para el fiador (art. 1830 y siguientes del CC). Ello no tiene a mi juicio ninguna consecuencia procesal, por lo que el tratamiento debe ser el mismo que el de deudor no hipotecario.

Vale igualmente lo dicho anteriormente, en el sentido de que siempre queda al acreedor la posibilidad de iniciar directamente una ejecución ordinaria contra todo y todos, o iniciar la ejecución hipotecaria de la finca y, separadamente, la ordinaria contra el fiador, con duplicidad de procedimientos y costas para satisfacer una misma pretensión material.

d) *Caso de deudor no hipotecario e hipotecante no deudor*

Surgen las mismas dudas que en los casos anteriores: ¿Hay que demandar al deudor principal en una demanda de procedimiento estrictamente hipotecario? Parece que el artículo 685 LEC sí que lo incluye dentro de los pasivamente legitimados. Además en este caso se da una particularidad que los anteriores no tienen, y es que el hipotecante no es deudor y no responde personalmente ni en todo ni en parte junto con el deudor principal. Pero sin embargo, si el procedimiento va únicamente destinado a la liquidación de la finca hipotecada, ¿qué papel desempeña el deudor no hipotecario en el procedimiento si la ejecución no se dirige contra su patrimonio? No tiene sentido a mi juicio que se despache ejecución contra él pero que, sin embargo, no se le puedan embargar bienes.

Repito lo dicho en los dos apartados anteriores: si no se pueden acumular las acciones y dirigir la ejecución hipotecaria y la ordinaria contra todos los bienes y todos los obligados simultáneamente, sería mejor iniciar procedimientos separados aprovechando tanto las ventajas del procedimiento hipotecario contra la finca hipotecada como el resto de esferas patrimoniales sin esperar a que la ejecución hipotecaria finalice.

e) *Caso de un deudor hipotecario con varias fincas*

Este supuesto es comúnmente aceptado en los juzgados de primera instancia, que admiten de forma generalizada las demandas contra dos fincas hipotecadas por un mismo deudor en garantía de una misma deuda y basadas en un mismo título.

El caso típico es el préstamo para la compra de un piso con plaza de garaje, en el que se otorga una escritura de préstamo con garantía hipotecaria sobre las dos fincas registrales: el piso y la plaza de garaje.

Sin embargo, parece que una interpretación rigurosa del artículo 555.4 de la LEC debería impedir dicha acumulación, pues solo permite la acumulación de procedimientos hipotecarios *cuando estos últimos se sigan para hacer efectiva otras garantías hipotecarias sobre los mismos bienes*. Y en este caso está claro que no se trata de los mismos bienes sino de fincas registrales distintas.

Sin embargo, parece claro que si el acreedor tuviera que iniciar dos procedimientos separados de ejecución hipotecaria, ello supondría una duplicidad innecesaria y antieconómica de los procedimientos. La otra solución sería que iniciara el acreedor una ejecución ordinaria contra todos los bienes del deudor, incluidos los hipotecados, pero entonces tendría que renunciar a la sumariedad procesal que se ha procurado en la escritura.

Este supuesto es muy importante tenerlo en cuenta, porque supone una acumulación de procedimientos que vulnera la literalidad del 555.4, sobre el

que pivota todo el impedimento de la acumulación objeto de estudio. Es decir, es un claro ejemplo de cómo en la práctica no faltan interpretaciones del marco jurídico aplicable al problema que planteamos en este estudio favorables a la acumulación. Entonces, si en unos casos como el planteado en este apartado se permite flexibilizar la interpretación de la norma, ¿por qué no se ha de permitir en otros? No olvidemos que el objetivo en uno y otro caso es el mismo: evitar dilaciones en la satisfacción de la pretensión acreedora y no multiplicar los gastos para el deudor.

3. EJERCICIO SEPARADO DE ACCIONES

Veamos a continuación qué opciones tiene el acreedor en caso de no permitirse la acumulación de acciones.

3.1. CASO DE ACCIONES INDEPENDIENTES Y SUCESIVAS

Lo que se hace habitualmente en la práctica procesal es interponer una demanda a la que se llama *de ejecución hipotecaria*, dirigida contra el deudor hipotecario, el no hipotecario, el hipotecante no deudor y el fiador, pidiendo se despache ejecución contra todos ellos, que se tramite el procedimiento por los artículos 681 y siguientes de la LEC, y que se saque la finca a subasta. El Juzgado de turno, por su parte, suele dictar un auto despachando ejecución contra todos los codemandados y ordena requerirles de pago a todos ellos y que se libre mandamiento al registro de la propiedad de la finca hipotecada, siguiéndose los trámites de los artículos 681 y siguientes de la LEC.

Una vez han sido todos los codemandados requeridos de pago y obtenida la certificación de cargas del registro, se subastará la finca y, en caso de que con su producto no se haya podido satisfacer la totalidad del derecho del acreedor, este solicitará que se continúe con la ejecución invocando el artículo 579 de la LEC, y esta continuará, embargándose entonces bienes distintos de la finca hipotecada.

Como he dicho antes, considero un error que se despache ejecución contra aquellos que no tienen vinculación jurídica con la finca hipotecada. Creo que se debería demandar solo al deudor hipotecario o al hipotecante no deudor, dejando al resto para el posterior procedimiento de ejecución ordinario. El no hacerlo así y seguir la ejecución contra todos solo consigue ralentizar la ejecución de la finca hipotecada, al tener que requerir de pago a una serie de codemandados a quienes ni siquiera se les va a poder embargar bienes. Creo que es mejor que la ejecución hipotecaria se dirija contra el menor número de personas posibles (quienes tienen vinculación jurídica con la finca) para agilizar

el procedimiento, teniendo en cuenta además que más de la mitad del tiempo que dura una ejecución hipotecaria se destina a intentar requerir de pago a los codemandados, con lo que se ganaría mucho tiempo.

En la práctica la ejecución se dirige contra todos por pensar que el artículo 579 de la LEC, al decir que *la ejecución proseguirá* se está refiriendo a una misma ejecución y que si no has demandado a todos con la demanda inicial, luego ya no puedes hacerlo. Creo que esta interpretación no es correcta, porque bien se podría pedir el archivo y desglose de documentos e interponer nueva demanda de ejecución ordinaria. Además, si hasta que se subasta la finca hipotecada no se puede embargar al resto de codemandados y por el resto de bienes, no se está despachando ejecución de hecho contra ellos. Y por el contrario, si realmente se les debe demandar por tratarse de un mismo procedimiento, entonces estamos admitiendo la posibilidad de acumular ambas acciones (personal y real) y se debería poder trabar embargo sobre sus bienes.

En mi opinión, lo correcto y óptimo sería demandar a los vinculados jurídicamente a la finca y pedir la subasta de la misma y, paralelamente si se quiere, requerir extrajudicialmente al resto de futuros codemandados para interrumpir la prescripción sin dilatar el procedimiento hipotecario.

Si el Juzgado no permite de hecho la ejecución contra el resto de codemandados y patrimonios obligados, no debería poner trabas a que se les demande una vez finalizada la subasta de la finca hipotecada.

3.2. CASO DE ACCIONES INDEPENDIENTES Y SIMULTÁNEAS

Otra opción, en caso de no aceptar la acumulación de las acciones, sería ejercitarlas por separado, es decir, iniciar un procedimiento hipotecario contra la finca hipotecada y simultáneamente una ejecución ordinaria contra todos los codemandados, sin incluir esta vez la finca hipotecada como objeto de ejecución. De la lectura de los artículos 71 y siguientes de la LEC no resulta que el acreedor que va a iniciar o ya ha iniciado un procedimiento hipotecario pierda por ello su derecho a perseguir el resto de bienes del deudor (24).

(24) Esta posibilidad ha sido reconocida en alguna sentencia, como la de la Audiencia Provincial de Málaga, de 13 de junio de 1994, que estableció que: «*La única cuestión a resolver en el recurso no es otra que determinar si el hecho de que por la hoy parte apelada se hayan utilizado de manera simultánea el procedimiento ejecutivo y el procedimiento del artículo 131 LH para el cobro del saldo resultante derivado de la póliza de crédito es merecedor del amparo judicial o si dicha conducta resulta abusiva al hacer soportar a la parte demandada una doble responsabilidad, no ya por la deuda original, sino por los gastos derivados de todo proceso, y en este sentido teniendo en cuenta que las partes demandadas en ambos procedimientos son distintas, al igual que lo son las responsabilidades origen de los procedimientos, la respuesta no puede ser otra que la alcanzada en la instancia, pues no es dable confundir el débito con la responsabilidad, siendo así que mientras el débito es*»

¿Qué ocurrirá entonces si presenta una demanda hipotecaria y aparte una demanda de ejecución ordinaria? En este caso, se presentan a priori dos obstáculos: en primer lugar, la litispendencia y, en segundo, el requisito de que el título ejecutivo sea primera copia o segunda obtenida con consentimiento del deudor.

En cuanto al primero, la litispendencia, no creo que sea tal obstáculo. La excepción de litispendencia responde al objetivo de evitar pronunciamientos contradictorios, y en el caso de dos procedimientos ejecutivos, salvo cuestiones incidentales, no requieren de pronunciamiento alguno sobre cuestiones de fondo. Además, el objeto de uno y otro procedimiento sería distinto. En uno se perseguiría la finca hipotecada y en el otro el resto de bienes del deudor distintos de la finca hipotecada, y que por cuestiones formales debería seguirse en un procedimiento aparte y con unas normas distintas. Respecto al resto de codemandados, serán solo parte en uno de los procedimientos, por lo que ni siquiera podrían oponer la excepción de litispendencia.

Es más, entre los motivos de oposición a la demanda tasados en los artículos 557 de la LEC para la ejecución ordinaria y 695 para la ejecución hipotecaria no figura el que exista otro procedimiento de ejecución simultáneo. A mi entender bastaría con informar en un procedimiento de las cantidades que se vayan obteniendo en el otro, a efectos de que se considere reducido el principal por el que se ha despachado inicialmente la ejecución.

En cuanto al segundo obstáculo, el título ejecutivo, el demandante hipotecario necesitaría una copia de la matriz expedida con carácter ejecutivo e inscrita en el Registro de la Propiedad con la que iniciar el procedimiento hipotecario y otra copia, expedida también con carácter ejecutivo, con la que poder iniciar el procedimiento de ejecución ordinario contra todos los codemandados sin incluir la finca hipotecada como objeto de la ejecución.

A tal respecto, los artículos 17 y 18 de la Ley del Notariado y el artículo 222 y siguientes del Reglamento Notarial establecen que una vez otorgada la escritura, el Notario expedirá una primera copia para cada uno de los otorgantes y, a partir

siempre uno solo y único, no así la responsabilidad, que como sucede en toda garantía hipotecaria, se desdobra de manera que a la propia del deudor, y que no es otra que la ordinaria del artículo 1911 del Código Civil, se le añade otra que deriva no del principio general ya referido sino del propio derecho de hipoteca, no pudiendo afirmarse en consecuencia que los perjuicios que se alegan de la duplicidad de procedimientos traigan su causa de la actitud del hoy apelado sino que los mismos se derivan de un derecho de hipoteca pactado por un tercero para garantizar la deuda principal que, como afirma la sentencia del Tribunal Constitucional, de 18 de diciembre de 1981, es el propio constituyente de la hipoteca el que ha consentido la posición que se deriva del negocio jurídico, no siendo posible en consecuencia exigir al actor que para el cobro de su crédito renuncie al ejercicio de las acciones que el ordenamiento jurídico le confiere ni tampoco la acumulación de procedimientos, pues por un lado ello lo impide el artículo 135 LH, como así puso de relieve la STS de 16 de octubre de 1961, sino que, por otro lado, la acumulación de acciones es un derecho de la parte y no un deber, por todo lo cual procede confirmar la sentencia».

de ahí, las segundas o ulteriores copias de la matriz requerirán el consentimiento de todos los otorgantes o, en otro caso, mandamiento judicial con citación de los interesados. Además, no podrá el secretario judicial expedir testimonio de las escrituras.

En la práctica se suele hacer constar en las escrituras de préstamo hipotecario una cláusula por la que la parte deudora consiente que el acreedor pueda pedir segundas y ulteriores copias con carácter ejecutivo, al amparo del artículo 234 del Reglamento Notarial con relación al 233 (25).

Con esto se consigue superar el obstáculo mencionado, ya que la entidad prestataria podrá iniciar un procedimiento de ejecución hipotecario basado en la primera copia inscrita en el Registro de la Propiedad (requisito constitutivo de la hipoteca) y un procedimiento de ejecución ordinario con base en la segunda copia ejecutiva.

En la práctica, muchos Notarios expiden la segunda copia con eficacia ejecutiva en base a la cláusula incorporada en la escritura de préstamo hipotecario. Sin embargo, hay quienes no aceptan la validez de dicha cláusula y en consecuencia no expiden la segunda copia ejecutiva (26). Para evitar esta situación, lo más práctico sería que en el momento del otorgamiento y estando presentes todas las partes implicadas, el acreedor solicitara varias copias de la escritura todas ellas con eficacia ejecutiva, haciéndose constar el consentimiento de todos los afectados. Si no se ha hecho esto y solo se tiene una copia ejecutiva de la escritura, se pueden solicitar las correspondientes diligencias preliminares para que se requiera al Notario a través del Juzgado para la expedición de la segunda

(25) Hay una aparente contradicción entre los requisitos del título del 517.2.4.º de la LEC y el 233 del RN para que lleve aparejada ejecución, ya que la LEC no exige que la copia diga que tiene carácter ejecutivo.

(26) En este sentido, la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.ª). Sentencia número 927/1998, de 1 de diciembre: *«Los otorgantes de la escritura han mostrado la conformidad con la expedición de segundas copias, no por comparecencia ante el Notario en cuyo poder se encuentra el protocolo, sino en otro documento auténtico, normalmente en la escritura matriz. Este último, es precisamente el supuesto ante el que nos encontramos, al haber pactado las partes (cláusula novena), que las segundas o posteriores copias de la escritura, “...podrán tener idénticos efectos ejecutivos que la primera, haciéndose constar así por el Notario en el pie y nota su expedición, para lo cual las partes comparecientes otorgan su consentimiento expreso e irrevocable”. Es por tanto, absolutamente correcta la conducta del señor Notario, que es ajeno a la carencia o no de efectos ejecutivos de la copia emitida conforme a lo convenido por las partes, al ser tal determinación de carácter jurisdiccional y corresponder, por ende, a los Tribunales, como consecuencia de la utilización del documento expedido de acuerdo con lo pactado por las partes, y responsables, por tanto, de las consecuencias de su uso carente de efectos ejecutivos, al no ajustarse a lo dispuesto en el artículo 1429.1.º de la Ley Rituaria, según se estimó en el supuesto concreto, en la sentencia dictada en primera instancia, cuya revisión aquí no nos compete, aunque sí cabe dejar constancia, de la existencia de otra corriente doctrinal, que solo priva de fuerza ejecutiva a la copia, cuando se emite de acuerdo con el artículo 234 del Reglamento Notarial».*

copia con eficacia ejecutiva, con citación de la parte a quien deba perjudicar, de conformidad con el artículo 517.2.4.º

Por lo tanto, contestando a la pregunta formulada al comenzar este apartado, si el acreedor hipotecario no puede acumular el procedimiento de ejecución ordinario y el hipotecario, sí podrá seguirlos por separado con las consecuencias que ello conlleva y casi todas en perjuicio del deudor o deudores, como la duplicidad de costas procesales o la subasta del inmueble hipotecado cuando se podrían haber embargado y subastado bienes menos perjudiciales para el deudor.

3.3. CASO DE UNA ÚNICA ACCIÓN DE EJECUCIÓN ORDINARIA

Ya hemos dicho que todo el planteamiento anterior de la acumulación tiene en realidad una respuesta: si el acreedor hipotecario quiere perseguir todos los bienes que están en el patrimonio del deudor de forma simultánea a la finca hipotecada, siempre puede acudir al procedimiento de ejecución ordinario renunciando, eso sí, al procedimiento sumario hipotecario.

Pero, ¿por qué tiene que renunciar a una garantía procesal que ha procurado obtener mediante el cumplimiento de los requisitos legales, es decir, la mención del tipo de subasta y el domicilio a efectos de notificaciones? ¿Por qué tiene el acreedor hipotecario que renunciar a esa garantía añadida? Es más, si se sigue el procedimiento de ejecución ordinario, lo único que se consigue es dar al ejecutado mayores motivos o causas de oposición, que generalmente serán utilizados con una única finalidad dilatoria, ya que el requerimiento de pago se hace igualmente, y no es necesario embargar la finca que ya está hipotecada. Es decir, el rango preferente del acreedor se lo da el derecho de hipoteca, sin que tenga necesidad de solicitar una anotación preventiva de embargo (27).

Realmente, si se han cumplido en la escritura todos los requisitos formales para ejecutar la finca hipotecada por la vía sumaria hipotecaria, ¿qué sentido tiene que el deudor tenga más motivos de oposición a la ejecución en la vía ordinaria que en la hipotecaria?

Y subrayo: ¿qué sentido tiene que la norma procesal otorgue al deudor más motivos materiales de oposición a la ejecución en la vía ordinaria que en la hipotecaria, si se han cumplido con todas las formalidades legalmente requeridas?

En cualquier caso, no cabe duda de la posibilidad de interponer una demanda de ejecución ordinaria en la que se pida el despacho de la ejecución contra todos los codemandados y su patrimonio, señalando como bien conocido la finca hipotecada y remarcando que se pide la ejecución de la hipoteca ya

(27) Véase nota 8.

inscrita, solicitando además que el registrador, al expedir la certificación de dominio y cargas, lo haga constar así mediante nota al margen de la inscripción de la hipoteca (28).

De hecho, esta opción se distingue principalmente de la ejecución estrictamente hipotecaria, en cuanto a la finca hipotecada, en el incremento de las causas de oposición a la demanda. Por lo demás, el requerimiento de pago al deudor se realizará exactamente igual que para la ejecución hipotecaria, no hará falta el avalúo de bienes del artículo 637 de la LEC siempre que se haya pactado su valor de tasación a efectos de subasta en la escritura de préstamo hipotecario, tampoco hará falta anotar ningún embargo ya que la hipoteca hace las veces de embargo convencional anticipado, como ya hemos comentado con anterioridad.

(28) En la práctica se han dado varios casos de acreedores hipotecarios que a pesar de gozar de la traba y el rango que les otorgaba la hipoteca, han anotado embargo sobre la misma por el mismo derecho de crédito ya garantizado, con consecuencias a veces como la que describe la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1.ª) número 25/2002, de 21 de enero: *«La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8821), citada por el propio recurrente, sentó interesante doctrina al respecto al decir, resumidamente, que para que los terceros que en principio no se deberían ver afectados por el embargo y su posterior ejecución —esto es, los anotantes intermedios entre la inscripción de la hipoteca y la anotación del embargo que se ejecuta—, vean cancelada su anotación tras la venta o adjudicación del inmueble, es preciso que desde el principio del procedimiento ejecutivo se advierta que se está haciendo valer la garantía hipotecaria preferente, es decir, el ejercicio simultáneo de ambas acciones real y personal, a fin de que esos acreedores anotantes puedan ser convenientemente instruidos de sus derechos y conozcan la verdadera preferencia del crédito del actor sobre el bien a ejecutar y, consiguientemente, las responsabilidades que seguirán pesando sobre el inmueble, lo que es igualmente importante que se haga público en los momentos pertinentes de la ejecución, pues de otro modo los postores pueden ser inducidos a error sobre el verdadero valor del inmueble y sobre las responsabilidades que habrán de subsistir, con el consiguiente perjuicio incluso del ejecutado, que vería disminuido el precio del remate por el descuento por los postores de créditos como subsistentes aunque en abstracto deberían ser cancelados, pero que de serlo producirían tales distorsiones en el precio. Por todo ello, la Dirección General entendió que para la cancelación de las anotaciones de embargo posteriores a la hipoteca pero anteriores al embargo ejecutado es preciso acreditar que el afectado y titular de esa anotación supo desde el inicio de la ejecución que en esta se estaba haciendo valer la hipoteca preferente a sus derechos y que por tanto comportaría la extinción de su anotación, y que de los autos y de la publicidad de la subasta resulte claramente que se estaba ejecutando la hipoteca. En definitiva, que no basta constatar que en el juicio ejecutivo se ha seguido la vía de apremio contra el bien hipotecado, sino que es preciso que conste y sea público que tal vía se siguió, además, como realización del derecho real de garantía y haciendo valer la preferencia propia de dicha hipoteca y no simplemente la que derivaría del embargo».*

También es interesante el Auto de 23 de noviembre de 1994 del TSJ de Valencia, que resuelve un recurso gubernativo en el que una entidad, con un crédito garantizado con hipoteca inició una ejecución ordinaria contra varios codemandados, anotando embargo sobre la finca ya hipotecada, resultando que entre la inscripción de hipoteca y el embargo letra E, había otras anotaciones. Al subastarse la finca e ir a inscribir el Banco el auto de adjudicación, el registrador lo hizo cancelando las inscripciones de embargo posteriores a la letra E, pero no las anteriores, pues no se puso de manifiesto la relación entre el embargo que dio lugar a la letra E con la hipoteca, por lo que los acreedores intermedios no fueron notificados.

Tiene la ventaja de poder dirigirse contra todos los codemandados y todo su patrimonio. Por eso también, por las pocas diferencias que tiene respecto al procedimiento hipotecario (el incremento de las causas de oposición, aunque puede ser una diferencia de mucho peso) es por lo que considero más lógico permitir la acumulación de ambas acciones que mantener la dualidad de procedimientos (29).

3.4. CASO PROPUESTO DE UNA ÚNICA EJECUCIÓN

Lo que vengo llamando acumulación de acciones es a mi juicio el ejercicio de una única acción de ejecución en base a un título ejecutivo. En la demanda se deberá pedir que se despache ejecución contra todos los codemandados señalando la finca hipotecada como bien conocido de uno o varios de los codemandados y pidiendo que la ejecución de la misma se tramite por las particularidades procedimentales reguladas en los artículos 681 y siguientes de la LEC. Contra el resto de bienes y codemandados, se señalarán los que sean conocidos o se solicitará el auxilio judicial para su averiguación, de acuerdo con el artículo 549 de la LEC.

La competencia judicial vendrá determinada por el artículo 545.3 de la LEC, ya que como hemos visto anteriormente su último párrafo establece una norma de competencia territorial *cuando la ejecución recaiga solo sobre bienes especialmente hipotecados*, por lo que no hay obstáculo a que el Juzgado competente sea distinto del Juzgado del lugar donde radica la finca hipotecada, supuesto que también contempla el artículo 684 para el caso de varias fincas que radiquen en distintos partidos.

(29) Hay que recordar que el origen del procedimiento sumario hipotecario fue crear un procedimiento distinto de la ejecución ordinaria para obtener una más rápida satisfacción del derecho del acreedor. Como bien recuerda ROCA SASTRE, 1941, pág. 440: *«El procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria fue introducido por la Ley Hipotecaria de 1909 (...) La finalidad de su implantación en nuestro sistema fue favorecer la realización del crédito real inmobiliario, proporcionando a los acreedores un medio fácil de efectividad de los créditos hipotecarios. Antes de la reforma de 1909 los acreedores hipotecarios solo disponían del juicio ejecutivo de la ley procesal civil, aparte del declarativo ordinario. Pero este juicio ejecutivo, a pesar de sus trámites abreviados, es demasiado largo, antieconómico y complicado, sobretudo tratándose de hacer efectivo un derecho real de hipoteca, constatado en el registro con todas las seguridades que la inscripción proporciona»*.

En el mismo sentido, la Exposición de Motivos de la LEC vigente dice en el apartado VIII que: *«Son conocidas las polémicas doctrinales y las distintas teorías y posiciones acogidas en la jurisprudencia y en los trabajos científicos. En esta Ley, la materia es regulada en diversos lugares, pero el exclusivo propósito de las nuevas reglas es resolver problemas reales, que la Ley de 1881 no resolvía ni facilitaba resolver. Se parte aquí de dos criterios inspiradores: por un lado, la necesidad de seguridad jurídica y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo»*.

Tres Autos recientes, resultado de la puesta en práctica de mis argumentos favorables a la acumulación, uno de fecha 18 de noviembre de 2008, dictado por el Juzgado de Primera Instancia, número 7 de Rubí; otro de 9 de marzo de 2009, dictado por el Juzgado de Primera Instancia, número 6 de Vilanova i la Geltrú, y otro del Juzgado de Primera Instancia, número 6 de Badalona, de fecha 24 de abril de 2009, recogen la postura argumentada en este trabajo, acordando la procedencia de dirigirse en un mismo proceso contra la finca hipotecada por los trámites de los artículos 681 y siguientes de la LEC y contra el resto del patrimonio de los deudores por los trámites del 517 y siguientes de la LEC.

En los tres casos, además de la ejecución de la finca hipotecada según las particularidades previstas en los artículos 681 y siguientes de la LEC, se ha podido trabar embargo simultáneo sobre otros bienes de los deudores codemandados, acelerando con ello la recuperación de las cantidades reclamadas.

4. CONCLUSIONES

La práctica judicial debería admitir las demandas en las que el acreedor hipotecario solicite simultáneamente la ejecución de la finca hipotecada por los trámites de los artículos 681 y siguientes de la LEC y el embargo y realización de otros bienes del deudor y, en su caso, de los deudores no hipotecarios y fiadores, basándose en los siguientes motivos:

1. Que la LEC actual hace una regulación unitaria del procedimiento de ejecución, en la que la ejecución de bienes hipotecados supone una especialidad procedimental al no requerir embargo del bien y quedar limitados los motivos de oposición.
2. Que el artículo 555 de la LEC se refiere a la acumulación de procedimientos y en este caso se trata de una acumulación inicial y que, además, ello evita la duplicidad de procedimientos para satisfacción de una misma pretensión, y con ello las costas procesales.
3. Que el artículo 682.1 de la LEC limita los trámites especiales de la ejecución sobre bienes hipotecados a estos mismos, aclarando que las especialidades procedimentales no se harán extensivas a la ejecución sobre el resto de bienes.
4. Que otros artículos de la LEC, como el 538 o el 545.3 hacen referencia a la concepción unitaria de la ejecución en la Ley vigente.

Todo ello, claro está, moderado por el principio de no embargar bienes cuyo previsible valor exceda de la cantidad por la que se despacha ejecución, recogido en el artículo 584 de la LEC.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAN DOMENECH, Frederic (2009): *La ejecución hipotecaria*, Editorial Bosch, Barcelona.
- BARBANCHO TOVILLAS, Francisco José (2000): *Comentarios a la nueva LEC*. Editorial Atelier. Barcelona.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1995): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. III, Civitas.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José (2007): *El procedimiento de ejecución forzosa en la nueva LEC*, Civitas.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique (1997): *Los créditos hipotecarios*, Reus, Madrid.
- MARTÍN DIZ, Fernando (2000): *La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles*, Editorial Comares.
- MONTERO AROCA, Juan (1997): «Acción hipotecaria y pretensión ejecutiva», en *Actualidad Civil*, núm. 45, diciembre de 1997.
- (2001): *Las ejecuciones hipotecarias en la nueva LEC*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MONTERO AROCA, Juan, y FLORS MATÍES, José (2004): *Tratado de proceso de ejecución civil*, Tomo I. Tirant lo Blanch, Valencia.
- ROCA SASTRE, Ramón M. (1941): *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Tomo III, Editorial Bosch, Barcelona.
- (1979): *Derecho Hipotecario*, IV, 2.º Editorial Bosch, Barcelona.

TABLA DE JURISPRUDENCIA CITADA

<i>Tribunal, Sala y fecha</i>
Auto de 28 de abril de 1998 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21. ^a)
Resolución de la DGRN, de 10 de diciembre de 1997
SAP de Barcelona, de 14 de mayo de 2004
SAP de Burgos, de 22 de mayo de 2006
Audiencia Provincial de Málaga, de 13 de junio de 1994
Audiencia Provincial de Granada (Sección 3. ^a). Sentencia número 927/1998 de 1 de diciembre
Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 1. ^a) número 25/2002, de 21 de enero
Auto de 23 de noviembre de 1994 del TSJ de Valencia

RESUMEN

**EJECUCIÓN, HIPOTECA,
ACUMULACIÓN**

El actual procedimiento de ejecución sobre bienes hipotecados no es un procedimiento especial, sino un procedimiento de ejecución en el que hay unas particularidades para la ejecución de un bien concreto. Esta diferencia fundamental introducida por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, debería ser suficiente para permitir que la ejecución se siga contra todo el patrimonio deudor a través del procedimiento de ejecución único, si bien con las particularidades procedimentales previstas en la Ley para la ejecución del bien hipotecado, sin necesidad de tener que optar el acreedor como se viene entendiendo de forma generalizada por ejecutar primero el bien hipotecado a través del procedimiento hipotecario y luego el resto de bienes; o por ejecutarlos todos directamente pero renunciando a las ventajas procedimentales del procedimiento hipotecario.

ABSTRACT

**ENFORCEMENT, MORTGAGE,
ACCUMULATION**

The current enforcement proceeding on mortgaged property is not a particular procedure but an enforcement proceeding in which there are some peculiarities for the execution of a particular property. This fundamental difference introduced by 1/2000 7th January, Civil Procedure Act, should be sufficient to allow continuing the execution against all assets of the debtor through a single enforcement procedure, but with the specific procedural rules laid down in the Act for the enforcement of the mortgaged property without the creditor having to choose, as has been widely understood, by running first the mortgaged property through the mortgage enforcement proceeding and then the rest of goods; or by directly executing all but renouncing the specific procedural advantages of the mortgage enforcement process.

*(Trabajo recibido el 9-2-2010 y aceptado
para su publicación el 27-5-2011)*

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Jurisdicción voluntaria y Registro de la Propiedad (Breves consideraciones sobre el régimen instituido por una reforma frustrada)

por

PEDRO M. GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de La Rioja

y

JUAN RAMÓN LIÉBANA ORTIZ
Doctor en Derecho Procesal

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. LA REFORMA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA:
 - 2.1. GESTACIÓN Y TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DEL PROYECTO DE LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE OCTUBRE DE 2006.
 - 2.2. CARACTERES GENERALES DEL RÉGIMEN PROPUESTO.
3. LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD COMO ADMINISTRADORES DE LOS EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA:
 - 3.1. ATRIBUCIÓN COMPETENCIAL.
 - 3.2. FUNDAMENTO DE LA ATRIBUCIÓN COMPETENCIAL: NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.
 - 3.3. CARACTERIZACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL REGISTRADOR.
4. EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA A TRAMITAR POR LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD:

- 4.1. EXPEDIENTES REGULADOS FUERA DEL PROYECTO DE LEY.
- 4.2. EXPEDIENTES REGULADOS EN EL PROYECTO DE LEY.
5. DISPOSICIÓN FINAL TERCERA: PREVISIÓN SOBRE LA FE PÚBLICA NOTARIAL.
6. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Las páginas que aquí comienzan se enmarcan dentro de un estudio multidisciplinar más amplio titulado *Seguridad jurídica, publicidad y registro*, materia esta que inicialmente pudiera parecer alejada de los contenidos de Derecho procesal —a los cuales se dedican las dos personas que suscriben estas líneas—. Sin embargo, el tema que nos hemos propuesto en el presente trabajo no se reduce al análisis de un instituto de controvertida naturaleza administrativa o jurisdiccional, sino que se extiende a la incidencia de la frustrada reforma de la jurisdicción voluntaria en el procedimiento registral.

Antes de entrar en materia, conviene traer aquí unas celebres palabras del jurista alemán VON KIRCHMANN, el cual, en 1847, en una conferencia pronunciada en Berlín —que fue recogida luego y ha llegado a nosotros con el título *La jurisprudencia no es ciencia*—, señalaba lo siguiente: «los juristas se ocupan, sobre todo, de las lagunas, los equívocos, las contradicciones de las leyes positivas; de lo que en ellas hay de falso, de anticuado, de arbitrario. Su objeto es la ignorancia, la desidia, la pasión del legislador (...) Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que solo viven de la madera podrida; desviándose de la sana establecen su nido en la enferma. En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingente; tres palabras rectificadoras del legislador convierten en basura bibliotecas enteras» (1).

Si bien no podemos mostrarnos de acuerdo con estas duras palabras —las cuales, todo sea dicho de paso, han sido malinterpretadas, por cuanto están pronunciadas y hacen referencia a la situación del Derecho en un contexto histórico europeo muy concreto—, lo cierto es que la retirada por el Gobierno, en el mes de noviembre de 2007, del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria que se estaba tramitando en el Senado, ha tirado por tierra las expectativas de una inmediata reforma, muy necesaria, de la materia de la jurisdicción voluntaria, a la vez que ha hecho que estudios como el presente, dotados de una «cierta actualidad», hayan pasado a convertirse, habida cuenta de lo ocurrido con dicho texto, en una especie de «testigo impertinente» de lo que no pudo ser.

(1) KIRCHMANN, VON H. J., *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. Truyol Serra, 2.^a ed., Madrid 1961, pág. 54.

Pese a ello, y conscientes de lo que supone este condicionante, a lo largo de las páginas que siguen, sin bajar demasiado al detalle, vamos a tratar de proporcionar al lector una idea clara de lo que hubiera supuesto, en la materia que ahora interesa, la aplicación de las disposiciones contenidas en la *no nata* Ley de Jurisdicción Voluntaria. Para ello, dividimos este trabajo en dos partes.

En la primera parte nos situamos en el centro de la reforma de la institución, a través del acercamiento a la situación anterior a ella —que, paradójicamente, es la misma que existe en la actualidad, tras haberse frustrado dicha reforma—, al *iter* que siguió, desde su origen hasta ser abortado en el Parlamento, el texto prelegislativo, y a los caracteres más sobresalientes de la hipotética Ley de Jurisdicción Voluntaria.

Con un detenimiento mayor, en la segunda parte de este trabajo nos ocupamos de los aspectos más importantes del texto en lo que al sistema registral se refiere. En concreto, desde el punto de vista subjetivo y objetivo, tratamos la atribución a los Registradores de la Propiedad de la labor de tramitación y resolución de varios expedientes de jurisdicción voluntaria. Por último, una mínima referencia a una polémica previsión, recogida en la disposición final tercera del frustrado texto, referida al objeto de la fe pública notarial, pone punto final a este estudio.

2. LA REFORMA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

La jurisdicción voluntaria no solo es uno de los temas que resultan más controvertidos para la doctrina, en relación con su naturaleza jurídica, su contenido y función, sino que, además, como objeto de estudio, ha sufrido el desprecio más absoluto de los autores. Tal vez es por ello que el estudio de este instituto jurídico siempre ha estado a la sombra de todos los demás, de tal forma que, desde la propia doctrina, se ha calificado a la jurisdicción voluntaria como «la cenicienta del proceso civil» (2), «un tema por todos repudiado y sin sede científica propia» (3).

No obstante, junto a estas razones, el punto de partida de la reforma hay que buscarlo en la deficiente regulación de la materia en la LEC de 1881, todavía hoy vigente. Así, los artículos 1811 y siguientes de esta norma se limitan a regular algunos expedientes especiales sin que podamos saber la razón de por qué se recogen estos y no otros a los que la legislación se refiere como procedimientos de jurisdicción voluntaria. No en vano las diversas leyes que

(2) Así, CARNELUTTI, F., *Derecho Procesal Civil* (trad. del volumen italiano *Diritto e processo*, Moránó ed., Napoli 1958, por Sentis Melendo), EJEa, Buenos Aires 1971, pág. 443.

(3) Cfr. GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I (con PALOMAR OLMEDA, A. y LOSADA GONZÁLEZ, H.), Ed. Tecnos, 14.ª ed., Madrid 2005, pág. 46.

han ido dictándose, comenzando por el propio Código Civil y la Ley Hipotecaria (LH), han atribuido al Juez expedientes sin contienda entre las partes y que entran dentro del ámbito de la institución. Además, se echa en falta en la Ley procesal civil decimonónica una uniformidad de criterio, de tal forma que, además de establecerse las particularidades de esta jurisdicción, se recoja un procedimiento común, que rija, con carácter general, para estos expedientes. Todos estos factores han conducido a que hayan podido identificarse en esta materia un ingente cúmulo de procedimientos (4), a veces sin relación alguna entre sí y de deficiente regulación, que han hecho sentir —y hacen sentir en la actualidad— la necesidad de una regulación completa y de nueva planta de la llamada jurisdicción voluntaria (5).

2.1. GESTACIÓN Y TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DEL PROYECTO DE LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA DE OCTUBRE DE 2006

Puesto que en nuestro sistema no hemos contado antes con ningún intento de reforma parlamentaria del régimen jurídico de la jurisdicción voluntaria, el Proyecto de Ley de octubre de 2006 ya constituye un hito y, pese a no haber salido adelante, es un texto de referencia directa en una futura, a la vez que muy deseable, reforma de la materia. En un intento de sintetizar lo más posible

(4) Aunque existen multitud de guías prácticas y formularios comentados sobre esta materia, el autor que se ha ocupado con mayor extensión de la jurisdicción voluntaria es GONZÁLEZ POVEDA, B., *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, Ed. Aranzadi, 2.^a ed., Pamplona, 1996, quien estudia nada menos que 135 expedientes de esta naturaleza. No obstante, su contenido no es exhaustivo y existen otros expedientes que podrían incluirse dentro de este concepto.

(5) La necesidad de una reforma legal completa de la jurisdicción voluntaria se ha dejado sentir unánimemente por la doctrina española. En este sentido, vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., «Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria», en *Studi in onore di Enrico Redenti*, vol. I, Dott. A. Giuffrè ed., Milano, 1951, pág. 9; AUGER LIÑÁN, C., «Reforma de la Jurisdicción Voluntaria», en *AAMN*, T. XXXIII, 1994, págs. 9-27; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La jurisdicción voluntaria*, cit.; GONZÁLEZ POVEDA, B., *La jurisdicción voluntaria. Doctrina y formularios*, Ed. Aranzadi, 2.^a ed., Pamplona, 1996, pág. 69; JUAN SÁNCHEZ, R., con ORTELLS RAMOS, M.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A., y MARTÍN PASTOR, J., *Derecho Procesal Civil*, Ed. Aranzadi, 3.^a ed., Pamplona, 2002, págs. 93-94; MUÑOZ ROJAS, T., «Sobre la jurisdicción voluntaria», en *Actualidad Civil*, núm. XXXIX, 1990, págs. 577-585; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Derecho Concursal, procedimientos sucesorios, jurisdicción voluntaria, medidas cautelares*, Ed. Tecnos, 2.^a ed., Madrid 1986, págs. 181-182; RAMOS MÉNDEZ, F., *La jurisdicción voluntaria en negocios de comercio*, Civitas, Madrid, 1978, págs. 17-19 y 30-34. No obstante, el autor que, en los últimos tiempos sobre todo, mayor hincapié ha hecho en esa necesidad es FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. Entre la multitud de trabajos publicados en estos últimos años, destaca su monografía *La jurisdicción voluntaria*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, págs. 19-21.

todo el procedimiento de gestación y tramitación de la norma, se puede resumir el *iter* que siguió la reforma aludiendo a varias fechas:

1.^a *Enero de 2000*. Con el fin de superar todas las dificultades expuestas, la LEC de 2000 encomienda al Gobierno la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre jurisdicción voluntaria en el utópico plazo de un año, a contar desde el 8 de enero de 2001, fecha de su entrada en vigor (Disposición Final décimo octava).

2.^a *Noviembre de 2002*. Aunque con un comprensible incumplimiento del plazo antes expuesto, en el seno de la Sección Segunda —Derecho Mercantil— de la Comisión General de Codificación se constituye, por Orden del Ministerio de Justicia de 22 de noviembre de 2002, una ponencia de siete miembros con el fin de redactar un borrador de anteproyecto de ley en dicha materia (6).

3.^a *Octubre de 2005*. Nacido con el objetivo de conseguir una regulación coherente, buscando una sistematización que hiciera fácil acudir a la jurisdicción voluntaria en cumplimiento de la elemental seguridad jurídica que el artículo 9 de la Constitución Española (CE) predica de todo el ordenamiento jurídico, el Ministerio de Justicia publica en esta fecha un Borrador de Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (7).

4.^a *Junio de 2006*. Recibidos los informes sobre el Borrador de Anteproyecto de Ley, revisada en el Ministerio de Justicia la propuesta legislativa llevada a cabo por la ponencia, el 2 de junio se aprueba el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria en Consejo de Ministros. Con esta iniciativa legislativa, según declaraciones del ministro del ramo, se buscan tres objetivos: en primer lugar, concentrar la amplia panoplia de procedimientos de jurisdicción voluntaria y reducir y simplificar de forma extraordinaria su número; en segundo lugar, simplificar el procedimiento, darle mayor concentración, oralidad y agilidad, para acentuar el principio dispositivo y modular el principio de impulso de oficio; y, en tercer lugar, en aras del rendimiento y de la capacidad de

(6) La Ponencia encargada de elaborar el anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, presidida por don José María DE PRADA GONZÁLEZ (Notario), estaba integrada por don Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN (Catedrático de Derecho Romano), don José Arturo PÉREZ MORENO (Abogado), don Juan Pablo RUANO BORRELLA (Registrador de la Propiedad y Mercantil), don Jesús SEOANE CACHARÓN (Secretario Judicial), don Pablo UREÑA GUTIÉRREZ (Magistrado) y don Jaime VEGAS TORRES (Catedrático de Derecho Procesal).

(7) Cfr. «Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria», en *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, año LIX, octubre de 2005. Este texto constaba de 306 artículos, cuatro Disposiciones Adicionales, una Transitoria, una Derogatoria y cuatro Finales. La ponencia redactora optaba por la sistematización de los expedientes, atendiendo al criterio tradicional y, así, junto a un Título I dedicado al régimen general —por primera vez en la historia del Derecho español se regula un procedimiento general para este tipo de expedientes—, el texto dedicaba ocho títulos a: la conciliación y mediación; la jurisdicción voluntaria en materia de personas; en materia de familia; en materia de derechos reales; en materia de obligaciones; en materia de sucesiones; en materia mercantil y en materia de Derecho marítimo.

respuesta del sistema judicial, «desjudicializar» o sustraer de los Jueces todas aquellas funciones que no tengan una naturaleza estrictamente jurisdiccional, encomendándoselas a funcionarios cualificados, como los Secretarios Judiciales, los Notarios y los Registradores (8).

5.^a *Octubre de 2006*. Tras más de cinco años de demora respecto del plazo legalmente fijado por la LEC, el 20 de octubre de 2006 el Consejo de Ministros aprueba la remisión a las Cortes Generales del «Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil» (PLJV). Publicado el texto en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 27 de octubre (9), su tramitación parlamentaria se produce durante un año y a esta pueden atribuírsele dos calificativos que la definen: se trata de una tramitación *relativamente pacífica*, pero, a la vez, *técnicamente mala*.

En efecto, en primer término, por lo que se refiere al Congreso de los Diputados, la reforma puede tildarse de pacífica con base en la existencia de una coincidencia global de los Grupos Parlamentarios en el deber de tramitación del Proyecto. Así, aun cuando muchas de las intervenciones de los expertos intervinientes en la Comisión de Justicia tienen un marcado carácter corporativo (10) y pese a que se formulan 323 enmiendas al texto (11) —el

(8) Extracto de la respuesta del ministro de Justicia (señor LÓPEZ AGUILAR) a la pregunta, formulada en Pleno, en mayo de 2006, por la diputada socialista doña Esther Couto Rivas: «¿Qué iniciativas tiene previstas el Gobierno para dar cobertura al compromiso de regulación de la jurisdicción voluntaria?». *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 117, de 17 de mayo de 2006, pág. 8.850.

(9) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, referencia 121/000109, núm. 109-1, de 27 de octubre, págs. 1-48. No había transcurrido una semana cuando se publicó una corrección de error en dicha publicación, al haberse advertido la omisión del primer párrafo del punto I de la Exposición de Motivos; vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, referencia 121/000109, núm. 109-2, de 3 de noviembre de 2006, pág. 49.

(10) Para ilustrar esta afirmación basta recordar las palabras de la señora Diputada del Grupo Parlamentario Vasco asistente a la Comisión, doña Margarita URÍA ETXEBARRÍA: «...una, siendo mala, podría prejuzgar que en las comparecencias de hoy de alguno de los intervinientes venía a preguntar qué hay de lo mío, cómo queda mi cuerpo retratado en este proyecto de ley...». Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, año 2007, núm. 821, Sesión núm. 44, pág. 34. En efecto, mientras que los representantes de los Notarios abogaban por ampliar el número de expedientes cuyo conocimiento se les atribuía (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, año 2007, núm. 821, Sesión núm. 44, págs. 10, 13 y 14), los representantes de los Secretarios Judiciales sostenían que los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles debían quedar excluidos de la regulación contenida en el proyecto de ley (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, año 2007, núm. 821, Sesión núm. 44, págs. 16 y 17).

(11) Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, referencia 121/000109, núm. 109-26, de 11 de junio de 2007, págs. 97-240. De las 323 enmiendas presentadas al proyecto de ley, 190 eran de modificación, 86 de adición, 35 de supresión y 12 de sustitución.

mayor de los desacuerdos se produce respecto de la excesiva «administrativización» de la institución por parte del nuevo texto, que hace que se corra el riesgo, a decir de algún Grupo, de una cierta injerencia política en la jurisdicción voluntaria (12)— lo cierto es que el Proyecto de Ley no suscita una oposición frontal de ningún Grupo Parlamentario. Por el contrario, por lo que se refiere al Senado, estos Grupos muestran un cierto consenso en oposición al Proyecto de Ley enviado por el Congreso. Así, salvo tres concretas disposiciones (13), en el Dictamen de la Comisión de Justicia en el Senado se suprimen todos los artículos de dicho texto.

En segundo lugar, como señalábamos, la tramitación de la frustrada reforma de la jurisdicción voluntaria ha de ser considerada técnicamente mala. Un ejemplo de que también en sede parlamentaria se siente la desidia que suscita la materia, lo constituye el hecho de que hasta en veintitrés ocasiones se procede a ampliar en el Congreso el plazo de enmiendas (14). No obstante, la mayor de las deficiencias se produce respecto del texto aprobado por el Congreso

(12) Así se manifiesta, por ejemplo, don José María Michavila Núñez del Partido Popular. Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, año 2007, núm. 829, Sesión núm. 46, pág. 7.

(13) En concreto, solo se aprueban: el artículo 72.2 PLJV, que regula el trámite de la comparecencia en los expedientes de tutela y curatela (enmienda 221); el artículo 124.3 PLJV, que regula la posibilidad de designación de peritos en las subastas judiciales no ejecutivas (enmienda 189); y la Disposición Final segunda, apartado 13.º, por el que se propone una nueva redacción al artículo 274 LH, encargado de regular la demarcación de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles (enmienda 236). La razón por la que no se suprime este artículo es el interés de los parlamentarios de CIU porque el Proyecto de Ley se adapte al Estatuto de Cataluña en lo que se refiere a organización administrativa de los Registradores Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, referencia 121/000109, núm. 115 (d), de 23 de octubre de 2007, págs. 129, 144, 145, 149 y 150.

(14) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, VIII Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, referencia 121/000109, de las fechas siguientes: 14, 22 y 29 de noviembre de 2006; 7, 13, 20 y 27 de diciembre de 2006; 30 de enero de 2007; 7, 14, 21 y 28 de febrero de 2007; 7, 14, 21 y 28 de marzo de 2007; 11, 18 y 25 de abril de 2007; 18 de abril de 2007; 9, 17, 23 y 30 de mayo de 2007. En este sentido, resultan interesantes las palabras del Senador ZUBIA ATXAERANDIO, pronunciadas en la Comisión de Justicia del Senado, celebrada el 18 de octubre de 2007, en la defensa de las enmiendas números 34 a 40, presentadas al texto por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos. Según este: «Yo diría que nos toca hoy la difícil misión de dictaminar el proyecto de ley sobre jurisdicción voluntaria, un proyecto que, tras permanecer en hibernación en el Congreso de los Diputados desde octubre del año 2006, en que tuvo entrada, hasta junio pasado, es decir, prácticamente ocho meses, por razones que, a decir verdad, desconozco, pero seguro que tienen que ver con el hecho de estar ya en la recta final de la legislatura. Lo cierto es que a alguien le entró las prisas y en unos pocos días de ese mes de junio se emitía el informe de la ponencia y se aprobaba con competencia legislativa plena en comisión este proyecto de ley. ¡Así ha salido ello!, pues más que de competencia legislativa plena, podríamos hablar de que se ha hecho con competencia legislativa plana (...).» *Diario de Sesiones del Senado*, VIII Legislatura, año 2007, núm. 520, pág. 3.

y remitido al Senado para su toma en consideración. En este sentido, puesto que en las comparecencias celebradas en el primero de estos dos órganos se muestran más polémicas las enmiendas al articulado relativas al establecimiento del carácter de la intervención de abogado y procurador en los procedimientos genéricos administrados por Jueces y Secretarios Judiciales (15) y al sistema de recursos frente a los autos dictados por los primeros y los decretos emitidos por los segundos (16), el legislador opta por remitir al Senado un texto que contiene, junto a la rúbrica *Comparecencia de los interesados y defensa técnica*, y la rúbrica *Recursos*, no ya un artículo único que regule unívocamente cada una de estas materias, sino una pluralidad de preceptos, cada uno con un contenido diverso y opuesto al anterior. Así, por ejemplo, en la primera de estas materias, el artículo 19 decreta la intervención preceptiva de abogado y procurador —salvo en actos de conciliación, actuaciones urgentes, expedientes de reconocimiento de paternidad extramatrimonial y expedientes de cuantía no superior a 900 euros—, mientras que el artículo 19 bis dispone su carácter no preceptivo en todo caso, y el artículo 19.ter su intervención preceptiva solo en los expedientes en materia de personas y de familia (17).

6.^a *Octubre de 2007*. Ante la oposición mayoritaria de los Grupos políticos en el Senado, y puesto que, de acuerdo con las deficiencias apuntadas, resulta técnicamente imposible la aprobación del texto saliente del Congreso de los Diputados (18), el día 24 de este mes el Gobierno anuncia en el Pleno del Senado

(15) Sostienen el carácter preceptivo de la intervención de estos profesionales, con base en el hecho de que en la mayoría de los expedientes el particular no puede realizarlos por sí mismo, los representantes de los Abogados, los Secretarios Judiciales, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, y los Fiscales (vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, año 2007, núm. 821, Sesión núm. 44, págs. 5, 21, 23, 37, 38, 45 y 46, respectivamente).

(16) Solicitan el reforzamiento del sistema de recursos, de manera que se generalice la doble instancia civil, los representantes de los Secretarios Judiciales, los Fiscales (vid. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, año 2007, núm. 821, Sesión núm. 44, págs. 21, 29, 39, respectivamente), y los Abogados (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, año 2007, núm. 829, Sesión núm. 46, pág. 8).

(17) Lo mismo sucede en el caso del sistema de recursos. El artículo 26 del Proyecto de Ley aprobado por el Congreso dispone que a los expedientes de jurisdicción voluntaria es aplicable el régimen de recursos de reposición, revisión, apelación y queja establecidos en la LEC, mientras que el artículo 26 bis señala que contra las resoluciones dictadas en los expedientes de jurisdicción voluntaria no cabe recurso alguno.

(18) En este sentido, especialmente gráficas resultan las palabras del Senador ZUBIA ATXAERANDIO, del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos, pronunciadas en la Comisión de Justicia del Senado ya citada, en la que señala: «después de no mucho esfuerzo, mi grupo parlamentario ha llegado a la conclusión de que esto no hay quien lo arregle en este trámite del Senado, siempre que se quiera, por supuesto, mantener un mínimo de coherencia, sentido común y dignidad parlamentaria a la hora de aprobar un texto con rigor suficiente para remitirlo a la Cámara Baja para su definitiva aprobación. No vale, a nuestro juicio, regular de cualquier manera la jurisdicción voluntaria. Hay que regularla, sí, pero hay que hacerlo bien, aunque esto suponga posponerlo hasta la próxima legislatura. Créanme, la regulación

la retirada del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (19); retirada que, por primera vez en treinta años, se produce cuando la Ley ha sido aprobada por el Congreso y ya se encuentra tramitándose en el Senado.

2.2. CARACTERES GENERALES DEL RÉGIMEN PROPUESTO

La LEC de 1881 configuró los actos de jurisdicción voluntaria como aquellos en que era necesaria o se solicitaba la intervención del Juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas. Frente a esa concepción, el Proyecto presentado al Senado modificaba, en primer lugar, como vamos a ver, este ámbito subjetivo y, amparándose en el artículo 117.4 CE, atribuía competencias en estas materias a sujetos no investidos de potestad jurisdiccional. Junto con este ámbito subjetivo, el Proyecto también revisaba el ámbito objetivo, y, a diferencia de la Ley procesal civil de 1881, en la que no se acota el campo jurídico al que se podían extender los expedientes de jurisdicción voluntaria, prevé que tales actos debían ir referidos «a cuestiones de Derecho Civil o mercantil (20) en las que no exista contraposición entre los interesados» (art. 1.2 PLJV).

Por lo que se refiere a su estructura, en su última versión, el Proyecto de Ley remitido al Senado constaba de 229 artículos, divididos en once títulos, cinco Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria, una Disposición Derogatoria y diez Disposiciones Finales. En él, después de establecerse

de la jurisdicción voluntaria no se va a resentir por esperar un poco más y mantener vigente el sistema contenido en el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Después de más de 120 años de vigencia del actual sistema, nada va a ocurrir porque siga vigente uno o dos años más, máxime cuando la entrada en vigor de esta ley, caso de que así lo sea, según reza la disposición final novena del proyecto no lo será hasta un año después de la publicación de la ley». *Diario de Sesiones del Senado*, VIII Legislatura, año 2007, núm. 520, pág. 3.

(19) A través de la vía que proporciona el artículo 127 del Reglamento del Senado, en virtud de un escrito presentado por la Vicepresidenta, doña M.^a Teresa Fernández de la Vega, se produce esta retirada, que se publica en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* el día 26 de octubre de 2007.

(20) Ahora bien, además de quedar fuera actos de jurisdicción voluntaria que se desarrollan en el ámbito laboral —como, por ejemplo, el procedimiento de conciliación laboral previa y los actos preparatorios del proceso laboral declarativo (arts. 63 a 68 y 76 y 77 de la Ley de Procedimiento Laboral)—, en el ámbito administrativo —así, el procedimiento de deslinde de los bienes de dominio público (arts. 50 a 54 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas)— o en el penal —vid. el expediente para la esterilización autorizada por un Juez de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica (art. 156 del Código Penal)—, el Proyecto de Ley tampoco integra la totalidad de los expedientes en materia civil y mercantil, quedando fuera del texto multitud de procedimientos de jurisdicción voluntaria que se encuentran regulados en otras normas. Así, por ejemplo, las diligencias preliminares (art. 256 LEC) y el procedimiento de separación o divorcio solicitados por los cónyuges de mutuo acuerdo (art. 777 LEC).

el objeto y ámbito de aplicación (título I), se recogían unas «disposiciones generales» (título II) (21) para todo tipo de expedientes de jurisdicción voluntaria, y en estas un procedimiento común para aquellos a tramitar por Jueces y Secretarios Judiciales, lo que constituye una de las grandes innovaciones que introducía el texto respecto de la legislación anterior. Tras un apartado dedicado a la conciliación (título III), se regulaban de forma particular los actos de jurisdicción voluntaria, según las materias sobre las que tratan: materia de personas (título IV); de familia (título V); de derechos reales (título VI); de obligaciones (título VII); de sucesiones (título VIII); en materia mercantil (título IX); en materia de derecho marítimo (título X), y los expedientes que pueden resolver los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles (título XI).

3. LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD COMO ADMINISTRADORES DE LOS EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

3.1. ATRIBUCIÓN COMPETENCIAL

Superado el precedente histórico que llevó a remitir al conocimiento judicial todos los expedientes de jurisdicción voluntaria, incluidos aquellos que, en rigor, como bien han puesto de manifiesto algunos autores (22), no exigían su intervención, hoy es posible y necesario, gracias a la progresiva especialización de los profesionales del Derecho y, sobre todo, a la confianza que el ciudadano deposita en los diversos operadores jurídicos, el vencimiento de ese obstáculo (23).

(21) Este Título II constituye una especie de «cajón de sastre», al incluir cuestiones generales tan diversas como la legitimación, la concurrencia de expedientes, los medios de prueba, los gastos, los efectos de la oposición, las normas de Derecho Internacional privado y las normas generales respecto de los expedientes administrados por Jueces y Secretarios Judiciales (la competencia y el procedimiento común) y por Notarios y Registradores.

(22) Así, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La jurisdicción voluntaria: racionalización y redistribución de competencias», en AA.VV., *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Fundación General del Notariado, Madrid, 2002, págs. 1997-2036; MUÑOZ ROJAS, T., *Sobre la jurisdicción voluntaria*, cit., págs. 577-585, y PEDRAZ PENALVA, E., «La nueva Secretaría Judicial», en *Revista del Poder Judicial*, 1992, págs. 85-108.

(23) En este sentido se han pronunciado claramente tanto los partidos políticos como el poder legislativo. Así, por ejemplo, la Recomendación R 86/12 del Consejo de Europa, relativa a ciertas medidas dirigidas a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo en los Tribunales, adoptada el 16 de septiembre de 1986, el Libro Blanco de la Justicia del Consejo General del Poder Judicial, de 8 de septiembre de 1997, el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito por el Partido Popular y el Partido Socialista Obrero Español el 28 de mayo de 2001, el Acuerdo de febrero de 2003 entre el Ministerio de Justicia con las Comunidades Autónomas y, ya con rango normativo, el artículo 456 LOPJ, cuyos apartados 3.b) y 4 han

De acuerdo con ello, una de las grandes novedades que introducía el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2006 respecto de la regulación anterior es la sistematización y redistribución de competencias, «en aras de la racionalización del sistema, desjudicializando, a favor de otros profesionales del Derecho, las que razonablemente les corresponda por su propia naturaleza, a fin de dar respuesta también en esta parcela del ordenamiento jurídico al desafío de una justicia más moderna y eficaz» (Exposición de Motivos II).

Esta redistribución de competencias en esta materia la positivizaba el artículo 2.1 PLJV, al disponer que «las autoridades o funcionarios a los que la Ley designe como administradores tendrán competencia para conocer y resolver los expedientes de jurisdicción voluntaria». Como se puede apreciar, se trata de un enunciado muy amplio por cuanto ni siquiera se circunscribe a los expedientes regulados en el Proyecto de Ley. Al contrario, el precepto confería la cualidad de «administrador de expedientes de jurisdicción voluntaria» (24) a cualesquiera autoridades o funcionarios a los que una ley del ordenamiento jurídico español confiera dicha competencia.

Además de esta disposición de potencialidad expansiva —necesaria para poder abarcar todos los expedientes de jurisdicción voluntaria que se regulaban en el ordenamiento jurídico español y que, como el propio legislador reconoce, son imposibles de agrupar en una sola ley—, en el Proyecto de Ley se regulan, de forma directa o indirecta, hasta cinco administradores del expediente. Así, junto a los Jueces, los Secretarios Judiciales, los Notarios y los Cónsules de España en el extranjero, por lo que ahora interesa, se atribuía competencia para conocer de estos procedimientos a los Registradores de la Propiedad y Mercantiles (art. 29.1 PLJV).

sido modificados conforme a la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre. Reconocen todos ellos la conveniencia de atribuir amplias competencias a los Secretarios Judiciales en materia de jurisdicción voluntaria para evitar el incremento del volumen de asuntos no jurisdiccionales encomendados a los Jueces.

(24) En contra de la terminología de «administración de los expedientes de jurisdicción voluntaria» y «administrador del expediente» se han pronunciado tanto FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La jurisdicción voluntaria. El anteproyecto de junio de 2006», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 8, julio-agosto de 2006, pág. 59; y en «Observaciones al proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria, de octubre de 2006 (I)», en *Diario La Ley*, núm. 6599, de 27 de noviembre 2006, pág. 10; como SEOANE CACHARÓN, J., «Breve examen crítico del anteproyecto de ley de jurisdicción voluntaria del Ministerio de Justicia de 1 de junio de 2006», en *Diario La Ley*, núm. 6559, de 28 de septiembre de 2006, pág. 3. Para el primer autor la utilización de expresiones como «administradores o gestores de expedientes» resulta apropiada en el ámbito administrativo notarial y registral, pero inapropiada en referencia al órgano judicial. Por su parte, las enmiendas 2, 143 y 213, de los Grupos Parlamentarios de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, de Esquerra Republicana y Popular, respectivamente, presentadas al texto en el Congreso de los Diputados, pretendían la sustitución de la denominación «administrador del expediente» por «tramitador del expediente», con base en la «administrativización excesiva de la jurisdicción voluntaria» que comportaba la expresión (cfr., por todos, la opinión de D. DORADO PICÓN en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, año 2007, núm. 829, Sesión num. 46, págs. 5-6).

Como sucinta presentación al régimen de distribución de competencias entre los distintos administradores de expedientes, cabe señalar que el Proyecto de Ley aludía a los distintos profesionales del Derecho, pero remitía el desarrollo competencial y procedimental a sus respectivas legislaciones específicas. Esto se estima muy razonable ya que, pensemos que, de lo contrario, se tendría, o bien una ley inabarcable, si en ella se pretendieran regular todos los procedimientos de todos los posibles administradores de expedientes; o bien una amalgama inabarcable de leyes sectoriales, que regularían los diversos expedientes de esta naturaleza, de los que conocen distintos órganos jurídicos.

La única excepción a esta remisión a otras normas sectoriales se produce en el caso de los Jueces y Secretarios Judiciales, respecto de los cuales el Proyecto de Ley recogía el conjunto de las normas de competencia y las reglas de reparto de asuntos, además de una regulación de un procedimiento común a los expedientes administrados por ellos. Se desarrollaba, de esta forma, el régimen jurídico de lo que la doctrina ha dado en llamar la «jurisdicción voluntaria judicial» (25), frente a la jurisdicción voluntaria «notarial», «consular», «registral», etc.

Pese a todo, también hay autores que critican esta terminología porque entienden que los actos de los Notarios y Registradores no son actos de jurisdicción voluntaria, sino actos notariales o registrales (26). Sin embargo, esto que, en buena lógica, hubiera debido llevarles a sostener la necesidad de suprimir el Capítulo IV del Título II y el Título XI del Proyecto de 2006, dedicados a los expedientes administrados por Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, no parecía casar con el tenor literal de este texto. Los adjetivos «judicial», «notarial» o «registral» aplicados a la jurisdicción voluntaria tenían, en nuestra opinión, un valor exclusivamente pedagógico; es decir, servían para acotar los distintos expedientes en función del órgano encargado de resolverlos, pero no les confiere ningún atributo dogmático diferenciado. Los expedientes

(25) En la doctrina científica han utilizado esta denominación para referirse a los expedientes de jurisdicción voluntaria de los que conocen el órgano judicial —lógicamente sin incluir a los Secretarios Judiciales—, entre otros, URRUTIA SALAS, M., «La jurisdicción voluntaria», en AA.VV., *Estudios en honor de James Goldschmidt*, Ed. Revista de Derecho Procesal, Tomo II, Argentina, 1951, pág. 309; y ORTELLS RAMOS, M.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J., y SÁNCHEZ, R. J., *Derecho Procesal Civil*, cit., pág. 90.

(26) En este sentido se ha pronunciado últimamente SEOANE CACHARÓN, J., *Breve examen crítico del Anteproyecto...*, cit., pág. 2; y en esta línea se mueven varios Notarios. Este es el caso, por ejemplo, de BELLOCH JULBE, J. A., «Notas en torno al Notariado y la jurisdicción voluntaria», en *Revista Jurídica del Notariado*, 1993, págs. 9-42; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., «Ejercicio de la jurisdicción voluntaria por el Notario», en *Revista Jurídica del Notariado*, 1993-II, págs. 9-178; y «Jurisdicción voluntaria y fe pública», en MARTÍN ROMERO, J. A. (Dir.), *La Reforma de la justicia preventiva*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, págs. 363-388; y AUGER LIÑAN, C., «Reforma de la jurisdicción voluntaria», en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, XXXIII, 1994, págs. 7-27.

de jurisdicción voluntaria tienen esta naturaleza con independencia de cuál sea el órgano encargado de su reconocimiento.

3.2. FUNDAMENTO DE LA ATRIBUCIÓN COMPETENCIAL: NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

El fundamento de la posibilidad de intervención de los Registradores de la Propiedad —y del resto de los profesionales del Derecho, autoridades o funcionarios a los que la Ley designe como administradores— en materia de jurisdicción voluntaria hay que buscarlo en el hecho de que el legislador se pronunciase sobre la cuestión de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria.

En efecto, si existe una cuestión polémica y discutida en el Derecho procesal esta es, sin duda, la de la esencia de la jurisdicción voluntaria (27). La doctrina se encuentra dividida en torno a ella, de tal forma que sus opiniones pueden ser agrupadas en tres grandes corrientes: en primer lugar, los autores que estiman que la jurisdicción voluntaria es, simplemente, actividad administrativa atribuida a los Jueces puesto que sus resoluciones carecen del efecto de cosa juzgada (28); en segundo lugar, las posiciones que estiman que esta es una actividad eminentemente jurisdiccional, básicamente por la actuación imparcial del Derecho objetivo al caso concreto que realiza el Juez (29); y, finalmente, los autores que

(27) Para una exposición detallada sobre la polémica doctrinal existente en torno a esta cuestión, vid., sin ánimo de ser exhaustivos, SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria», en *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1969, págs. 620-633; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La jurisdicción voluntaria*, cit., págs. 97-108; SOLÍS SALDIVIA, M. J., *Consideraciones acerca de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria*, Vadell Hermanos Ed., Caracas, 2005, págs. 158-182.

(28) Entre los autores que han sostenido el carácter administrativo de la jurisdicción voluntaria, cabe citar a CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (trad.: GÓMEZ ORBANEJA, E.), vol. II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pág. 17-27; ALLORIO, E., «Ensayo polémico sobre la “jurisdicción” voluntaria», en *Problemas de Derecho Procesal*, Tomo II, cit., pág. 27; FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina general del Derecho procesal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1990, págs. 133-135.

(29) Sin ánimo de ser exhaustivos, esta postura es compartida por CARNELUTTI, F., *Derecho Procesal Civil* (trad.: SENTÍS MELENDO, S.), EJEA, Buenos Aires, 1971, pág. 70; SATTA, S., *Diritto processuale civile* (con PUNZI, C.), Ed. CEDAM, 11.ª ed., Padova, 1993, pág. 905; MICHELI, G. A., «Revisión de la noción de jurisdicción voluntaria», «Perspectivas críticas en tema de jurisdicción voluntaria» y «Significado y límites de la jurisdicción voluntaria», en *Estudios de Derecho Procesal Civil* (trad.: SENTÍS MELENDO), vol. IV, Ed. EJEA, Buenos Aires, 1970, págs. 21-22, 113-114, y 131-132; DE MARINI, C. M., «Considerazione sulla natura della giurisdizione volontaria», en *Rivista di Diritto Processuale*, vol. IX, 1954, pág. 296. Entre nosotros, vid. por todos, DE LA OLIVA SANTOS, A., y Díez-PICAZO GIMENEZ, I., *Derecho Procesal Civil*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 7.ª ed., Madrid, 2002, pág. 36, y RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Ed. Bosch, 5.ª ed., Bar-

consideran a la jurisdicción voluntaria un *tertium genus*, una actividad especial del Estado, dada la imposibilidad de encuadrarla sistemáticamente ni dentro de la jurisdicción ni dentro de la administración (30).

Pues bien, pese a que el Borrador de Anteproyecto de Ley de 2005 no se pronunció con nitidez en su articulado sobre esta cuestión (31), el redactor del Proyecto de Ley de 2006, sin haber profundizado sobre ello, sí que tomó posiciones sobre la cuestión de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria. Y lo hizo en tres estadios, o a través de tres pasos consecutivos.

En primer lugar, haciéndose eco de lo sostenido por la mayoría de la doctrina científica española (32), residenciaba el fundamento constitucional de la jurisdicción voluntaria en el artículo 117.4 CE. Se trata así, se señalaba en el apartado III de la Exposición de Motivos, de «una función expresamente atribuida a los Juzgados y Tribunales en garantía de derechos que se ha con-

celona, 1992, págs. 1294-1295; quien, además, sostiene que las resoluciones de jurisdicción voluntaria producen el efecto de cosa juzgada en su ámbito de efectos.

(30) Dentro de esta categoría se puede distinguir, a su vez, entre la postura que sostiene que la jurisdicción voluntaria es un *tertium genus*, entre los que cabe incluir a ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Premisas...*, cit., págs. 3-55; y a FAZZALARI, P., *La giurisdizione volontaria*, Ed. CEDAM, Milano, 1963, págs. 36-45; y aquella que ve a esta institución como un derecho cautelar que forma parte de la función notarial, entre los que cabe incluir a: FONT BOIX, V., «La función notarial y la jurisdicción voluntaria», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. XXIX-XXX, 1960, pág. 281; GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., *Ejercicio de la jurisdicción voluntaria...*, cit., págs. 9-178; y en *Jurisdicción voluntaria y fe pública*, cit., págs. 363-388; AUGER LIÑAN, C., *Reforma de la jurisdicción voluntaria*, cit., págs. 7-27; BELLOCH JULBE, J. A., *Notas en torno al Notariado y la jurisdicción voluntaria*, cit., págs. 9-42; DE PRADA GONZÁLEZ, J. M., «En torno a la futura Ley de jurisdicción voluntaria», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 4, 2006; CAMPO GÜERI, M. A., «Notariado y jurisdicción voluntaria», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 6, 2006.

(31) No obstante, el apartado II de su Exposición de Motivos estableció que el ejercicio de la jurisdicción voluntaria por los Jueces y Tribunales no es una actividad administrativa, ya que supone un ejercicio de la «potestad jurisdiccional en sentido amplio». Al pretender establecer la naturaleza a través de un concepto tan extenso se estaba renunciando al esfuerzo por esclarecer con precisión la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria. Para un estudio más en profundidad sobre cómo el texto de 2005 concibió la naturaleza jurídica de esta institución, cfr. LIÉBANA ORTIZ, J. R., «Notas para el estudio de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria», en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, núm. 3, 2005, págs. 177-181, especialmente págs. 176-180. Puede consultarse en: <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero3/liebana.pdf>.

(32) En este sentido se han pronunciado ALMAGRO NOSETE, J., *Derecho Procesal. Proceso Civil* (con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V., y MORENO CATENA, V.), Tomo I, vol. II, Tirant lo Blanch, 6.ª ed., Valencia, 1992, pág. 77; Díez-PICAZO GIMENEZ, L. M., *Régimen Constitucional del Poder Judicial*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 51; LIÉBANA ORTIZ, J. R., *Notas para el estudio...*, cit., pág. 175; JUAN SÁNCHEZ, R., *Derecho Procesal Civil* (con ORTELLS RAMOS, M.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; BONET NAVARRO, J.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A., y MARTÍN PASTOR, J.), cit., págs. 92-93; GÓMEZ COLOMER, J. L., *Derecho Jurisdiccional* (con MONTERO AROCA, J.; MONTÓN REDONDO, A., y BARONA VILAR, S.), vol. II (*Proceso Civil*), Ed. Tirant lo Blanch, 14.ª ed., Valencia, 2005, pág. 859.

siderado oportuno sustraer de la tutela judicial que otorga el proceso contencioso, claramente amparado en el artículo 117.3 CE». Se sigue de esta forma la doctrina del Tribunal Constitucional, que, a pesar de entender necesaria una consideración casuística de la naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria (33), se muestra partidaria de residenciar el fundamento constitucional de los negocios *inter volentes* en el artículo 117.4; habiendo llegado a señalar en varias sentencias que «en estos asuntos el Juez no juzga ni hace ejecutar lo Juzgado» (34); lo que es tanto como decir que este no ejerce la potestad jurisdiccional al conocer de aquellos negocios.

Como consecuencia de esta incardinación constitucional, el redactor del Proyecto de Ley sostenía, en segundo lugar, que esta intervención judicial en garantía de derechos puede ser llevada a cabo por otros funcionarios diferentes de Jueces y Magistrados; esto es, permite «atribuir competencias a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional tales como los Secretarios Judiciales, los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles» (apartado III de la Exposición de Motivos).

Por último, en un tercer estadio, el autor del Proyecto situaba el conocimiento de los expedientes de jurisdicción voluntaria por estos funcionarios públicos en un ámbito muy concreto: el de la protección de determinados intereses privados que importan al Estado (35); esto es, el de la «administración del Derecho privado» (apartado III de la Exposición de Motivos). A través de la jurisdicción voluntaria se confía a un órgano público la tarea de cooperar con el particular en la gestión de tales intereses, controlando su comportamiento para conseguir, unas veces la certeza de las relaciones jurídicas, y otras la tutela de las personas físicas, de las instituciones familiares o, más en general, de las diversas

(33) Así, SSTC 13/1981, de 22 de abril, FJ 3.º (RTC 1981\13); 76/1990, de 26 de abril, FJ 6.º (RTC 1990\76); 298/1993, de 18 de octubre, FJ 6.º (RTC 1993\298); 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2.º (RTC 1996\187); y 114/1997, de 16 de junio, FJ 3.º (RTC 1997\114).

(34) Así se ha dicho respecto a los procedimientos de adopción y acogimiento de menores [SSTC 93/1983, de 8 de noviembre, FJ 3.º (RTC 1983\93) y 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4.º (RTC 2002\124)], respecto de los procedimientos de homologación civil de las resoluciones y decisiones eclesíásticas sobre matrimonio canónico rato y no consumado [SSTC 93/1983, de 8 de noviembre, FJ 3.º (RTC 1983\93) y 328/1993, de 8 de noviembre, FJ 2.º (RTC 1993\328)]. En contra de esta doctrina constante del Tribunal Constitucional se ha pronunciado, sin embargo, la STS de 22 de mayo de 2000 (RJ 2000\6275).

(35) La Ley sigue también en este punto a la doctrina mayoritaria. Cfr., por ejemplo, CALAMANDREI, P., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. I (trad. de la segunda edición italiana por SENTÍS MELENDO, S.), El Foro, Argentina, 1996, pág. 193; GUASP DELGADO, J., *Derecho Procesal Civil*, Tomo II (con ARAGONESES ALONSO, P.), Civitas, 4.ª ed., Madrid, 1998, págs. 733-737; LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, Dott. A. Giuffrè Ed., 5.ª ed., Milano, 1992, págs. 29-30; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., «Reflexiones doctrinales y legales sobre la jurisdicción voluntaria», en *Revista de Derecho Privado*, 1956, págs. 109-110; GIMENO GAMARRA, R., «Ensayo de una teoría general sobre la jurisdicción voluntaria», en *Anuario de Derecho Civil*, 1953, pág. 17; DE LA PLAZA, M., *Derecho procesal civil español*, vol. II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943, págs. 704-705.

instituciones jurídico-privadas de interés para el Estado. Así pues, se trata de «administración pública» porque se halla encomendada a funcionarios públicos; y es «del Derecho Privado» porque su objeto ha de venir referido a cuestiones de Derecho Civil o Mercantil (36).

3.3. CARACTERIZACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL REGISTRADOR

Gracias a la genérica habilitación legal para la redistribución de competencias entre distintos operadores jurídicos, permitida en el artículo 2.1 del frustrado Proyecto de Jurisdicción Voluntaria, su artículo 29.1 precisaba que, «sin perjuicio de la competencia de los Secretarios Judiciales y en los casos en que la Ley lo prevea, los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles serán competentes para administrar expedientes de jurisdicción voluntaria». En el mismo sentido, el artículo 274 LH —en su versión posterior a la reforma de su tenor literal por la Disposición Final segunda, apartado 12.^a, PLJV— establece que «los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles tienen el carácter de funcionarios públicos para todos los efectos legales (...) En su condición de funcionarios públicos ejercerán aquellas funciones en materia de jurisdicción voluntaria que la legislación específica le atribuya».

Una de las críticas que se vertieron sobre el Proyecto de Ley es, precisamente, la introducción en ella de un capítulo relativo a los expedientes administrados por Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, aunque este contuviese solo dos únicos preceptos (arts. 29 y 30) (37). Sin embargo, por nuestra parte, consideramos acertada esta sucinta regulación, ya que entendemos que el reconocimiento genérico de la competencia a estos funcionarios públicos está en sintonía con el encomiable espíritu de legislar, con la clara voluntad codificadora, una materia durante tanto tiempo olvidada.

No obstante, el Proyecto de Ley preveía una intervención de los Registradores de la Propiedad de carácter potestativo y que, en atención a la exégesis de la norma, podía tildarse de alternativa y no de subsidiaria. Así pues, aunque el primer llamado para resolver los expedientes contenidos en el Proyecto de Ley era el Secretario Judicial —excepción hecha de los expedientes en materia

(36) No obstante, no todos los autores se han mostrado de acuerdo con la opción seguida en el Proyecto de Ley. Así, por ejemplo, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (*Observaciones al proyecto... (I)*, cit., pág. 9) ha mostrado su disconformidad con que el párrafo segundo del apartado III de su Exposición de Motivos establezca como fundamento constitucional de la jurisdicción voluntaria el artículo 117.4 CE. Este autor viene justificando la naturaleza contenciosa de la jurisdicción voluntaria en la STS de 22 de mayo de 2000 (*RJ* 2000\6275). Una opinión acerca de su postura y de esta sentencia puede verse en LIÉBANA ORTIZ, J. R., *Notas para el estudio...*, cit., págs. 173-176.

(37) Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Observaciones al proyecto... (I)*, cit., pág. 11.

de persona y de familia, cuya competencia se atribuía en exclusiva al Juez (art. 13.1 PLJV)—, el interesado no se halla obligado a acudir al Registrador para la tramitación de ninguno de los expedientes regulados en el Proyecto. De acuerdo con ello, para que un Registrador de la Propiedad pueda conocer de un expediente de jurisdicción voluntaria tenían que cumplirse imperativamente, con carácter general, dos requisitos: por un lado, que la Ley prevea su intervención en la tramitación y resolución de dicho expediente; y, por otro, que, ante la competencia alternativa del Secretario Judicial, el interesado en la tramitación del expediente presente la solicitud de incoación del procedimiento ante el Registrador.

Obsérvese que, según ha reconocido el propio Consejo General del Poder Judicial (38), con este régimen de competencias compartidas se corre el riesgo de que la posibilidad de elección pueda verse condicionada por la capacidad económica del solicitante. Se crearía así la llamada «justicia de ricos y de pobres», en detrimento del principio de igualdad, ya que la posibilidad efectiva de optar entre acudir a unos o a otros profesionales del Derecho dependería de los recursos económicos disponibles. Pues bien, con el objetivo de evitar, en la medida de lo posible, la colocación de la Administración de Justicia en una situación de desventaja, la disposición adicional quinta PLJV obligaba al Gobierno a aprobar «los aranceles de derechos correspondientes a la intervención de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles como administradores de expedientes de jurisdicción voluntaria». *A fortiori*, para evitar que estas posibles desventajas de los ciudadanos se produjeran durante el periodo transitorio en que el Gobierno da efectivo cumplimiento a la disposición antedicha —es un hecho comprobado, que puede durar hasta quinquenios—, el Proyecto de Ley establecía que las disposiciones que atribúan competencia a los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles como administradores de expedientes de jurisdicción voluntaria solo adquirirían vigencia con la aprobación de los aranceles por el Gobierno (Disposición Final octava).

No obstante lo expuesto hasta ahora, hemos de recordar que, a diferencia de lo que hace con la Jurisdicción voluntaria judicial —expedientes atribuidos a Jueces y Secretarios Judiciales, como hemos visto—, el frustrado Proyecto de Ley se limitaba a señalar para el resto de los casos la competencia y los expedientes de los que conocen otras autoridades y funcionarios, sin entrar a desarrollar los criterios competenciales y los concretos procedimientos. Eso supone también, por lo que ahora interesa, que aunque el texto preveía la intervención de los Registradores de la Propiedad en la tramitación de algunos expedientes de jurisdicción voluntaria, para que puedan intervenir se requieren otros requisitos, que podríamos considerar mínimos o estructurales. Así, en primer lugar,

(38) Cfr. su *Informe al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria*, pág. 26.

era preciso que la determinación de la competencia territorial para la resolución de los expedientes de jurisdicción voluntaria la tuvieran atribuida con arreglo a su legislación específica (art. 29.2 PLJV); esto es, con arreglo a lo previsto en la Ley Hipotecaria y en su Reglamento de desarrollo (RH). En segundo lugar, era necesario también que exista un procedimiento registral concreto previsto en esta legislación específica (art. 30 PLJV). Por último, afectando concretamente a estos profesionales, era preciso, como hemos visto, que el Gobierno aprobase aranceles de derechos correspondientes a la intervención de los Registradores de la Propiedad en su actuación como administradores de expedientes de jurisdicción voluntaria (disposición adicional segunda PLJV) (39).

4. EXPEDIENTES DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA A TRAMITAR POR LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD

Si bien, como se ha afirmado, la nueva redistribución de competencias entre los profesionales del Derecho constituye una de las novedades más importantes del malogrado Proyecto de Ley de 2006, lo cierto es que la actuación de los Registradores de la Propiedad en los expedientes de jurisdicción voluntaria era claramente tangencial y afecta a un aspecto marginal de su actividad en materia de derechos reales. Para ilustrar esta afirmación, baste recordar una anécdota que recordaba don Eugenio Rodríguez Cepeda (Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España) durante su comparecencia en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, con motivo de la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley que examinamos: «La importancia del tema, por tanto, para nosotros es relativamente tangencial e incluso les puede dar como dato concreto, aunque sea anecdótico, que en mis casi veintiséis años de vida profesional solo he inscrito un expediente de liberación de cargas y gravámenes (...) Son rarezas jurídicas que están en las leyes y que hay que tenerlas ahí, pero que en la práctica no se utilizan apenas» (40).

Los expedientes de jurisdicción voluntaria que pueden resolver los Registradores de la Propiedad se recogían en los artículos 221 a 223 PLJV, y, dentro

(39) Este último requisito —que, en la actualidad, ya carece de sentido— hubiera adquirido tremenda importancia en la práctica, puesto que, desde la entrada en vigor de la Ley y hasta que el Gobierno hubiese aprobado los aranceles de derechos correspondientes a esta intervención —sin haberse establecido una fecha para ello en la citada Disposición Adicional—, ningún Registrador de la Propiedad o Mercantil hubiese podido conocer de este tipo de expedientes, siendo los Secretarios Judiciales —así como los Jueces y los Cónsules españoles en el extranjero, en los supuestos en que estuviesen habilitados para intervenir— los únicos administradores competentes para conocer de su tramitación en este lapso más o menos largo de tiempo.

(40) Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, año 2007, núm. 821, Sesión núm. 44, pág. 31.

de ellos, era posible distinguir aquellos cuya regulación se encontraba fuera del Proyecto de Ley y aquellos otros que se hallaban expresamente regulados por él.

4.1. EXPEDIENTES REGULADOS FUERA DEL PROYECTO DE LEY

Comenzando por los primeros, el artículo 223 PLJV recogía cuatro expedientes de jurisdicción voluntaria cuya regulación se encuentra fuera del Proyecto de Ley que nos ocupa, y de los que, sin perjuicio de la competencia del Secretario Judicial —que, recordemos, podría conocer de ellos conforme a las reglas del procedimiento general contenido en el Proyecto (arts. 12 a 28)—, el Registrador de la Propiedad tendría competencia para resolver: 1.º el expediente sobre inscripción de derechos reales, promovido por su titular, sobre fincas cuyo dueño no hubiese inscrito su dominio (previsto en el art. 7 LH y en el art. 312 RH); 2.º el expediente relativo a la cancelación o rectificación, en virtud de acuerdo de los interesados, del folio convenido en el caso de doble inmatriculación de una misma finca o parte de ella en folios registrales diferentes (previsto en el art. 313.2.º RH); 3.º el procedimiento para completar las circunstancias de los títulos o documentos en cuya virtud se solicita la práctica de anotaciones preventivas (previsto en el art. 74 LH); y 4.º el procedimiento para la solución de dudas que se planteen sobre la identidad de fincas (previsto en el art. 306 RH).

Debemos poner de relieve que en ninguno de los expedientes de jurisdicción voluntaria regulados en el Reglamento Hipotecario se establece cuál sea el Registrador de la Propiedad territorialmente competente. En su defecto, los artículos 312, 313 y 306 RH señalan como administrador territorialmente competente para conocer de ellos al Juez de Primera Instancia —la referencia al *Juez municipal* del art. 312.2.º debe entenderse modificada *ex art.* 85.2 LOPJ— del domicilio del dueño del inmueble gravado o del lugar en que radique físicamente la finca, respectivamente. Se incumple así una de las condiciones *sine qua non* para que los Registradores de la Propiedad pudieran administrar expedientes de jurisdicción voluntaria, la referida a que su competencia territorial se encuentre determinada en su legislación específica (art. 29.2 PLJV).

Igualmente, en relación con los procedimientos, debe señalarse que los dos previstos en la actualidad para la tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria regulados en los artículos 312 y 313 RH resultan sumamente vagos. De esta forma, aunque, a partir de la entrada en vigor de la fallida ley, el Secretario Judicial los hubiera tramitado acudiendo a las reglas del procedimiento general contenido en los artículos 12 a 28 PLJV, el Registrador de la Propiedad no hubiera podido resolver estos expedientes hasta arbitrarse un procedimiento genérico en la legislación hipotecaria (art. 30 PLJV). Este mínimo procedimiento debería ser del estilo, por ejemplo, del recogido en el artículo 306 RH (certificaciones que contradicen asientos o que se refieren a fincas cuya descripción

coincide en algunos detalles con la de fincas o derechos ya inscritos), el cual prevé la necesidad de que el Juez de Primera Instancia dé vista de los antecedentes a la persona que pueda tener algún derecho sobre el inmueble según el asiento, para que, con audiencia de este, dicte resolución en forma de auto declarando inscribible o no el documento.

Esta modificación del procedimiento es la que se producía, precisamente, en el caso del expediente para completar las circunstancias de los títulos, a efectos de practicar anotaciones preventivas, del artículo 74 LH. Siendo este uno de los expedientes a resolver por el Registrador de la Propiedad, el precepto se veía convenientemente modificado por la Disposición Final segunda PLJV, dotándolo de la flexibilidad precisa para que, a partir de la entrada en vigor del Proyecto de Ley, pudiera conocer de él este profesional del Derecho. Así, de acuerdo con su nueva redacción, no habiendo avenencia respecto de las circunstancias que precisan los títulos para que se proceda a su válida anotación preventiva, «el que solicite la anotación consignará en el escrito en que la pida dichas circunstancias y, previa audiencia de otro interesado sobre su exactitud, el Secretario Judicial, el Notario o el Registrador de la Propiedad, a elección de los interesados, decidirá lo que proceda».

En conclusión de lo expuesto, salvada esta modificación, en atención a todos los inconvenientes que plantea la ausencia de regulación, en el caso de hubiera llegado a entrar en vigor la fracasada Ley de Jurisdicción Voluntaria, los Registradores de la Propiedad no hubieran podido conocer de los expedientes de jurisdicción voluntaria regulados en la legislación hipotecaria hasta que el Gobierno hubiera llevado a cabo las modificaciones y desarrollos reglamentarios que fuesen precisos —a los que, por otro lado, se obligaba, sin someterlos a plazo alguno, en la disposición adicional tercera PLJV— para dar un adecuado cumplimiento a las disposiciones contenidas en los arts. 29.2 y 30 PLJV.

4.2. EXPEDIENTES REGULADOS EN EL PROYECTO DE LEY

De todos los expedientes regulados en el Proyecto de Ley, solo dos son los que pueden resolver los Registradores de la Propiedad: el expediente de dominio y el expediente de liberación de cargas y gravámenes. Ahora bien, a diferencia de los procedimientos de jurisdicción voluntaria atribuidos por la legislación hipotecaria, tras la entrada en vigor de aquella Ley de Jurisdicción Voluntaria, una vez el Gobierno hubiese aprobado los aranceles de derechos correspondientes (*ex* Disposición Adicional segunda PLJV), la tramitación de estos dos expedientes por los Registradores de la Propiedad se hubiese producido directamente, sin necesidad de ulteriores habilitaciones o desarrollos normativos. Esto es así porque la Disposición Final segunda PLJV, en sus apartados 9.º y 11.º, modificaba los artículos 201 y 210 LH, recogía dos previsiones: en primer

lugar, disponía cuál es el Registrador de la Propiedad territorialmente competente para conocer de los expedientes de dominio y de liberación de cargas y gravámenes: el Registrador de la Propiedad del distrito donde radiquen las fincas o, en caso de afectar a varios distritos, donde estuviera situada la parte principal o finca de mayor valor; y, en segundo lugar, establecía un nuevo procedimiento registral para la tramitación de los expedientes de dominio y liberación de cargas y gravámenes; lo cual, en definitiva, supondría una adaptación directa de la legislación registral a la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria (art. 30 PLJV).

Sin pretender una exposición extensa de los expedientes registrales de dominio y de liberación de cargas y gravámenes, conviene aludir brevemente a la estructura particular que introducía el Proyecto de Ley en dichos procedimientos.

En este sentido, comenzando por el primero, adviértase que la reforma del artículo 201 LH se iniciaba con una exclusión a la posibilidad de que los Registradores de la Propiedad tramiten y resuelvan los expedientes de dominio para la reanudación del tracto, cuando las inscripciones contradictorias tengan menos de treinta años de antigüedad. No obstante, al margen de esta excepción, el expediente tenía muchas similitudes con el procedimiento judicial (arts. 111 a 114 PLJV) y comenzaba con un escrito, acompañado de una serie de documentos exigidos en el artículo 201.3.º LH, que dirige quién pretende ser el dueño de la finca objeto del expediente o el titular registral de la misma al Registrador de la Propiedad. Una vez acreditada la identidad del solicitante y comprobado en su caso que la finca no se encuentra inmatriculada, se debía citar a aquellos que, según Registro, tienen algún derecho real sobre la finca y a la persona de quien trae causa el promotor, si este no aporta título público de adquisición, así como a los colindantes. Prevista en este supuesto la utilización de la publicidad edictal para dar a conocer la incoación del expediente a personas ignoradas a quienes pudiera perjudicar la inscripción solicitada, estos contaban con un plazo de diez días para comparecer ante el Registrador y alegar lo que a su derecho convenga. Al igual que el Registrador de la Propiedad puede acordar la práctica de cuantas diligencias considere oportunas para la comprobación de los hechos a que se contrae el expediente, tanto el promotor de este como los comparecientes contaban con un plazo de seis días para la proposición de las pruebas que estimen pertinentes para justificar sus derechos. Practicadas en diez días las pruebas que se hubieron admitido, el Registrador contaba con cinco días para dictar acuerdo, declarando justificados o no los extremos solicitados en el escrito inicial.

Por su parte, por lo que se refiere al expediente de dominio y de liberación de cargas y gravámenes, recuérdese que, de acuerdo con el artículo 198 LH, este tiene la finalidad de lograr la concordancia del Registro con la realidad jurídica extrarregistral mediante la cancelación de las cargas, gravámenes y derechos reales constituidos sobre cosa ajena, que deban considerarse prescritos debido a su antigüedad. Por ello, el legitimado para presentar la solicitud es aquel que tiene interés en la liberación de algún derecho real, carga o gravamen, a través

de solicitud dirigida al Registrador de la Propiedad, con expresión de las circunstancias señaladas en el artículo 210.2.^a LH, acompañada, si los hubiera, de los documentos justificativos de la prescripción alegada. Comprobado el interés del solicitante, se admite su solicitud a trámite y se cita a aquellos que, según el Registro, sean titulares de los derechos que se pretenden cancelar, los cuales, como interesados en el expediente, cuentan con un plazo de quince días para comparecer ante el Registrador de la Propiedad. Si no se produce oposición de los interesados o estos no han comparecido, considerada suficientemente acreditada la prescripción alegada por el solicitante, el Registrador procede a la cancelación del asiento registral; mientras que si no lo considera suficientemente acreditado, solicita aportación de nueva documentación al promotor, o procede, en su caso, a la denegación.

5. DISPOSICIÓN FINAL TERCERA: PREVISIÓN SOBRE LA FE PÚBLICA NOTARIAL

Si bien debiera quedar aquí nuestro examen sobre el régimen relativo a los Registradores de la Propiedad en el malogrado Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, no queremos acabar este trabajo sin hacer una referencia a lo que se reveló como uno de los temas más importantes para los Registradores, y se convirtió en el centro de los debates parlamentarios en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados. Se trata del contenido de la Disposición Final tercera, relativa a la «Modificación de la Ley de 28 de mayo de 1862, de Organización del Notariado». En concreto, a través de esta disposición se procedía a modificar —en nuestra opinión, de manera extravagante en la norma que estamos analizando (41)—, el artículo 1 de esta Ley del Notariado, de tal forma que en su nuevo párrafo 2.º se señalaba que el Notario «como funcionario público ejerce la fe pública notarial que implica la obligación de dar fe de la identidad de los otorgantes, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de aquellos (...)».

El que en el nuevo artículo 1 de la Ley del Notariado se dijese que el Notario es el funcionario público encargado de dar fe conforme a las leyes de los actos extrajudiciales no plantea problema alguno. El problema se suscita, sin

(41) Igualmente lo consideran varios de los expertos intervinientes en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados. Así, por ejemplo, a decir de MARTÍ MINGARRO, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, la inclusión del nuevo artículo 1 de la Ley del Notariado «es extravagante —en el sentido literal de la palabra— al estar en una ley cuyo marchamo competencial es otro y porque, además, es excesiva en cuanto que se sale de la finalidad de la propia ley (...)». *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, año 2007, núm. 821, Sesión núm. 44, pág. 6.

embargo, si pretende derivarse de la reforma operada la absoluta adecuación a la legalidad como objeto de fe pública notarial. Puesto que este nuevo párrafo reproducía parte de lo contenido en el artículo 17 bis de la Ley del Notariado —introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social («Ley de Acompañamiento») — que dispone que el Notario da fe pública «de que *a su juicio* (...) el otorgamiento se adecua a la legalidad», pero omite la expresión «a su juicio», surge el debate acerca de si, a través de esta reforma, pretendía convertirse en un hecho o presunción de legalidad, no revisable por otro operador jurídico en el ejercicio de sus competencias, lo que constituye una opinión jurídica (42).

En este plano de consideraciones se mueve la intervención en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados del Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, señor RODRÍGUEZ CEPEDA, el cual llegó a señalar: «si se quiere trasladar el artículo 17 bis de la Ley del Notariado al artículo 1 debiera hacerse con ese “a su juicio”, que es clarificador y que evita interpretaciones sesgadas que pueden dar lugar a mermas de las competencias en materia de control de legalidad a otros funcionarios, concretamente en el caso de los Registradores tanto de la Propiedad como Mercantiles lo que nos corresponde en la materia inmobiliaria y en la materia del tráfico mercantil» (43).

6. CONCLUSIÓN

En síntesis de todo lo expuesto, hemos de concluir señalando que el Proyecto de Ley de octubre de 2006 tiene el hito de constituir el primer texto que, de manera directa e independiente de la LEC, ha pretendido el establecimiento de un completo régimen de jurisdicción voluntaria, en sustitución de las normas contenidas en la LEC de 1881. En él se partió de la novedad de «desjudiciali-

(42) Respecto del contenido de este nuevo artículo 1 de la Ley del Notariado, conviene advertir que la fe del Notario se extiende a varios extremos —libertad del consentimiento, adecuación a la legalidad, adecuación a la voluntad debidamente informada— en absoluto perceptibles por los sentidos del fedatario. En este sentido, en referencia al contenido del artículo 17 bis del mismo texto, señala DE LA OLIVA SANTOS, A., «En cuanto a la adecuación a la legalidad, ningún fedatario —en rigor, nadie, sea o no fedatario— percibe por los sentidos una tal cualidad de una declaración o de una manifestación de voluntad. Lo que le cabe al fedatario es dejar constancia de su personal juicio sobre legalidad, juicio llevado a cabo por el fedatario, pero no en cuanto tal, sino en cuanto conocedor del Derecho». DE LA OLIVA SANTOS, A., «Eficacia de los documentos públicos notariales. Interpretación integradora de los artículos 1218 del Código Civil, 319.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 17 bis de la Ley del Notariado y 98 de la Ley 24/2001», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 679, septiembre-octubre de 2003, pág. 6.

(43) Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, año 2007, núm. 821, Sesión núm. 44, pág. 33.

zar» y redistribuir la competencia para tramitar y resolver los procedimientos de jurisdicción voluntaria entre varios funcionarios públicos, habiéndose recogido de forma expresa a los Registradores de la Propiedad como administradores de varios de los expedientes. Se ensayó, de esta forma, una adaptación de la legislación registral a la nueva regulación de la jurisdicción voluntaria, a través de la reforma de algunos preceptos de la Ley Hipotecaria y de la habilitación al Gobierno para proceder a realizar las modificaciones y desarrollos necesarios para acomodar los expedientes de jurisdicción voluntaria que recoge el Reglamento Hipotecario.

Fracasada una reforma que ha necesitado cinco años para su gestación y tramitación, el hecho de que la LEC comprometa al Gobierno a la remisión a las Cortes de un texto en esta materia y el que en el momento presente quede todavía todo el trabajo por realizar, obligan a considerar la virtualidad que los contenidos del Proyecto de Ley de 2006 han de tener en esta labor en un futuro relativamente cercano. De acuerdo con ello, trayendo aquí las palabras iniciales de aquel jurista alemán con cuya cita comenzábamos este trabajo, este breve recorrido realizado por la reforma propuesta, adentrándonos en el terreno de «lo contingente» ha de servir, cuando menos, para que quede constancia de valiosos materiales a utilizar por el arquitecto y el carpintero a quienes vaya a corresponder el diseño y construcción del edificio de la jurisdicción voluntaria; diseño y construcción que, a mayor abundamiento, hemos de confiar en que sean más sólidos que los de aquel edificio que, sin llegar a su terminación, acabó derrumbándose.

RESUMEN

JURISDICCIÓN VOLUNTARIA REFORMA LEGISLATIVA REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD

Este trabajo aborda un análisis del frustrado Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2007 desde el punto de vista del Registro la de Propiedad. El trabajo se divide en dos partes diferenciadas. Partiendo de la legislación vigente, en la primera parte se realiza un acercamiento al iter legislativo y parlamentario del nonato Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. Centrada específicamente en lo que al sistema registral se refiere, en la segunda parte se analiza la atribución

ABSTRACT

VOLUNTARY JURISDICTION LEGISLATIVE REFORM LAND REGISTERS

This essay carries out an analysis of the unsuccessful 2007 Voluntary Jurisdiction Bill from the Land Registry Office point of view. The essay is divided into two different parts. Starting from the currently applicable laws, in the first part an approach to the legislative and parliamentary processing of the unborn Voluntary Jurisdiction Bill is taken. Focused specifically on the registry system, the second part examines the attribution of competences on processing and resolution of various

a los Registradores de la Propiedad de la labor de tramitación y resolución de varios expedientes de jurisdicción voluntaria para concluir con una mínima referencia a una polémica previsión del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria referida al objeto de la fe pública notarial. Aunque pudiera parecer un estudio extemporáneo, sin embargo, se trata de un análisis crítico de por donde debería discurrir la reforma de la «jurisdicción voluntaria registral» sobre la base de la proposición legislativa más moderna.

voluntary jurisdiction proceedings to the Land Registers, to end up with a short reference to the controversial rule contained in the Voluntary Jurisdiction Bill dealing with the object of the notary public faith. Even though it could seem this is an untimely essay, however, it is a critical analysis about how the registry voluntary jurisdiction should be done on the grounds of the latest legislative proposal.

(Trabajo recibido el 18-5-2010 y aceptado para su publicación el 27-5-2011)

DICTÁMENES Y NOTAS

Vicisitudes económicas y jurídicas de la dación en pago de activos inmobiliarios como modo de extinción de las deudas pendientes con las entidades financieras

por

MARÍA ROSARIO MARTÍN BRICEÑO
Profesora Titular (i) de la Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO

- I. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER ECONÓMICO EN TORNO A LA DACIÓN EN PAGO.
- II. DIFERENCIAS ENTRE PAGO *PRO SOLUTO* Y PAGO *PRO SOLVENDO*.
- III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DACIÓN EN PAGO.
- IV. EL CARÁCTER REAL DE LA DACIÓN EN PAGO.
- V. LA PRESENCIA DE UNA DEUDA Y EL *ANIMUS SOLVENDI*.
- VI. LA CONCURRENCIA DE LAS VOLUNTADES DEL ACREEDOR Y DEL DEUDOR.
- VII. LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DEL ACTIVO INMOBILIARIO A LA ENTIDAD FINANCIERA:
 1. DIVERSOS ASPECTOS DERIVADOS DE LA TRASLACIÓN DEL DOMINIO.
 2. LA PÉRDIDA DE LA COSA ENTREGADA POR EVICCIÓN Y LA RESPONSABILIDAD POR VICIOS OCULTOS.
- VIII. CUESTIONES RELATIVAS AL VALOR DEL OBJETO ENTREGADO EN CONCEPTO DE DACIÓN EN PAGO:
 1. LA INFRavalORACIÓN O SOBRevalORACIÓN DEL BIEN ENTREGADO.
 2. LA RESCISIÓN POR LESIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO HECHA EN FRAUDE DE ACREEDORES.

IX. LAS GARANTÍAS DE LA OBLIGACIÓN INICIAL.

X. LA SIMULACIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO.

XI. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES DE CARÁCTER ECONÓMICO EN TORNO A LA DACIÓN EN PAGO

De todos es sabido, y es una realidad cada vez más presente en los Registros de la Propiedad, que la dación en pago se ha convertido en nuestros días, en los que España se muestra afectada por una grave crisis económica, en una forma habitual de extinción de las deudas pendientes de pago. Las dificultades para amortizar los préstamos hipotecarios, concedidos por las Entidades Financieras para la construcción de viviendas, han empujado a los promotores inmobiliarios (y también a quienes han dedicado idéntico préstamo a la adquisición de un inmueble) a reclamar este proceso ante la falta de recursos monetarios para pagarlas. Con fines solutorios, entregan la promoción (pendiente de venta) o el suelo donde se pretendía construir, al correspondiente Banco o Caja de Ahorros acreedor/a. Todo ello pese a la presencia de otras medidas (por ejemplo, cadencias o ampliación de plazos) destinadas a soslayar los numerosos procedimientos de impago a punto de producirse (1). Y es que al sector inmobiliario le resulta más rentable adjudicar activos inmobiliarios a las Entidades acreedoras, que venderlos con un descuento sobre el precio inicial, ya que, si la cantidad obtenida por la venta no es suficiente para extinguir la totalidad del crédito, el promotor no podrá liberarse de su responsabilidad por la parte que no haya sido reembolsada al Banco o a la Caja correspondiente.

Los créditos destinados a la construcción de viviendas han ocupado en los últimos años un porcentaje muy alto de los créditos concedidos (aproximadamente un tercio) por las Entidades Financieras. Por este motivo la dación en pago se esté configurando como uno de los posibles instrumentos destinado a extinguir las deudas del sector inmobiliario. Ello a su vez está provocando

(1) Cfr. Decreto-Ley de 2/2008, de 21 de abril, sobre Medidas de Impulso a la Actividad Económica, cuya Disposición Adicional 2.^a se refiere a la «*No sujeción al gravamen establecido en el artículo 31.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de las escrituras públicas de novación de préstamos con garantía hipotecaria que se refieran a la ampliación del plazo del préstamo*». Se trata de una medida que pretende fomentar la ampliación del plazo de amortización de los créditos hipotecarios sin coste alguno, ni por parte de las Entidades Financieras, ni por parte de los Registradores y Notarios en materia de aranceles, en un plazo de dos años. Aunque en un principio el Ministerio de Economía y Hacienda pensó dedicar esta medida solo a aquellas familias con necesidades especiales, finalmente se amplió el ámbito subjetivo a fin de que pudieran acogerse a ella cualquier persona física.

que las Entidades Financieras acumulen un número excesivo de activos inmobiliarios en sus balances. Esta situación nos muestra la siguiente paradoja: mientras, por una parte, algunos Bancos y Cajas se desprenden de la propiedad de bienes inmuebles (usados como sucursales) para hacer frente al descenso de su beneficio en sus cuentas de resultados (2), por otra, acumulan activos inmobiliarios mediante los procesos de dación en pago con los que pretenden extinguir créditos impagados. Semejante situación ha obligado a las Entidades Financieras a crear sociedades específicas que (perteneciendo eso sí a su grupo) se dedican a la gestión y venta de estos activos inmobiliarios recibidos en pago de deudas pendientes. Y digo venta y gestión, porque la situación actual refleja un descenso en el valor de los bienes inmobiliarios, lo que permite plantear la siguiente reflexión a las Entidades Financieras: si no es más oportuno proceder al alquiler de tales activos antes que a la venta de unos bienes depreciados.

Ahora bien, para dar una respuesta oportuna a esta cuestión, no hay que olvidar la postura adoptada por el Banco de España en relación con la acumulación de activos inmobiliarios por las Entidades Financieras en un proceso de depreciación. A fin de compensar la citada depreciación, el Banco de España obliga a los Bancos y Cajas, que están llevando a cabo este tipo de operaciones (daciones en pago), a realizar las correspondientes provisiones dinerarias de riesgo. El motivo no es otro que procurar que el valor del activo inmobiliario presentado por la Entidad Financiera en sus cuentas, y el real de mercado, no afecte al balance de la Entidad acreedora, puesto que el valor real de los activos inmobiliarios es menor que aquel que tenían cuando se concedió el crédito al promotor inmobiliario para construir viviendas.

Hasta noviembre de 2009, el Banco de España exigía a los Bancos y Cajas una provisión del 10 por 100 del valor de tasación de los activos inmobiliarios que permanecieran en su balance más de un año. A partir de esa fecha se incrementa la provisión hasta el 20 por 100. Desde el 30 de septiembre de 2010, fecha de entrada en vigor de la Circular 3/2010, de 29 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito, de modificación de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, se revisan nuevamente los porcentajes. Se eleva hasta el 30 por 100 para los activos que permanecen en el balance de la Entidad más de veinticuatro meses, y se mantiene el 20 por 100 para aquellos que sobrepasen los doce meses (3). Estos incrementos, en cuanto a las cantidades

(2) Las Entidades Financieras están realizando operaciones de *lease back* para sus redes de oficina. Se trata de un contrato de *leasing* con el que el propietario vende un bien de carácter inmobiliario a una sociedad de *leasing*, encargada a su vez de cedérselo al vendedor en concepto de arrendamiento con opción de compra, ejercitable tras el transcurso de un tiempo determinado.

(3) La Circular 3/2010, de 29 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito, de modificación de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, sobre normas de información

que tienen que provisionar las Entidades de Crédito (con activos inmobiliarios en sus balances), son un reflejo de la depreciación de valor de tales bienes en el mercado. Por ello, estas medidas persiguen proteger a tales Entidades de las posibles pérdidas derivadas de la venta de unos valores inmobiliarios depreciados (cuando el precio de venta sea inferior al de la tasación del inmueble), así como empujar a los Bancos y las Cajas de Ahorro a desprenderse de estos activos cuanto antes, sobre todo de aquellos bienes que permanecen en sus balances más allá de los doce meses, para evitar así un aumento paulatino de la provisión a realizar.

No obstante todo lo dicho hasta ahora, es cierto que la dación en pago surge también como instrumento para rebajar la ratio de morosidad que tienen las Entidades Financieras, lo que repercute positivamente en sus cuentas de resultados. No hay que olvidar que el Banco de España les obliga a provisionar (destinar unos recursos a cubrir el riesgo de insolvencia), con unos márgenes que aumentan progresivamente, conforme se prolonga el estado de morosidad de sus deudores (4). Tales exigencias a las Entidades acreedoras, en materia de provisiones de fondos con respecto a créditos hipotecarios morosos, se imponen

financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, introduce cambios con la nueva Sección IV. Bajo el título «Activos inmobiliarios adjudicados o recibidos en pago de deudas», establece lo siguiente en su apartado 32: *«El valor por el que deben ser reconocidos los activos recibidos en pago de deudas ...será el menor importe entre el valor contable de los activos financieros aplicados, esto es, su coste amortizado, teniendo en cuenta el deterioro estimado..., y en todo caso un mínimo del 10 por 100, y el valor de tasación de mercado del activo recibido en su estado actual ... El importe neto de ambos conceptos será considerado como el coste inicial del activo recibido»*. Añade el apartado 35 que: *«La antigüedad en balance de los activos recibidos en pago de deudas es un inequívoco indicio de deterioro. En ningún caso la entidad retrasará el reconocimiento de este deterioro, que, a menos que las ofertas recibidas indiquen una cantidad superior, no será menor que el resultante de elevar el porcentaje del 10 por 100 al que se refiere el apartado 32 anterior hasta los siguientes porcentajes: si el plazo desde la adquisición supera el año se exige un 20 por 100 de cobertura; si el inmueble permanece más de dos años, la cobertura se amplía a un 30 por 100. No obstante, se añade que: «Para los activos que permanezcan en balance más de 24 meses, las entidades dispondrán de procedimientos que aseguren la adecuación de los valores de tasación del mercado utilizados a las condiciones reales de mercado en la zona de ubicación de aquellos»*.

(4) Frente a las provisiones genéricas (de carácter contra-cíclico) que el Banco de España exige a los Bancos y Cajas por el mero hecho de conceder créditos (sea cual sea su naturaleza), tenemos las provisiones por morosidad (de carácter pro-cíclico). Las primeras han evitado un deterioro en las cuentas de resultados de las Entidades Financieras cuando ha comenzado a elevarse la *ratio* de morosidad. Razón: tales Entidades habían hecho ya provisiones por la mera concesión de créditos que posteriormente se convierten en morosos, lo que ha evitado tener que destinar nuevos recursos a fin de provisionar unos créditos que ya estaban dotados en sus correspondientes balances. Ahora bien, esta es una situación que protege a tales Entidades en un primer momento (cuando comienzan a producirse impagos). Pero, hoy en día, la posición de tales Entidades va cambiando paulatinamente, porque no se vislumbra un proceso de recuperación que haga disminuir su ratio de morosidad a corto plazo. Todo ello se podría traducir en una posible repercusión negativa en sus cuentas de resultados,

en función de la finalidad a la que se destina el crédito concedido (5). Hasta el 30 de septiembre de 2010, los créditos dedicados a la adquisición de viviendas conllevaban las siguientes operaciones: si el importe de la deuda pendiente era inferior al 80 por 100 del valor de tasación del inmueble que se pretendía adquirir, las provisiones serían del 30 por 100 de dicho valor de tasación, y su dotación se realizaría paulatinamente a lo largo de seis años. Sin embargo, si el importe del crédito concedido para la adquisición de una vivienda superaba el 80 por 100 de su valor de tasación, aunque se mantuviera la exigencia de una provisión del 30 por 100 de valor de tasación del inmueble, la dotación se debía llevar a cabo en los dos años siguientes a su concesión (6). Por otra parte, si lo que tenía pendiente la Entidad de Crédito correspondiente, eran créditos destinados a la adquisición de suelo urbanizable o a construir viviendas por parte de un promotor inmobiliario, la provisión exigida era del 100 por 100 del crédito concedido, cuya dotación debía ser realizada a lo largo de dos años (7). Quedaban fuera de la exigencia de tales provisiones aquellos créditos que hubieran sido objeto de una renegociación, siempre y cuando se aportaran garantías suficientes.

A partir de la entrada en vigor de la Circular 3/2010, de 29 de junio, del Banco de España, se produce un cambio en el apartado 17 de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, sobre la provisión de fondos con respecto a créditos hipotecarios morosos. Las razones las manifiesta la propia Circular. Afirma que un reconocimiento indirecto de las garantías sobre activos inmobiliarios, mediante calendarios distintos, «resultaba parcial», y generaba «situaciones incongruentes que suponían tanto la falta de cobertura» de futuros quebrantos patrimoniales en periodos largos de tiempo «como la obligación de provisionar créditos al 100 por 100 a pesar de la existencia de garantías que minoraban la pérdida». Por otra parte, la presencia de distintos calendarios (uno largo y otro corto) daba lugar a que potenciales quebrantos en diferentes préstamos se provisionaran «en diferente proporción y con diversidad de plazos en función de su naturaleza». Asimismo, se utilizaban unos plazos muy amplios, que oscilaban entre los dos y los seis años, para realizar la dotación correspondiente, cuando el quebranto se podía producir en plazos más breves.

Para soslayar la problemática que la anterior regulación sobre provisión de fondos con referencia a los créditos morosos conllevaba, se han unificado los

si tienen que destinar nuevos recursos a dotar los créditos morosos porque se han agotado ya las provisiones genéricas.

(5) Vid. Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

(6) Esta última regla se aplicaba también a aquellos créditos concedidos para la adquisición de suelo rústico. Se exigía que en el primer año se dotara el 25 por 100, y en el segundo el 75 por 100 del valor de tasación del inmueble.

(7) En cuanto a la manera de llevar a cabo la dotación, *ibídem*.

diferentes calendarios. Se pretende que la dotación del 100 por 100 de todo préstamo sea realizada transcurridos doce meses del impago. Ahora bien, tal y como afirma el párrafo *b)* del apartado 17 de la Circular 3/2010, en el caso de los préstamos hipotecarios se establece una reducción de la provisión en función del «valor del derecho real ofrecido en garantía». Se exige a la Entidad Financiera hacer una dotación por la diferencia existente entre la cuantía del crédito y el valor de tasación del activo inmobiliario. Sobre este resultado se deberá aplicar la correspondiente provisión (8).

Junto a la dación en pago, las Entidades Financieras disponen de otras alternativas para sortear la morosidad de sus clientes: la cesión de sus créditos. Ahora bien, hoy en día resulta complicado encontrar en el mercado un posible cesionario de tales créditos, ya sea a título individual o en paquetes, aunque a esta cesión se incorpore una quita del valor de los créditos, debido a los problemas de liquidez existentes que impiden financiar operaciones de esta envergadura.

Siendo esta la situación, la dación en pago aporta ciertas ventajas; sobre todo cuando el bien hipotecado tiene mayor valor que la deuda pendiente de amortización, o cuando no existen otras garantías que permitan cobrar el crédito moroso a las Entidades Financieras. Asimismo, no hay que dejar de valorar el hecho de que la dación en pago de deudas hipotecarias contraídas con las Entidades de crédito, evita recurrir a la vía ejecutiva para obtener la satisfacción del crédito, un medio que, desde el punto de vista económico, puede resultar perjudicial para la propia Entidad acreedora. El motivo de esta afirmación lo hallamos en que el empeoramiento de la situación económica provoca que la subasta recaiga sobre un activo inmobiliario depreciado. Esto dificulta el cobro de la deuda pendiente en su totalidad a costa del bien hipotecado, situación que obliga a recurrir a otros bienes del deudor de los que, en principio, puede carecer. Ante este inconveniente, si la subasta queda desierta por falta de postores, la Entidad acreedora puede estar interesada en que un auto judicial le adjudique el bien inmueble subastado; todo ello a la luz de lo previsto en el artículo 671 LEC que establece lo siguiente: «*Si en*

(8) Se minora el valor de tasación del inmueble en función de cuál sea su naturaleza. Si se trata de un préstamo hipotecario dedicado a la adquisición de una vivienda habitual terminada del prestatario, se pondera una reducción del 20 por 100 de su valor; si es una finca rústica en explotación, y oficinas, locales y naves polivalentes terminados, se reduce su valor en un 30 por 100; si es una vivienda terminada, no considerada residencia habitual del prestatario, la reducción aplicada es de un 40 por 100; y de un 50 por 100 si estamos ante parcelas, solares y restos de activos inmobiliarios. Por ejemplo, si la deuda pendiente es de 90 y el valor de tasación del inmueble es de 100, habrá que reducir este último en un 50 por 100 si es una parcela. Por tanto, solo se tendrá en cuenta como valor de tasación 50. La diferencia entre la deuda pendiente y el valor de tasación del inmueble ($90 - 50 = 40$) es la cantidad sobre la que se aplicarán los porcentajes de las dotaciones que debe realizar la Entidad Financiera acreedora.

el acto de la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por el 50 por 100 de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos». No obstante, el deudor no se libera de la totalidad de la deuda, tal y como cabe deducir de lo previsto en los artículos 570 y 654 LEC. Razón: una cosa es que el bien hipotecado responda hasta el límite de la cobertura hipotecaria, y otra muy distinta que el exceso se extinga con la ejecución. Si la ejecución de la garantía no extingue el crédito del acreedor en su totalidad, sino solo parcialmente, se justificaría que el acreedor prosiguiera con la ejecución mediante el embargo ahora de otros bienes del deudor por la cantidad que le falte de amortizar, conforme a lo previsto en el artículo 579 LEC.

Por otra parte, cabría pensar que la dación en pago evita también los procedimientos de concurso de acreedores con el consecuente descenso de los procesos judiciales (9). Sin embargo, hay que matizar esta afirmación. La dación en pago no siempre soslaya el concurso de acreedores, sino que a veces procura la extinción tan solo de uno de los derechos de crédito pendientes de cobro mediante la dación en pago. Por consiguiente, hay que valorar la dación en pago realizada en los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso de acreedores con una cierta cautela, de acuerdo con lo previsto en el artículo 71 de la Ley Concursal (10), de 9 de julio de 2003, en materia de acciones de reintegración. Se trata de una situación similar a la que se plantea con los acuerdos de refinanciación anteriores a aquella declaración de concurso. Aunque a tales acuerdos, el Real Decreto-Ley de 27 de marzo de 2009 les aplica un régimen de blindaje, que la Disposición Adicional

(9) A la dación en pago se refiere también el párrafo tercero del artículo 100, de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003. Pero en este caso para prohibir que la propuesta del convenio de liquidación, una vez concursada una empresa, consista en «*la cesión de bienes y derechos a los acreedores en pago o para pago de sus créditos*». Es una medida que afecta tanto a la *datio in solutum*, como a la *datio pro solvendo*. Todo ello en relación con lo previsto en los artículos 43, 44 y 188 de la citada Ley Concursal, pues el citado artículo 43.2. permite que el juez autorice la enajenación o el gravamen de bienes y derechos singulares de la masa activa. Según PULGAR EZQUERRA (en «Crisis inmobiliaria, daciones en pago y concurso de acreedores», en *Implicaciones financieras de la Ley Concursal: adaptado al Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo*, directores: Alonso Ureba, A. y Pulgar Ezquerra, J., La Ley, Madrid, 2009, pág. 653), la necesidad de liquidez de la empresa (de la entrada de *fresh money*) sería razón suficiente para que el Juez autorizase la enajenación de bienes singulares en un proceso concursal. Sin embargo, con la dación en pago no se producirían tales efectos, y podría suponer la ruptura del principio *pars conditio creditorum*. Todo ello incita a realizar daciones en pago preconcursales. Ahora bien, la autora (*ibidem*, pág. 660) sostiene que la prohibición de las daciones, como contenido de un convenio concursal, se puede defraudar convirtiendo el crédito en acciones, participaciones, cuotas sociales o créditos participativos. Hablaríamos de una dación en pago encubierta por cuanto el acreedor del crédito, aunque no recibe un bien concreto en concepto de pago de su deuda, se le incluye como socio de la sociedad concursada.

(10) En adelante, LC

Cuarta de la Ley Concursal define en los siguientes términos: «...*tendrán la consideración de acuerdos de refinanciación los alcanzados por el deudor en virtud de los cuales se proceda al menos a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante la prórroga de su plazo de vencimiento, bien mediante el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas. Tales acuerdos habrán de responder, en todo caso, a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad del deudor en el corto y el medio plazo*». Sin embargo en cuanto a estos se establece que: «*En caso de concurso, los acuerdos de refinanciación a que se refiere el apartado anterior, y los negocios, actos y pagos realizados y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de esa Ley siempre que cumplan los siguientes requisitos:*

- a) *Que el acuerdo sea suscrito por acreedores cuyos créditos representen al menos tres quintos del pasivo del deudor en la fecha de adopción del acuerdo de refinanciación.*
- b) *Que el acuerdo sea informado por un experto independiente ... El informe del experto contendrá un juicio técnico sobre la suficiencia de la información proporcionada por el deudor; sobre el carácter razonable y realizable del plan..., y sobre la proporcionalidad de las garantías conforme a las condiciones normales de mercado en el momento de la firma del acuerdo.*
- c) *Que el acuerdo se formalice en instrumento público, al que se unirán todos los documentos que justifiquen su contenido y el cumplimiento de los requisitos anteriores».*

En definitiva, se pide que el acuerdo afecte a los acreedores que representen al menos 3/5 del pasivo, que exista un plan de viabilidad informado por un experto independiente que garantice el desarrollo de la actividad por parte del deudor y que se instrumente en escritura pública, para no estar sujeto a un proceso de rescisión.

Para finalizar esta breve exposición sobre las repercusiones económicas que la dación en pago tiene para el acreedor que recurre a ella, cabría añadir lo siguiente: la praxis bancaria permite al promotor inmobiliario, ante la imposibilidad de continuar con el pago de las deudas pendientes, recurrir a la dación en pago del activo hipotecado (*aliud pro alio*), a fin de extinguir sus deudas. No obstante, este activo puede ser de naturaleza diversa. La dación en pago puede tener como objeto pisos ya construidos o en proceso de construcción, pero también el propio suelo. Cuando la Entidad acreedora recibe suelo urbanizable en concepto de *datio pro soluto*, a fin de extinguir una relación obligatoria, se le aplica lo previsto en la Disposición Transitoria 3.^a, párrafo 2.º, del Texto

Refundido de la Ley del Suelo, de 20 de junio de 2008. Es un precepto que obliga a todo propietario de suelo urbanizable a vender o a edificar sobre dicho suelo en un plazo fijado por la Ley; plazo que ha sido prorrogado recientemente por el Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de Medidas para el Impulso de la Recuperación Económica y el Empleo, con el objetivo de que las Entidades Financieras dispongan de más tiempo para vender o para construir sobre el citado suelo, a la luz de cómo se encuentra hoy en día el mercado inmobiliario. Pasado el plazo fijado por el texto normativo, se procede a desclasificar el suelo urbanizable, y a convertirlo en suelo rústico, con el consiguiente desplome de su valor, y perjuicio económico para su propietario. La incorporación de esa Disposición Transitoria en la Ley del Suelo perseguía frenar la subida del precio de la vivienda. ¿De qué modo? Se pretendía evitar que el propietario retuviera el suelo a la espera de que los precios subieran, y con ese fin se adoptó esa medida. Ahora bien, puesto que la medida afecta a cualquier propietario de suelo urbanizable, cabe plantearse también la siguiente cuestión: ¿cómo va a repercutir que los Bancos y Cajas tengan suelo urbanizable en garantía de unos créditos pendientes de pago, que aún no son morosos? La razón de esta pregunta es la siguiente: las Entidades acreedoras se encuentran con la caída de valor de una garantía que antes estaba constituida por suelo urbanizable, y que pasado el plazo establecido por la norma, se convierte en suelo rústico. El valor del crédito superaría el valor ofrecido en garantía, lo que colocaría a las Entidades Financieras ante mayores riesgos.

II. DIFERENCIAS ENTRE PAGO *PRO SOLUTO* Y PAGO *PRO SOLVENDO*

Pese a que la dación en pago y la cesión de bienes son dos instituciones destinadas a satisfacer el interés del acreedor, existen claras diferencias que las distancian meridianamente. La ley 495 del Derecho navarro aporta la más sustancial al definir cada una de estas figuras: «*Cuando el acreedor acepte la dación en pago de un objeto distinto del debido, la obligación se considerará extinguida tan solo desde el momento en que el acreedor adquiera la propiedad de la cosa subrogada, pero las garantías de la obligación, salvo que sean expresamente mantenidas, quedarán extinguidas desde el momento de la aceptación*». Añade un segundo párrafo que se refiere a la dación para pago: «*La dación para pago solo libera al deudor por el importe líquido de los bienes cedidos*».

La jurisprudencia abunda en la idea manifestada por el Derecho navarro. La STS de 13 de febrero de 1989 (FJ 2.º) señala que: «la *datio pro soluto*, significación de adjudicación del pago de las deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto en virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al

acreedor, a fin de que este aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa (...), en tanto que (...) la *datio pro solvendo*, reveladora de adjudicación para el pago de las deudas, que tiene específica regulación en el artículo 1175 del Código Civil, se configura como un negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de aquellos al pago de las deudas contraídas por el cedente (...)» (11). Por consiguiente, mientras la cesión de bienes atribuye la posesión de los bienes, con un poder de carácter personal, que autoriza al acreedor para efectuar la venta correspondiente, a fin de aplicar su importe al pago de los créditos pendientes, la dación en pago produce una traslación del dominio. La *datio* en pago es el título traslativo del dominio en favor de los titulares del derecho de crédito. Si bien es cierto que, aunque históricamente, la dación implica entregar una cosa distinta de la debida a fin de cumplir con una obligación (*aliud pro alio*), esto no significa que la prestación a realizar por el deudor tenga que ser siempre de dar. No existe óbice alguno para que la prestación sea de hacer o de no hacer, porque lo relevante de la dación no es la naturaleza de la prestación, sino el hecho de sustituir la prestación originaria de una relación obligatoria por otra distinta. Por este motivo se considera a la dación en pago como una *datio pro soluto* o *in solutum*, y no *pro solvendo*.

Que la dación en pago implique una traslación del dominio de un bien del deudor al acreedor no conlleva una obligación de rendición de cuentas, algo más propio del pago por cesión de bienes. Tal y como manifiesta la STS de 18 de noviembre de 1997 (FJ 3.º), «no basta el mero desplazamiento patrimonial para que nazca la obligación de rendir cuentas». Esta obligación se circunscribe más bien a los supuestos de gestión de negocios ajenos, algo que no se da en la *datio in solutum*.

Por otra parte, queda claro, tal y como se deduce del artículo 1175 del Código Civil, que la cesión de bienes no puede ser considerada como un medio de pago o como una de las causas de extinción de las obligaciones. Razón: por sí sola no produce este efecto. Los bienes cedidos actúan como una sustitución del cumplimiento, siempre y cuando su liquidación dé lugar a una cantidad suficiente para extinguir la deuda. Pero, aun siendo así, no es la propia cesión la que libera al deudor, sino la entrega del importe líquido de los bienes cedidos

(11) En el mismo sentido, las SSTs de 9 de diciembre de 1943, de 13 de marzo de 1953, de 1 de marzo de 1969, de 3 de enero de 1977, de 7 de diciembre de 1983; 14 de septiembre de 1987, de 4 y 15 de diciembre de 1989, de 29 de abril de 1991, de 19 de octubre de 1992, de 28 de junio de 1997, y de 1 de octubre de 2009.

en concepto de pago de la deuda. En este sentido, la cesión supone un encargo, mandato o comisión para que el/los acreedor/es liquide/n el activo que con ese fin se cede, a fin de repartir lo percibido y restituir el sobrante (si este existiera) al deudor. En consecuencia, tal y como ha manifestado la STS de 13 de febrero de 1989 (FJ 2.º), la *cessio pro solvendo* no extingue el crédito en su totalidad: «salvo pacto en contrario, el deudor sigue siéndolo respecto del adjudicatario en la parte del crédito a que no hubiese alcanzado el importe líquido del bien o bienes cedidos en adjudicación toda vez que esta solo libera de responsabilidad a tal deudor por el importe líquido de los bienes cedidos como expresamente previene el meritado artículo 1175 del Código Civil (...)».

En consonancia con lo expuesto hasta ahora, cabría señalar que la adjudicación en pago de una deuda derivada de un proceso de ejecución hipotecaria (de acuerdo a lo previsto en el art. 671 LEC), por quedar desierta la subasta ante la falta de postores, parece que se identifica más bien con la *datio pro solvendo*, que no con la *datio pro soluto*; aunque el acreedor adquiere mediante la citada adjudicación el pleno dominio de los bienes entregados, y no su mera posesión en orden a su ejecución. El motivo lo encontramos en que la mencionada adjudicación de un bien en pago de una deuda, a quien ejercita la acción hipotecaria, extingue la relación obligatoria cuando el bien adquirido coincide exactamente con el importe de la obligación que se trata de cumplir judicialmente. No sucede lo mismo cuando el valor del bien adjudicado no cubre totalmente la deuda. Siendo esto así, cabría hablar de una extinción parcial de la deuda, razón por la cual el acreedor ejecutante puede continuar persiguiendo bienes del deudor, hasta proceder a la completa extinción de la deuda. No obstante, si, por el contrario, el bien adjudicado tiene un valor superior a la deuda que se trata de satisfacer, deberá consignarse la diferencia de lo ejecutado.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DACIÓN EN PAGO

Pese al interés económico y jurídico que reviste la dación en pago, nuestro Código Civil no aporta ninguna regulación al respecto. Ni siquiera aparece en el artículo 1156 del Código Civil como causa posible de extinción de las obligaciones, tal y como sí lo hace el Derecho navarro, que sitúa la ley 495 (dedicada a regular la dación en pago) en el Capítulo II referido al cumplimiento y a las causas de extinción de las obligaciones.

Sin embargo, la dación en pago es una figura que ya estaba presente en el Derecho Romano (12), y que se reconoce y regula en otros ordenamientos de nuestro entorno. Ejemplo de ello nos lo dan los artículos 1197 y 1198 del

(12) D. 44, 4, 4.: *In solutum accipere, in solutum, pro soluto dare.*

Codice civile italiano (13), o, en el Derecho alemán, el §364 del BGB (14), de los que se extrae la misma conclusión: el deudor puede liberarse realizando una prestación diversa de la debida cuando el acreedor presta su consentimiento para ello. Se trata de una figura jurídica que el *Codice civile* sitúa dentro del capítulo dedicado al pago en general, bajo el nombre *prestazione in luogo dell'adempimento* (como si se tratara de una modalidad de pago), mientras que el BGB lo hace en la sección encargada de determinar cuáles son las causas de extinción de las relaciones obligatorias.

Que nuestro Código Civil no reconozca expresamente la dación en pago (con su correspondiente régimen jurídico), no implica que se haya olvidado de ella, o que no la admita, pues sí la menciona en diversos preceptos (por ejemplo, arts. 1521, 1636 y 1849 CC). Ello conduce a la siguiente reflexión: la falta de regulación de la dación en pago no es óbice para que, al amparo del principio general de autonomía privado previsto en el artículo 1255 del Código Civil, se admita esta figura con fines solutorios. En este sentido cabría sostener la naturaleza dispositiva del artículo 1166 del Código Civil: *«El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida»* (15). Es un precepto que aplica el principio *aliud pro alio invito creditore solve non potest*, salvo que el acreedor acepte lo que el deudor le ofrece en pago de la deuda pendiente. Por consiguiente, nada obsta para que el *accipiens* pueda ver satisfecho su interés con una prestación

(13) Según el artículo 1197 del *Codice civile*: *«Il debitore non può liberarsi eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta, anche se di valore uguale o maggiore, salvo che il creditore consenta. In questo caso l'obbligazione si estingue quando la diversa prestazione è eseguita.*

Se la prestazione consiste nel trasferimento della proprietà o di un altro diritto, il debitore è tenuto alla garanzia per l'evizione e per i vizi della cosa secondo le norme della vendita, salvo che il creditore preferisca esigere la prestazione originaria e il risarcimento del danno.

In ogni caso non rivivono le garanzie prestate dai terzi».

Asimismo, el artículo 1198 añade lo siguiente: *«Quando in luogo dell'adempimento è ceduto un credito, l'obbligazione si estingue con la riscossione del credito, se non risulta una diversa volontà delle parti (...)».*

(14) Señala el § 364 del BGB: *«(1) Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllung statt annimmt.*

(2) Übernimmt der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, dass er die Verbindlichkeit an Erfüllung statt übernimmt».

Traducción: *«(1) La relación obligatoria se extingue si el acreedor acepta en lugar del cumplimiento una prestación distinta de la debida.*

(2) Si con la finalidad de la satisfacción del acreedor el deudor asume frente a él una nueva obligación, en caso de duda no debe entenderse que asume la obligación en lugar del cumplimiento».

(15) Cfr. artículo 1243 del Code français, que señala lo siguiente: *«Le créancier ne peut contraindre de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique le valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande».*

distinta de la prevista originariamente en la relación obligatoria. Sin embargo, es imposible admitir una dación en pago en contra de la voluntad del acreedor si nos atenemos a los términos previstos por el artículo 1166 del Código Civil. Siendo esto así, tampoco cabría hablar de una dación en pago impuesta por el juez a la luz de lo previsto en el citado artículo 1166 del Código Civil, tal y como parece reconocer la ley 493, párrafo segundo, *in fine*, de la Compilación Navarra (16), precepto que, frente a la dación convencional de la ley 495, establece que: «...el acreedor de cantidad de dinero tendrá que aceptar un objeto distinto si el Juez estima justa la sustitución por haberse hecho excesivamente gravosa la prestación debida». Solo cabe hablar de una revisión judicial de las condiciones del contrato en el caso de que sea posible la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, que, por otra parte, se debe observar siempre con cierta cautela por parte de los Tribunales.

La falta de regulación de la dación en pago por parte del Código Civil ha llevado, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, a discutir sobre su naturaleza jurídica, lo que ha generado diversas posturas; y, aunque no es mi pretensión hacer aquí un estudio exhaustivo sobre esta materia, sí parece oportuno examinar brevemente las tendencias más relevantes, en la medida en que tomar un camino u otro nos puede ayudar a solucionar los distintos problemas prácticos que plantea la dación en pago (17).

Comenzamos con la tesis que vincula la dación en pago al contrato de compraventa, y que procede del Derecho Romano. Ya observaba Ulpiano que *dare in solutum, est vendere*, motivo por el cual se consideraba que el *accipiens* tenía una posición muy parecida al comprador. El importe de la deuda de la dación en pago actuaba como el precio del contrato de compraventa, mientras que el bien entregado ocupaba el lugar del objeto de la compraventa.

Nuestra jurisprudencia ha recurrido a los preceptos dedicados al contrato de compraventa, no tanto para manifestar que la dación en pago conlleva una compraventa, cuanto para aplicar por analogía los preceptos de esta última, máxime cuando los artículos 1521 y 1636 del Código Civil se refieren indistintamente a la compraventa y a la dación en pago. En estos términos se ha manifestado la STS de 7 de diciembre de 1983 (Cdo. 2.º) en relación con la dación en pago: «bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación, o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue, como viene dicho, la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en

(16) En adelante, Comp. Nav.

(17) Sobre el estudio jurisprudencial, vid. ALBALADEJO, M., «La dación en pago», en *Extinción de Obligaciones*, director: José Ramón Ferrándiz Gabriel, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 429-442.

adjudicación en pago de deuda». Abunda en esta idea la STS de 13 de febrero de 1989 (FJ 2.º): «la *datio pro soluto*, significativa de adjudicación del pago de deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, se trata de un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que este aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa (...)». La STS de 30 de septiembre de 1996 (FJ 1.º) ha declarado también que la dación en pago es la «transmisión consensuada del dominio pleno de las cosas en concepto de pago total por deudas pendientes, con sujeción a las normas de la compraventa, al carecer de normativa específica reguladora» (18).

Como bien matiza el Alto Tribunal en las sentencias anteriormente citadas, la falta de una específica regulación de la dación en pago en nuestro Código Civil es lo que propicia la aplicación analógica de las normas dedicadas al contrato de compraventa. Ahora bien, es cierto también que esta regla necesita ser adoptada con ciertas cautelas, ya que la aplicación de los preceptos dedicados a la compraventa no puede depender de nuestra decisión arbitraria. Por ello, la reciente STS de 1 de octubre de 2009 (FJ 2.º) ha señalado lo siguiente: «si bien se aplican por analogía normas de la compraventa, aunque es claro que no es un contrato de compraventa, ello no significa que deban aplicarse totalmente y sin excepción ni variación». En este sentido el Tribunal Supremo defiende la idea de recurrir a las normas previstas en el contrato de compraventa cuando resulte oportuno, pero en ningún caso con carácter general. «Así, si un conjunto de prestaciones cuyo pago es debido, pero no plenamente identificadas, ni valoradas, forman el contenido de una obligación, el acreedor y el deudor, mediante acuerdo entre ambos, pueden aceptar una dación en pago en el sentido de que se haga el cumplimiento, como subrogado del pago, mediante ella, sin que pueda exigirse que conste un precio cierto, como exige el artículo 1445 del Código Civil para la compraventa, pues las partes, en aras del principio de autonomía de la voluntad *ex* artículo 1255 pueden acordar esta forma especial del pago (...). Se aplica la normativa de la compraventa como analogía *iuris*, lo que no significa que todos los artículos deban aplicarse con exactitud, sino que son instituciones diferentes y permiten situaciones distintas» (19).

(18) Entre otras, vid. STS de 29 abril de 1991, de 19 de octubre de 1992, de 28 de junio de 1993, de 2 de diciembre de 1994 y de 30 de noviembre de 2000.

(19) La STS de 1 de octubre de 2009 aborda el supuesto de la entrega de unos bienes en concepto de dación en pago de los honorarios que ha devengado el demandante en su trabajo de intermediación en promociones de edificaciones, «pese a que ni los trabajos ni los honorarios están perfectamente determinados y valorados, pero el acuerdo de las partes es válido, por el principio de la autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 del Código Civil como uno de los principios básicos del derecho privado, siendo así que no va

La solución que adopta el Tribunal Supremo resulta acertada desde el punto de vista del pragmatismo. No obstante, lo que hace es resolver qué normativa aplicar a una figura jurídica que carece de ella, pero sin determinar cuál es su verdadera naturaleza. No obstante, no debemos abandonar la lectura de los términos que las sentencias del Tribunal Supremo emplean, pues ellos nos muestran que la dación en pago está más cerca del pago que de la compraventa. En esta postura abunda el hecho de que la dación en pago se caracteriza no solo por entregar una cosa o transmitir derecho real sobre ella (aunque sea esta situación la más común), sino por pagar con una prestación distinta a la debida (*aliud pro alio solvere*). Por ello, tal y como ya hemos manifestado en otro lugar, cabe hablar de entregar tanto dinero como cualquier otra cosa, o de hacer o no hacer algo en vez de dar una cosa (20).

Siendo esto así, la RDGRN de 10 de diciembre de 2007 (FJ 3º), al resolver si un arrendatario tiene los mismos derechos de adquisición preferente ante una venta que ante una dación en pago, a la luz de lo previsto en el artículo 1521 del Código Civil, viene a señalar (conforme a una doctrina más moderna) que, aunque la dación en pago es un negocio similar a la compraventa, cabe considerar aquella como un negocio atípico y convencional; un negocio donde la intención de las partes no es la de celebrar un contrato de compraventa que genere obligaciones recíprocas, porque no existe una *causa vendendi*. La función de la dación en pago es solo la de extinguir una obligación previa, en la que el crédito no tiene los caracteres del precio propio del contrato de compraventa previsto en el artículo 1445 del Código Civil, ya que su causa es una *causa solvendi*.

De acuerdo con lo expuesto, son muchas las sentencias del Tribunal Supremo que han expresado la idea de que la dación en pago es una forma especial de pago. La STS de 30 de noviembre de 2000 (FJ 4.º) ha manifestado que la dación en pago es «aquel contrato en virtud del cual para satisfacer un débito por parte de persona determinada se entrega un bien concreto con finalidad solutoria, compensatoria y extintiva de esa obligación de pago» (21).

La STS de 29 de abril de 1991 acerca también la dación en pago a la figura del cumplimiento de las obligaciones al expresar esta idea: «La dación en pago se produce cuando el acreedor acepta, para cumplimiento de una obligación anteriormente constituida, la entrega de unos bienes distintos de aquellos en que la prestación consiste; dicho en otras palabras, dación en pago es todo acto de cumplimiento de una obligación que, con el consentimiento del acreedor, se lleva a cabo mediante la realización de una prestación distinta a la que inicialmente

contra la ley, ni la moral, ni el orden público». En el mismo sentido, vid. SSTs de 5 de octubre de 2006, de 13 de julio de 2007 y 3 de octubre de 2007.

(20) Vid. ALBALADEJO, M., *ob. cit.*, pág. 426.

(21) SSTs de 5 de octubre de 1987; de 7 de octubre de 1992, de 28 de junio de 1997, de 25 de mayo de 1999, de 27 de septiembre de 2002, de 21 de octubre de 2005 y de 19 de octubre de 2006.

se había establecido. El elemento fundamental consiste (...) en que la prestación que se ejecuta constituye un *aliud* respecto de la prestación prefigurada (...). Si nos fijamos, el Alto Tribunal se refiere al acto de cumplimiento de una obligación, motivo por el cual parece que dación en pago entraría más bien dentro de la esfera del pago, entendido este concepto en un sentido amplio.

Más precisa resulta ser la STS de 19 de octubre de 2006 (FJ 3.º) al señalar lo siguiente: «La dación en pago (...) es una forma especial del pago o “subrogados del cumplimiento” (...): forma especial de pago en que por acuerdo de las partes se altera la identidad de la prestación. Por más que se haya dicho, no es una compraventa, aunque se pueden aplicar por analogía normas de la misma: produce los efectos del pago, como cumplimiento de la obligación» (...) (22).

Todo ello pretende atribuir caracteres propios a la dación en pago; como si se tratara de una modalidad de pago. En consecuencia, cabría calificarla como negocio (más que como contrato) atípico cuya finalidad sería extinguir (que no crear) una relación obligatoria. Esta posición parece ser la más cercana a la prevista en la ley 495 del Derecho navarro, que se refiere al objeto de la dación en pago como «cosa subrogada», y a lo previsto por la doctrina alemana de los subrogados del cumplimiento (23).

Por consiguiente, aunque no quepa considerar a la dación en pago como un pago en sentido estricto, sí parece oportuno hablar de ella como una sustitución del pago, lo que solventaría la exigencia de identidad de la prestación de los artículos 1157 y 1166 del Código Civil. De lo que se deduce que al deudor se le siguen requiriendo los mismos requisitos de capacidad y legitimación establecidos en el artículo 1160 del Código Civil.

No obstante, para justificar el cambio en el objeto de la relación obligatoria, ¿podríamos hablar de la dación en pago como una suerte de obligaciones facultativas? No. Hay que descartar esta idea, porque el consentimiento del acreedor, que permite el cambio de una prestación en una obligación facultativa, se realiza bajo una condición (que podría ser suspensiva): permitir al deudor extinguir la deuda de una manera distinta a la pactada para evitar su impago. Sin embargo, la *datio in solutum* libera al deudor solo cuando se entrega la prestación correspondiente. No se trata de facultar al deudor para liberarse de este modo (cuando así se pacta), algo que sí es propio de las obligaciones facultativas.

Cabe plantearse entonces la siguiente cuestión: ¿Podríamos hablar de la dación en pago como un tipo de novación objetiva en los términos previstos en el artículo 1203 del Código Civil? (24) Tampoco. Si esto fuera así, estaríamos

(22) En el mismo sentido, las SSTS de 5 de octubre de 1987, de 25 de mayo de 1999 y de 27 de septiembre de 2002.

(23) Sobre la dación como finalidad de pago en el BGB, vid. DI MAJO, A., *Dell'adempimento in generale*, Zanichelli Editore, Bologna, 1994, págs. 340-342.

(24) Sobre el tema, vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J., «Naturaleza jurídica de la dación en pago», en *ADC*, 1957, pág. 753.

intuyendo siempre la presencia de un negocio novatorio previo o simultáneo a la entrega de la prestación. El pago sería el resultado de ejecutar una relación nueva: la que surge tras la novación. Pero esto no es así. Lo que la dación en pago extingue es una relación obligatoria, ya existente, pendiente de ejecución. Consiguientemente, la dación en pago no cumple los requisitos del artículo 1204 del Código Civil: no nace una obligación nueva que sustituya a otra (sino que solo se extingue la primera y única); ni coincide la intención de las partes con el esquema funcional típico de la novación, en su versión modificativa (25). En definitiva, la dación en pago no implica una novación porque no existe un *animus novandi* (26). Tal y como manifiesta la STS de 27 de septiembre de 2002 (FJ 2.º), «es esencial y característica de la novación la sustitución de una relación obligatoria por otra, hecha con el designio de extinguir o modificar la primera, es decir, que a los efectos de ese sustancial cambio obligacional es requisito esencial, para que la novación sea extintiva, la intención de los contratantes, o *animus novandi* de dar por extinguido el contrato primitivo entre ellos existente (...); la novación entraña la sustitución o cambio de un convenio obligacional por otro, lo que presupone la subsistencia de una obligación reemplazada por otra». La STS de 29 de enero de 1999 (FJ 2.º) se manifiesta en el mismo sentido al decir que «la novación presupone sobre la base de una obligación preexistente, crear otra nueva dispar, así como la voluntad de novar». Sin embargo, todo lo dicho no está presente en la dación en pago, donde existe un *animus solvendi*, pues la intención de la dación es la de extinguir una relación obligatoria sin que surja otra nueva. No existe una *causa novandi*, sino una *causa solvendi*.

Consecuentemente, la dación en pago de activos inmobiliarios a las Entidades Financieras no parece sostenerse en un proceso de novación, y sí en uno meramente de pago. La dación en pago no se basa en un previo negocio novatorio (con sus correspondientes efectos obligacionales) entre deudor y acreedor. La *datio in solutum* no es el resultado de la ejecución de un previo convenio novatorio. Implica pagar, y por ello se configura (a mi entender) como una modalidad de pago (27), que se deduce del artículo 1166 del Código Civil. No modifica la relación obligatoria, sino que sustituye el medio de extinción de la misma. Por este motivo parece oportuno hablar de la *datio in solutum* como acto de cumplimiento de una obligación que, con el consentimiento del acreedor, se realiza mediante la entrega de una prestación distinta de la previamente

(25) En este sentido, la STS de 5 de marzo de 1965.

(26) Este mismo argumento sostiene la doctrina francesa (BICHON, F.: «La dation en paiement», en *LGDJ*, París, 2006, págs. 102-104) para negar que la dación en pago constituya una novación en el artículo 1243 del *Code Civil* francés.

(27) Vid. D'ORS, A., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, T. XXXVIII, vol. 2, EDERSA, Madrid, 2002, págs. 26-27.

pactada (28). Cuando el deudor entrega unos activos inmobiliarios a la Entidad acreedora, realiza una atribución patrimonial para extinguir una obligación primitiva que tenía por objeto una prestación pecuniaria. La causa de esta *datio* se encuentra en la relación obligatoria previa. Cabría pensar incluso que mientras la *datio in solutum* actúa como medio de reparación (convencional) de un proceso de impago de la deuda por el *solvens*, la novación se incluiría en los acuerdos de renegociación del crédito. Esta conclusión nos permitirá justificar a continuación el carácter real de la dación en pago.

IV. EL CARÁCTER REAL DE LA DACIÓN EN PAGO

Que la dación en pago no se constituya como una suerte de negocio novatorio nos permite negar su carácter consensual. Sí parece adecuado sostener el carácter real de la *datio in solutum*, porque su eficacia dependerá siempre de la entrega de una prestación distinta de la pactada en la relación obligatoria que se pretende extinguir. Esto es, la dación en pago se perfeccionará solo mediante la entrega del objeto. Es cierto que esta postura parece enfrentarse a la regla de consensualidad prevista en el artículo 1258 del Código Civil, donde lo excepcional es el contrato real, que ha de basarse siempre en un precepto que justifique tal naturaleza. Pero también lo es, que lo dispuesto en el citado artículo tiene como destinatarios los contratos en general, y la dación en pago no forma parte de esta categoría. La *datio in solutum* es un acto jurídico (tal y como lo es el pago) con eficacia real. No desprenderá efectos hasta que no se entregue el correspondiente bien, motivo por el cual hasta entonces se mantendrá viva la obligación primitiva (29).

Por consiguiente, la entrega de los activos inmobiliarios a las Entidades Financieras, a fin de extinguir los créditos pendientes, es un presupuesto necesario de eficacia de la dación en pago. Los Bancos y las Cajas no pretenden novar ninguna relación obligatoria, porque ello supondría mantener viva la deuda. Lo que pretenden es extinguirla, prestando su consentimiento al pago ofrecido por el deudor con una prestación distinta. Como consecuencia de ello su *ratio* de morosidad en el mercado disminuye, y dejan de hacer las correspondientes provisiones exigidas por el Banco de España, con la repercusión positiva que

(28) Vid. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. II, Civitas, Madrid, 1993, pág. 555.

(29) La STS de 19 de octubre de 2006 (FJ 1.º y 3.º) ya apunta la idea de la necesidad de que se entregue el bien correspondiente cuando se plantea el siguiente supuesto: se acuerda que si no se abonan unas cantidades pendientes de pago, los deudores cederán un inmueble en dación de pago por el total de la deuda a los acreedores. Pero, ni se paga la deuda ni se cede la finca que siguió en posesión de los demandados, quienes a su vez la transmiten a un tercero. Ante esta situación, el Alto Tribunal sostiene que subsiste la obligación dineraria inicial.

ello supone para su balance. Solo en el momento de la entrega de los activos inmobiliarios desprenderá efectos la dación en pago, y el acreedor extenderá la correspondiente carta de pago. Por consiguiente, el riesgo de la posible depreciación de valor del activo inmobiliario la asume el *accipiens* a partir del momento en que se entrega el bien. Lo que se traduce en la siguiente idea: a la luz de lo previsto en el artículo 1166 del Código Civil, la Entidad Financiera podrá negarse a recibir tales bienes devaluados, sin que el deudor pueda exigir ninguna responsabilidad al respecto (30).

Tema distinto a valorar será si cabe hablar de una posible responsabilidad precontractual derivada de la ruptura injustificada de unos tratos o actuaciones preliminares (de unos contactos previos) entre deudor y acreedor, que abordan la dación en pago. Hablamos de *culpa in contrahendo* porque tales tratos no alcanzan la categoría de acuerdos (31). En tal caso se valorará el posible interés negativo o de confianza (la expectativa) generada en la figura del deudor por la Entidad acreedora.

V. LA PRESENCIA DE UNA DEUDA Y EL *ANIMUS SOLVENDI*

La pretensión de la dación en pago es extinguir una relación obligatoria. En consecuencia, la razón de ser de este medio de pago se encuentra en la presencia de un crédito pendiente de cumplimiento, ya que no se puede extinguir lo que no existe. Si la deuda se hubiera extinguido, la adjudicación de un bien no tendría como causa la dación en pago. Estaríamos ante un pago de lo indebido de los artículos 1895 y siguientes del Código Civil, lo que permitiría ejercitar la *condictio indebiti*, a fin de conminar a restituir lo que se recibió indebidamente, o ante una mera donación. Por este motivo, el *animus solvendi* ha de estar presente siempre en toda *datio in solutum*.

(30) Cabría hablar de un pacto previo a la dación en pago como simple promesa.

(31) La STS de 23 de septiembre de 2002 (FJ 1.º) se refiere a un caso en el que el deudor y acreedor pactan la entrega de unas máquinas tras su correspondiente reparación. El Alto Tribunal señala que: «el documento (...) que se presenta como un negocio que arbitra una posible solución de la deuda pendiente» es «más bien (...) una propuesta de dación en pago (dación proyectada) que no se llegó a perfeccionar, al no cumplir la finalidad que justifica dicha figura jurídica de actuar como instrumento de efectiva satisfacción de la deuda insatisfecha con la transmisión de las máquinas, con las condiciones precisas, bien para permitir su utilización correcta y provechosa o para su realización económica mediante la venta en el mercado». Se considera que existió un contrato preliminar que contiene una condición, «que actúa como suspensiva y no se cumplió, de que la recurrente llevase a cabo por su cuenta las actividades necesarias para la puesta en marcha de lo entregado y de este modo se supeditó el negocio en sus efectos traslativos a que esto tuviera lugar y así pudiera adquirir plena eficacia vinculante, al depurarse (...) el impedimento que autorizaría pasar de la fase de interinidad contractual a la definitiva de obligación válida». Como no se sustituye la prestación con la entrega de la maquinaria, el acreedor puede reclamar la cantidad debida.

Tampoco se debe confundir la dación en pago con un pacto que obliga a extinguir una relación obligatoria mediante la ejecución de dos prestaciones diversas. Este es el supuesto que resuelve la STS de 4 de octubre de 1989, que niega estar ante una dación en pago cuando se pacta pagar un arrendamiento de servicios mediante la entrega de una parte en dinero y de otra en pisos. La entrega de los pisos no implica pagar algo distinto de lo pactado a fin de extinguir una deuda primitiva (que es lo que caracteriza la *datio in solutum*), sino el cumplimiento de lo acordado en el correspondiente contrato (32).

Queda claro pues que la dación en pago tiene su razón de ser en unas deudas pendientes de extinguir. Son ellas las que operan como causa de la transmisión de bienes que produce la dación en pago, y así debe ser expresado en el título que accede al Registro de la Propiedad para que aquella pueda ser amparada. La RDGRN de 11 de julio de 2007 (FJ 2.º) «no ofrece dudas que este elemento esencial del propio contrato traslativo (cfr. arts. 1261.3.º y 1275 del CC), ha de ser debidamente expresado en los títulos inscribibles sin que pueda jugar en el ámbito registral la presunción que establece el artículo 1277 del mismo Código».

Que la dación en pago sea causa de extinción de una deuda, ha llevado a la jurisprudencia a considerar que el crédito debe ser cierto, tal y como lo es también el precio exigible en un contrato de compraventa, argumento que se deduce de la aplicación analógica de las normas de este contrato (33). Aunque se llega a la misma conclusión desde la perspectiva de la *datio in solutum* como modo de pago, en cuanto que es un presupuesto necesario para todo pago el de la presencia de un crédito cierto. La STS de 30 de noviembre de 2000 (FJ 3.º) abunda en esta idea: «que [el crédito] se extingue con la adjudicación de los bienes» y debe ser cierto, «lo que implica su concreta determinación bien sea en el contrato o posteriormente de acuerdo con los criterios en él establecidos pero sin que sea preciso un nuevo convenio entre las partes para esa determinación (...)».

Que exista una deuda previa que fundamente la naturaleza solutoria de la dación en pago resulta indiscutible; pero parece oportuno sostener también que es necesario que el crédito que se pretende extinguir sea anterior, vencido y exigible (34). Al fin y al cabo la dación en pago actúa cuando existe un incumplimiento previo; esto es, cuando el deudor deja de hacer frente a las deudas que tiene pendientes con las Entidades Financieras.

Si la deuda no ha vencido, y el *solvens* procede a realizar una prestación distinta de la pactada, se plantean ciertas cuestiones. La entrega de un bien al acreedor por parte del deudor no es causa de la dación en pago de una deuda,

(32) Idéntica situación se plantea en la STS de 29 de abril de 1991 (FJ 2.º): «No puede confundirse la dación en pago con el pacto incardinado en un arrendamiento de obra en el cual parte del precio se debe satisfacer mediante la transferencia de la propiedad de determinados pisos (...)».

(33) SSTs de 7 de diciembre de 1983 y de 1 de octubre de 2009.

(34) SAP de Alicante (Sección 9.ª), de 14 de marzo de 2007.

porque esta no resulta exigible aún. Aunque exista un *animus solvendi*, parece más oportuno hablar de novar. Existe un pacto implícito que les lleva a cambiar la prestación y el plazo de ejecución de la misma. Si, por el contrario, admitimos que existe una dación en pago (pese a que la deuda no ha vencido), cabría presumir que además de renunciar el acreedor a la facultad que le aporta el artículo 1166 del Código Civil, se estaría renunciando también al plazo de cumplimiento del crédito, ya fuera (esta última renuncia) por parte del deudor, del acreedor o de ambos, un aspecto ínsito en la propia dación en pago.

Por otra parte, que la dación en pago tenga fines solutorios hace que la propia jurisprudencia reitere que ha de tratarse de un incumplimiento verdadero y propio (referente a la esencia de lo pactado), sin que baste aducir incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias que no impidan, por su escasa entidad, que el acreedor obtenga el fin económico del contrato (35). En definitiva, se exige que el incumplimiento sea de tal entidad que impida el fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte interesada.

VI. LA CONCURRENCIA DE LAS VOLUNTADES DEL ACREEDOR Y DEL DEUDOR

Uno de los requisitos sustanciales para que la *datio in solutum* sea válida viene dado por la presencia de la voluntad del *accipiens*. La STS de 2 diciembre de 1994 (FJ 6.º) lo indica con claridad: ha de constar «el consentimiento del acreedor para la realización de una prestación distinta a la que inicialmente se había establecido». En la medida en que la dación en pago es contraria al aforismo *aliud pro alio invito creditori solvi non potest*, se necesitará el consentimiento del *accipiens* a fin de derogar este principio previsto en el artículo 1166 del Código Civil.

El bien que sustituye la prestación de la relación obligatoria puede ser entregado al mismo acreedor o su representante, siempre que este último tenga no solo poder para recibir el pago, sino también para aceptar la sustitución de la prestación primitiva.

Junto al consentimiento del acreedor está presente también el del deudor. Aunque en este caso cabe desterrar el uso del término consentimiento para referirse a la voluntad del deudor. Es un término que nos reenvía al intercambio de voluntades, propio del ámbito contractual, cuando la dación en pago implica simplemente pagar. Resulta más oportuno hablar del ofrecimiento voluntario de un nuevo objeto, que el *solvens* hace al acreedor con el fin de cumplir con la deuda pendiente. Es la Entidad acreedora la que valorará positivamente (prestando su consentimiento) el bien ofrecido en concepto de *datio in solutum*.

(35) SSTS de 30 de marzo de 1992, de 2 de julio de 1992, de 8 de febrero de 1993, de 24 de febrero de 1993, de 8 de noviembre de 1997 y de 22 de mayo de 2003.

Por supuesto, tal y como establece la STS de 28 de junio de 1993 (FJ 1.º), la voluntad del deudor para realizar la dación en pago debe ser clara, y en el caso de que aquella sea tácita «ha de resultar de actos inequívocos que demuestren de manera segura el pensamiento de conformidad del agente». Por ello el silencio «solo adquiere relevancia jurídica cuando de antemano es tenido en cuenta por la Ley para asignarle un cierto efecto. (...). El silencio absoluto no es productor de efectos jurídicos más que en el caso de que la Ley o voluntad de las partes se le reconozca o conceda previamente, pudiendo hablarse de un silencio cualificado solo cuando se junte a hechos positivos precedentes, a una actividad anterior de la parte que guardó silencio, o a particulares situaciones subjetivas u objetivas que sirvan como elemento útil para tener por hecha la manifestación de una determinada voluntad». El silencio del propietario de unos bienes no sirve para dar eficacia a una dación en pago de deudas, pues esta es «un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que este aplique el bien recibido a la extinción del crédito del que era titular», y «no puede equipararse a ese acto transitivo del deudor, la apropiación por el acreedor de los bienes del deudor de que se encuentra en posesión por otro título llevada a cabo por una decisión unilateral suya y sin previo consentimiento expreso del deudor, apropiación arbitraria y carente de todo fundamento jurídico».

No existe óbice alguno para admitir el pago por tercero en la *datio in solutum*. La RDGRN, de 11 de julio de 2007, reconoce la figura del tercero en este caso en cuanto que es una figura que sirve para liquidar deudas ajenas. Ello, siempre y cuando no olvidemos el valor que se da a la voluntad del deudor, a la luz de lo previsto en el artículo 1158 del Código Civil, que no tiene relevancia en cuanto a los efectos solutorios, pero sí ante la reclamación posterior del tercero. Por ello, el aspecto peculiar del pago por tercero viene dado por el objeto de reclamación de este al deudor. Cuando el tercero reclame *lo que hubiese pagado* al deudor (porque este ha consentido o ha ignorado este pago), no hay que olvidar que la deuda se extingue mediante la entrega de una prestación distinta a la acordada previamente entre deudor y acreedor, que este acepta. Consiguientemente, el tercero no podrá reclamar lo mismo al deudor si el objeto entregado no tiene un carácter genérico. Cabe pensar que el deudor presta su asentimiento para que la deuda la extinga un tercero, pero no para cambiar la naturaleza de su crédito. Por ello el deudor seguirá vinculado con el mismo crédito que tenía pendiente con su acreedor, aunque ahora sea con un tercero. Este no podrá reclamar nada distinto. No obstante, no existe óbice alguno para que este tercero (al igual que el acreedor primitivo) vea satisfecho su interés mediante la entrega de una prestación distinta a la que constituye el derecho de crédito, si así lo acepta.

VII. LA TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DEL ACTIVO INMOBILIARIO A LA ENTIDAD FINANCIERA

1. DIVERSOS ASPECTOS DERIVADOS DE LA TRASLACIÓN DEL DOMINIO

Tal y como sostiene la STS de 2 diciembre de 1994 (FJ 6.º), se exige que «haya cesión del dominio pleno en concepto de pago total de la deuda» para que exista dación en pago. No se trata de ceder la posesión de un bien para el pago de unas deudas, sino de transmitir el dominio del objeto que se adjudica (36). Por ello se exige la capacidad necesaria de quien realiza esta operación y la libre disposición del *aliud* que se pretende entregar. Si bien es cierto que la transmisión del dominio es un presupuesto a tener en cuenta solo cuando el objeto de la *datio in solutum* es una prestación de dar; no así cuando aquel viene constituido por una prestación de hacer o de no hacer.

Cuando el deudor es un promotor inmobiliario, y este entrega una promoción a la Entidad acreedora, aquella (la promoción) puede estar afectada por unos contratos de compraventa de pisos, pendientes (total o parcialmente) de ejecución. El acreedor, quien recibe el dominio de los activos inmobiliarios mediante la *datio in solutum*, se convierte a su vez en cesionario de la totalidad de una relación obligatoria. Al *accipiens* se le transmite una posición jurídica compleja. Esta cesión alcanza todos los derechos y obligaciones derivados del contrato, así como cualquiera de los aspectos accidentales (por ejemplo, el término o las condiciones) o excepciones inherentes a la obligación o de carácter personal (37), que aquel conlleve. Por consiguiente, se produce una subrogación en la posición del promotor con respecto a los compradores, lo que se traduce en la siguiente idea: se exigirá al nuevo dueño la terminación de la obra y su correspondiente entrega conforme a los parámetros establecidos en el contrato de compraventa. El cesionario asumirá la posición del cedente en materia de derechos y facultades que no sean personalísimos. Cosa distinta es sostener que las garantías prestadas por un tercero para asegurar el cumplimiento del contrato por el cedente se mantengan (por ejemplo, los avales aportados por una Compañía aseguradora de las cantidades entregadas a cuenta). Parece normal que se extingan tales garantías en el momento de la cesión, a menos que concurra el garante para confirmarlas y admitir su prórroga.

Si la dación en pago conlleva la cesión de un contrato de compraventa, la participación del contratante cedido (además del cedente y el cesionario) resulta sustancial. Parece meridiano, que la asistencia y el consentimiento de este último resulta indispensable para que el cedente pueda liberarse de unas obligaciones, que el cesionario va a comenzar a asumir tras la dación en pago. Este

(36) RDGRN de 3 de septiembre de 2008 (FJ 4.º).

(37) Cfr. artículo 1198 del Código Civil.

consentimiento (aunque sea posterior o anterior a los prestados por el cedente y el cesionario) actúa como elemento constitutivo de la cesión del contrato de compraventa. Mientras aquel falte, la cesión no desprenderá sus correspondientes efectos. Por consiguiente, cabe realizar la traslación del dominio de unos activos inmobiliarios en concepto de *datio in solutum*, pero no así el contrato de compraventa correspondiente si el comprador no presta su consentimiento. La cesión del contrato de compraventa se convierte en un elemento de eficacia de la dación en pago. Si no fuera así, el promotor seguiría vinculado con los compradores de unos activos que ya no son suyos en virtud de la *datio in solutum*.

En cuanto al aspecto formal de la dación de activos inmobiliarios en pago de deudas pendientes, reiterar que sus efectos se producen con la mera entrega de los bienes a la Entidad Financiera acreedora, aunque sea habitual proceder a realizar la *datio in solutum* mediante una escritura pública que accederá posteriormente al Registro de la Propiedad.

Respecto a los aspectos tributarios que la dación en pago conlleva no hay que olvidar que este acto jurídico es causa del Impuesto de Valor Añadido, cuyo montante deberá ser expresado en la escritura pública correspondiente. Ahora bien, a tenor de lo manifestado por el Tribunal Económico-Administrativo (vocalía 5.^a), de 15 de febrero de 2006, a los efectos de la aplicación del Impuesto de Valor Añadido, la dación en pago no va a ser considerada como una permuta. En consecuencia, aquella no se adapta a lo dispuesto por el artículo 79 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, de 28 de diciembre de 1992, donde se establece lo siguiente: *«En las operaciones cuya contraprestación no consista en dinero, se considerará como base imponible la que se hubiese acordado en condiciones normales de mercado, en la misma fase de producción o comercialización, entre partes que fuesen independientes»*. Por el contrario, el Tribunal considera que la dación en pago se acomoda a las reglas previstas en materia de compraventa a los efectos del pago del citado impuesto, reglas que, por supuesto, hay que traer a colación por analogía. Por este motivo, llega a la conclusión de que se debe aplicar el artículo 78 del citado texto legal, donde se establece que la base imponible del impuesto estará constituida *«por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo procedente del destinatario o de terceras personas»*. La norma jurídica se refiere a que es la cuantía de la deuda, que se pretende extinguir mediante la *datio in solutum*, la que se va a emplear como base imponible del impuesto, y no el valor del activo que se entrega en concepto de dación en pago.

En relación con el pago del impuesto sobre incremento de valor añadido (lo que comúnmente llamamos plusvalía), señalar que el artículo 104.2. del Real Decreto-Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, que aprueba el Texto Refundido regulador de las Haciendas Locales, señala que se tributa por la dación en pago de un inmueble, siempre y cuando tenga la consideración de urbano *«a efectos de dicho Impuesto sobre Bienes Inmuebles, con independencia de que estén o*

no contemplados como tales en el Catastro o en el padrón de aquel». Esto es, no se tributa por la dación en pago de un inmueble de naturaleza rústica. Al aplicar por analogía las normas de la compraventa a la dación en pago, se deduce que el sujeto pasivo será el transmitente del bien inmueble, salvo pacto en contrario; esto es, el deudor que extingue su deuda mediante este procedimiento.

2. LA PÉRDIDA DE LA COSA ENTREGADA POR EVICCIÓN Y LA RESPONSABILIDAD POR VICIOS OCULTOS

De los § 364 y 365 del BGB, se deriva la aplicación de las normas relativas a la evicción previstas para el contrato de compraventa, al mismo supuesto planteado en la *datio in solutum*. Como consecuencia de ello, si el acreedor, que recibe el objeto en concepto de dación en pago, lo pierde por evicción, no puede invocar su antiguo crédito, porque se considera que este ha quedado extinguido por el cambio del objeto. El acreedor tendrá los mismos derechos que el comprador: el derecho a obtener la correspondiente indemnización (38).

No existe ningún precepto en nuestro Código Civil que prescriba la aplicación de las disposiciones relativas al contrato de compraventa, en el caso de que el acreedor se vea privado por un tercero del bien atribuido en concepto de dación en pago. Por consiguiente, cabe recurrir tanto a la aplicación analógica de las normas que regulan la evicción en el contrato de compraventa, como a la figura de los vicios del consentimiento (error y dolo) para impugnar la dación en pago. Pero, en cualquiera de las dos soluciones propuestas, hay que traer siempre a colación la interpretación que debemos realizar del artículo 1849 del Código Civil, según el cual: «*Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, quedará libre el fiador*» (39).

De una interpretación amplia del citado artículo 1849 del Código Civil se deduce que la relación obligatoria se extingue por la dación en pago, así como todos los derechos de garantía establecidos en favor del acreedor. En consecuencia, en el caso de que se pierda el objeto por evicción no revivirá el derecho de crédito, ni tampoco los derechos de garantía (40). El acreedor que acepta la dación en pago de una deuda asume el riesgo de la evicción íntegramente (41). Puesto que no renace el crédito originario, cabría aplicar por analogía lo previsto por el artículo 1478 del Código Civil, para permitir al acreedor solicitar

(38) Vid. ENNECCERUS, L.; KIPP, Th., y WOLF, M., *Tratado de Derecho Civil*, traducido y anotado por Pérez González, B. y Alguer, J., vol. 1.º, t. 2.º, Bosch, Barcelona, 1951, pág. 316.

(39) Cfr. ley 495 Comp. Nav.

(40) Vid. Díez-PICAZO, L., *ob. cit.*, pág. 558.

(41) *Ibidem*.

el saneamiento por evicción a su deudor, a fin de imponer a este último la restitución del valor de la cosa al tiempo de la evicción, los frutos, los gastos del contrato y las costas del pleito.

Ahora bien, parece que la aplicación de las reglas relativas a la evicción previstas para el contrato de compraventa, resultan oportunas sobre todo si consideramos a la *datio in solutum* como una especie de negocio novatorio. Sin embargo, si, tal y como venimos sosteniendo, la dación en pago se acerca más a una modalidad de pago, cabría afirmar que la prestación inicial renace si la *datio in solutum* deviene ineficaz. La dación en pago estaría vinculada siempre a la correcta extinción de la relación obligatoria (42). Esta postura estaría en armonía con una interpretación estricta del artículo 1849 del Código Civil, que permita afirmar que lo dispuesto por este precepto constituye una excepción que solo afecta a la fianza, en cuanto garantía (43).

Por supuesto, lo expresado no es óbice para que el deudor y acreedor acuerden otras consecuencias distintas a la expresada, ante la pérdida del objeto por evicción. No procede, sin embargo, que el acreedor elija entre el restablecimiento del crédito primitivo o la oportuna indemnización por evicción. Ninguna norma le atribuye dicha facultad, tal y como sí lo hace el segundo párrafo del artículo 1197 del Codice Civil italiano, que en el supuesto planteado se exige expresamente una responsabilidad por evicción (y también por vicios ocultos), conforme a las normas previstas en la regulación del contrato de compraventa, salvo que el acreedor elija la prestación originaria (44). El legislador italiano reconoce la presencia de dos remedios: la responsabilidad por evicción, o permitir al acreedor afectado exigir la prestación originaria, elección (esta última) que, a su vez, podría desembocar en un resarcimiento por daño derivado del incumplimiento de la primitiva obligación.

En relación con los vicios ocultos del objeto entregado al acreedor, cabe recurrir a la figura de los vicios del consentimiento para impugnar la dación en pago. La STS de 22 de mayo de 2006 (FJ 2.º) así lo plantea cuando trata de valorar la presencia de un embargo anterior a la dación en pago. El Alto Tribunal manifiesta que «la cuestión que en realidad se plantea por la parte recurrente se refiere al carácter excusable o no del error padecido por la entidad crediticia en el momento en que aceptó como pago la atribución de titularidad de los bienes hipotecados, con la consiguiente cancelación, por confusión de

(42) Cfr. artículo 1198 del *Codice Civile* italiano (*supra* nota 13), que prevé el caso concreto de extinción de una relación obligatoria mediante la cesión de un derecho de crédito. En este caso se discute si el reconocimiento del crédito por parte del acreedor es un acto equivalente al de la garantía por su solvencia (vid. CIAN, G., y TRABUCCHI, A., *Comentario breve al Codice Civile*, CEDAM, Padova, 1997, págs. 1198-1199).

(43) Vid. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., «El cumplimiento de las obligaciones», en *RDP*, Madrid, 1956, pág. 378.

(44) Vid. *supra* nota 13.

derechos, de las garantías hipotecarias constituidas sobre ellos, ignorando que ya se había producido el embargo de los mismos bienes para responder de distinta responsabilidad y que el mandamiento para la anotación de dicho embargo ya había sido presentado en el Registro de la Propiedad cuando la actora consintió en ello aunque no se hubiera extendido aún la anotación en las correspondientes hojas registrales. Se sitúa por tanto la discrepancia de la parte recurrente con la sentencia impugnada en el ámbito de la interpretación de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, ya que el primero considera nulo el consentimiento prestado por error y el segundo exige para que el error invalide el consentimiento que recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. Es cierto que dichos artículos no declaran la inexcusabilidad del error como requisito para que produzca efectos invalidantes», pero «se trata de un elemento que la jurisprudencia exige pese al silencio del Código Civil (...), en virtud del cual se niega al error la eficacia invalidante del contrato cuando pudo ser salvado empleando una diligencia media o regular, para lo cual habrá que atender a las circunstancias de toda índole e incluso a las personales (análogamente a como lo hace el art. 1484, *in fine*, del Código Civil para los defectos de la cosa vendida), valorando las respectivas conductas según el principio de la buena fe (art. 1258), pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar». En este sentido, «la excusabilidad del error ha de ponderarse desde el ángulo de la *bona fides* y del principio de confianza, a los que habrá de darse la relevancia que merecen en el tráfico jurídico, teniendo en cuenta siempre que la necesidad de excusabilidad del error (...) tiene como finalidad primordial la protección del lógico y lícito interés negocial de la otra parte».

En consecuencia, para que el error sea invalidante del contrato se requiere la concurrencia de dos requisitos fundamentales: ser esencial, porque tal y como afirma la STS de 12 de noviembre de 2004, «la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de este»; y que el error no sea imputable a quien lo padece, «pues de acuerdo con los postulados de la buena fe el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por la declaración». Por ello, en el caso planteado en la STS de 22 de mayo de 2006 se valora la presencia del error excusable, en cuanto que el transmitente del bien en concepto de dación en pago no puso de manifiesto la existencia del embargo anterior pendiente de anotación en el Registro de la Propiedad. Por otra parte, desde la propia Notaría se solicitó información al Registro de la Propiedad sin que se advirtiera la existencia de los embargos.

Los mismos no constaban anotados en el momento en que se materializó el negocio de dación en pago. Todo ello, en relación con el principio de confianza e incluso con la inexistencia de perjuicio para el tercero embargante, pues cuando presentó ante el Registro de la Propiedad la traba para su constancia, lo hizo sobre unos bienes que aparecían hipotecados en favor de la entidad hoy actora en garantía de su crédito, lleva al Alto Tribunal a considerar que el error sufrido por la entidad crediticia no solo fue sustancial sino que, además, fue también excusable, lo que justifica que se pueda anular el consentimiento prestado.

VIII. CUESTIONES RELATIVAS AL VALOR DEL OBJETO ENTREGADO EN CONCEPTO DE DACIÓN EN PAGO

1. LA INFRavalORACIÓN O SOBRevalORACIÓN DEL BIEN ENTREGADO

La dación en pago implica una *solutio* llevada a cabo mediante la entrega de una prestación distinta de la originaria. La aceptación por el acreedor del nuevo objeto como modo de extinción de una relación obligatoria deroga uno de los requisitos objetivos de pago: la aplicación del principio de identidad de la prestación, requerido por los artículos 1166 y 1167 del Código Civil, que se recoge en el aforismo *aliud pro alio invito creditori solvi non potest*. Todo ello implica que el *accipiens* renuncia a una facultad que protege la naturaleza de su derecho de crédito.

Ahora bien, cabe pensar también en otro elemento como aspecto que caracteriza a la dación en pago: no es requisito *sine qua non* valorar expresamente el *aliud* ofrecido al acreedor para sostener la eficacia de este medio de pago. Pero, se supone una valoración tácita, lo que permite afirmar que el objeto entregado en concepto de dación en pago representa el importe de la deuda insatisfecha, produciendo como consecuencia inmediata la extinción de la obligación (45). No obstante, en la praxis bancaria, se procede a la correspondiente tasación actualizada del activo inmobiliario que se pretende entregar en concepto de *datio in solutum*, a fin de delimitar cuál es el valor de mercado del bien ofrecido en pago de la deuda pendiente. Es un modo de determinar *a priori* si es factible o no la *datio in solutum* a la vista del montante de crédito impagado.

Sin embargo, pese a lo manifestado anteriormente, cabe preguntarse si no existe un enriquecimiento sin causa, una donación o una mera condonación parcial de la deuda, cuando la Entidad Financiera recibe un activo inmobiliario con un valor de mercado mayor al montante de la deuda pendiente; y viceversa, cuando se extingue una relación obligatoria mediante la entrega de unos bienes con un valor inferior al crédito impagado. Ambos casos son posibles. La pre-

(45) Cfr. artículo 1872 del Código Civil.

sión del impago compele al deudor a entregar unos bienes cuyo valor supera la cuantía de la deuda pendiente de pago. Razón: extinguir la relación obligatoria cuanto antes. En otro caso, es la Entidad acreedora la que está interesada en recibir unos bienes en concepto de pago total de una deuda, aunque aquellos estén minusvalorados en el mercado. Es un modo de dejar de hacer provisiones crecientes a causa de la presencia de un crédito moroso, que afecta de un modo claro a sus cuentas de resultados. Desde el punto de vista del balance de resultados que presenta toda Entidad Financiera, no parece interesar al *accipiens* una liberación parcial de la deuda cuando el valor del activo entregado es inferior a la cantidad impagada. Motivo para este razonamiento: a la presencia de un crédito moroso, que hace que la *ratio* de morosidad de la Entidad acreedora no disminuya, así como su correspondiente provisión de fondos, habría que añadir la correspondiente provisión de fondos que debe aquella realizar para paliar el riesgo de depreciación del activo inmobiliario que se incorpora a su balance de cuentas.

Desde el punto de vista fiscal, se aprecian las diferencias de valor entre el montante de la deuda pendiente y el valor del bien entregado en concepto de dación en pago. Existe una ganancia patrimonial, que estará sujeta a la tributación correspondiente, si el activo inmobiliario que se entrega a la Entidad Financiera correspondiente tiene un valor superior al crédito impagado. Implicará también una ganancia patrimonial, si lo que se produce es una condonación parcial de la deuda porque el valor del bien entregado es inferior al montante de la deuda pendiente.

2. LA RESCISIÓN POR LESIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO HECHA EN FRAUDE DE ACREEDORES

La dación en pago se constituye en un acto válido y eficaz si cumple con los requisitos expuestos anteriormente. Pero deviene ineficaz por el ejercicio de la acción rescisoria prevista en los artículos 1290 y siguientes del Código Civil. Será posible la impugnación de la *datio in solutum*, cuando este acto se haya realizado en fraude de los acreedores. Por ello, debemos analizar todas aquellas daciones que actúan como instrumento para anticipar pagos o extinguir deudas no vencidas, sin olvidar la dación en pago de deudas ya vencidas. Tanto en un caso como en otro, la *datio* altera el patrimonio del deudor, en cuanto que reduce su capacidad económica. Por ello, hay que determinar en qué casos esta dación supone un perjuicio para el resto de acreedores a los efectos de ejercitar la acción revocatoria del artículo 1111 del Código Civil. Pensemos en la entrega de un activo inmobiliario en concepto de dación en pago, con un valor muy superior al montante de la deuda pendiente, a cambio de extinguir una relación obligatoria. Aunque la extinción de la deuda supone una mejora sustancial en

la situación crediticia, merecen ser valorados los efectos de una dación en pago en un marco preconcursal, con el fin de determinar si este tipo de operaciones afecta al régimen paritario de los acreedores. Si con ella lo que se pretende es intentar liquidar de forma apresurada el patrimonio del deudor (46). En definitiva, la dación en pago supone disminuir la deuda y mejorar la solvencia del deudor, pero, a veces, se nos muestra también como fuente de un potencial fraude.

Que la dación pueda ser impugnada, implica observar este acto desde la perspectiva de la concurrencia de los requisitos exigibles para ejercitar la acción rescisoria por fraude de acreedores. En consecuencia, la dación debe ser auténtica (y no simulada), porque aunque la simulación responda a la misma intención fraudulenta, la simulación conduce a la nulidad del acto, mientras que la dación en pago hecha en fraude de acreedores nos aboca a la ineficacia de un acto válido a través de la rescisión. Desde un punto de vista práctico se deducen claras diferencias entre la nulidad y la rescisión. Tal y como señala ALBALADEJO, mientras la nulidad resulta imprescriptible, el ejercicio de la acción revocatoria por fraude de acreedores del artículo 1111 del Código Civil (de carácter subsidiario) estará sujeta siempre a un plazo de cuatro años (47).

Asimismo, la dación en pago debe ser la causa del fraude de acreedores. Ahora bien, no es necesaria la presencia de un *animus nocendi* en toda enajenación para ser considerada (esta) fraudulenta. No se exige que el deudor pretenda dañar a los acreedores defraudados. Se requiere tan solo un resultado: no tener bienes suficientes para pagar las deudas pendientes (48). Por consiguiente, predomina el aspecto objetivo (la insolvencia) sobre el subjetivo (*consilium fraudis*).

Por supuesto, huelga decir que la insuficiencia patrimonial para hacer frente al pago de las deudas, se ha de referir a la que resulta de la dación en pago, que es el acto que se pretende revocar. Por tanto, si en el momento de la *datio*, el deudor tiene bienes suficientes para hacer frente al pago de sus deudas, y después no, no cabe hablar de rescisión de la dación en pago, aunque esta le permitiera al deudor recuperar la solvencia perdida.

(46) La STS de 4 de septiembre de 1992 (FJ 2.º y 3.º) aborda un supuesto donde se discute si la entrega de una finca en concepto de dación en pago por el deudor tiene como fin sustraer sus bienes a la acción de sus acreedores, y «enriquecerse torticeramente en perjuicio de la Mutualidad que presidía, vendiéndole un inmueble en pago de una deuda de valor muy superior al de tasación de aquella». Al respecto, el Alto Tribunal señala que aunque el importe de la deuda fuera muy superior al valor de la finca dada en pago, la Mutualidad, siendo consciente de las dificultades económicas que tenía su presidente (y deudor), acepta este pago «perfectamente lícito». Si la Mutualidad sostiene la validez de la transmisión realizada, aunque su presidente haya abusado de su representación (mediante la realización de un autocontrato), el perjuicio sufrido por la primera queda «fuera de lugar» en cuanto que es ella «la única legitimada para accionar con base en aquel».

(47) Vid. ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, EDESA, Madrid, 2002, pág. 968.

(48) Vid. MORENO QUESADA, B., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 2, EDESA, Madrid, 1981, pág. 104.

A la luz de lo manifestado, cabría plantear si la Entidad acreedora, que recibe activos inmobiliarios en concepto de *datio in solutum*, a fin de extinguir un crédito hipotecario, recupera la garantía hipotecaria (y su rango correspondiente), ante la rescisión de la dación en pago en virtud de lo previsto por el artículo 1111 del Código Civil; si esta postura resulta admisible cuando el *accipiens* no ha cancelado registralmente la hipoteca, y debe reintegrar los bienes recibidos por fraude de acreedores.

Sobre la base de lo expuesto, cabría traer a colación lo previsto por el artículo 71 de la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, en materia de acciones de reintegración con respecto a aquellos actos de naturaleza preconcursal: «*Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta*». La Ley Concursal prescinde de si ha existido o no intención fraudulenta para rescindir un acto preconcursal (49). Solo analiza dos elementos objetivos: que el acto sea perjudicial para la masa activa y que se haya realizado dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso (50). Todo ello, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 71.6 LC que declara lo siguiente: «*El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho...*».

Se trata de un precepto que aborda la problemática derivada de la presencia de actos perjudiciales para la masa activa, en cuanto actos que implican una preliquidación del patrimonio del deudor. Tales actos afectan al funcionamiento de una empresa si provocan, por ejemplo, la desintegración de esta última. No obstante, cuando estamos ante un promotor inmobiliario, que entrega un activo inmobiliario en concepto de dación en pago a la Entidad Financiera acreedora, no se plantea el supuesto descrito anteriormente. Razón: el deudor se desprende de un valor estático de su patrimonio empresarial, y no de uno dinámico.

El perjuicio para la masa activa existe cuando se produce una reducción del activo, aunque esta venga acompañada de una minoración del pasivo, si el acto genera una disminución de la posibilidad de dar satisfacción a los acreedores, como consecuencia de la reducción del patrimonio del deudor. No hablamos de

(49) Cabe señalar que, aunque la Entidad Financiera acepta la dación en pago para evitar verse inmersa en un posible proceso concursal, ello no es razón suficiente para presumir que aquella actúa con ánimo fraudulento, pese a que la Ley Concursal se refiere a los actos cercanos en el tiempo a la declaración de concurso de acreedores.

(50) La Ley Concursal contempla las acciones específicas del concurso de modo distinto a la rescisión prevista en los artículos 1291 y siguientes del Código Civil, motivo por el cual se les atribuye regímenes diversos. Por ejemplo, el ejercicio de las acciones específicas del concurso no están sometidas a la condición previa de perseguibilidad de los bienes, algo propio de la rescisión prevista en el Código Civil, que se caracteriza por su carácter subsidiario [SAP de Alicante (Sección 8.ª), de 9 de abril de 2008 (FJ 3.º)].

operaciones neutras, sino de actos perjudiciales porque afectan al principio de paridad de trato a los acreedores. La rescisión afecta a aquellos actos, que aun siendo realizados sin intención fraudulenta, guardan una cierta proximidad con la manifestación externa de la insolvencia (51). Esto es así desde el momento en que se satisfizo el interés singular de un acreedor en perjuicio del interés conjunto de los demás acreedores, que comprueban cómo disminuyó el activo que les permitía atender su interés particular. Se busca recuperar el patrimonio del deudor salido en un tiempo inmediatamente anterior a la declaración de concurso, con la finalidad de posibilitar un trato más justo e igualitario al colectivo de afectados por la situación concursal, mediante la reintegración de todo aquello que debiera formar parte del patrimonio a liquidar en el procedimiento universal. En consecuencia, una *datio* en pago de un crédito permite a la Entidad acreedora cancelarlo (mediante el correspondiente apunte contable), pero a su vez podría ser objeto de una acción rescisoria si la Administración concursal probara que este acto perjudica a la masa activa (52).

Si la dación en pago deviene ineficaz, se procederá a la reintegración de los bienes entregados, y renacerá el crédito de la Entidad acreedora con el tratamiento concursal que le corresponda. Cuando el bien no se pudiera restituir por encontrarse en poder de un tercero, que ha actuado de buena fe o goza de una protección registral, el artículo 73.2. LC condena «a quien hubiera sido parte en el acto rescindido a entregar el valor que [los bienes] tuvieron cuando salieron del patrimonio del deudor concursado, más el interés legal». Si se «apreciase mala fe en quien contrató con el concursado, se le condenará a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados a la masa activa» (53). Lo dispuesto por este precepto protege a los compradores de los pisos entregados en concepto de dación en pago a las Entidades Financieras.

Resulta insuficiente para apreciar mala fe que el acreedor simplemente participe en el negocio conociendo la situación de crisis que padece la otra parte. Es necesario que además sepa que el negocio lo realiza con el fin de sustraer bienes y perjudicar al resto de acreedores.

(51) Dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, que tiene que ver con el antiguo principio de retroacción de la quiebra

(52) La Ley Concursal establece una serie de presunciones *iuris tantum* y *iuris et de iure* en su artículo 71. No obstante, algún autor (GONZÁLEZ BILBAO, E., «La entrega de bienes como pago antes del concurso y su incierta reintegración», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 7, 2007, págs. 219-220) aporta algunas nociones a tener en cuenta: sacrificio patrimonial injustificado, propio de las donaciones y transmisiones a título gratuito; perjuicio por falta de equivalencia entre la prestación y la contraprestación; daciones en pago perjudiciales para la masa activa; actos unilaterales del deudor que, aunque extinguen créditos vencidos, afectan a la *pars condicio creditorum*; y la enajenación de elementos imprescindibles para el buen funcionamiento de una empresa.

(53) Cfr. artículos 1295 y 1298 del Código Civil.

Finalmente, un párrafo tercero del artículo 73 LC añade que: «*El 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*» (54). Por tanto, parece que la Entidad acreedora no se verá perjudicada, en principio, por el ejercicio de la acción de reintegración, por cuanto que recupera su crédito actual y contra la masa, en su caso.

IX. LAS GARANTÍAS DE LA OBLIGACIÓN INICIAL

Lo accesorio sigue siempre a lo principal. La aplicación de esta regla a la extinción de una relación obligatoria por dación en pago conlleva afirmar que también se extinguen sus garantías. No obstante, la ley 495 Comp. Nav. hace una precisión en cuanto a este tema: «*Cuando el acreedor acepte la dación en pago de un objeto distinto del debido, la obligación se considerará extinguida tan solo desde el momento en que el acreedor adquiera la propiedad de la cosa subrogada, pero las garantías de la obligación, salvo que sean expresamente mantenidas, quedarán extinguidas desde el momento de la aceptación*». Con estos términos parece hacer referencia a dos momentos distintos: el de la extinción del crédito y el que se refiere a la extinción de las garantías de cumplimiento del mismo.

En el Código Civil tenemos tan solo una referencia a la extinción de la fianza en su artículo 1849: «*Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble, u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador*». Una interpretación estricta de este precepto permite afirmar que la extinción a la que se refiere es exclusivamente la de la fianza. Ahora bien, parece oportuno sostener, con un argumento *a fortiori*, que la dación en pago de una deuda pendiente es causa de extinción del crédito y de todas las garantías (ya sean personales o reales) que aquel conlleve, con base en el citado principio de accesoriedad. Cosa distinta será que la dación en pago extinga parcialmente la deuda pendiente de pago. En este caso, no parece oportuno hablar de extinción de las garantías porque el crédito se mantiene vivo (55).

Una cuestión distinta a tratar es la de si las garantías (ya extinguidas) renacen cuando lo hace el derecho de crédito primitivo, ante la impugnación de la

(54) Se discute si el acreedor recupera un crédito ordinario (con su privilegio, si lo tuviere) que aparecerá en la relación de créditos de todos los acreedores, o si simplemente estamos ante un crédito contra la masa (GONZÁLEZ BILBAO, E., *ob. cit.*, págs. 222-223).

(55) Cfr. artículo 1860 del Código Civil.

datio in solutum. Si el *accipiens* asume el riesgo de la pérdida de las garantías de cumplimiento del crédito cuando acepta la dación en pago, o si, por el contrario, no hacemos extensible a otras garantías (como puede ser la hipoteca) lo ya dispuesto por el artículo 1849 del Código Civil para el fiador.

Cuando una Entidad Financiera acreedora acepta activo inmobiliario en concepto de dación en pago, se extingue una relación obligatoria y la carga real (hipoteca) que aquella conlleva para garantizar su cumplimiento. Pero, como en cualquier otra situación en la que se extingue un crédito hipotecario, hay que distinguir entre la realidad extrarregistral y la registral. La hipoteca se extingue desde el momento en que se transmite el dominio del bien inmueble al *accipiens*; esto es, cuando se produce la dación en pago. Todo ello con independencia de que se cancele o no el correspondiente asiento registral donde consta una hipoteca ya desvirtuada.

Siendo esto así, cuando la Entidad Financiera inscriba su derecho adquirido mediante la dación en pago en el Registro de la Propiedad, se podrá tener en cuenta el artículo 190 del Reglamento hipotecario (56), que establece lo siguiente: «*Cuando un derecho inscrito se haya extinguido por confusión de derechos, no será necesario un asiento especial de cancelación, y bastará que el Registrador, a solicitud del interesado, practique la cancelación en el mismo asiento del cual resulte la extinción por confusión, extendiendo la oportuna nota de referencia al margen de la inscripción cancelada*». Se trata de un precepto que, aunque habla de confusión (figura prevista como causa de extinción de las obligaciones), parece estar pensando en la consolidación, causa de extinción de derechos reales. Al convertirse el acreedor en propietario del bien inmueble hipotecado a su favor, la naturaleza elástica del dominio hace que este reabsorba este derecho real. Esto es, el derecho real se extingue porque en una misma persona concurren la titularidad dominical y la del derecho real que lo grava (57).

Por otra parte, la situación que describe el artículo 190 RH no es una excepción al principio registral de rogación (art. 79 LH). Por consiguiente, la adjudicación en pago de una deuda del activo inmobiliario a la Entidad Financiera se inscribirá en el Registro de la Propiedad, pero no conllevará por sí sola la cancelación hipotecaria. Para proceder a esta cancelación se necesitará su petición, que se justificará en la propia consolidación, y que conducirá a la práctica de la nota marginal correspondiente (58).

Si esta cancelación no se llevara a cabo conforme al procedimiento señalado anteriormente, el mismo artículo 190 del RH indica que «*se practicará por otro asiento posterior a solicitud de cualquier interesado*». En tal caso, se tendrá que proceder a la correspondiente entrega de la carta de pago por parte

(56) En adelante RH.

(57) *Nemine res sua servit*.

(58) Vid. artículos 82 LH y 174 y 179 RH.

de la Entidad Financiera, titular del crédito hipotecario extinguido mediante dación en pago.

Ahora bien, ¿qué sucede si la Entidad Financiera no cancela la hipoteca? ¿Puede solicitar esta cancelación el titular de una segunda hipoteca con el fin de mejorar su rango?

Abordemos esta cuestión desde las consecuencias que se derivan de la posible impugnación de la dación en pago. Si hacemos extensible lo previsto en el artículo 1849 del Código Civil con respecto a la fianza a cualquier tipo de garantía, ya sea real o personal, estaríamos manifestando que, aunque se declare nula la dación en pago, las garantías nunca revivirán, con independencia de cuál sea su naturaleza, aunque sí lo haga el crédito que garantizaban. No obstante, si esta afirmación fuera cierta, habría que determinar el valor de una hipoteca no cancelada en el Registro de la Propiedad, en favor de una Entidad acreedora que observa cómo renace su derecho de crédito primitivo frente al deudor cuando la *datio in solutum* deviene ineficaz. Hay que tener en cuenta que a partir de este momento no cabría una cancelación hipotecaria. El crédito que garantiza renace y, por tanto, no cabe hablar de crédito extinguido. Estaríamos además ante una hipoteca que recobraría su virtualidad. Una hipoteca que seguiría desprendiendo efectos frente a terceros mediante la publicidad que le brinda el Registro de la Propiedad. Una situación distinta se plantea si, tras la dación en pago, se procede a la cancelación hipotecaria. Razón: la falta de efectos de la dación en pago no llevaría aparejado un renacimiento de la carga hipotecaria en favor del *accipiens*.

La relevancia práctica que contiene lo expuesto anteriormente, lo aporta el hecho de que pueda existir una segunda hipoteca sobre el bien inmueble entregado a la Entidad acreedora. Si la dación en pago deviene ineficaz, y la primera hipoteca no ha sido cancelada, el acreedor (que tiene atribuida esta garantía) mantendría su rango. No cabe la cancelación de la primera hipoteca sin cumplir lo previsto por el artículo 82 LH. En consecuencia, si el acreedor acepta la adjudicación de un activo inmobiliario (afecto a una segunda hipoteca) en pago de unas deudas pendientes, no le resulta ventajoso solicitar la cancelación de su hipoteca (59). Su cancelación supondría perder su rango. Aunque la reserva de rango tiene sentido solo si el renacimiento del crédito (cuando deviene ineficaz la dación en pago) conlleva también el de la hipoteca no cancelada registralmente. Siendo esto así, la carga hipotecaria se encontraría en un estado de latencia a la espera de proceder a su correspondiente cancelación registral.

(59) Todo ello dejando al margen todas aquellas cuestiones prácticas, derivadas de si a la Entidad Financiera le interesa más ejecutar su garantía hipotecaria sobre los activos inmobiliarios, que asumirlos con cargas hipotecarias, ya que esta última opción hace que el Banco o Caja asuma el riesgo de una posible pérdida de los bienes adjudicados por ejecución hipotecaria.

X. LA SIMULACIÓN DE LA DACIÓN EN PAGO

Una dación en pago simulada se presenta en muchos casos cuando se incorpora un pacto de retro. Esto es lo que sucede en el supuesto planteado en la RDGRN de 24 de septiembre de 2007 (FJ 1.º): Se presenta en el Registro de la Propiedad una escritura por la que una sociedad hace dación «en pago de las deudas que otra sociedad tiene contraída con una tercera de una participación indivisa de una finca». Se realiza esta dación en pago con pacto de retro «de manera que la cedente retraerá la cosa si el deudor o cualquier otra persona paga la misma cantidad en el plazo pactado». La escritura se presenta en el Registro de la Propiedad, una vez transcurrido dicho plazo sin que se haya ejercitado tal derecho, y el Registrador deniega su inscripción porque considera que estamos ante un supuesto de simulación negocial; que este negocio encubre un pacto comisorio prohibido por nuestro Código Civil (arts. 1859 y 1884 CC) (60).

Si la verdadera esencia del negocio celebrado conlleva una simulación negocial, habrá que sostener la nulidad de aquel. Para que la dación en pago con pacto de retro no encubra un pacto comisorio, no se tiene que deducir de ella una transmisión de la propiedad con fines de garantía, ni la adquisición de aquella solo si se impaga la deuda garantizada. Ha de quedar claro que la transmisión de la propiedad del bien entregado actúa como pago de una deuda pendiente. Siendo esto así, la dación en pago con pacto de retro sería válida.

Abunda en esta idea la RDGRN, de 5 de junio de 1991 (FJ 4.º), que manifiesta lo siguiente: la dación en pago en estos términos «no tiene virtualidad suficiente para justificar una transmisión definitiva del dominio; (...), no basta la común voluntad de transmitir y adquirir para provocar el efecto traslativo perseguido, pues, por una parte, rige la teoría del título y modo para la transmisión voluntaria e intervivos de los derechos reales (vid. art. 609 CC) y, por otra, la validez del contrato presupone la concurrencia de una causa suficiente que fundamente el reconocimiento jurídico del fin práctico perseguido por los contratantes (...). Por consiguiente, no se admite la dación en pago con pacto de retro cuando la verdadera voluntad no es «provocar una transmisión dominical actual y definitiva sino una transmisión provisional y cautelar a consolidar en caso de incumplimiento de una obligación» (61).

(60) En el mismo sentido, las SSTS de 15 de junio de 1999 y de 26 de abril de 2001. También las RRDGRN de 30 de septiembre de 1998 y 26 de marzo de 1999.

(61) La RDGRN de 5 de junio de 2001 señala que: «si bien el Código Civil admite expresamente la hipótesis de compraventa con pacto de retroventa (arts. 1507 y sigs. CC), rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (...)». Se aduce que en la venta con pacto de retro, «el vendedor que se reserva el derecho de recuperar no contrae por ello, y de presente, obligación alguna; se reserva una simple facultad jurídica cuya actuación se confía a su libre arbitrio durante el plazo que se

No obstante, también es cierto que, tal y como señala la RDGRN de 24 de septiembre de 2007 (FJ 2.º), aunque «la venta con pacto de retro ha sido vista frecuentemente con disfavor por encubrir a veces un pacto comisario; sin embargo, no puede presumirse ni la simulación ni el fraude de Ley cuando se realiza una dación en pago, aunque la misma sea con pacto de retro». El supuesto planteado considera que existen elementos contrarios a tal fraude: «el hecho de que el negocio sea de dación en pago de una deuda preexistente que se reconoce en la escritura, la circunstancia de que el retracto nunca llegó a ejercitarse, y (...) que el retracto se estableció, no a favor del deudor, sino del tercero que ha pagado por cuenta de tal deudor».

XI. CONCLUSIONES

- I. Que la dación en pago se ha convertido en un instrumento habitual de extinción de las relaciones obligatorias entre promotores inmobiliarios y Entidades Financieras, porque sirve para rebajar la *ratio* de morosidad de estas últimas. No obstante, la acumulación de activos inmobiliarios por parte de las Entidades acreedoras exige que estas realicen las correspondientes provisiones dinerarias derivadas del riesgo de la depreciación de valor de aquellos bienes en el mercado.
- II. Que no hay que confundir la dación en pago con la cesión de bienes, aunque ambas sean dos instituciones destinadas a satisfacer el interés del acreedor. Mediante la dación en pago el deudor transmite el dominio de un bien al acreedor, a fin de extinguir una relación obligatoria; mientras que la cesión de bienes supone un encargo, mandato o comisión para que el acreedor liquide el activo que con ese fin se cede.
- III. Que la *datio in solutum* tiene carácter real, y no es el resultado de la ejecución de un previo negocio novatorio, porque no existe un *animus novandi* sino un *animus solvendi*.
- IV. Que la Entidad Financiera, que recibe el dominio de los activos inmobiliarios mediante la dación en pago, se convierte a su vez en cesionaria

estipule, y solo su ejercicio presupone y fundamenta el simultáneo deber de reembolso del precio y demás gastos contemplados en el artículo 1518 del Código Civil; en cambio, si quien transmite el bien, que era ya deudor, “acepta dos cambiales libradas por el adquirente”, cuyo importe “es idéntico al de la deuda anterior que se declara extinguida”, y si además su tenencia por el transmitente y deudor le permite ejercitar el derecho retracto”, ello pone de manifiesto “que la transmisión por adjudicación en pago es un negocio por el que bajo la apariencia de una causalización suficiente —la extinción de un crédito preexistente— se pretende amparar una transmisión dominical que no tiene más justificación que la de servir de garantía a una obligación que, aunque se extingue, es inmediatamente sustituida por las incorporadas a las cambiales emitidas (...)».

de los contratos de compraventa pendientes (total o parcialmente) de ejecución.

- V. Que la impugnación de la dación en pago permite el renacimiento de la obligación inicial porque aquella está vinculada siempre a la correcta extinción de la relación obligatoria.
- VI. Que cabe la impugnación de la dación en pago preconcursal hecha en fraude de acreedores, si dicha dación, al reducir, la capacidad económica del deudor, afecta al régimen paritario de los acreedores.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M.: «La dación en pago», en *Extinción de Obligaciones*, director: José Ramón Ferrándiz Gabriel, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 429-442.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, EDERSA, Madrid, 2002.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: «El cumplimiento de las obligaciones», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1956.
- BICHERON, F.: *La dation en paiement*, LGDJ, París, 2006.
- CIAN, G., y TRABUCCHI, A.: *Comentario breve al Codice Civile*, CEDAM, Padova, 1997.
- DI MAJO, A.: *Dell'adempimento in generale*, Zanichelli Editore, Bologna, 1994.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. II, Civitas, Madrid, 1993.
- D'ORS, A.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, T. XXXVIII, vol. 2, EDERSA, Madrid, 2002.
- ENNECCERUS, L.; KIPP, Th., y WOLF, M.: *Tratado de Derecho Civil*, traducido y anotado por Pérez González, B. y Alguer, J., vol. 1.º, t. 2.º, Bosch, Barcelona, 1951.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.: «Naturaleza jurídica de la dación en pago», en *Anuario de Derecho Civil*, 1957, págs. 755-797.
- FINEZ RATÓN, J. M.: «La dación en pago», en *Anuario de Derecho Civil*, 1995, págs. 1467-1527.
- GONZÁLEZ BILBAO, E.: «La entrega de bienes como pago antes del concurso y su incierta reintegración», en *Revista Concursal y Paraconcursal*, núm. 7, 2007, págs. 215-223.
- MORENO QUESADA, B.: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 2, EDERSA, Madrid, 1981.
- PÉREZ GURREA, R.: «No cabe retracto arrendaticio urbano en la dación en pago de deuda», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2008, págs. 1385-1388.
- PULGAR EZQUERRA, J.: «Crisis inmobiliaria, daciones en pago y concurso de acreedores», en *Implicaciones financieras de la Ley Concursal: adaptado al Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo*, directores: Alonso Ureba, A. y Pulgar Ezquerra, J., La Ley, Madrid, 2009, págs. 619-663.
- SASTRE PAPIOL, S.: *La dación en pago*, Barcelona, Bosch, 1990.

ÍNDICE DE SENTENCIAS

- STS de 5 de marzo de 1965.
- STS de 7 de diciembre de 1983.
- STS de 4 de octubre de 1989.
- STS de 29 de abril de 1991.
- STS de 30 de marzo de 1992.
- STS de 2 de julio de 1992.
- STS de 4 de septiembre de 1992.
- STS de 8 de febrero de 1993.
- STS de 24 de febrero de 1993.
- STS de 28 de junio de 1993.
- STS de 2 diciembre de 1994.
- STS de 8 de noviembre de 1997.
- STS de 29 de enero de 1999.
- STS de 30 de noviembre de 2000.
- STS de 23 de septiembre de 2002.
- STS de 22 de mayo de 2003.
- STS de 12 de noviembre de 2004.
- STS de 22 de mayo de 2006.
- STS de 19 de octubre de 2006.
- STS de 1 de octubre de 2009.
- Tribunal Económico-Administrativo (vocalía 5.^a), de 15 de febrero de 2006.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 5 de junio de 1991.
- RDGRN 11 de julio 2007.
- RDGRN de 24 de septiembre de 2007.
- RDGRN 3 de septiembre de 2008.

RESUMEN

*DACIÓN EN PAGO
CRÉDITO HIPOTECARIO*

La dación en pago se ha convertido en una herramienta habitual de extinción de relaciones obligatorias en un marco de crisis económica como el actual. Los Bancos y las Cajas de Ahorro necesitan reducir su ratio de morosidad para aportar unos balances positivos en sus cuentas de resultados, y ello lo consiguen, ante la falta de liquidez de sus deudores, mediante la datio in solutum.

Aunque la dación en pago de deudas pendientes carece de su oportuno reconocimiento y regulación en el Código Civil, cabe deducir su presencia de lo dispuesto por el artículo 1166 del Código Civil. El carácter dispositivo de este precepto permite afirmar que el cumplimiento de un derecho de crédito se puede realizar de manera distinta a la primitivamente pactada, si existe consentimiento por parte del acreedor. Esta afirmación ha llevado, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, a estudiar la naturaleza jurídica de esta figura, a fin de dar respuesta a los numerosos interrogantes que su presencia conlleva, y que hemos tratado de plantear en este trabajo. Cada una de las soluciones aportadas han sido valoradas siempre desde una perspectiva práctica, porque no debemos olvidar que la dación en pago es un instrumento jurídico de una importancia económica incuestionable.

Palabras clave: dación en pago, cesión de bienes y crédito hipotecario.

ABSTRACT

*DATION IN PAYMENT
MORTGAGE LOAN*

In today's setting of economic crisis, dation in payment has become a regular tool for settling relationships of obligations. Commercial and savings banks need to reduce their bad debt ratio in order to find positive balances in their P&L accounts, and this they manage to do by means of datio in solutum when borrowers lack liquidity.

Although dation in payment of outstanding debts lacks proper acknowledgement and regulation in the Civil Code, its presence may be deduced from the terms of section 1166 of the Civil Code. Because of the nature of section 1166, it may be affirmed that a creditor's right may be satisfied in a way different from the manner originally accorded if the creditor consents to an alternative arrangement. This assertion has led, in both doctrine and case law, to some study concerning the juridical nature of the concept of dation in payment in order to find an answer to the numerous questions that its presence entails. Such an answer is attempted in this paper. Each of the solutions furnished has been evaluated from the practical perspective, because dation in payment is a legal instrument of unquestionable economic importance.

(Trabajo recibido el 19-5-2010 y aceptado para su publicación el 27-5-2011)

DERECHO COMPARADO

Propiciar y facilitar las inscripciones en el Procedimiento Registral peruano (1)

por

MAX ADOLFO PANAY CUYA

*Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú
Egresado de la Maestría en Derecho Civil y Comercial
en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
Laborando en la Gerencia Registral de la SUNARP*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. CARACTERÍSTICAS DEL REGLAMENTO ADMINISTRATIVO.
- III. EL ARTÍCULO 31 DEL TUO DEL REGLAMENTO GENERAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS.
- IV. EXPLICACIONES PARA EL ENUNCIADO: «PROPICIAR» Y «FACILITAR» LAS INSCRIPCIONES.
- V. OCASIONES EN DONDE LA IDEA DE «PROPICIAR» Y «FACILITAR» LAS INSCRIPCIONES HA SIDO CONSIDERADO EN LA FUNDAMENTACIÓN DE UNA DECISIÓN O PRETENSIÓN.
- VI. SENTIDO DE LOS TÉRMINOS «PROPICIAR» Y «FACILITAR» EN LA DISPOSICIÓN REGLAMENTARIA.
- VII. LA MOTIVACIÓN EN EL ACTO DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL.
- VIII. LA INTERPRETACIÓN COMO MEDIO PARA PROPICIAR Y FACILITAR LA INSCRIPCIÓN.
- IX. CONCLUSIONES.

(1) Ponencia expuesta en la IV Jornada Preparatoria del XI Congreso Nacional de Derecho Registral: «La función registral: avances en la orientación facilitadora de inscripciones», desarrollado los días 10 y 11 de septiembre de 2010 en la ciudad de Lima.

I. INTRODUCCIÓN

El tema *propiciar y facilitar las inscripciones en el procedimiento registral*, desde una perspectiva amplia, puede estar orientado con el principio administrativo de *indubio pro actione*. Desde una perspectiva restringida, ya sea entendido como una norma finalista o teleológica (nótese que el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos no lo reconoce en forma expresa como principio) o como un *principio* en sentido débil (2) —siguiendo las tesis de Riccardo GUASTINI y Paolo COMANDUCCI, entre otros—, el tema fue seleccionado porque resulta importante dotarle un contenido a los medios o conductas que pueden ser utilizados para la obtención de la finalidad de propiciar y facilitar las inscripciones, y que a su vez, sea conforme con la finalidad del Sistema Nacional de los Registros Públicos de otorgar seguridad jurídica a través de la publicidad de los registros jurídicos.

El principio administrativo de *indubio pro actione* «postula a favor de la mayor garantía y de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de acción y, por tanto, en sentido de asegurar, en lo posible, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento» (3). En ese sentido, estimamos que no solo la Administración debe resolver en el sentido más favorable a la continuación del procedimiento; adicionalmente, en cuestiones de fondo también debería resolverse en el sentido más favorable con la pretensión del administrado. En el Derecho Comparado encontramos esta realidad cuando la Norma Fundamental española obliga que la interpretación de las normas sean en sentido más favorable a la eficacia de los derechos fundamentales, «lo que equivale a una formal prohibición de las interpretaciones contra cives» (4).

En el ámbito nacional coadyuva a nuestra posición la constatación de que en nuestra Ley del Procedimiento Administrativo General —Ley núm. 27444— se denomina como *principio de eficacia* a la prevalencia de la finalidad del acto

(2) Empero, Alejandro NIETO denuncia lo siguiente: «El abuso de los principios ha degenerado en una resurrección del “método constructivo jurídico” expuesto y criticado en su día por Ihering: el jurista descubre en una norma un determinado elemento, de él deduce otros, luego junta varios elementos y de su unión aparecen otros nuevos hasta llegar a una institución y de ella a un sistema completo. [...] entre sus inconvenientes se encuentran (por no insistir en la proliferación, a la manera de las algas marinas) el convencionalismo y la irrealidad» (*Derecho Administrativo Sancionador*, págs. 43-44).

(3) Sentencia española de 16 de noviembre de 1970, que hacen referencia: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II, pág. 1404. En nuestro país encontramos este principio en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (confrontar Considerando 6 de la Resolución del Tribunal Constitucional, de 26 de mayo de 2010, Expediente núm. 00538-2010-PA/TC).

(4) *Ibid.*, pág. 1406. En similar sentido, pero vinculándolo al principio de legalidad, Juan Francisco LINARES expresa que «en la duda, debe estarse en favor de la libertad jurídica del administrado (...)» (*Derecho Administrativo*, pág. 47).

procedimental sobre los formalismos que: no inciden en la validez, no son importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

II. CARACTERÍSTICAS DEL REGLAMENTO ADMINISTRATIVO

En la doctrina administrativa se entiende que el reglamento es un conjunto de reglas técnicas dictadas por los funcionarios, pues los órganos administrativos son quienes dan a la reglas un contenido definitivo (5). VON MISES hace una crítica sobre la reglamentación porque originariamente los funcionarios tenían el deber de satisfacer las necesidades comunes, empero pasó a segundo plano cuando sus obligaciones se reglamentaron y fue suplantado por otro deber (de mayor control y responsabilidad): el cumplimiento escrupuloso de los reglamentos y procedimientos, aunque de ello no se dedujese necesariamente una mejora del bien común (6). Opinión que a pesar del tiempo en que fue formulada aun se mantiene actual, lamentablemente.

De otra parte, no hay duda de su carácter normativo y sus efectos se imponen como acto-regla, tanto a la Administración como a los administrados (7). De lo contrario, esto es, si el reglamento estuviera incorporado de enunciados que son simples declaraciones lógicas, desprovistas de efectos o consecuencias jurídicas —creación de derechos y deberes—; entonces no sería adecuado considerar tal declaración dentro de la noción de reglamento (8).

No obstante, esta última aseveración corresponde ser matizada en la medida que no todos los enunciados contenidos en un reglamento contendrán reglas de conducta o prescripciones. En palabras de Riccardo GUASTINI: «*Una prescripción es un enunciado que califica un comportamiento como obligatorio (o, si se prefiere, debido). Se entiende que el comportamiento en cuestión puede ser tanto una acción como una omisión*» (9). Así, en el reglamento también concurren enunciados que sirven para precisar el alcance de otras reglas o el sentido de términos empleados en otro lugar (10), es decir, *normas secunda-*

(5) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, tomo I, pág. 192.

(6) Citado por NIETO, Alejandro, *El procedimiento administrativo en la doctrina y la legislación alemanas*, pág. 79.

(7) Cfr. DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Tomo I, pág. 413. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op. cit.*, tomo I, pág. 191.

(8) GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General*. Tomo 1, pág. VII-17.

(9) GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, pág. 96.

(10) DU PASQUIER, Claude, *Introducción al Derecho*, pág. 60.

rias (11), pues son normas que dependen de otras y que sirven para explicarlas. Un ejemplo de lo manifestado está en las definiciones que están incorporadas en los diversos reglamentos.

El TUO del Reglamento General de los Registros Públicos no es ajeno a la realidad antes descrita; pues, a manera de ejemplo, podemos destacar los siguientes enunciados que contienen definiciones: el artículo 5 sobre *títulos conexos*, el artículo 6 sobre *partida registral*, el artículo 7 sobre *título*, el segundo párrafo del artículo 26 sobre *títulos incompatibles*, el primer párrafo del artículo 31 sobre *calificación registral*, el artículo 56 sobre *duplicidad de partidas*, el artículo 64 sobre *anotaciones preventivas*, el primer párrafo del artículo 75 sobre *inexactitud registral*. Además, encontramos otro tipo de norma llamada teleológica o finalista que será comentada más adelante. En todo caso, sin el ánimo de abarcar todas las posibilidades, lo importante es tener presente que los artículos del reglamento contienen disposiciones legales que no necesariamente se circunscriben en reglas de conducta o prescripciones.

III. EL ARTÍCULO 31 DEL TUO DEL REGLAMENTO GENERAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

El artículo a comentar reza de la siguiente manera:

La calificación registral es la evaluación integral de los títulos presentados al registro que tiene por objeto determinar la procedencia de su inscripción. Está a cargo del Registrador y Tribunal Registral, en primera y en segunda instancia respectivamente, en los términos y con los límites establecidos en este Reglamento y en las demás normas registrales.

En el marco de la calificación registral, el Registrador y el Tribunal Registral propiciarán y facilitarán las inscripciones de los títulos ingresados al registro.

(11) Respecto a la noción de normas primarias y secundarias resulta importante las palabras del jurista italiano Norberto BOBBIO: «*Lo que caracteriza a la distinción entre normas primarias y normas secundarias en todas sus acepciones es la individualización del fenómeno, que algunos incluso consideran específico del ordenamiento jurídico, de la presencia de normas cuya existencia está justificada por el hecho de que “se refieren a otras normas”*» (Contribución a la Teoría del Derecho, pág. 313).

IV. EXPLICACIONES PARA EL ENUNCIADO: «PROPICIAR» Y «FACILITAR» LAS INSCRIPCIONES

En el año 2005, cuando se incorpora la disposición reglamentaria referida a propiciar y facilitar las inscripciones en el Registro, surgieron las primeras voces que trataron de brindar una explicación sobre su contenido o alcance.

Así, se sostuvo que facilitar la inscripción de los títulos por el Registrador Público (sumado a la predictibilidad de sus decisiones y las del Tribunal Registral), constituye una de las condiciones para la inversión y el desarrollo económico de nuestro país. Esta aseveración implica que las actuaciones, orientadas a facilitar las inscripciones, se convierten en una suerte de necesidad para el desenvolvimiento económico; empero, de qué manera corresponde actuar para facilitar las inscripciones en el Registro. Básicamente, se respondió a la interrogante, señalándose lo siguiente: Si bien es cierto que la predictibilidad está sustentada en criterios adoptados con anterioridad para casos similares; también es cierto que, dichos criterios podrán cambiar siempre que propicie la inscripción (12).

Por consiguiente —para esta postura— si existe modificación del criterio que denegaba el acceso al Registro para obtener un criterio que propicia la inscripción, entonces se cumple la condición de facilitar la inscripción de los títulos.

Desde otra perspectiva (13), se ha mencionado que sobre la base de una de las funciones de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos [esto es, implementar en el Registro de Predios los mecanismos de desregulación que promuevan el acceso de la propiedad al registro (14)], el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos incorpora diversas disposiciones que facilitan y propician las inscripciones. Específicamente, las disposiciones reglamentarias del artículo 33 que hacen predecibles las decisiones de las instancias registrales, unifican sus criterios, establecen límites claros a la calificación y simplifican el procedimiento registral. Dicho en otro giro, el Registrador Público y el Tribunal Registral propician y facilitan las inscripciones cuando tienen la oportunidad de aplicar las disposiciones reglamentarias contenidas en el artículo 33.

A manera de corolario, se puede entender que —para esta última postura— sería suficiente la aplicación de diversas disposiciones reglamentarias para entender que se «propicia» y «facilita» las inscripciones en el Registro.

Posteriormente, en el año 2008, la celebración de un convenio interinstitucional también ha suscitado comentarios sobre su conexión con la idea de «propiciar» y «facilitar» las inscripciones en el Registro. En efecto, en la Re-

(12) VIII Jornada Preparatoria al VI Congreso Nacional de Derecho Registral: *Formalización de la propiedad y garantías reales: condiciones para la inversión y desarrollo económico*, organizado por la SUNARP y la Zona Registral núm. XIII - Sede Tacna, realizado en la ciudad de Tacna los días 19 y 20 de agosto de 2005.

(13) *Ibidem*.

(14) Confrontar el artículo 7 de la Ley 27755.

vista institucional de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos encontramos, a manera de explicación, que la suscripción del convenio entre la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) y el Servicio de Administración Tributaria (SAT) para el intercambio de información económica sobre deudores tributarios «*tiene por objeto establecer un marco de colaboración recíproca tendiente a propiciar y facilitar las inscripciones en el Registro de Propiedad Vehicular y en el Registro de Predios de Lima llevado por la SUNARP*» (15).

En tal sentido, la idea de «propiciar» y «facilitar» las inscripciones en el Registro también ha sido considerada dentro de las actuaciones propias de la gestión institucional de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

V. OCASIONES EN DONDE LA IDEA DE «PROPICIAR» Y «FACILITAR» LAS INSCRIPCIONES HA SIDO CONSIDERADO EN LA FUNDAMENTACIÓN DE UNA DECISIÓN O PRETENSIÓN

El ámbito disciplinario ha sido un escenario donde la idea de «propiciar» y «facilitar» las inscripciones en el Registro formó parte de la actividad argumentativa de los denunciantes y de los Registradores.

De un lado, cuando la solicitud de inscripción es denegada en virtud de la calificación registral realizada, a veces, ha generado la presentación de denuncias administrativas en las cuales señalan el supuesto incumplimiento del último párrafo del artículo 31 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos por la formulación de reiteradas observaciones que no propiciaron la inscripción del título.

De otro lado, cuando la solicitud de inscripción tiene acceso al Registro y el Registrador Público extiende el asiento de inscripción correspondiente, en algunas oportunidades, esa actuación del Registrador Público es materia de una denuncia administrativa. Frente a esa situación, el funcionario sustenta la legalidad de la inscripción —entre otros fundamentos— en la aplicación del último párrafo del artículo 31 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, pues propició y facilitó la inscripción.

Como puede apreciarse, un enunciado genérico como lo es el *propiciar* y *facilitar* la inscripción del título ha provocado su empleo en situaciones disímiles, lo cual no contribuye a encontrar claridad sobre el tema.

(15) *Actualidad Registral*. Revista Institucional de la SUNARP, pág. 12. Sin embargo, en la actualidad, se ha producido una modificación normativa; debido a que el artículo 9 de la Ley núm. 29566 (publicado en el diario oficial «El Peruano», el 28 de julio de 2010) prescribe lo siguiente: «*No constituye parte ni responsabilidad de la función registral la fiscalización del pago de tributos, ni de los insertos correspondientes que efectúe el notario*».

VI. SENTIDO DE LOS TÉRMINOS «PROPICIAR» Y «FACILITAR» EN LA DISPOSICIÓN REGLAMENTARIA

Tales términos se encuentran en el siguiente enunciado: «*En el marco de la calificación registral, el Registrador y el Tribunal Registral propiciarán y facilitarán las inscripciones de los títulos ingresados al registro*». Se trata de una disposición que tiene una forma imperativa (*propiciarán y facilitarán*), dirigida al Registrador y Tribunal Registral para que propicien y faciliten las inscripciones de los títulos en el marco de la calificación registral (16).

Para atribuirle el sentido al enunciado antes transcrito utilizaremos el siguiente esquema: «*Si A, entonces B*», en donde *A* constituye la parte hipotética que describe un hecho (supuesto de hecho), y *B* el efecto jurídico cuando ocurra el hecho descrito en la parte hipotética (17). Veamos:

- *Supuesto de hecho*: Si el Registrador realiza la función de calificación registral.
- *Consecuencia jurídica*: Propiciará y facilitará las inscripciones de los títulos ingresados al registro.

Bajo este esquema, el inconveniente reside en la comprensión de la consecuencia jurídica de la disposición reglamentaria, esto es, «*propiciará y facilitará las inscripciones de los títulos ingresados al registro*». En efecto, lo particular del enunciado en cuestión se encuentra en determinar los alcances de los términos *propiciar* y *facilitar*; pues si eliminamos estos del enunciado, el resultado sería una disposición que no incorpora novedad alguna porque la misma podría obtenerse del análisis de otras disposiciones relacionadas al ordenamiento jurídico registral. Nos explicamos, la disposi-

(16) Reformada la disposición de una manera sencilla, tenemos el siguiente enunciado: El Registrador y el Tribunal Registral (Sujeto) propiciarán y facilitarán (Verbos) las inscripciones de los títulos ingresados al registro (Complemento Directo), en el marco de la calificación registral (Complemento Circunstancial de modo).

(17) Natalino IRTI enseña que: «*El Derecho () establece efectos “para la hipótesis en que ocurra un determinado hecho”. La realización del hecho determina la producción de los efectos: “si A, entonces B; A es, entonces B”*» (Introducción al Estudio del Derecho Privado, págs. 66-67). En similar sentido, corresponde tener presente que: «*Los preceptos jurídicos tienen siempre una estructura hipotética, ya que hacen depender de la realización de sus supuestos el nacimiento de las consecuencias de derecho. Cuando aquellos se realizan, estas no pueden dejar de producirse o, lo que es igual, “necesariamente” se producen*» (GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Lógica del Juicio Jurídico*, pág. 158). Por su parte, Rafael HERNÁNDEZ MARÍN explica que: «*(...), casi cualquier norma jurídica es equivalente a una norma general y condicional, siendo el antecedente de la condición el supuesto de hecho, y el consecuente, la consecuencia; aunque, a primera vista, no siempre sean detectables esas características (o sea, el carácter condicional y general), ni tampoco la estructura supuesto de hecho-consecuencia*» (Introducción a la teoría de la norma jurídica, pág. 32).

ción contenida en el artículo 2011 del Código Civil peruano ya prescribía que el registrador inscribe los títulos luego de efectuada la calificación registral y no es necesaria la existencia de este último párrafo del artículo 31 del citado Reglamento para arribar a dicha prescripción. Por consiguiente, dilucidar el sentido de los términos *propiciar* y *facilitar* es importante para comprender el referido enunciado.

En el lenguaje jurídico, las palabras *propiciar* o *facilitar* no tienen un significado particular que se pueda distinguir del sentido común de las palabras, y por ello, acudimos al Diccionario de la Real Academia Española (18) para verificar sus respectivas acepciones:

Facilitar. 1. tr. Hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin. 2. tr. Proporcionar o entregar.

Propiciar. 1 tr. Ablandar, aplacar la ira de alguien, haciéndole favorable, benigno y propicio. 2 tr. Atraer o ganar el favor o benevolencia de alguien. 3 tr. Favorecer la ejecución de algo.

De esa manera, podemos entender que la palabra *propiciar* significaría: *Favorecer la ejecución de algo* (19), y la palabra *facilitar* significaría hacer posible la ejecución de algo o la consecución de un fin (20). Así, *propiciar* y *facilitar* consistiría en: favorecer o ayudar, y hacer posible la ejecución de algo. Este «algo» trasladado al campo registral recaería en la siguiente paráfrasis: *favorecer o ayudar, y hacer posible* la inscripción de los títulos ingresados al registro. Entonces, en realidad, el enunciado no prescribe una conducta a seguir, sino se trata de un enunciado que se limita a prescribir un fin sin señalar el medio o medios para obtenerlo (norma teleológica o finalista). Por tal razón, se afirma que la norma teleológica o finalista puede ser cumplida a través de cualquiera de los comportamientos que resulten idóneos para conseguir el fin prescrito (21).

Ahora bien, la comprensión que el enunciado solo prescribe una finalidad es conforme con las propuestas de reforma del Código Civil peruano, pues existe un proyecto con la siguiente redacción para el artículo 2011 (principio de rogación y calificación registral): «1. *Los registradores propiciarán y facilitarán las inscripciones*». Es en la Exposición de Motivos donde manifiestan que se trata

(18) Ver: http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura (visitado el 22 de julio de 2009).

(19) Conforme a la tercera acepción que le concede el Diccionario de la Real Academia Española.

(20) Conforme a la primera acepción que le concede el Diccionario de la Real Academia Española.

(21) Cfr. GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, pág. 115.

de una *declaración de principios* que tiene por objeto (fin) lograr el acceso al Registro de una mayor cantidad de títulos (22).

Entendemos que la expresión *declaración de principios* refiere a la idea de fijar condiciones marco para el proceso de acción y decisión política, «*pero no contiene ninguna regla singular susceptible de ejecución en un sentido judicial o administrativo*» (23).

A manera de corolario, podemos manifestar que el enunciado: «*En el marco de la calificación registral, el Registrador y el Tribunal Registral propiciarán y facilitarán las inscripciones de los títulos ingresados al registro*», no es una regla de conducta; sino una norma teleológica o finalista de carácter genérico, pues «*puede ser realizada o concretada de muchas manera distintas y alternativas*» (24).

No obstante, aún persiste la cuestión de responder cómo se logra esta finalidad, es decir, cuál es la conducta o conductas que debe realizar el funcionario para conseguir el fin de propiciar y facilitar la inscripción.

Primera posibilidad: el modo de *favorecer* o *ayudar* la inscripción de los títulos ingresados al registro consiste en usar el marco de la calificación registral. Sin embargo, esta percepción es insuficiente, porque: a) es igual a que si entendiéramos el último párrafo del artículo 31 del citado Reglamento sin el término *propiciar y facilitar*, esto es, realizar la inscripción cumpliendo, previamente, la función de calificación registral determinada en el artículo 2011 del Código Civil peruano y el artículo 32 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos (25); y por ende, nos encontraríamos frente a una norma que carece de disposición (26); b) no determina la actuación o comportamiento del

(22) Proyecto de reformas al Libro IX: Registros Públicos, págs. 1-2.

(23) BÖCKENFÖRDEN, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pág. 17. Citado por LANDA ARROYO, César, *Constitución y Fuentes del Derecho*, pág. 72. Si bien es cierto que el enunciado que hemos citado está referido a la Constitución; también lo es que resulta plenamente pertinente para comprender los principios, sean constitucionales o de índole administrativo. En efecto, no debe olvidarse que diversos principios se encuentran en disposiciones legales de diversas las ramas del Derecho como el Civil, Penal, Laboral, Tributario, etc.

(24) GUASTINI, Riccardo, *Interpretación, Estado y Constitución*, pág. 60.

(25) «El registrador (...) al calificar y evaluar los títulos ingresados para su inscripción, deberán: a) Confrontar la adecuación de los títulos con los asientos de inscripción de la partida registral en la que se habrá de practicar la inscripción (...); b) Verificar la existencia de obstáculos que emanen de la partida (...); c) Verificar la validez y naturaleza inscribible del acto...; d) Comprobar que el acto o derecho inscribible, (...), se ajusta a las disposiciones legales...; e) Verificar la competencia del funcionario... que autorice o certifique el título; f) Verificar la capacidad de los otorgantes por lo que resulte del título, de la partida registral vinculada (...).».

(26) «En sentido débil, una norma está privada de disposición cuando no es obtenida de una única disposición, sino de una pluralidad de disposiciones combinadas entre sí. Por ejemplo, la norma según la cual son electores todos los ciudadanos que hayan cumplido los dieciocho años es el resultado de la combinación de dos disposiciones: el artículo 48.1,

Registrador que debe realizar para poder *propiciar y facilitar* la inscripción o, expresado de otra manera, no determina la conducta *especial* a realizar dentro de la función de calificación registral para cumplir con la finalidad de *propiciar y facilitar* la inscripción.

Segunda posibilidad: el modo de *favorecer* o *ayudar* la inscripción de los títulos ingresados al Registro podría entenderse en el sentido de que el campo de acción estaría en la actividad interpretativa del Registrador Público y el Tribunal Registral. Así, se trataría de realizar la interpretación que *favorezca* o *ayude* a que el título pase satisfactoriamente el tamiz de la función calificadora del registrador. Dicho en otro giro, mediante la interpretación de las disposiciones legales debería propenderse a la obtención del acceso al Registro de una mayor cantidad de títulos. Las palabras de Juan Francisco LINARES invitan a la reflexión respecto a la labor de interpretación: «No debe confundirse, como regla, el interés del Estado, ejercido por cualquiera de sus poderes, con la justicia como valoración, o con el bien común, o interés general o interés público. A veces el salvar un interés particular puede ser el verdadero y supremo interés público» (27).

Centrándonos en el ámbito registral, la publicidad del acto contenido en el título es el medio para lograr el interés general de la seguridad de la circulación de los bienes y evita al adquirente que sea perjudicado por actos precedentes de disposición que se hayan ocultado (28). De esta manera, es posible entender que la inscripción en el Registro corresponde con el interés público: «La publicidad no interesa solamente a ciertas personas, sino también —en la mayoría de casos— a los terceros en general, e incluso al Estado, que considera como un interés propio la seguridad de las relaciones jurídicas mediante un buen sistema de constatación pública» (29).

Bajo este contexto se comprende que la función de calificación registral desde la perspectiva de los terceros, convierte al Registro —en palabras de Raúl GARCÍA CONI— en «un verdadero “defensor de ausentes”» (30). Es decir, la defensa de los ausentes no ocurre en el procedimiento de inscripción registral mediante una visión que proyecta como finalidad la denegación de la inscripción; al contrario, a través de la inscripción en el Registro se defiende a los adquirentes que son terceros ausentes de los negocios jurídicos o los hechos que puedan haber producido consecuencias jurídicas en oposición a sus intereses, y además, hayan permanecido ocultos.

Const. it. (“Son electores todos los ciudadanos [...] que han alcanzado la mayoría de edad”), y el artículo 2.1, Cod. Civ. It. (“La mayoría de edad se establece en el cumplimiento del decimotercero año”). GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, pág. 103.

(27) LINARES, Juan Francisco, *op. cit.*, págs. 46-47.

(28) Cfr. BIANCA, C. Massimo, *Derecho Civil. 3. El contrato*, pág. 600.

(29) BARASSI, Lodovico, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. II, pág. 462.

(30) GARCÍA CONI, Raúl, *El contencioso registral. Recursos y subsanaciones*, pág. 130.

Legislativamente, ampara nuestra posición que el inciso *b*) del artículo 3 de la Ley 26366 señala que una de las garantías del Sistema Nacional de los Registros Públicos (SUNARP) es «*la seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparen en la fe del Registro*» (31).

Evaluadas las dos posibilidades que han sido brevemente expuestas, concluimos que el camino a seguir está en la última. Empero, surgen otras inquietudes: ¿en todos los casos se interpreta?, ¿y cómo interpretar? Aun falta la identificación de algún itinerario interpretativo que deberíamos emplear para la consecución de esa finalidad.

Respecto a la primera pregunta, puede ser respondida de la siguiente manera: Si consideramos que casi todos los textos normativos tienen una dosis de vaguedad e indeterminación, entonces «*en el seno del significado de todo texto normativo puede distinguirse un “núcleo esencial” luminoso y, en torno suyo, una indefinida “zona de penumbra”*» (32), lo cual explica la existencia de casos «fáciles» (33) (esto es, casos que seguramente ingresan en el campo de aplicación de la norma) y casos «difíciles» (esto es, casos en donde la aplicabilidad de la norma es debatible por estar en la «zona de penumbra»).

Desde otro punto de vista, en los casos «fáciles» no hay deliberación, sino la simple aplicación de la regla de conducta (*juris-dictio*, decir el derecho para el caso). Por el contrario, en los casos «difíciles» se requiere deliberación práctica (*juris-prudentia*, ponderar el Derecho para el caso) (34).

Sobre la base de lo antes manifestado, sería en los casos «difíciles» en donde el intérprete ejerce discrecionalidad al momento de la elección entre

(31) A consideración de Gunther GONZALES BARRÓN, no solo se trata de *seguridad jurídica*, sino de *seguridad justa*: «*El Registro es una institución creada para dar respuesta a las apremiantes necesidades de facilitación del tráfico patrimonial, de certidumbre en la titularidad de los derechos y estabilidad en la circulación de la riqueza, por lo que se debe encuadrar como una figura de SEGURIDAD JUSTA, y no solo ante un instituto de mera seguridad vaciado de contenido o sin finalidades valiosas*» (Introducción al Derecho Registral y Notarial, pág. 35).

(32) GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, pág. 16.

(33) «*También en los casos llamados “fáciles”, cuando parece relativamente indiscutible la inclusión de un determinado supuesto en el campo de aplicación de una norma, el presupuesto viene representado siempre por la interpretación y por la decisión relativa al significado más apropiado que hay que atribuir al texto*» (VIOLA, Francesco, y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del Derecho*, pág. 125). Sin embargo, como señala María BONO LÓPEZ, «*sostener que ningún enunciado lingüístico escapa al proceso de interpretación, por las lagunas de la comunicación en forma de vaguedades y ambigüedades, implicaría, desde mi punto de vista, afirmar que la posesión y uso de un lenguaje articulado entre los seres humanos siempre conduciría al fracaso del acto de comunicación*» («La racionalidad lingüística en la producción legislativa», en *Elementos de técnica legislativa*. Coordinadores: Carbonell, Miguel; Pedroza De La Llave, Susana Thalfá, pág. 171).

(34) Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, «Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras», en *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*, pág. 29.

dos o más soluciones alternativas (35). Así, preferimos otorgar un sentido restringido a la idea de interpretación, pues: «*No se puede, en efecto, hablar de interpretación sino en presencia de una cierta dosis de problematicidad, de no obviedad, de duda, que sirve para legitimar el pluralismo interpretativo, la existencia de una multiplicidad de posibles interpretaciones que entran en competencia entre sí. (...) La pluralidad de interpretaciones funciona dentro de un espacio interpretativo que consiente interpretaciones razonablemente diversas*» (36).

Por consiguiente, la finalidad de propiciar y facilitar la inscripción del título puede ser realizada a través de la actividad interpretativa frente a los casos «difíciles», en donde, el Registrador Público y/o el Tribunal Registral decidirá por la interpretación que culmine con la inscripción del título o ante la hipótesis que se produzca una interpretación que deniega la inscripción y otra interpretación que conduce a la inscripción del título, elegirá esta última.

Este escenario recuerda al método de los *argumentos de escopeta*, un método que busca considerar todos los argumentos (a favor y en contra) y, en ocasiones, incluyendo los argumentos no interpretativos de justicia y buena política. Así ha ocurrido en la Corte Suprema de los Estados Unidos; pues analiza todos los argumentos posibles y en virtud de que algunos de estos están en conflicto, entonces los tiene que *balancear* y *pesar* para adoptar una decisión (37). Empero, en el caso de nuestro Registrador Público y/o Tribunal Registral la decisión siempre estará inclinada a favor de la inscripción de acuerdo a la norma teleológica o finalista contenida en el último párrafo del artículo 31 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos.

En definitiva, la actividad de interpretación no consiste en descubrir, reconocer y aclarar los enunciados normativos, sino mediante una elección atribuir el significado a los enunciados normativos (38).

VII. LA MOTIVACIÓN EN EL ACTO DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Ahora bien, si se ha establecido que la finalidad de propiciar y facilitar las inscripciones será conseguida a través de la actividad interpretativa; entonces corresponde describir la siguiente particularidad que ocurre en la primera instancia registral: en el acto de inscripción (esto es, la redacción del asiento de

(35) Cfr. GUASTINI, Riccardo, *op. cit.*, págs. 16-17.

(36) VIOLA, Francesco, y ZACCARIA, Giuseppe, *op. cit.*, pág. 125.

(37) SUMMERS, Robert, *Sobre la interpretación legislativa ideal*, págs. 122-124.

(38) Cfr. COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento Jurídico. Elementos para un modelo*, págs. 94-95.

inscripción en la partida registral) no hay exposición de las razones jurídicas y normativas que justifican su realización, según lo requiere la literalidad del punto 6.1. del artículo 6 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley 27444); y por ende, no sería motivado. Solo si el Registrador deniega la inscripción del título, entonces el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos prescribe que motivará dicha decisión (39).

Prima facie, el acto de inscripción carecería del requisito de motivación; sin embargo, esta apreciación se concilia si verificamos las siguientes referencias de la doctrina:

Tomás-Ramón FERNÁNDEZ explica que mientras la *motivación* es la expresión externa de las razones que sirven de fundamento a la decisión, la *fundamentación* de la decisión es la documentación que conforma el expediente en todo el procedimiento y lo diferencia de lo arbitrario (40). Así, usando las expresiones del citado autor, podemos señalar que en el acto de inscripción no hay motivación; sino *fundamentación*. Empleando otros términos, Gabino FRAGA distingue entre *motivo* y *motivación*: «El “motivo” es el antecedente que provoca el acto, es decir, una situación legal o de hecho prevista por la ley como presupuesto necesario de la actuación administrativa. La “motivación” es el juicio que forma la autoridad al apreciar el motivo y al ligarlo con la disposición de la ley aplicable, es decir, es la expresión de las razones que fundan y justifican el acto de la autoridad» (41). En resumen, y desde un punto de vista restringido, en el procedimiento de inscripción registral no habría *motivación*, sino *motivo* o *fundamentación*, esto es, la documentación «en que se fundamenta inmediata y directamente el derecho o acto inscribible y que, por sí solos, acrediten fehaciente e indubitadamente su existencia» (42).

Sin embargo, desde un enfoque amplio, Ángel BALLESTEROS FERNÁNDEZ señala —sobre la base de la jurisprudencia española— lo siguiente: «la jurisprudencia se muestra cada vez más flexible, “estimando que los razonamientos que pueden faltar en el acto administrativo que remite al expediente, pueden muy bien verse suplidos con los informes técnicos que le preceden y con los demás datos incorporados a las actuaciones con las que establece un principio de unidad y de complementariedad entre unas y otras, lo que da lugar a la

(39) En el artículo 39 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos (Resolución núm. 079-2005-SUNARP/SN del 21 de marzo de 2005) se indica que: «Todas las tachas y observaciones serán fundamentadas jurídicamente y se formularán por escrito en forma simultánea, bajo responsabilidad (...)».

(40) Cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, págs. 99-100.

(41) FRAGA, Gabino, *La motivación de los actos administrativos*, pág. 321.

(42) Primer párrafo del artículo 7 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos (Resolución núm. 079-2005-SUNARP/SN del 21 de marzo de 2005).

llamada motivación *in aliunde*” (STS de 3 de julio de 1990)» (43) (subrayado es agregado).

De otra parte, Juan Carlos CASSAGNE explica que, en general, a nivel doctrinario (por ejemplo, Francia) se niega la existencia de la obligación genérica de motivar todos los actos administrativos salvo que la respectiva exigencia provenga de una norma expresa o de la naturaleza del acto (44). No obstante, legislativamente en nuestro país no se ha adoptado esta postura pues tenemos el punto 6.1 del artículo 6 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley 27444).

Sin dejar de lado estas reflexiones de la doctrina, apreciamos que en las conclusiones del XVI Congreso Internacional de Derecho Registral —realizado en la ciudad de Valencia— se afirma la existencia de *motivación* del acto de inscripción; pues manifiesta que si la decisión del Registrador Público es favorable a la inscripción, entonces la motivación «*viene recogida en todo el contenido del asiento registral previo al acta de inscripción*» (45); asimismo, Francisco Javier GÓMEZ GÁLIGO —refiriéndose a la realidad española— agrega que: «*Por esa razón el acta de inscripción, en la práctica, suele expresarse diciendo: “En su virtud, inscribo...” porque el contenido previo del asiento es justificativo de la decisión de inscribir*» (46).

Traducido a nuestra realidad significaría que, en el procedimiento de inscripción registral encontramos la presencia de una motivación *in aliunde* (en la connotación de la STS de julio de 1990) y estaría representada en toda la documentación contenida en el título materia de la calificación registral: instrumentos públicos, esquelas de observación, escritos de subsanación, etc.

Una vez conciliada la particularidad del acto de inscripción y el deber de motivación de los actos administrativos, corresponde manifestar que en el tema materia del presente trabajo la motivación *in aliunde* ofrece problemas en los casos «difíciles», pues solo contaremos con la documentación que fundamenta el acto de inscripción pero no aparecerá la exteriorización del razonamiento adoptado por el Registrador Público. Esta situación, en varias ocasiones, hace que dicha cuestión se traslade al ámbito de las denuncias administrativas en la medida que los terceros ajenos al procedimiento de inscripción registral (denunciantes) que estimen como ilegal el menoscabo ocasionado por las consecuencias de la inscripción acudirán a dicho mecanismo en la búsqueda de un pronunciamiento por parte de la Administración que sea coincidente en cuanto a la valoración de ilegalidad esgrimida. Como ejemplo de esta realidad podemos señalar las denuncias por inscripciones de diversos Consejos Directivos de Asociaciones

(43) BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel, *Manual de Administración Local*, pág. 339.

(44) Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo*, pág. 214.

(45) Conclusiones sobre la calificación registral, página 4 del documento en formato PDF.

(46) Ponencia para el XVI Congreso Internacional de Derecho Registral realizado en la ciudad de Valencia, página 4 del documento en formato PDF.

en el Registro de Personas Jurídicas de Lima y cuyas pugnas internas —en algunas oportunidades— han desencadenado manifestaciones públicas en el local de la Entidad.

Claro está, la situación antes señalada no enerva lo desarrollado en el presente trabajo, sino que demuestra la complicación, en determinados escenarios, para conocer la interpretación realizada por el Registrador Público. Efectivamente, decimos que hay *complicación* y no *imposibilidad* porque usualmente en los casos «difíciles» encontraremos de manera adicional pronunciamientos —tanto del Registrador Público como del administrado que solicita la inscripción— que permitirán desentrañar la interpretación realizada.

VIII. LA INTERPRETACIÓN COMO MEDIO PARA PROPICIAR Y FACILITAR LA INSCRIPCIÓN

Como se ha explicado, la disposición reglamentaria de propiciar y facilitar la inscripción del título —desde el punto de vista de su estructura— es una norma teleológica o finalista. Adicionalmente, entendemos que —desde el punto de vista funcional— dicha disposición es un instrumento de política del Derecho empleado por los funcionarios para configurarlo como un *principio implícito* que sirve para favorecer interpretaciones *adecuadoras* a la finalidad de propiciar y facilitar la inscripción, y a su vez, para desacreditar las interpretaciones literales que no sean acordes con esa finalidad (47).

Ahora bien, el medio para lograr propiciar y facilitar la inscripción de un título está en la actividad interpretativa, razón por la cual, esta norma teleológica o finalista corresponde desarrollarse en armonía con el deber de las autoridades respecto al procedimiento administrativo, en general, y al procedimiento de inscripción registral, en particular, de «*interpretar las normas administrativas de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen, preservando razonablemente los derechos de los administrados*» (48).

Así, frente a la solicitud de inscripción en donde se advierta que se trata de un caso «difícil», se decidirá por la interpretación que sea a favor de la inscripción del título cuando con esta se alcance la finalidad pública del Registro, esto es, garantizar *la seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparen en la fe del Registro* a través de la protección de los adquirentes que son

(47) Cfr. COMANDUCCI, Paolo, *Democracia, derechos e interpretación jurídica. Ensayos de teoría analítica del Derecho*, págs. 119-122.

(48) Numeral 8 del artículo 75 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley núm. 27444). Juan Carlos CASSAGNE señala que: «En el Derecho Administrativo, el método de interpretación ha de ser, a la vez, esencialmente finalista y realista, teniendo en cuenta las reglas que proporciona la teoría de la hermenéutica (...)» (*Derecho Administrativo*, Tomo I, pág. 155).

terceros ausentes frente a los negocios jurídicos ocultos (porque no accedieron al Registro) que pueden haber producido consecuencias jurídicas en oposición a sus intereses (49). En efecto, aunque los Registros de la Propiedad han sido establecidos para proteger tanto la seguridad del título como la seguridad de las transacciones, es evidente que los sistemas occidentales acentúan la seguridad de las transacciones para facilitar que los activos de las personas lleven una vida paralela como capital (50).

Benito ARRUÑADA distingue dos supuestos: «*Por un lado, aquellos casos de rigor aparentemente excesivo, pero motivados de hecho porque el registro aplica correctamente una legislación que es, en sí misma, insensatamente rigurosa. Por otro lado, merecen un tratamiento distinto aquellos otros casos en que el registro sí efectúa una interpretación excesivamente rigurosa de una ley potencialmente flexible, supuesto este que sí procede calificar de rigorismo*» (51). Una muestra del primer supuesto en nuestro país lo apreciamos, por ejemplo, cuando —en un primer momento— el Reglamento Nacional de Vehículos estableció para los vehículos especiales el requisito de una autorización previa del Ministerio de Transportes y Comunicaciones; y sin embargo, dicha autorización no había sido implementada por el propio Ministerio, lo cual generó denegatorias de inscripción en el Registro de Propiedad Vehicular y que eran materialmente imposibles de cumplir por los usuarios (a pesar de que se cumplía estrictamente con la disposición reglamentaria) (52). A diferencia, el segundo supuesto ingresa

(49) Por su parte, en el Manual Oficial de los Servicios Registrales de la SUNARP se señala que: «*La finalidad de la institución registral es la de brindar seguridad jurídica, en el sentido más amplio de la expresión, y esta seguridad jurídica registral se manifiesta en dos momentos: 1.º Seguridad Jurídica Dinámica o en la contratación, consiste en brindar información a los contratantes sobre vigencias de apoderados y de quienes son los reales propietarios (...). 2.º Seguridad Jurídica estática, que no es otra cosa que la intangibilidad del contenido de los asientos registrales*» (pág. 46).

(50) DE SOTO, Hernando, *El misterio del capital. Por qué el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo*, págs. 91-92. En contra: «*Y mal podría lograrse la "protección del crédito" si antes no se asegura la base jurídica sobre la cual ha de recaer la garantía*» (CHICO Y ORTIZ, José María, *Seguridad jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios*, pág. 20). «*Tradicionalmente se viene configurando la finalidad de dotar a los Registradores de un ámbito de calificación importante en la necesidad de dar seguridad a las relaciones jurídicas y fomentar, en consecuencia, el tráfico de inmuebles. En efecto (...), todos los sistemas jurídicos tratan lógicamente de arbitrar medidas de organización jurídica en la contratación inmobiliaria, basados en principio de agilidad pero también de seguridad jurídica, de manera que aun favoreciendo dicha contratación se descansen siempre en bases sólidas*» (GOMEZ GALLIGO, Francisco Javier, *Defectos en los documentos presentados a inscripción en el Registro de la Propiedad. Distinción entre faltas subsanables e insubsanables*, págs. 98-98).

(51) ARRUÑADA, Benito, *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*, pág. 387.

(52) Confrontar las vicisitudes del artículo 42 y la décima disposición complementaria del Reglamento Nacional de Vehículos (Decreto Supremo 058-2003-MTC).

dentro del ámbito de la actividad interpretativa y es en donde interviene tanto la norma teleológica o finalidad de propiciar y facilitar las inscripciones como la interpretación teleológica.

En tal sentido, la interpretación teleológica (53) tiene una preferencia dentro de los métodos de interpretación a utilizar. Esta preferencia interpretativa no es extraña, pues ya Aulis AARNIO explicaba que la burocracia usa una racionalidad técnico-instrumental, en donde, todas las actividades están subordinadas a ciertos objetivos dados, y por ende, se trata de una racionalidad teleológica (54). Claro está, si se justifica el empleo de este método interpretativo sobre los demás, la estructura de la justificación puede ser la siguiente:

La disposición D significa S, según el método de interpretación T (teleológico), que ha sido usado con preferencia a otros porque propicia y facilita las inscripciones que son valiosos como instrumentos para alcanzar otros valores como lo es *la seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparen en la fe del Registro* (55).

De esta manera, de acuerdo a la Ley del Procedimiento Administrativo General —y no por elección del intérprete— corresponde adoptar la postura en donde, dentro de los métodos de interpretación, la interpretación teleológica (o *argumento del propósito final* conforme lo manifiesta Robert SUMMERS) tiene la *supremacía del peldaño máximo* (56) y se deja de lado el método de los *argumentos de escopeta*.

En el Derecho Comparado, la Dirección General de los Registros y del Notariado de España —mediante Resolución de 19 de abril de 2006— respecto a la labor de interpretación ha manifestado que la calificación registral no autoriza al Registrador para decidir: *«que frente a determinada interpretación de la ley sustentada por la jurisprudencia y por un amplio sector de la doctrina científica deba prevalecer otro criterio de su aplicación, con el resultado de*

(53) Específicamente, se entiende que *«los argumentos teleológicos-objetivos se caracterizan porque quien argumenta se refiere no a fines de personas realmente existentes en el pasado o en el presente, sino más bien a fines “rationales” o “prescritos” objetivamente en el contexto del ordenamiento jurídico vigente»* (ALEXY, Robert, P., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, pág. 332). En el ámbito registral, este fin prescrito es *la seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparen en la fe del Registro*. Sin embargo, corresponde agregar que dicha teoría de la intencionalidad no es una suerte de panacea, porque *«si bien se concentra en el propósito “objetivo” de la norma, termina distorsionando su significado original y convirtiendo en impredecible cualquier resultado interpretativo, pues caben todos los significados posibles»* (cfr. ZUSMAN, T. Shoschana, *Dilemas y paradojas del razonamiento legal*, pág. 235).

(54) AARNIO, Aulis, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, págs. 291-292.

(55) Cfr. GASCÓN ABELLÁN, María, y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J., *La argumentación en el Derecho*, pág. 219.

(56) SUMMERS, Robert, *op. vit.*, pág. 122.

impedir la inscripción solicitada, de suerte que quedaría menoscabada la seguridad jurídica y se provocaría al presentante una verdadera indefensión» (57).

Recientemente en el Perú, en el LXII Pleno del Tribunal Registral —realizado los días 5 y 6 de agosto de 2010— se acordó el siguiente precedente de observancia obligatoria:

CUARTO PRECEDENTE
ANOTACIÓN PREVENTIVA DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA NOTARIAL

«Cuando el trámite de prescripción adquisitiva notarial comprenda la integridad de un predio inscrito, no resulta exigible el cumplimiento del requisito previsto en el artículo 105 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios relativo a la presentación de los planos de ubicación y localización».

Criterio sustentado en las Resoluciones número 198-2008-SUNARP-TR-T del 12-9-2008 y número 134-2009-SUNARP-TR-A del 13-4-2009.

Dicho precedente no se sustenta en alguna resolución que haya desarrollado el tema de propiciar y facilitar las inscripciones en el Registro; sin embargo, consideramos que a la argumentación realizada por el Tribunal es posible incluir el tema que nos ocupa. La propuesta sería de la siguiente manera:

En la Resolución número 134-2009-SUNARP-TR-A, del 13 de abril de 2009, la Quinta Sala del Tribunal Registral señala que si bien es cierto que el inciso «b» del artículo 105 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios prescribe que para la anotación preventiva de prescripción adquisitiva debe adjuntar planos de ubicación y localización del predio; también lo es que, dicho requisito *«tiene sentido cuando el predio materia de prescripción es una porción sección del predio inscrito y no cuando dicho trámite versa sobre la integridad del predio inscrito, sin modificación alguna»* (58).

Es decir, a pesar de que la literalidad del enunciado contenido en el artículo 105 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios establece como requisito la presentación de los planos de ubicación y localización del predio, se propone una interpretación restrictiva señalando que los mismos solo son necesarios cuando la prescripción trata de una porción o sección del predio inscrito.

En efecto, en la misma resolución se indica que la argumentación se sustenta en una interpretación restrictiva (correctora) que distingue entre la prescripción

(57) Boletín Oficial del Estado, núm. 128 del 30 de mayo de 2006, pág. 20346. Obtenido en formato PDF de la siguiente dirección visitada el 30 de agosto de 2010: <http://www.boe.es/boe/dias/2006/05/30/pdfs/A20340-20348.pdf>

(58) Cfr. <http://www.sunarp.gob.pe/TPrecedentes.asp?ID=2045> (visitado el 24 de setiembre de 2010).

de la integridad del predio inscrito y la prescripción de una parte o sección del predio inscrito. Empero, ¿por qué realizar una interpretación correctora? Si consideramos que la interpretación correctora pretende la *corrección* de la voluntad legislativa (asumiendo que el legislador siempre dice lo que pretende) (59); entonces, encontraremos esa voluntad de manera objetiva a través de los fines racionales o prescritos en el contexto del ordenamiento jurídico vigente, esto es, la finalidad de propiciar y facilitar las inscripciones manteniendo la seguridad jurídica cuando con esta se alcance la finalidad pública del Registro, esto es, garantizar *la seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparen en la fe del Registro* a través de la protección de los adquirentes que son terceros ausentes frente a los negocios jurídicos ocultos (porque no accedieron al Registro) que pueden haber producido consecuencias jurídicas en oposición a sus intereses. Por consiguiente, la finalidad de propiciar y facilitar las inscripciones sería la justificación a la realización de una interpretación correctora.

De otra parte, en la interpretación teleológica también es posible aunar el principio administrativo de eficacia señalado en la Ley del Procedimiento Administrativo General: el intérprete debe *prevalecer* el cumplimiento de la finalidad del acto sobre las formalidades no esenciales que no perjudique al administrado (60).

Sobre este aspecto, resulta importante considerar el carácter derrotable o revisable de las normas que comprenden tanto a los principios como las reglas (estas últimas de manera excepcional). En este último caso, las reglas fracasan porque —siguiendo a Manuel ATIENZA— su dimensión directiva puede no coincidir con su dimensión justificativa. La derrotabilidad o no de la norma puede explicarse si señalamos que las normas jurídicas llevan una suerte de cláusula de «a no ser que...»: «“si X, y a no ser que..., entonces es obligatorio (está permitido, debe procurarse, etc.) Y” (norma de acción o de fin); “si X y Z realiza Y y a no ser que... entonces se produce el resultado R” (norma que confiere poder)» (61).

Entonces, debemos encontrarnos dentro del escenario de los casos «difíciles» para poder decir que una regla es derrotable, en donde, además de lo señalado en los párrafos anteriores, ocurre que existe una regla aplicable cuyo conteni-

(59) Cfr. GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, pág. 31. Sobre la base de lo mencionado por Santos BRIZ, José PUIG BRUTAU señala que en la interpretación restrictiva: «el intérprete llega a la conclusión de que es necesario rectificar la letra de la ley, “aunque esté redactada con palabras claras y precisas”, para que concuerde con su espíritu y finalidad». Esta rectificación ocurre restringiendo el significado de las palabras de la ley por expresar más de lo que corresponde al fin de la norma (*Compendio de Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, 1987, vol. I, págs. 97-98).

(60) Cfr., punto 1.10 del punto 1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley núm. 27444).

(61) ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, pág. 134.

do no está justificado de acuerdo con la dimensión valorativa de la regla pues contradice los principios y valores del ordenamiento (62).

Proponemos el siguiente caso: El inciso *c*) del artículo 41 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas no Societarias prescribe que en el acta de elección conste el documento de identidad de la persona natural elegida como requisito para el nombramiento de algún integrante del órgano de la sociedad (63). ¿Qué sucede si en el acta se omitió indicar el documento de identidad requerido por el reglamento? Lo usual sería que el Registrador deniegue la inscripción del título para solicitar el cumplimiento de lo previsto en el reglamento. No obstante, en el caso que exista convenio de interconexión vigente con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), la denegatoria no estaría justificada pues el Registrador podría recurrir a dicha herramienta informática para obtener el número de documento de identidad, y de esta manera, evitar la formulación de una esquila de observación.

Para el caso, ¿hay una regla de conducta que obligue al Registrador a acudir a la herramienta informática de RENIEC para salvar la denegatoria de inscripción? No, porque el uso de la base de datos de RENIEC solo está previsto ante un supuesto distinto, esto es, la discrepancia en los datos de identificación del titular registral y del sujeto otorgante del acto, conforme se señala en el inciso *a*) del artículo 32 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos (64). Entonces, para recurrir a esta herramienta se requiere que la justificación se encuentre en la finalidad de «propiciar» y «facilitar» las inscripciones manteniendo la seguridad jurídica cuando con esta se alcance la finalidad pública del Registro, esto es, garantizar *la seguridad jurídica de los derechos de quienes se amparen en la fe del Registro*, así como el principio administrativo de eficacia señalado en la Ley del Procedimiento Administrativo General, es decir, el principio por el que el intérprete debe *prevalecer* el cumplimiento de la finalidad del acto sobre las formalidades no esenciales que no perjudique al administrado.

Es más, estos criterios de interpretación no se circunscriben a normas administrativas o registrales; sino que también podrían extenderse a normas de

(62) *Ibid.*, pág. 232.

(63) Resolución núm. 086-2009-SUNARP/SN del 30 de marzo de 2009 (publicado en separata especial en el diario oficial «El Peruano», el 1 de abril de 2009). Artículo 41. Calificación de nombramiento de integrantes de órganos. «*Para la calificación del nombramiento de los integrantes de los órganos, se tendrá en cuenta lo siguiente: (...) c) En el acta en la que consta la elección debe indicarse el nombre completo y el documento de identidad de las personas naturales elegidas (...)*».

(64) Artículo 32. Alcances de la calificación. «*El Registrador y el Tribunal Registral, en sus respectivas instancias, al calificar y evaluar los títulos ingresados para su inscripción, deberán: a) (...) En caso de existir discrepancia en los datos de identificación del titular registral y del sujeto otorgante del acto, el Registrador, siempre que exista un convenio de interconexión vigente, deberá ingresar a la base de datos del RENIEC, a fin de verificar que se trata de la misma persona (...)*».

ámbito notarial. Por ejemplo, el artículo 33 del Decreto Legislativo del Notariado (Decreto Legislativo núm. 1049) prescribe lo siguiente respecto a la escritura pública: «*Las palabras, letras, números o frases equivocadas deberán ser testados y se cubrirán con una línea de modo que queden legibles y se repetirán antes de la suscripción, indicándose que no tienen valor*». Nos encontramos con una norma expresa que puede asimilarse a las *reglas de conducta con autonomía semántica*, en donde, se realiza la subsunción de los hechos a la norma sin necesidad de pasos argumentativos adicionales porque el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica están configurados por elementos descriptivos (esto es, no es necesaria ninguna apertura argumentativa a las razones subyacentes a esas mismas reglas o a las razones que justifican la imposición de esa obligación) (65). Si en los hechos el Registrador Público, al momento de la calificación, encontrara que el notario no cumplió con repetir la frase equivocada antes de la suscripción y solo indicara que lo testado no tiene valor; entonces, *prima facie* tendría que denegar la inscripción del título por contravención del mencionado artículo de la ley. Se trataría de una conducta acorde con el brocardo latino «*dura lex sed lex*» (la ley es dura pero es la ley).

Sin embargo, esta norma no puede ser entendida de forma aislada o atomista, sino que corresponde su comprensión dentro del resto del ordenamiento jurídico vinculado a la finalidad del procedimiento de inscripción registral. Así, conforme a la interpretación teleológica, el *principio explícito* de eficacia y el *principio implícito* de facilitar y propiciar las inscripciones previsto en el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, sirven para *derrotar* la regla de conducta establecida en el Decreto Legislativo del Notariado (66). Esta *derrotabilidad* es explicada por Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO en el sentido de que: «*el Derecho no está compuesto solo por reglas, sino también por valores y propósitos (esto es, por los principios, en sentido amplio) explícitos o implícitos, a los que las reglas sirven. Y esas mismas razones apoyan a entender, asimismo, que las reglas pueden resultar derrotadas por consideraciones derivadas de los principios*» (67).

En consecuencia, en el ejemplo descrito, el Registrador decidirá por la inscripción del título.

Todo lo antes manifestado debe ser adecuadamente estimado al momento de aplicación del eximente de responsabilidad administrativa previsto en el Reglamento de Procedimientos de Quejas, de Determinación de Responsabilidades

(65) Cfr. ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, págs. 188-189.

(66) Coadyuva a nuestra interpretación el hecho de que el artículo 125 de citado Decreto Legislativo establece que: «*No cabe declarar la nulidad, cuando el instrumento público notarial adolece de un defecto que no afecta su eficacia documental*».

(67) *Ibíd.*, pág. 234. Sobre los principios jurídicos ver: COMANDUCCI, Paolo, *Democracia, derechos e interpretación jurídica. Ensayos de teoría analítica del Derecho*, págs. 111-130.

Administrativas y de Establecimiento de Mecanismos de Protección para los Servidores y Funcionarios de la SUNARP, aprobado por Resolución número 014-2006-SUNARP/SN del 26 de enero de 2006, debido a que, en el artículo 27 se establece el siguiente supuesto de conducta no sancionable: cuando el Registrador Público o integrante de la segunda instancia registral *«en el ejercicio autónomo de sus funciones asuma una posición interpretativa discutible, siempre que la posición asumida por el funcionario en cuestión se encuentre dentro del marco de lo razonablemente opinable y no contradiga norma expresa ni precedente de observancia obligatoria»*.

Prima facie, para que la actuación del funcionario no sea sancionable se requeriría que la posición interpretativa reúna de manera conjunta los siguientes elementos: ser razonablemente opinable y no contravenga norma expresa ni precedente de observancia obligatoria. Sin embargo, esa interpretación literal de la disposición reglamentaria está en contra de la noción de que las reglas de conductas puedan ser *derrotadas* y parte de una concepción positivista del Derecho en donde la interpretación carece de reglas y principios jurídicos porque solo sigue el modelo de reglas como normas generales y cerradas cuya aplicación excluye cualquier forma de deliberación o de valoración (68). En tal sentido, dicha disposición reglamentaria requerirá de una interpretación correctora que permita ser entendida en clave distinta al *imperio de la ley*, concediéndose un mayor peso o preponderancia al concepto de razonabilidad sobre el elemento: *norma expresa*.

Asimismo, la pauta de que la interpretación que «propicia» y «facilita» la inscripción no debe contravenir precedente de observancia obligatoria se justifica en virtud del punto 3 del artículo V del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el precedente es una fuente de derecho administrativo que sirve para interpretar el ordenamiento jurídico, específicamente, *«normas que regulan los actos y derechos inscribibles»* (69); es decir, el precedente ya es un criterio interpretativo con fuerza vinculante. Por tanto, la interpretación del Registrador Público que propicia y facilita la inscripción no debe contradecir cualquier criterio interpretativo adoptado con anterioridad y que tiene la calidad de precedente de observancia obligatoria.

En palabras de Juan Carlos CASSAGNE: *«La asignación de valor de fuente del Derecho peculiar a los precedentes administrativos, contribuye a la seguridad jurídica y a la observancia del principio de igualdad ante la ley, evitando la consumación de la arbitrariedad en el ámbito del Administración Pública»* (70).

(68) Cfr. AGUILÓ, Josep, *«Positivism y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras»*, págs. 20-21.

(69) Artículo 158 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos.

(70) CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, pág. 231.

Sin embargo, tratándose del Tribunal Registral (segunda instancia en el procedimiento de inscripción registral), puede desvincularse del precedente siempre que cumpla con la *carga de la motivación* (71) (modificando el precedente mediante otro acuerdo de Pleno Registral), conforme se desprende de la concordancia de los artículos 29 y 32 del Reglamento del Tribunal Registral, aprobado por Resolución número 263-2005-SUNARP/SN del 18 de octubre de 2005.

Finalmente, todo lo manifestado en estas páginas debe trascender el ámbito registral para ser compartido; por lo menos, en ámbitos como el judicial y la contraloría; pues las actuaciones de los funcionarios se encontrarán condicionadas a la visión de los jueces y contralores. Una visión que, por cierto, aun conserva la búsqueda de salvar el monopolio del derecho legal en donde cada caso debe ser aplicado como algo ya existente, y por tanto, sin posibilidad de creación interpretativa (72).

¿Cómo puede lograrse un cambio de perspectiva si en sede jurisdiccional o en los informes provenientes de las acciones de control realizado en los diversos registros persiste una concepción ajena a la existencia de reglas y principios en la interpretación del Derecho?

IX. CONCLUSIONES

- i) El TUO del Reglamento General de los Registros Públicos establece el deber de propiciar y facilitar las inscripciones de los títulos. Se trata de una norma teleológica o finalista; y por ende, no indica los medios para la obtención de la finalidad de propiciar y facilitar.
- ii) Esta norma finalista puede entenderse como un *principio implícito*.
- iii) El lugar de acción para propiciar y facilitar las inscripciones se encuentra en la actividad interpretativa del Registrador Público y/o el Tribunal Registral.
- iv) La actividad interpretativa (en sentido restringido) se produce ante los casos «difíciles» que, en principio, pueden tener los siguientes escenarios: *a)* cuando nos enfrentamos ante la elección entre dos o más soluciones alternativas, *b)* cuando el caso no tiene solución, *c)* cuando el caso tiene una solución que resultaría inaceptable para la comunidad.
- v) Desde un enfoque amplio, en la primera instancia del procedimiento de inscripción registral es posible entender que se produce una motivación *in aliunde* cuando el Registrador Público realiza directamente

(71) Cfr. PARADA, Ramón, *op. cit.*, tomo I, pág. 74.

(72) Cfr. ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*. Traducción de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona, Bosch. 1961, pág. 195.

la inscripción del título (y que estaría representada por toda la documentación contenida en el título materia de la calificación registral: instrumentos públicos y/o documento privados, escritos, etc.). Solo frente a la denegatoria de la inscripción existe el deber de motivar la decisión.

- vi) La preferencia por la interpretación teleológica (conforme lo establece la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444), sumado al principio explícito de eficacia y al principio implícito de propiciar y facilitar la inscripción en el Registro, conforman las pautas para la actividad interpretativa del Registrador Público y/o el Tribunal Registral.
- vii) La finalidad de propiciar y facilitar las inscripciones no puede quedar como un propósito circunscrito al ámbito registral, sino también debe ser entendido por los operadores jurídicos que ejercen la actividad jurisdiccional o por los funcionarios que realizan acciones de control sobre los Registros.

BIBLIOGRAFÍA

Obras

- AARNIO, Aulis: *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- AGUILÓ, Josep: «Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras», en *Interpretación jurídica y teoría del Derecho*. Isabel Lifante Vidal (Editora). Palestra editores, Lima, 2010.
- ALEXY, Robert. P.: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Palestra Editores, Lima, 2007.
- ARRUÑADA, Benito: *Sistemas de titulación de la propiedad. Un análisis de su realidad organizativa*, Palestra Editores, Lima, 2004.
- ATIENZA, Manuel: *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Ariel, Barcelona, 2006.
- ATIENZA, Manuel, y RUIZ MANERO, Juan: *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2009.
- BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel: *Manual de Administración Local*. 5.^a ed., Wolters Kluwer España, S. A., Madrid, 2006. Obtenido el 15 de mayo de 2010 de la siguiente dirección electrónica: <http://books.google.com.pe/books?id=bJGLm4ZToz4C&prints=ec=frontcover&dq=Angel+ballesteros+fernandez&lr=&cd=1#v=onepage&q&f=false>
- BARASSI, Lodovico: *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción de Ramón García de Haro de Goytisolo, Mario Falcón Carreras y Antonio Plasencia Monleon. José M.^a Bosch, Barcelona, 1955, vol. II.

- BIANCA, C. Massimo: *Derecho Civil. 3. El contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa y Edgar Cortés. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- BOBBIO, Norberto: *Contribución a la Teoría del Derecho*. Traducción de Alfonso Ruiz Miguel. Editorial Debate, Madrid, 1990.
- BONO LÓPEZ, María: «La racionalidad lingüística en la producción legislativa», en *Elementos de técnica legislativa*. Coordinadores: Carbonell, Miguel; Pedroza de la Llave, Susana Thalía. UNAM, México, 2000.
- CASSAGNE, Juan Carlos: *Derecho Administrativo*, Palestra Editores, Lima, 2010, tomo I. — *El acto administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, s/f.
- CHICO Y ORTIZ, José María: *Seguridad jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- COMANDUCCI, Paolo: *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*. Traducción de Pablo Larrañaga. Segunda Reimpresión. Distribuciones Fontamara, S. A., México, 2009.
- *Democracia, derechos e interpretación jurídica. Ensayos de teoría analítica del Derecho*. Ara Editores, Lima, 2010.
- DE SOTO, Hernando: *El misterio del capital. Por qué el capitalismo triunfa en Occidente y fracasa en el resto del mundo*. Traducción de Mirko Lauer y Jessica McLaughlan. Editora El Comercio, S. A., Lima, 2000.
- DROMI, Roberto: *Derecho Administrativo*, Gaceta Jurídica, S. A. Ciudad Argentina, Lima, 2005, tomo I.
- DU PASQUIER, Claude: *Introducción al Derecho*. Traducción de Julio Ayasta Gonzalez, 3.^a ed., Ediciones y distribuciones Justo Valenzuela V., Lima, 1983.
- ESSER, Josef: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*. Traducción de Eduardo Valentí Fiol. Bosch, Barcelona, 1961.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*, Palestra Editores, Lima, 2006.
- GARCÍA CONI, Raúl: *El contencioso registral. Recursos y subsanaciones*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2006, tomos I y II.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo: *Lógica del Juicio Jurídico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1955.
- GASCÓN ABELLÁN, María, y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J.: *La argumentación en el Derecho*, 2.^a ed., corregida. Palestra Editores, Lima, 2005.
- GÓMEZ GALLIGO, Francisco Javier: *Defectos en los documentos presentados a inscripción en el Registro de la Propiedad. Distinción entre faltas subsanables e insubsanables*, 2.^a ed., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991.
- GONZALES BARRON, Gunther: *Introducción al Derecho Registral y Notarial*, 2.^a ed., Jurista Editores, Lima, 2008.
- GORDILLO, Agustín: *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General*. FDA - Ara Editores, Lima, 2003, tomo I.
- GUASTINI, Riccardo: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Traducción de Jordi Ferrer i Beltrán. Gedisa, Barcelona, 1999.

- *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, 2.ª ed., Editorial Porrúa – UNAM, México, 2000.
- *Interpretación, Estado y Constitución*. Traducción de Santiago Ortega Gómero, Ara Editores, Lima, 2010.
- HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael: *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2002.
- IRTI, Natalino: *Introducción al Estudio del Derecho Privado*. Traducción de Rómulo Morales Hervías y Leysser L. León. Editora Jurídica GRILJEY, Lima, 2003.
- LANDA ARROYO, César: *Constitución y Fuentes del Derecho*, Palestra Editores, Lima, 2006.
- LINARES, Juan Francisco: *Derecho Administrativo*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986.
- MANUAL OFICIAL DE LOS SERVICIOS REGISTRALES DE LA SUNARP 2010. Publicación de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Lima, 2010.
- NIETO, Alejandro: *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005.
- PARADA, Ramón: *Derecho Administrativo. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2004, tomo I.
- PUIG BRUTAU, José Antonio: *Compendio de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1987, vol. I.
- VIOLA, Francesco, y ZACCARIA, Giuseppe: *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del Derecho*, Editorial Dykinson, S. L., Madrid, 1999.

Revistas

- ACTUALIDAD REGISTRAL. Revista Institucional de la SUNARP, pág. 12. Formato PDF. Obtenido el 4 de enero de 2010 de la siguiente dirección: <http://www.sunarp.gob.pe/Revista11.pdf>
- FRAGA, Gabino: «La motivación de los actos administrativos», en *Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado* (Pescara, 1970). UNAM, México, 1971. Formato PDF. Obtenido el 15 de mayo de 2010 de la siguiente dirección: <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/693/17.pdf>
- NIETO, Alejandro: «El procedimiento administrativo en la doctrina y la legislación alemanas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 32, año 1960. Formato PDF. Obtenido el 15 de junio de 2010 de la siguiente dirección: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1960_032_075.PDF
- SUMMERS, Robert: «Sobre la interpretación legislativa ideal», en *Isonomía*, núm. 6, abril de 1997.
- ZUSMAN, T. Shoshana: «Dilemas y paradojas del razonamiento legal», en *Themis. Revista de Derecho*, núm. 48, julio de 2004.

Eventos

- Ponencia para el XVI Congreso Internacional de Derecho Registral realizado en la ciudad de Valencia, página 4 del documento en formato PDF. Obtenido el 9 de mayo de

2010, del siguiente sitio web: <http://www.cinder2008.com/72/ficheros/Ponencia%20Javier%20G%C3%B3mez%20G%C3%A1llego.pdf>

Conclusiones del XVI Congreso Internacional de Derecho Registral realizado en la ciudad de Valencia sobre la calificación registral, página 4 del documento en formato PDF. Obtenido el 9 de mayo de 2010 en el siguiente sitio web: <http://cinder.artissoftware.com/wp-content/uploads/file/DocumentosValencia/Conclusiones%20total.pdf>

VIII Jornada Preparatoria al VI Congreso Nacional de Derecho Registral: *Formalización de la propiedad y garantías reales: condiciones para la inversión y desarrollo económico*, organizado por la SUNARP y la Zona Registral, núm. XIII – Sede Tacna, realizado en la ciudad de Tacna los días 19 y 20 de agosto de 2005.

Proyecto

Proyecto de reformas al Libro IX: Registros Públicos, págs. 1-2. Formato PDF. Obtenido el 18 de enero de 2010, en la siguiente dirección: <http://www.minjus.gob.pe/Proyectos/regpublicos.pdf>

RESUMEN

PROPICIAR Y FACILITAR
LAS INSCRIPCIONES
INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA

La idea de propiciar y facilitar las inscripciones constituye una finalidad objetiva dispuesta en el TUO del Reglamento General de los Registros Públicos. El medio para obtener esa finalidad es a través de la actividad interpretativa de las instancias registrales (Registrador Público y Tribunal Registral).

Partiendo de una postura de indeterminación parcial del Derecho, la actividad interpretativa no se producirá en todos los casos, sino solo en los casos «difíciles». Para ello se propone que tenga preponderancia la interpretación teleológica, el principio implícito de propiciar y facilitar las inscripciones y el principio administrativo de eficacia.

De esta manera, se acentúa o privilegia la circulación de los bienes para facilitar que los activos de las personas lleven una vida paralela como capital y lograr el desarrollo económico.

ABSTRACT

PROFITATING AND FACILITATING
REGISTRATION
TELEOLOGICAL INTERPRETATION

The idea of propitiating and facilitating registration constitutes an objective purpose that is given in the Sole Organized Text of the General Regulation on Public Registers. The means for attaining this objective is the interpretative activity of the registration authorities (public registrar and Court of Registration).

Starting from a posture regarding the law as partially indeterminate, interpretative activity will not be forthcoming in all cases, but only in the «tough» ones. For that purpose, it is proposed that the teleological interpretation, the implicit rule of propitiating and facilitating registration and the administrative rule of efficacy, take preponderance.

Thus asset circulation is accentuated or accorded privileges, to make it easier for people's assets to lead a parallel life as capital and to achieve economic development.

*(Trabajo recibido el 16-9-2010 y aceptado
para su publicación el 27-5-2011)*

La libertad de testar en Derecho Comparado (1)

por

ALFONSO RENTERÍA AROCENA

Registrador de la Propiedad de Bilbao

Vicepresidente de IRENE

(«Institut de Recherches et d'Études Notariales Européen»)

Notario en excedencia

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

I. DERECHO ISLÁMICO.

II. DERECHO ANGLOSAJÓN.

III. DERECHO NÓRDICO.

IV. DERECHO ROMANO-GERMÁNICO.

CONCLUSIONES.

ANEXO:

A) EUROPA.

B) LATINOAMÉRICA.

INTRODUCCIÓN

Me confieso incapaz de abordar las peculiaridades de los más de doscientos ordenamientos que existen en el mundo. Me limitaré a clasificarlos, primero,

(1) Ponencia presentada el día 30 de noviembre de 2009, en la octava jornada práctica sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco, organizada en Bilbao por la Academia Vasca de Derecho.

en cuatro familias jurídicas (Derecho islámico, Derecho anglosajón, Derecho nórdico y Derecho romano-germánico), para definir luego, a grandes trazos, el Derecho matrimonial y sucesorio de cada de grupo. Incorporo, como anexo, un resumen más detallado del régimen matrimonial y de las legítimas en los países de nuestro entorno (Europa y Latinoamérica), únicamente con una finalidad orientativa y como complemento de lo expuesto en este artículo (por lo que ruego al lector sepa disculpar las incorrecciones y omisiones en las que pueda incurrir respecto de algún país).

I. DERECHO ISLÁMICO

Tanto la religión hindú como el judaísmo tienen alguna relevancia en el derecho familiar y sucesorio, pero es sobre todo el islam el que ha conformado una familia jurídica que componen numerosos países como, por ejemplo, los situados en el norte y nordeste de África, todos los países árabes de Oriente próximo y Oriente medio (incluyendo a Irán y Afganistán), los estados mayoritariamente musulmanes del sur y sudeste asiático (Pakistán, Bangladesh y Malasia), Indonesia, así como también los estados de la desaparecida Unión Soviética en Asia Central.

En el origen del Derecho Familiar y Sucesorio está el Corán. Pero los sunitas y los chiítas hacen diversas interpretaciones de algunas cuestiones de Derecho Familiar y Sucesorio (lo mismo cabe decir, dentro de la *sunna*, entre las escuelas jurídicas hanefítica —que se aplica, por ejemplo, en Túnez y es la más favorable a la mujer—, la malequítica —que rige, por ejemplo, en Marruecos—, la chafítica y la del hanbali).

La codificación ha añadido también divergencias, al incorporar principios generales de otras familias jurídicas (así, por ejemplo, ha ido retrocediendo la poligamia, se ha limitado el divorcio por repudio y, en general, ha mejorado la posición jurídica de la mujer). Es notable la influencia en estos países del Código Civil de Egipto de 1948 (compendiado por Al-Sanhuri y con reminiscencias del Código de Napoleón). El peso del Código de Napoleón es aún mayor en los países del Magreb (Argelia, Túnez y Marruecos).

Según la religión que profese el interesado será de aplicación el Derecho islámico, el derecho de la confesión cristiana respectiva o el Derecho hebreo (también se aplica esta división en el Derecho matrimonial, no así en el Derecho sucesorio, de Israel).

Centrándonos ya en el Derecho islámico familiar y sucesorio, hay que decir que en la práctica totalidad de estos países se han aprobado códigos que regulan el estatuto familiar y sucesorio (por ejemplo, la *Moudawana* en Marruecos).

El régimen económico del matrimonio es inexistente; no puede hablarse de un sistema de separación de bienes como el propio de los países de tradición

jurídica romano-germánica y ni tan siquiera existe la posibilidad de un reparto del patrimonio de los cónyuges, según el criterio del juez, tras la disolución del matrimonio (a diferencia de lo que sucede en los ordenamientos anglosajones). En el supuesto de disolución del vínculo, la mujer tiene derecho a la donación *propter nuptias* (*mahr*) —que es muy frecuente y que, en algunos casos, es requisito para la celebración de la boda (la mitad se suele entregar antes del matrimonio y el resto a su disolución)—. Además, fallecido el causante, la mujer puede reclamar alimentos durante el tiempo de espera (*idda*) de tres periodos de menstruación, plazo durante el cual tiene prohibido contraer nuevo matrimonio.

Son caracteres propios del Derecho Sucesorio islámico los siguientes:

- Los no musulmanes no pueden heredar nunca de un causante musulmán. En algunos países, ni tan siquiera los musulmanes pueden suceder *mortis causa* a un causante no musulmán.
- Las mujeres herederas perciben solo la mitad de lo que recibiría un heredero varón con el mismo grado de parentesco.
- Solo tiene relevancia el parentesco «legítimo» (ni el adoptivo ni el extramatrimonial —excepción hecha de la relación entre la madre y el hijo—).
- No cabe la representación, por los descendientes, de los herederos fallecidos antes que el causante.
- Los herederos no responden personalmente de las deudas del causante.
- La posesión de los bienes se confiere a los herederos por un administrador o liquidador nombrado judicialmente.
- En general, la ley nacional del causante rige su sucesión, aun cuando algunos países aplican siempre el derecho islámico si el causante era musulmán.

Por lo que se refiere a la legítima, la parte de libre disposición es de un tercio de la herencia. El resto queda reservado por la ley a los herederos forzosos. El testador no puede desheredar a estos últimos pero tampoco puede aumentar la cuota legitimaria de los mismos recurriendo al tercio libre. En definitiva, la distribución de la legítima entre los herederos forzosos se hace siempre según la ley y solo cabe disponer del tercio libre a favor de una persona que no sea legitimario.

Dentro de los herederos forzosos, se distingue entre los herederos *fardh* y los herederos *aceb*, *âsib*, *asaba* o *agnáticos*. Los primeros son generalmente mujeres (cónyuge, hijas, nietas y hermanas de doble vínculo o vínculo sencillo); los segundos son, por lo general, herederos masculinos (descendientes, ascendientes, hermanos y tíos) procedentes de parientes masculinos del causante. Los ascendientes y hermanos del testador heredan aunque el testador deje descendientes. En ocasiones, un legitimario *fardh* puede convertirse en legitimario *aceb* y viceversa: así, por ejemplo, las hijas son herederas *fardh* si el testador

no deja hijos varones pero figuran como herederas *asaba* si el testador deja también hijos varones. Finalmente, hay herederos sustitutos, es decir, familiares en línea de mujer que solo son convocados cuando no hay herederos de las clases *fardh* o *aceb*.

La renuncia anticipada a la legítima es tan solo posible en los países que siguen la interpretación chiíta (por ejemplo, en Irán).

Para el cálculo de la legítima no se tienen en cuenta las donaciones *inter vivos* (es decir, se puede disponer *inter vivos* de todo el patrimonio).

El Estado, según el rito malekita, es un heredero *aceb*; solo hereda en defecto de otros herederos *fardh* o *aceb*.

II. DERECHO ANGLOSAJÓN

Esta familia comprende casi una cuarta parte de los ordenamientos jurídicos del mundo. Pertenecen a ella el Reino Unido y todos los países que son actualmente o han sido con anterioridad colonias de aquel reino (por ejemplo, los que integran la *Commonwealth* y los Estados Unidos de América). En resumen, todos aquellos territorios donde el inglés es lengua oficial.

En África y en el sur y el sudeste de Asia se solapan a veces el *Common Law* y el Derecho islámico: es habitual en estos países que el Derecho de Familia y Sucesiones sea distinto según la religión a la que se pertenezca (o el derecho de costumbre según la etnia a la que se pertenezca).

También se dan casos de suplantación del antiguo Derecho romano-germánico por el sistema anglosajón (como en Escocia y Sudáfrica). En Israel, el *Common Law* fue sustituyendo —durante el periodo de mandato británico— al Derecho turco y hoy va siendo sustituido por leyes inspiradas en el Derecho romano-germánico; como resultado, el régimen del matrimonio depende de la religión, pero no sucede lo mismo con el Derecho de Sucesiones.

En los sistemas anglosajones, no puede hablarse de la existencia de un régimen económico del matrimonio. No obstante, en caso de divorcio, el juez puede asignar bienes de un cónyuge al otro, como prestación de alimentos, por razones de equidad. Además, hay que tener en cuenta que para disponer de la vivienda habitual del matrimonio en los países anglosajones más avanzados es necesario, por lo general, el consentimiento de ambos cónyuges (así, por ejemplo, sucede en el Reino Unido, donde puede hacerse constar el carácter de vivienda habitual en el Registro de la Propiedad de acuerdo con la ley *Matrimonial Homes Act* de 1983).

En Quebec y en nueve de los Estados Unidos de América, el régimen legal supletorio es la sociedad de gananciales —no solo en los que fueron antiguas colonias españolas o francesas (Arizona, California, Louisiana, Nuevo México, Nevada y Texas) sino también en Idaho, Washington y Wisconsin—.

En Sudáfrica, Namibia, Lesotho y Swazilandia —siguiendo la tradición del anterior Derecho holandés—, se aplica como régimen supletorio del matrimonio la comunidad universal de bienes (que también rige en Filipinas, Ruanda y Burundi).

En los países del sudeste asiático de *Common Law* (India, Pakistán, Bangladesh) —así como también en Malasia y en diferentes estados africanos—, la separación de bienes islámica es el régimen supletorio legal para la población musulmana: es decir, a diferencia de la separación de bienes anglosajona, no cabe en aquella —a la disolución del matrimonio— la posibilidad de un reparto judicial del patrimonio de los consortes.

Son caracteres propios del Derecho Sucesorio anglosajón los siguientes:

- La forma ordinaria del testamento es la escrita, ante dos testigos.
- La posesión de los bienes de la herencia no se transmite por ley a los herederos, quienes solo reciben aquellos de un administrador encargado del pago de las deudas y legados (*personal representative, administrator o executor*).
- Los herederos no responden personalmente de las deudas de la herencia.
- En Derecho Internacional Privado anglosajón es típica la escisión de la ley sucesoria: respecto de los bienes muebles, se aplica la ley del último domicilio del causante, y respecto de los inmuebles, la ley correspondiente al lugar de su situación. El concepto de «domicilio» implica voluntad de permanencia en un territorio (*animus manendi* que aproxima el domicilio a la nacionalidad); en los Estados Unidos de América, país de inmigrantes, el domicilio se equipara, por el contrario, a la residencia habitual.

En los países pertenecientes a la familia jurídica anglosajona no hay legítimas, sino simplemente derechos similares a los alimentos (*family provision*). Los órganos judiciales, a instancia de parte, pueden reconocer a los familiares más próximos del causante (por lo general, al cónyuge y a los hijos) una provisión financiera razonable si estos no hubieran sido «tenidos en cuenta», o al menos no de manera suficiente, por el testador. El juez puede ordenar a favor de aquellos una prestación pecuniaria (con pago único o en rentas periódicas) pero también la transmisión de determinados elementos patrimoniales (incluso inmuebles) del causante. Se persigue, como objetivo, el mero sostenimiento de dichos familiares, de acuerdo con la posición social y económica del causante. La ley no establece, como «provisión razonable», un porcentaje fijo de la herencia; será la autoridad judicial quien determine aquella, ponderando el valor del caudal relicto y el patrimonio y los ingresos del derechohabiente. El plazo para exigir este derecho de alimentos es generalmente breve (en el Reino Unido, seis meses desde el fallecimiento del causante).

Un ejemplo de la regla expuesta es la Ley británica de 1975 sobre Protección de la Familia (*Inheritance Family Provision & Dependants Act*), que atribuye a los órganos judiciales competencias limitadas para establecer alimentos temporales a favor determinadas personas (aun cuando no sean parientes del causante), en caso de necesidad, con cargo a la herencia. Esta ley se aplica a causantes cuyo último domicilio estuviera fijado en el Reino Unido (tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada). Pueden reclamar la *family provision* las siguientes personas, siempre y cuando ni la ley ni el testamento ordenen a su favor una cuota hereditaria o legado «razonable»:

- El cónyuge.
- El divorciado, siempre y cuando no hubiera repetido nupcias.
- Los hijos y descendientes del causante (incluso extramatrimoniales y los *nasciturus*).
- Cualquier persona acogida en el hogar familiar por el causante.
- Cualquier persona que, al fallecer el causante, fuera asistido económicamente por él.

Conviene recordar que la Ley británica sobre Parejas de Hecho del mismo sexo de 2004 (*Civil Partnership Act*) concede a sus miembros (siempre y cuando la unión esté registrada) los mismos derechos familiares y sucesorios del cónyuge.

Pero hay excepciones a la regla general de inexistencia de legítimas sucesorias en el mundo jurídico anglosajón.

En Escocia y en las islas anglo-normandas, el Derecho consuetudinario prevé la existencia de legítimas. En Escocia, por ejemplo, el cónyuge tiene derecho (*ius relictæ*) a un tercio de los bienes muebles de la herencia, si el matrimonio se disuelve con hijos o descendientes comunes; la legítima del cónyuge será de la mitad de los bienes muebles, en caso contrario. Los hijos y descendientes tienen también derecho a la legítima (*legitum*): un tercio de los bienes muebles (si concurren con el cónyuge) o la mitad de los mismos (en caso contrario).

En Irlanda, la legítima es *pars valoris* (es decir, un crédito pecuniario frente a los herederos). Son legitimarios los hijos (o sus descendientes, por derecho de representación) y el cónyuge. La cuantía de la legítima de los hijos y descendientes es fijada por el juez según los casos; la legítima del cónyuge es de una tercera parte de la herencia (si aquel concurre con hijos o descendientes) o de una mitad (en caso contrario). La acción para reclamar la legítima prescribe a los seis meses desde el fallecimiento del causante.

En la mayoría de los Estados Unidos de América, por ejemplo, se reconoce al cónyuge superviviente la legítima, que representa entre un tercio y la mitad de la herencia (*elective share*). También se le reconoce, en general, el derecho de usufructo vitalicio sobre la vivienda habitual (*homestead*), siempre que esta

perteneciera en propiedad al testador. A los hijos, por el contrario, no se les reconoce derecho a legítima, sino simplemente un derecho a alimentos, con cargo a la herencia, si son menores de edad. Solo en el caso de que los hijos hubieran sido preteridos erróneamente en el testamento tendrán estos derecho a reclamar su cuota hereditaria *ab intestato*.

Los sistemas mixtos entre el *Common Law* y el *Civil Law* reconocen la legítima de los hijos y del cónyuge (*legal rights*): así sucede, por ejemplo, en Louisiana y Puerto Rico.

III. DERECHO NÓRDICO

Incluyo en esta familia jurídica a Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia.

El régimen económico legal supletorio del matrimonio es el de comunidad universal diferida. Durante el matrimonio se aplican las normas del régimen de separación de bienes (cada consorte administra y dispone libremente de sus propios bienes —salvo excepciones, como la vivienda familiar habitual cuya enajenación y gravamen requiere el consentimiento de ambos cónyuges—). A la disolución del matrimonio, todos los bienes (salvo estipulación en contrario pactada en capitulaciones matrimoniales) se hacen comunes. Quedan excluidos de la comunidad los bienes de uso personal y los bienes adquiridos por donación, legado o herencia —pero solo si el donante o testador así lo hubiera establecido expresamente—. El cónyuge viudo puede solicitar la continuidad de la comunidad universal matrimonial hasta su fallecimiento, reteniendo la administración de la misma (con facultades de disposición).

La forma ordinaria del testamento es la escrita, ante dos testigos; se reconoce eficacia jurídica al contrato sucesorio en Dinamarca y Noruega. En Dinamarca, Finlandia y Suecia, los herederos no responden personalmente de las obligaciones del causante y reciben la posesión de los bienes hereditarios de un administrador, encargado por ley de pagar las deudas y los legados (en Suecia, se atribuye personalidad jurídica a la masa hereditaria).

Como ley sucesoria, se aplicará: i) la del domicilio del causante (en Dinamarca y en Noruega), ii) la correspondiente a la nacionalidad del mismo (en Suecia), o iii) un criterio mixto en el caso de Finlandia e Islandia (la del domicilio del causante mantenido durante cinco años o la de su nacionalidad en caso contrario).

En cuanto a las legítimas (cuya renuncia anticipada es eficaz —en Finlandia solo a cambio de una contraprestación razonable—), su régimen es el siguiente:

- En Dinamarca, la legítima es *pars valoris*. Son legitimarios los hijos (o sus descendientes, por derecho de representación) y el cónyuge o pareja

de hecho homosexual, que tienen derecho a un valor igual a la mitad de la herencia.

- En Finlandia, la legítima es *pars bonorum* (pero el testador puede autorizar su pago con dinero o bienes del heredero). Se calcula añadiendo al valor de la herencia el valor de los bienes donados por el causante. Solo son legitimarios los hijos y sus descendientes (orden de la sucesión *ab intestato*); tienen derecho, como legitimarios, a la mitad de su cuota hereditaria intestada. La acción para reclamar la legítima prescribe a los seis meses desde el fallecimiento del causante. El plazo para reducir una donación inoficiosa será de un año desde que el legitimario tenga conocimiento de la donación (la acción caduca, en todo caso, a los diez años del fallecimiento del causante).
- En Islandia, la legítima es *pars bonorum*. No puede gravar el testador la legítima, pero puede imponer prohibiciones de disponer a los legitimarios menores de veintiún años (tanto las limitaciones como su supresión deben ser autorizadas por el juez). Son legitimarios los hijos y sus descendientes y el cónyuge; la legítima es de dos terceras partes de la herencia.
- En Noruega, la legítima es *pars bonorum*. Son legitimarios los hijos y sus descendientes. Su legítima es de dos tercios de la herencia. Sin embargo, hay un límite legal: cada hijo o stirpe no puede percibir por legítima más de 500.000 coronas noruegas —aproximadamente 61.500 euros— (siempre y cuando se respete el mínimo de 100.000 coronas noruegas —alrededor de 12.300 euros— para cada descendiente distinto del hijo). Además, los hijos del causante pueden reclamar alimentos (con cargo a la herencia) para completar su formación.
- En Suecia, la legítima (denominada *laglott*) es también *pars bonorum*. Son legitimarios (*bröstarvingars*) los hijos y sus descendientes y el cónyuge (también la pareja de hecho —homosexual o heterosexual— registrada). Se observa en la legítima el orden de la sucesión *ab intestato*. Hay que tener en cuenta que en Suecia los descendientes solo heredan al causante tras el fallecimiento del cónyuge viudo (que es heredero único). El valor de la legítima del cónyuge se calcula multiplicando por cuatro la suma fijada cada año por la Ley de Seguridad Social; pero de este importe hay que deducir el valor de los bienes que se le hayan adjudicado por liquidación del régimen matrimonial. La legítima de los descendientes es la mitad de su cuota legal intestada. La acción de reducción de las disposiciones inoficiosas es de cinco años, a contar desde el conocimiento por el legitimario de la existencia de tal disposición.

IV. DERECHO ROMANO-GERMÁNICO

El Derecho Privado de estos países se ha construido tras la recepción del *Corpus Iuris* de Justiniano y del antiguo derecho germánico y, más recientemente, del Código de Napoleón de 1804 y de los Códigos Civiles de Austria (1811), Alemania (1900) y Suiza (1907-1912).

Integran esta familia la práctica totalidad de los estados europeos y de Latinoamérica; pero también las antiguas colonias francesas de África central y occidental (aun cuando el derecho islámico ha influido decisivamente en ellas, por ejemplo, con la adopción de un Código de las Personas y de la Familia, que ha reemplazado la sociedad de gananciales por la separación de bienes islámica como régimen legal supletorio del matrimonio). Lo mismo cabe decir de las antiguas colonias belgas en África (Congo, Burundi y Ruanda).

Los Códigos Civiles germánicos estuvieron presentes en las mentes de los legisladores del centro de Europa (Eslovenia, Eslovaquia, Chequia, Hungría, Liechtenstein), en los países bálticos, y también en regiones más alejadas geográficamente como Turquía (CC 1926), Grecia (CC 1940), Etiopía o China (1929).

El Código Civil de Holanda de 1838 (inspirado en el de Napoleón) quedó recogido en el Código Civil de Indonesia de 1847.

El Derecho Privado de Corea, Tailandia y Japón —cuyo Código Civil es de 1900— presenta influencias francesas y alemanas. Así, por ejemplo, el régimen supletorio del matrimonio en Japón es la sociedad de gananciales y existe la legítima *pars bonorum* a favor de los descendientes y el cónyuge (dos tercios de la herencia) y los ascendientes (un tercio de la herencia).

En los países lusófonos de África sigue vigente el Código Civil portugués de 1966 (Angola, Guinea Bissau y Mozambique). Cabo Verde, por el contrario, lo ha sustituido en 1997 por un nuevo Código Civil.

El Código Civil español rige hoy en Guinea Ecuatorial (no en Puerto Rico, desde 1930, ni en Filipinas, desde 1950 —en este archipiélago, se aprobó en 1988 un Código de Familia, con normas especiales para los musulmanes—).

La influencia del Código de Napoleón es también clara en todos los países latinoamericanos (recordemos que cuando alcanzan su independencia, ni Portugal ni España tenían aún su propio Código Civil).

En las Islas Mauricio, el Código de Napoleón se introdujo en 1808; el dominio colonial inglés —desde 1814— lo mantuvo. Hoy, rige allí un sistema mixto entre el Código de Napoleón y el *Common Law*, con influencia islámica.

Louisiana aprobó en 1808 un Código Civil inspirado en el de Napoleón, si bien es innegable la influencia actual del derecho anglosajón.

Quebec adoptó en 1866 un Código Civil basado también en el texto napoleónico —que estuvo vigente hasta 1994—.

En Santa Lucía, desde 1877, está vigente un Código inspirado en el de Napoleón.

En los países que integran la familia jurídica romano-germánico, el régimen económico del matrimonio (en defecto de capitulaciones) es el de sociedad de gananciales. Sin embargo hay que hacer las siguientes salvedades:

- En Austria el régimen legal supletorio del matrimonio es el de separación de bienes (con posibilidad de reparto judicial del ajuar doméstico y otros bienes al tiempo de la disolución por divorcio).
- En Alemania, Suiza, Grecia, Uruguay, Turquía y Taiwán rige el sistema de participación en las ganancias.
- En Andorra, El Salvador, Honduras, Nicaragua y algunos estados mejicanos, la separación de bienes es el régimen legal supletorio del matrimonio.
- En Holanda, es la comunidad universal de bienes (*algehele gemeenschap van goederen*) el régimen legal del matrimonio en defecto de capitulaciones (cuyo otorgamiento después del matrimonio queda sometido a aprobación judicial). El cónyuge viudo puede retener en algunos casos la administración de la comunidad consorcial (incluso con facultades de disposición). También la comunidad universal es el régimen legal supletorio en Filipinas.
- Y en Colombia, el régimen supletorio es la sociedad de gananciales, pero diferida a la disolución del matrimonio.

Como caracteres propios del Derecho Sucesorio romano-germánico cabe señalar: i) la sucesión legal del heredero en la posesión de los bienes hereditarios (posesión que se entiende transmitida directamente por el causante, sin intervención de persona interpuesta); ii) la responsabilidad ilimitada del heredero por las obligaciones del *de cuius* (salvo aceptación a beneficio de inventario, que se presume en algunas legislaciones de origen comunista, como en Rusia), y iii) la proscripción del pacto sucesorio (admitido, sin embargo, en países de Derecho germánico).

En cuanto a los criterios de conexión para las sucesiones internacionales, no hay reglas uniformes de Derecho Internacional Privado. Siguen el sistema de escisión de la herencia (criterio del domicilio del causante para los bienes muebles y del lugar de situación para los inmuebles) legislaciones como las de Francia, Bélgica, Luxemburgo, Argentina, Bolivia, Rusia, Bulgaria, Lituania, China, Mongolia, Camboya, Vietnam y algunos países francófonos no islámicos de África. Pero, por lo general, es criterio dominante el de unidad de la sucesión, unidad basada en el criterio de la última nacionalidad del causante (resto de Europa y países francófonos islámicos de África) o en el criterio del último domicilio del mismo (Estonia, Suiza y países latinoamericanos, como Brasil, Chile, Colombia, Perú y Venezuela). En Letonia, México, Panamá y Uruguay se aplica en todo caso el criterio del lugar de situación de los bienes hereditarios (también para los muebles); el mismo principio se sigue también Guatemala, pero solo para los bienes situados en aquel país.

La libertad de testar del causante está limitada por la legítima de los herederos forzosos, que se configura generalmente como *pars bonorum* —es decir, una porción o cuota de los bienes de la herencia de la que el testador no puede disponer y que legitima al heredero forzoso para intervenir en la partición—. Sin embargo, en los países de tradición jurídica germánica —y también en Holanda— la legítima se define como *pars valoris*, es decir, como un mero crédito o acción personal del legitimario frente a los herederos. En Polonia, el legitimario puede dirigir su acción también contra los donatarios del causante.

Se calcula la legítima añadiendo al *relictum* (valor neto de la masa hereditaria), el *donatum* (valor de las donaciones y liberalidades hechas por el testador). Los herederos forzosos pueden reclamar no solo su legítima (siempre libre de condiciones o gravámenes) sino también la reducción de las disposiciones inoficiosas del causante.

En Italia, el tercer adquirente (aun con título inscrito) de bienes donados no queda protegido frente a una eventual ineficacia, por inoficiosidad, de la donación (salvo que aquel hubiera completado la usucapión). Por esa razón, conviene ser prudente al adquirir en Italia bienes que procedan, directa o indirectamente, de una donación (los bancos son reacios a admitir la hipoteca de tales bienes). El Decreto-Ley de 14 de marzo de 2005 y la Ley de 28 de diciembre del mismo año han mitigado el problema, al declarar prescrita la acción de reducción de una donación si han transcurrido veinte años o más desde la inscripción de esta en el Registro de la Propiedad (pero cabe la interrupción extrajudicial de este plazo de prescripción).

Por lo general, son herederos forzosos los hijos (con derecho de representación a favor de los descendientes del hijo premuerto) —en algunos países, el número de hijos y su minoría de edad influye en la determinación de su legítima—; en defecto de hijos y descendientes, son legitimarios los padres (y, en su defecto, los ascendientes de una y otra línea). También es legitimario el cónyuge viudo, cuya legítima —en usufructo o en pleno dominio— varía según concorra con descendientes o ascendientes del causante.

A diferencia de lo que sucede en los países nórdicos, la unión de hecho registrada no se equipara al matrimonio a efectos sucesorios —con algunas excepciones, como las legislaciones de Alemania y Holanda— (no obstante el reconocimiento a favor de la pareja supérstite de ciertas prestaciones alimenticias o de un derecho temporal de uso y habitación de la vivienda familiar y su mobiliario).

En algunos países, los padres y ascendientes no son legitimarios (Chequia, Holanda, Luxemburgo y Francia —en este último país, respecto de las sucesiones abiertas a partir del día 1 de enero de 2007—); en otros, no se computa el valor de los bienes donados por el causante para la determinación de su legítima (Austria).

Para la determinación del orden de sucesión de los herederos forzosos y también para la fijación de la cuantía de la legítima, muchos países hacen una remisión a las reglas de la sucesión intestada (lo cual puede tener importancia en países donde el cónyuge hereda *ab intestato* con preferencia a los hijos y descendientes, como es el caso de Holanda).

En los ordenamientos comunistas o herederos de dicho régimen (singularmente en Cuba, China y Rusia), la situación de necesidad económica es requisito esencial para el reconocimiento del derecho a la legítima y para la determinación de su cuantía, de modo que solo serán herederos forzosos quienes se hallen en situación de dependencia económica del testador (incluso aunque no sean parientes próximos del mismo).

En Costa Rica no existe la legítima, pero la libertad de testar se halla limitada por una obligación de alimentos: «*El testador puede disponer libremente de sus bienes con tal que deje asegurados los alimentos de su hijo, hasta la mayoría de edad, si es menor, y por toda la vida, si es inválido, y los de sus padres y los de su consorte, mientras los necesiten*» (art. 595 CC). Análogo sistema se aplica en El Salvador, Guatemala, México, Venezuela, Nicaragua y Honduras (si bien, en estos dos últimos países, el cónyuge es heredero forzoso y tiene derecho a una cuarta parte de la herencia).

CONCLUSIONES

El fundamento de la antigua *querella inofficiosi testamenti* —que desde el siglo I a.C. podían ejercitar, según el Derecho romano, tanto el hijo como otros parientes muy próximos al testador y mediante la cual se atacaba un testamento como inoficioso (es decir, contra el *officium* de afecto familiar), so pretexto de que el causante no estaba en su cabal juicio al disponer de sus bienes (*color insaniae*)— no puede hoy mantenerse en los países de nuestro entorno. Por otro lado, la actual extensión del concepto de familia a realidades sociales cambiantes y heterogéneas no autoriza a establecer restricciones a la libertad de testar fundadas en una pretendida continuidad del patrimonio familiar, comunidad de bienes en la cual —por el fallecimiento del causante— solo cambiaría la dirección con un partícipe menos. Sin embargo, es aún pronto para asegurar que las reformas legislativas más recientes marquen el inicio de una evolución lenta pero cierta que, aproximando el Derecho romano-germánico al anglosajón y al de ciertos países escandinavos, pudiera convertir la legítima en una prestación de carácter alimenticio exigible tan solo por algunos de los familiares más próximos del causante, necesitados de tal ayuda económica para su sustento y formación.

BIBLIOGRAFÍA

- BAUER, Heinz, y RENTERÍA AROCENA, Alfonso (traducción y actualización): *Manual notarial de disposiciones sucesorias de Europa*, obra colectiva, IRENE, Madrid, 1998.
- DENKER James, y DENEUVILLE, Caroline: «L'administration des successions en Angleterre et au Pays de Galles», en *Revista Jurídica «Notarius International»*, Unión Internacional del Notariado Latino, vol. 3, 3-4/1998.
- DÖRNER, Heinrich, y LAGARDE, Paul: *Étude de Droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union Européenne*, obra colectiva, Deutsches Notarinstitut, Würzburg, 2002.
- HAYTON, David: *European Sucesión Laws*, Jordan Publishing Ltd., Bristol, 2002.
- HERTEL, Christian: «Legal systems of the world - an overview», en *Revista Jurídica «Notarius International»*, Unión Internacional del Notariado Latino, 1-2/2009.
- NOEMÍ ARMELLA, Cristina: *Regímenes sucesorios en Iberoamérica y España*, obra colectiva, Unión Internacional del Notariado Latino, Madrid, 1996.
- PERALES SANZ, José Luis: *Regímenes económico-matrimoniales en Iberoamérica y España*, obra colectiva, Unión Internacional del Notariado Latino, Madrid, 1996.
- PERALES SANZ, José Luis, y RENTERÍA AROCENA, Alfonso (traducción y actualización): *Manual notarial de regímenes matrimoniales de Europa*, obra colectiva, IRENE, Madrid, 2000.
- PIRON, Philippe: *La séparation de biens avec société d'acquêts*, Larcier, Bruselas, 2002.
- *Anticipation successorale internationale et Droit belge*, Bruselas, 2003.
- ENTERÍA AROCENA, Alfonso: *Manuel de droit privé et de justice préventive en Europe*, IRENE, Bilbao, 2007.
- SIMÓ SANTONJA, Vicente: *Compendio de Regímenes Matrimoniales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- SÜS, Rembert: «Aperçu sur le régime matrimonial légal de différents pays», en *Revista Jurídica «Notarius International»*, Unión Internacional del Notariado Latino, vol. 7, 1-2/2002.
- *Study on matrimonial property regimes and the property of unmarried couples in private international law and internal law*, Consortium Asser-UCL, Dirección General de Justicia de la Comisión Europea, Bruselas, 2001.
- VERWILGHEN, Michel: *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, obra colectiva, Bruylant, Bruselas, 2003.
- WEHRENS, Hans George, y GRESSER, J. Edmond: «La transmission successorale des biens immobiliers en France», en *Revista Jurídica «Notarius International»*, Unión Internacional del Notariado Latino, vol. 5, 1/2000.
- «World map: conflict of laws in successions», en *Revista Jurídica «Notarius International»*, Unión Internacional del Notariado Latino, vol. 10, 3-4/2005.
- «World map of matrimonial property regimes», en *Revista Jurídica «Notarius International»*, Unión Internacional del Notariado Latino, 1-2/2005.

ANEXO

A) EUROPA

Alemania

Régimen de participación en las ganancias.

Legítima *pars valoris* (*Pflichtteilsrecht*). Crédito en dinero. Pero, para su cálculo, se tiene en cuenta el *relictum* y las donaciones hechas en los diez años anteriores al fallecimiento (salvo liberalidades de uso o donaciones remuneratorias).

Legitimarios: descendientes, ascendientes y cónyuge o pareja de hecho homosexual (orden de la sucesión *ab intestato*). La tiene también el cónyuge que renuncia a su parte en el régimen de participación en las ganancias (aunque no le corresponda por vía sucesoria).

La mitad de su cuota en la sucesión *ab intestato*.

Acción de complemento de la legítima: tres años desde que el legitimario tiene conocimiento de la muerte y de la disposición lesiva. En cualquier caso, caduca a los treinta años del fallecimiento.

Cabe la renuncia anticipada de la legítima (por escritura pública).

Andorra

Régimen legal de separación de bienes.

Cónyuge no separado ni de hecho: tiene derecho a la cuarta parte de la herencia y *any de plor* (derecho a recibir alimentos con cargo a la herencia, en proporción a su posición social y al valor del caudal). El cónyuge pierde su derecho a la cuarta parte de la herencia si se vuelve a casar o convive maritalmente con otra persona (conserva los frutos). No tiene la cuarta marital el cónyuge con recursos propios suficientes para atender a su subsistencia.

La pareja de hecho tiene un derecho de uso y habitación de la vivienda familiar y su mobiliario durante el año siguiente al fallecimiento del causante.

Austria

Régimen legal de separación de bienes (pero cabe un «reparto judicial» de los bienes tras el divorcio).

Legítima *pars valoris* (*Pflichtteil*).

Descendientes, ascendientes y cónyuge. Orden de la sucesión *ab intestato*. La legítima de los descendientes y del cónyuge es la mitad de su cuota *ab intestato*.

tato; la de los ascendientes, una tercera parte. La legítima del hijo sin relación afectiva con el causante se reduce a la mitad.

El valor de las donaciones no se tiene en cuenta para el cálculo de la legítima de los ascendientes.

Se reconoce a la pareja de hecho un derecho de habitación temporal en la vivienda familiar (no hay registro de parejas de hecho).

Bélgica

Régimen legal de gananciales.

Legítima *pars bonorum* (intangibilidad cuantitativa y cualitativa). Pero hay excepciones:

- Es *pars valoris* la legítima del hijo no matrimonial cuya filiación no estuviera determinada al fallecimiento del causante y que no reclame su parte en el plazo de seis meses desde la apertura de la sucesión (para él, la legítima es *pars valoris* respecto de los bienes que no hayan sido objeto de partición y *pars bonorum* respecto de los demás).
- El hijo no matrimonial concebido durante el matrimonio solo tiene derecho a una legítima *pars valoris*, salvo: i) que hubiera sido acogido y educado en la vivienda conyugal, ii) en caso de renuncia del cónyuge no ofendido y de los descendientes comunes del matrimonio, y iii) en caso de disolución del matrimonio por causa distinta del fallecimiento del progenitor.
- Para mantener indivisa la explotación agrícola (que puede quedar para un descendiente, sin perjuicio del usufructo del cónyuge).

La legítima se calcula sobreañadiendo al *relictum* el *donatum*.

Son legitimarios los descendientes, los ascendientes y el cónyuge (los ascendientes en defecto de descendientes —regla general—).

Con un solo hijo, la legítima es la mitad de la herencia para él. Si deja dos, la legítima es de un tercio. Si deja tres o más, la legítima es de tres cuartos y se divide en partes iguales.

La legítima de los ascendientes es un cuarto de la herencia para cada línea. Su legítima puede quedar reducida o excluida por liberalidades hechas a favor del cónyuge supérstite o de la pareja de hecho (legal) del causante.

El cónyuge no separado tiene derecho al usufructo de la mitad de la sucesión y también al usufructo de la vivienda habitual y sus muebles (que se computa en el primero). Si excede de su valor, puede elegir entre uno y otro usufructo. El cónyuge divorciado por acuerdo mutuo no pierde siempre su legítima (solo en los casos previstos por la ley); la pierde, por el contrario, el cónyuge que durante el matrimonio haya concebido un hijo extramatrimonial.

La reserva del cónyuge grava, proporcionalmente, la legítima de los demás herederos forzosos y la parte de libre disposición atribuida a los mismos (no afecta a la parte de libre disposición atribuida a otros donatarios o legatarios). Es decir, si el cónyuge concurre con los descendientes, la legítima de estos últimos es en nuda propiedad.

La acción para reclamar la legítima caduca a los treinta años del fallecimiento del causante.

La ley belga reconoce derecho de alimentos con cargo a la herencia a determinadas personas que no son legitimarios.

Bulgaria

Régimen legal de gananciales.

Son legitimarios los descendientes, los ascendientes y el cónyuge.

Legítima *pars bonorum*.

Chequia

Régimen legal supletorio (desde el 1 de agosto de 1998): gananciales. Con anterioridad, separación de bienes (hasta el 31 de diciembre de 1949), gananciales (desde el 1 de enero de 1950) y comunidad «sin cuotas» (desde 1 de abril de 1964).

Legítima *pars bonorum*.

Solo son legitimarios los hijos y descendientes. La legítima depende de su edad. Si es menor de edad, debe recibir por testamento lo mismo que en la sucesión intestada; si es mayor de edad, su legítima es la mitad de su cuota intestada.

Croacia

Régimen legal de gananciales.

Son legitimarios los descendientes, los ascendientes y el cónyuge.

Legítima *pars bonorum*.

Dinamarca

Comunidad universal diferida (cualquiera que sea la causa de disolución del matrimonio).

Legítima pars valoris.

Son legitimarios los descendientes y el cónyuge (o pareja de hecho homosexual), que tienen derecho a un valor igual a la mitad de la herencia.

Eslovaquia

Régimen legal de gananciales.

Eslovenia

Régimen legal supletorio de gananciales.

Legítima pars bonorum.

Son legitimarios los descendientes, los padres y el cónyuge. Se aplica el orden de la sucesión *ab intestato*. La legítima es la mitad de la cuota hereditaria *ab intestato*, salvo para los padres (que es de una tercera parte).

El plazo para ejercitar la acción de reducción de disposiciones inoficiosas es de tres años desde la apertura de la sucesión.

Estonia

Régimen legal supletorio de gananciales.

Finlandia

Comunidad universal diferida (cualquiera que sea la causa de disolución del matrimonio); se excluyen los bienes personales, los relacionados en capitulaciones y los recibidos por donación o herencia cuando el donante o testador haya excluido expresamente su pertenencia a la comunidad.

La pareja de hecho homosexual está plenamente equiparada al matrimonio.

Legítima pars bonorum; pero el testador puede autorizar el pago con dinero o bienes del heredero.

Se calcula sobre el *relictum* y el *donatum* (con exclusión, no obstante, de ciertas donaciones).

Solo los descendientes (orden de la sucesión *ab intestato*); tienen derecho a la mitad de su cuota hereditaria *ab intestato*.

Acción para reclamar la legítima: prescribe a los seis meses. El plazo para reducir una donación inoficiosa será de un año desde el conocimiento de la donación, una vez conocido el fallecimiento del testador (esta acción caduca a los diez años del fallecimiento del causante).

Francia

Régimen legal supletorio de gananciales (para los cónyuges casados a partir del día 1 de febrero de 1966); antes, régimen supletorio de comunidad de muebles y ganancias.

La Ley de 15 de noviembre de 1991 introdujo los pactos civiles de solidaridad (PACS) para las parejas de hecho (que acceden al Registro Civil, al margen de la inscripción de nacimiento). Cabe su constancia en documento privado.

Legítima *pars bonorum*. Intangibilidad cualitativa y cuantitativa; imposibilidad de renuncia en vida del causante. Se calcula sumando a los bienes relictos el valor de los donados.

Son legitimarios los descendientes, los ascendientes y el cónyuge.

Si el causante deja un hijo o stirpe, la legítima es de la mitad de la herencia; dos tercios si deja dos hijos o stirpes y tres cuartas partes de la herencia, si concurren tres hijos o stirpes o un número superior de ellos.

Para los ascendientes, la situación cambia en las sucesiones causadas a partir del 1 de enero de 2007 (fecha de entrada en vigor de la Ley 2006-728, de 23 de enero). Para las sucesiones causadas con anterioridad, su legítima era de un cuarto de la herencia para cada línea de ascendientes, en pleno dominio; para las posteriores, se suprime su legítima (si bien subsiste el derecho de reversión de donaciones hechas a los descendientes fallecidos sin descendencia).

En ausencia de descendientes, el cónyuge tiene derecho a una legítima en propiedad de la cuarta parte de la herencia. Pero puede recibir liberalidades *inter vivos* o *mortis causa* del cónyuge que excedan de la parte de libre disposición (en cómputo diferente según concorra con ascendientes o descendientes).

Si concurre con descendientes, puede recibir del causante: i) el usufructo de toda la herencia, ii) un cuarto en pleno dominio y tres cuartos en usufructo. El causante puede dejar la elección al cónyuge; los herederos forzosos pueden pedir garantías al usufructuario o solicitar la conmutación del usufructo.

Además, la Ley 2006-728 reconoce al cónyuge o pareja de hecho —en las sucesiones abiertas a partir del día 1 de enero de 2007— un derecho de habitación de la vivienda familiar por plazo de un año desde el fallecimiento.

La acción de reducción de las donaciones inoficiosas es de cinco años, a contar desde el fallecimiento del causante, o de dos años desde que los herederos forzosos hubieran tenido conocimiento del perjuicio; en todo caso, caduca a los diez años del fallecimiento del causante. Cabe la renuncia a la acción de reducción, incluso antes de la apertura de la sucesión, siempre que se haga a favor de persona o personas determinadas; se exige escritura pública autorizada por dos notarios.

Grecia

Régimen legal supletorio de participación en las ganancias.

Legítima *pars bonorum*.

Son legitimarios los descendientes, los ascendientes y el cónyuge (orden de la sucesión *ab intestato*); tiene derecho cada uno a la mitad de su cuota legal *ab intestato*.

Hungría

El régimen legal supletorio es el de gananciales (pero desde la Ley XII/1946); hasta entonces, el régimen legal supletorio de la nobleza y de los intelectuales definidos en la ley era el de separación de bienes (para el resto de los cónyuges, regía el sistema de gananciales) (este curioso régimen tenía su origen en los acuerdos de la Conferencia de Werboczi, en el siglo XVI).

La legítima solo es *pars bonorum* cuando el causante así lo ha establecido en su testamento o en escritura o cuando la autoridad judicial lo determine.

La legítima se calcula sobre el *relictum* más el *donatum*; sin embargo, no se tiene en cuenta el valor de los bienes donados: i) conforme a los usos sociales o, ii) con más de quince años de antelación a la fecha de fallecimiento del causante. Tampoco se computan los alimentos prestados por el causante a sus descendientes ni otros prestados a título gratuito. El usufructo del cónyuge se valora atendiendo tan solo a los bienes que existen en la sucesión.

Son legitimarios los descendientes, los ascendientes y el cónyuge (orden de la sucesión *ab intestato*); tiene derecho cada uno a la mitad de su cuota legal *ab intestato*. Cuando el cónyuge tuviera derecho *ab intestato* al usufructo de la herencia o de una cuota, su derecho de usufructo legítimo debe asegurar sus necesidades económicas (atendiendo al valor de la herencia y al valor de su patrimonio). Este derecho de usufructo legítimo es intransmisible.

La acción para reclamar la legítima prescribe a los cinco años del fallecimiento.

Irlanda

El régimen legal supletorio es el de separación de bienes.

La legítima es *pars valoris*.

Son legitimarios los descendientes y el cónyuge. La cuantía de la legítima de los descendientes está sujeta a determinación judicial (según los casos). La legítima del cónyuge es de una tercera parte de la herencia (si concurre con descendientes) o de una mitad (en otro caso).

La acción para reclamar la legítima prescribe a los seis meses desde el fallecimiento.

Islandia

El régimen legal es el de comunidad diferida. No forman parte de la comunidad los bienes excluidos por la ley o por capitulaciones matrimoniales.

La legítima es *pars bonorum*. No puede gravar el testador la legítima, pero puede imponer prohibiciones de disponer a los legitimarios menores de veintún años (tanto las limitaciones como su supresión deben ser autorizadas por la autoridad judicial).

Son legitimarios los descendientes y el cónyuge; la legítima es de dos terceras partes de la herencia.

Italia

El régimen legal supletorio es, desde la entrada en vigor de la Ley 151/1975, de 19 de mayo (es decir, desde el día 20 de septiembre de 1975), el de gananciales. Hasta entonces, el régimen legal supletorio era el de separación de bienes. La reforma no tiene efectos retroactivos.

La legítima es *pars bonorum*. Se calcula sobre el *relictum* y el *donatum*.

Son legitimarios los descendientes, los ascendientes y el cónyuge. La legítima de los hijos y del cónyuge es:

- La mitad de la herencia para el hijo (si solo hay uno) y no hay cónyuge.
- La tercera parte de la herencia para el hijo que concurre con el cónyuge (que también tiene derecho a otro tercio).
- Dos tercios de la herencia, a repartir por iguales partes, para los hijos (si hay más de uno y no hay cónyuge).
- Una mitad de la herencia, a repartir por iguales partes, para los hijos que concurren con el cónyuge (que tiene derecho a una cuarta parte de la herencia).
- La legítima del cónyuge es de la mitad de la herencia (si no concurre con descendientes).

La legítima de los ascendientes es de la cuarta parte de la herencia (si concurren con el cónyuge) o de una tercera parte (en caso contrario).

Además de lo anterior, la ley atribuye al cónyuge un derecho de uso y habitación sobre la vivienda habitual y su mobiliario.

La acción de complemento y reducción de disposiciones inoficiosas prescribe a los diez años desde la apertura de la sucesión. Conviene subrayar que

el tercer adquirente (aun con título inscrito) de bienes donados no queda protegido frente a una eventual ineficacia, por inoficiosidad de la donación (salvo que hubiera completado la usucapión). Por esa razón, conviene ser prudente al adquirir en Italia bienes que procedan, directa o indirectamente, de una donación (los bancos son reacios a admitir la hipoteca de tales bienes). El Decreto-ley de 14 de marzo de 2005 y la Ley de 28 de diciembre del mismo año atenúan este rigor, al declarar prescrita la acción de reducción de una donación si han transcurrido veinte años o más desde la inscripción de esta en el Registro de la Propiedad (pero cabe la interrupción extrajudicial de este plazo de prescripción).

Letonia

Régimen legal supletorio es el de gananciales.

La legítima es *pars bonorum* (se calcula sumando al *relictum* el valor del *donatum*). Intangibilidad cuantitativa y cualitativa; acción de reducción.

Son legitimarios los descendientes, los ascendientes y el cónyuge (por el orden de la sucesión *ab intestato*). La legítima es la mitad de la cuota que correspondería a cada legitimario en la sucesión *ab intestato*.

Lituania

Régimen legal supletorio es el de gananciales.

La legítima es *pars bonorum* (se calcula sumando al *relictum* el valor del *donatum*). Intangibilidad cuantitativa y cualitativa; acción de reducción.

Son legitimarios los descendientes, los ascendientes y el cónyuge (por el orden de la sucesión *ab intestato*). La legítima es la mitad de la cuota que correspondería a cada legitimario en la sucesión *ab intestato*.

Luxemburgo

El régimen legal supletorio es el de gananciales (desde la entrada en vigor de la Ley de 4 de febrero de 1974); anteriormente, la comunidad de muebles y ganancias (como el Derecho de Aragón).

Legítima *pars bonorum* (se calcula añadiendo el *relictum* al *donatum*).

Son legitimarios los descendientes y el cónyuge (no la pareja de hecho). La legítima de los hijos es de la mitad de la herencia (para un hijo), dos tercios de la herencia (para dos hijos) y tres cuartas partes de la herencia (para más hijos).

El cónyuge puede optar (en el plazo de tres meses desde el fallecimiento del causante) entre el usufructo de la vivienda habitual y su mobiliario o la parte de

la herencia correspondiente a cada hijo legitimario (sin que pueda ser inferior a la cuarta parte de la herencia). Si el cónyuge no ejercita su opción en plazo o fallece antes, se entiende que ha optado por el usufructo de la vivienda habitual.

La acción de reducción de disposiciones inoficiosas es imprescriptible.

Macedonia

El régimen legal supletorio es el de gananciales.

Legítima *pars bonorum*.

Son legitimarios los descendientes, los ascendientes y el cónyuge.

Malta

El régimen legal supletorio es el de gananciales.

La legítima es *pars bonorum*; el testador no puede imponer limitaciones a la legítima. Se calcula añadiendo al *relictum* el *donatum*.

Son legitimarios los descendientes y el cónyuge. La legítima de los hijos es de una tercera parte de la herencia (si hay hasta cuatro hijos) o de una mitad de la herencia (si hay más de cuatro).

La legítima del cónyuge es de una cuarta parte de la herencia (si concurre con hijos) o de un tercio (en caso contrario). Además tiene derecho al uso y habitación de la vivienda habitual y su mobiliario.

La acción de reducción de disposiciones inoficiosas prescribe a los cinco años de la apertura de la sucesión.

Moldavia

Régimen legal supletorio de gananciales.

Legítima *pars bonorum*.

Se calcula añadiendo al *relictum* el *donatum*.

Son legitimarios los descendientes, los ascendientes y el cónyuge (orden de la sucesión *ab intestato*). Su cuantía es la mitad de la cuota hereditaria *ab intestato*.

Mónaco

Régimen legal supletorio: separación de bienes (desde la entrada en vigor de la Ley de 25 de junio de 1970). Antes, el de comunidad de muebles y ganancias.

Legítima *pars bonorum*.

La legítima de los hijos es de la mitad de la herencia (si solo dejó uno), de dos tercios de la herencia (si dejó dos) y de tres cuartas partes de la herencia (si dejó tres o más). La legítima de los hijos comunes (no la de los hijos extra-matrimoniales) puede quedar gravada con el usufructo universal del cónyuge.

La legítima de los ascendientes es de la mitad de la herencia (una cuarta parte por cada línea). Sin embargo, los ascendientes que no sean padres del testador solo tienen derecho a la legítima cuando no haya hermanos del testador o sus descendientes llamados a la herencia (art. 781 CC).

Noruega

Régimen legal supletorio: comunidad universal diferida (salvo las excepciones previstas por la ley, como bienes excluidos por capitulaciones, adquiridos a título gratuito si el donante o testador los hubiera excluido expresamente de la comunicación, bienes de uso personal, etc.).

Son legitimarios los descendientes. Su legítima es de dos tercios de la herencia. Sin embargo, hay un límite legal: cada hijo o estirpe no puede percibir por legítima más de 500.000 coronas —unos 61.500 euros— (siempre y cuando se respete el mínimo de 100.000 coronas —unos 12.300 euros— para cada descendiente distinto del hijo).

Además, los hijos del causante pueden reclamar alimentos (con cargo a la herencia) para completar su formación.

En cuanto a las parejas de hecho homosexuales registradas, se aplica el mismo régimen que en Dinamarca (es decir, produce los mismos efectos que el matrimonio).

Cabe la reducción de disposiciones inoficiosas; la legítima no puede ser sometida a cargas ni gravámenes (salvo las excepciones legales).

Países Bajos

Régimen legal supletorio: comunidad universal (el testador o donante pueden excluir los bienes donados a cualquiera de los cónyuges de la comunidad; tampoco forman parte de la misma los bienes personales, entre los cuales la jurisprudencia incluye las acciones y participaciones sociales).

Legítima *pars valoris*. En algunos casos, el legitimario no puede reclamar su crédito tras el fallecimiento del causante. Así sucede, por ejemplo:

- Si el causante aplaza el pago de la legítima hasta el fallecimiento de su cónyuge o pareja de hecho (siempre con contrato de cohabitación formalizado notarialmente).

- En el supuesto de protección de la administración de la herencia (*Beschermingsbewind*).
- Respecto de la empresa del causante.

Son legitimarios los descendientes: tienen derecho a un valor equivalente a la mitad de su cuota *ab intestato* (además, en caso de necesidad, los hijos menores pueden reclamar alimentos con cargo a la herencia; incluso los menores de veintiún años, pueden reclamarlos para completar su formación). Hay reglas especiales para los hijos que hubieran trabajado para la casa o la empresa del causante (pueden reclamar una indemnización con cargo a la herencia si dichas prestaciones no les hubieran sido recompensadas).

El cónyuge y la pareja de hecho tienen derecho al uso y habitación de la vivienda familiar y su mobiliario durante los seis meses siguientes al fallecimiento del causante. Además, el primero puede exigir la constitución de un usufructo vitalicio sobre dichos bienes (y también, si lo necesita económicamente, sobre otros bienes de la herencia).

La acción para reclamar la legítima prescribe a los cinco años del fallecimiento del causante.

Polonia

Régimen legal supletorio: gananciales.

Legítima *pars valoris*. Pero se puede reclamar también, subsidiariamente, de los donatarios del testador (empezando por los más recientes, hasta el límite de la donación, deducción hecha —en su caso— del importe de su propia legítima —si el donatario es también legitimario—).

Son legitimarios los descendientes, los ascendientes y el cónyuge (orden de la sucesión *ab intestato*). La legítima es la mitad de la cuota legal *ab intestato* (salvo para los legitimarios menores de edad o con incapacidad para el trabajo, en cuyo caso su legítima es de dos tercios de su cuota legal).

La acción para reclamar el pago de la legítima prescribe a los tres años de la apertura de la sucesión.

Portugal

Régimen legal supletorio: gananciales.

Legítima *pars bonorum*.

Son legitimarios los descendientes, los ascendientes y el cónyuge (orden de la sucesión *ab intestato*):

- Si solo concurren descendientes, su legítima es de la mitad de la herencia (si solo hay un hijo) o de dos terceras partes de la herencia (si hay dos o más hijos).
- Si concurren el cónyuge y los descendientes, su legítima es de dos terceras partes de la herencia. Igual sucede si concurren el cónyuge y los ascendientes.
- Si solo concurre el cónyuge, su legítima es de la mitad de la herencia.
- Si solo concurren los padres del causante, su legítima es de la mitad de la herencia.
- Si solo concurren otros ascendientes, su legítima es de una tercera parte de la herencia.

La pareja de hecho registrada (homosexual u heterosexual) tiene derecho a recibir alimentos con cargo a la herencia.

Cabe la reducción de las disposiciones inoficiosas.

Reino Unido

No hay régimen legal supletorio (ni tan siquiera el de separación de bienes). Sin embargo, para disponer de la vivienda habitual del matrimonio es necesario el consentimiento de ambos. Puede hacerse constar en el Registro de la Propiedad el carácter de vivienda habitual, de acuerdo con la ley *Matrimonial Homes Act* de 1983.

No existe la legítima.

Sin embargo, la evolución legislativa tiende a limitar esta libertad de testar.

La Ley de 1975 sobre protección de la familia (*Inheritance Family Provision & Dependants Act*) atribuye a los órganos judiciales competencias limitadas para establecer alimentos temporales (*family provision*) a favor determinadas personas (aun cuando no sean parientes del causante), en caso de necesidad, con cargo a la herencia. Esta ley se aplica a causantes cuyo último domicilio estuviera fijado en el Reino Unido; se aplica por igual a la sucesión testamentaria y a la intestada. Pueden reclamar la *family provision* las siguientes personas, siempre y cuando ni la ley ni el testamento ordenen a su favor una cuota hereditaria o legado «razonable»:

- El cónyuge.
- El excónyuge divorciado, siempre y cuando no hubiera repetido nupcias.
- Los hijos y descendientes del causante (incluso extramatrimoniales y los «nasciturus»).
- Cualquier persona acogida en el hogar familiar por el causante.
- Cualquier persona que, al fallecer el causante, fuera asistido económicamente por él.

La *family provision* puede consistir en una renta o pensión, en un capital en dinero o en la transmisión de bienes muebles o inmuebles. La demanda debe interponerse en el plazo de seis meses (desde la entrega de los bienes hereditarios).

En Escocia y en las islas anglo-normandas, el Derecho Consuetudinario prevé la existencia de legítimas. En Escocia, por ejemplo, el cónyuge tiene derecho (*ius relictae*) a un tercio de los bienes muebles de la herencia, si el matrimonio se disuelve con hijos o descendientes comunes; la legítima del cónyuge será de la mitad de los bienes muebles, en caso contrario. Los hijos y descendientes tienen también derecho a la legítima (*legitum*): un tercio de los bienes muebles (si concurren con el cónyuge) o la mitad de los mismos (en caso contrario).

La Ley sobre parejas de hecho del mismo sexo (*Civil Partnership Act*) de 2004 concede a sus miembros (siempre y cuando la unión esté registrada) los mismos derechos que al cónyuge.

Rusia

Régimen legal supletorio de gananciales.

Son legitimarios los hijos o descendientes menores o incapaces, el cónyuge incapaz y los padres incapaces del testador. También lo son las personas a que se refiere el artículo 1148 del Código Civil ruso: los parientes del testador que dependieran económicamente de él en el año anterior a su fallecimiento (aun cuando no vivieran con él).

Orden de la sucesión intestada: la legítima de cada uno de ellos es la mitad de su cuota legal *ab intestato*.

Sin embargo, el importe de la legítima puede ser moderado por los órganos judiciales para proteger la vivienda habitual y la empresa familiar.

Suecia

Régimen legal supletorio: comunidad universal diferida (salvo bienes de uso personal, excluidos por capitulaciones matrimoniales o donados o heredados cuando el donante o testador los haya excluido expresamente).

Legítima *pars bonorum* (denominada *laglott*).

Son legitimarios (*bröstarvingars*) los descendientes y el cónyuge (también la pareja de hecho —homosexual o heterosexual— registrada).

Orden de la sucesión *ab intestato*. La legítima de los descendientes es la mitad de su cuota legal intestada. El valor de la legítima del cónyuge se calcula multiplicando por cuatro la suma fijada cada año por la Ley de Seguridad

Social; pero de este importe hay que detraer el valor de los bienes que se le hayan adjudicado por liquidación del régimen matrimonial.

La acción de reducción de las disposiciones inoficiosas es de cinco años, a contar desde el conocimiento de la existencia de tal disposición.

Suiza

Régimen legal supletorio: participación en las ganancias.

Legítima *pars valoris*; prescribe en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión.

Se calcula añadiendo al *relictum* el valor de las donaciones hechas por el testador en los cinco años anteriores a su fallecimiento.

Cabe la reducción de las disposiciones inoficiosas.

Son legitimarios los descendientes, los padres y el cónyuge (o pareja de hecho registrada). Se aplica el orden de la sucesión *ab intestato*. Para los descendientes, la legítima es de tres cuartas partes de su cuota legal intestada; para los padres y el cónyuge, la mitad de su cuota hereditaria legal. Pero cabe dejar al cónyuge el usufructo de las tres cuartas partes de la herencia y, además, el cuarto de libre disposición.

Ucrania

Régimen legal supletorio: gananciales.

Son legitimarios los descendientes, el cónyuge y los ascendientes, así como otras personas determinadas por la ley, siempre y cuando —en todos los casos— exista una dependencia económica respecto del testador.

B) LATINOAMÉRICA

Argentina

Gananciales.

Legítima *pars bonorum* (*relictum* y *donatum*, intangibilidad cuantitativa y cualitativa, acciones de reducción —diez años de la muerte— y de complemento, desheredación por causas legales).

Legítima de los descendientes: cuatro quintos.

Legítima de los ascendientes: dos tercios (la mitad, si concurren con el cónyuge viudo).

Legítima del cónyuge: una mitad. Si concurre con descendientes, la legítima de cuatro quintos se distribuye a partes iguales entre el consorte y las estirpes de descendientes. Si concurre con ascendientes, su legítima es la mitad de los bienes propios del causante.

Distribución entre órdenes: de acuerdo con las normas de la sucesión abintestato.

Bolivia

Gananciales.

Legítima *pars bonorum* (*relictum* y *donatum*, intangibilidad cuantitativa y cualitativa, acciones de reducción y de complemento, desheredación por causas legales).

Legítima de los descendientes: cuatro quintos.

Legítima de los ascendientes: dos tercios.

Legítima del cónyuge o conviviente: dos tercios. Si concurre con descendientes o ascendientes, la legítima global de unos y otros se mantiene, siendo considerado el cónyuge o conviviente como uno más de aquellos, a efectos de su distribución.

Distribución entre órdenes: de acuerdo con las normas de la sucesión abintestato.

Brasil

Gananciales.

Legítima *pars bonorum* (*relictum* y *donatum*, intangibilidad cuantitativa y cualitativa, acciones de reducción y de complemento, desheredación por causas legales).

Legítima de los descendientes: una mitad.

Legítima de los ascendientes: una mitad.

Legítima del cónyuge: usufructo de un cuarto (si concurre con descendientes) o de la mitad (en otro caso, aun cuando concorra con ascendientes). Si el régimen era el de comunidad universal, solo tendrá derecho de habitación de la vivienda familiar.

Distribución entre órdenes: de acuerdo con las normas de la sucesión abintestato.

Chile

Gananciales.

Legítima *pars bonorum* (*relictum* y *donatum*, intangibilidad cuantitativa y cualitativa, acciones de reducción y de complemento, desheredación por causas legales).

Legítima de los descendientes: una mitad y un cuarto de mejora (puede mejorar el causante a cualquiera de sus descendientes y al cónyuge).

Legítima de los ascendientes: una mitad.

Legítima del cónyuge: una mitad (si concurre con descendientes, en cuyo caso la porción conyugal se paga con cargo a la mitad legitimaria de los hijos, equivaliendo al doble de la legítima estricta de los descendientes). Si no concurre con descendientes, su porción legitimaria (un cuarto de la herencia) es baja de la herencia.

Distribución entre órdenes: de acuerdo con las normas de la sucesión abintestato.

Colombia

Gananciales. Pero comunidad diferida (durante el matrimonio, cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de los bienes propios).

Legítima *pars bonorum* (*relictum* y *donatum*, intangibilidad cuantitativa y cualitativa, acciones de reducción y de complemento, desheredación por causas legales).

Legítima de los descendientes: una mitad y un cuarto de mejora (puede mejorar el causante a cualquiera de sus descendientes).

Legítima de los ascendientes: una mitad.

Legítima del cónyuge: un cuarto de la herencia.

Distribución entre órdenes: de acuerdo con las normas de la sucesión abintestato.

Costa Rica

Gananciales.

No existe la legítima forzosa. Pero la libertad de testar se halla reducida por la reserva de alimentos: «*El testador puede disponer libremente de sus bienes con tal que deje asegurados los alimentos de su hijo, hasta la mayoría de edad, si es menor, y por toda la vida, si es inválido, y los de sus padres y los de su consorte, mientras los necesiten*» (art. 595 CC). Se reduce la institución

de heredero que no respete dicha limitación. No hay obligación de alimentos si el favorecido tiene bienes suficientes.

Cuba

Gananciales.

No hay legitimarios, sino herederos «especialmente protegidos» (los descendientes, ascendientes y cónyuge del causante, pero solo si dependen económicamente de él y no tienen aptitud para trabajar). La ley reserva a estos herederos una mitad de la herencia. Si hay varios, todos por igual.

Ecuador

Gananciales.

Legítima *pars bonorum* (*relictum* y *donatum*, intangibilidad cuantitativa y cualitativa, acciones de reducción y de complemento, desheredación por causas legales).

Legítima de los descendientes: una mitad y un cuarto de mejora (puede mejorar el causante a cualquiera de sus descendientes).

Legítima de los ascendientes: una mitad.

Legítima del cónyuge: una cuarta parte.

Distribución entre órdenes: de acuerdo con las normas de la sucesión abintestato.

El Salvador

Separación de bienes.

Libertad de testar, con obligación de prestar alimentos.

Guatemala

Gananciales.

Libertad de testar, con obligación de prestar alimentos.

Honduras

Separación de bienes.

Legítima *pars bonorum* (*relictum* y *donatum*, intangibilidad cuantitativa y cualitativa, acciones de reducción y de complemento, desheredación por causas legales).

Legítima del cónyuge: una cuarta parte de la herencia.

Además, obligación de alimentos a favor de descendientes y ascendientes necesitados.

En lo demás, libertad de testar.

México

Gananciales y separación de bienes (según Estados). En otros Estados no hay previsto régimen legal supletorio alguno (los contrayentes deben optar por un régimen convencional, en impresos que se hallan a su disposición en el Registro Civil).

Desde 1874, libertad de testar. Pero existen pensiones alimenticias que deben asegurarse a los descendientes menores de dieciocho años, al cónyuge o pareja de hecho incapacitados para trabajar, a los ascendientes, a los hermanos y demás parientes colaterales (hasta el cuarto grado) menores de dieciocho años. En caso de incumplimiento, se pueden reducir legados e instituciones hereditarias. El testador puede imponer la carga de prestar alimentos solo a alguno de los herederos.

Nicaragua

Separación de bienes.

Legítima *pars bonorum* (*relictum* y *donatum*, intangibilidad cuantitativa y cualitativa, acciones de reducción y de complemento, desheredación por causas legales).

Legítima del cónyuge: una cuarta parte de la herencia.

Además, obligación de alimentos a favor de descendientes y ascendientes necesitados.

En lo demás, libertad de testar.

Paraguay

Gananciales.

Legítima *pars bonorum* (*relictum* y *donatum*, intangibilidad cuantitativa y cualitativa, acciones de reducción y de complemento, desheredación por causas legales).

Son legitimarios los descendientes (cuatro quintas partes de la herencia), los ascendientes (dos tercios de la herencia) y el cónyuge (la mitad de la herencia). También son legitimarios el adoptante y el adoptado (la mitad de la herencia). Cuando concurran varios herederos forzosos, prevalece la legítima mayor.

Perú

Gananciales.

Legítima *pars bonorum* (*relictum* y *donatum*, intangibilidad cuantitativa y cualitativa, acciones de reducción y de complemento, desheredación por causas legales).

Legítima de los descendientes y cónyuge: dos tercios de la herencia (distribución igualitaria entre aquellos y este).

Legítima de los ascendientes: una mitad de la herencia.

Distribución conforme a las normas de la sucesión abintestato.

Puerto Rico

Gananciales.

Legítima *pars bonorum* (*relictum* y *donatum*, intangibilidad cuantitativa y cualitativa, acciones de reducción y de complemento, desheredación por causas legales).

Legítima de los descendientes: dos tercios (uno de legítima estricta y otro de mejora).

Legítima de los ascendientes: la mitad.

Legítima del cónyuge: en usufructo, variable según supuestos:

- a) Si concurre con un solo hijo o descendiente, del tercio de mejora.
- b) Si concurre con varios descendientes del matrimonio, su usufructo se obtiene de dividir la legítima larga entre el número de hijos y el viudo.
- c) Si concurre con varios descendientes de diferentes matrimonios, su usufructo se obtiene de dividir la legítima larga entre el número de hijos.
- d) Si concurre con ascendientes, usufructo de un tercio.
- e) En otro caso, usufructo de la mitad de la herencia.

República Dominicana

Comunidad de muebles y ganancias.

Legítima *pars bonorum* (*relictum* y *donatum*, intangibilidad cuantitativa y cualitativa, acciones de reducción y de complemento, desheredación por causas legales).

Legítima de los descendientes: la mitad de la herencia, si solo hay un descendiente. Dos terceras partes de la herencia, si hay dos, y tres cuartas partes si son tres o más.

Legítima de los ascendientes: una mitad de la herencia, si hay ascendientes de ambas líneas o una cuarta parte, si solo hay ascendientes de una línea.

Distribución entre órdenes: de acuerdo con las normas de la sucesión abintestato.

Uruguay

Participación en las ganancias.

Legítima *pars bonorum* (*relictum* y *donatum*, intangibilidad cuantitativa y cualitativa, acciones de reducción y de complemento, desheredación por causas legales).

Legítima de los descendientes: una mitad de la herencia, para un solo descendiente, dos terceras partes (para dos descendientes) y tres cuartas partes de la herencia (para más descendientes).

Legítima de los ascendientes: una mitad de la herencia.

Legítima del cónyuge: una cuarta parte de la herencia. Si concurre con hijos o descendientes, es considerado como un descendiente más en la legítima de aquellos. Además, tiene derecho de uso y habitación de la vivienda familiar y su mobiliario.

Venezuela

Gananciales.

Libertad de testar, con obligación de alimentos.

RESUMEN

LIBERTAD DE TESTAR DERECHO COMPARADO

Propongo al lector una visión panorámica de la amplitud que actualmente se reconoce, en otros países, a la libertad de testar. Incapaz de abordar las peculiaridades de todos los ordenamientos extranjeros, me limito a clasificarlos en cuatro

ABSTRACT

FREEDOM OF TESTATION COMPARATIVE LAW

This author proposes to give readers a panoramic overview of the breadth of freedom of testation that other countries currently recognise. As the author is unable to address the unique features of all foreign jurisdictions, the author is con-

familias jurídicas (derecho islámico, derecho anglosajón, derecho nórdico y derecho romano-germánico), para definir luego a grandes trazos el derecho matrimonial y sucesorio de cada de grupo. Incorporo como anexo un resumen más detallado del régimen matrimonial y de las legítimas en los países de nuestro entorno (Europa y Latinoamérica).

fined to roughing out four legal families (Islamic law, Anglo-Saxon law, Nordic law and Roman/Germanic law). The author then broadly defines marriage law and the law of succession in each group. As an appendix, the author includes a more-detailed summary of the marriage regime and reserved portions in the countries akin to ours (Europe and Latin America).

(Trabajo recibido el 26-11-2010 y aceptado para su publicación el 27-5-2011)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Coordinado por JUAN JOSÉ JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

Por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 21-1-2011

(BOE 17-5-2011)

Registro de Alcalá de Henares, número 1

RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL EXTRANJERO. ANOTACIONES PREVENTIVAS DE EMBARGO.

Estando inscrita una finca a nombre de dos cónyuges, de nacionalidad rumana para su comunidad matrimonial, se pretende la anotación preventiva de embargo en procedimiento judicial seguido contra el marido, que se ha notificado a su cónyuge. Ello solo es posible si se acredita que el régimen económico de los cónyuges, de acuerdo con la legislación rumana, es un régimen de comunidad equiparable al de gananciales, al efecto de poder aplicar lo establecido en el artículo 144.1 del RH.

Resolución de 5-2-2011

(BOE 20-6-2011)

Registro de Burgos, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. REPARCELACIÓN URBANÍSTICA.

En el caso de que se solicite la anotación de un embargo sobre una finca registral que ya no existe, en tanto se trataba de una finca instrumental que se creó por agrupación de otra serie de ellas para, inmediatamente, subdividirse en las correspondientes fincas de reemplazo en un proceso de equidistribución urbanístico, solo es posible practicar dicha anotación sobre las fincas de reemplazo que estén inscritas a nombre del deudor, pero nunca sobre la de aquellos titulares que no hayan sido parte en el procedimiento, con independencia de la supuesta eficacia de la afección urbanística por gastos de urbanización.

Resolución de 5-2-2011

(BOE 20-6-2011)

Registro de Madrid, número 13

PRÉSTAMO HIPOTECARIO CONCEDIDO POR UNA SOCIEDAD QUE NO TIENE EL CARÁCTER DE ENTIDAD DE CRÉDITO Y AL QUE RESULTA APLICABLE LA LEY 2/2009, DE 31 DE MARZO.

En el caso objeto del presente recurso la escritura calificada fue otorgada el 28 de septiembre de 2010, fecha anterior por tanto a la entrada en vigor del Real Decreto 106/2011, de 28 de enero, por el que se crea y regula el Registro estatal de empresas previsto en la Ley 2/2009, de 31 de marzo. Además, la Disposición Transitoria Única del citado Real Decreto establece un plazo de tres meses desde su entrada en vigor para que las empresas domiciliadas en España que desarrollen las actividades reguladas en la citada Ley 2/2009 soliciten la inscripción provisional en el Registro estatal cuando la Comunidad Autónoma en que radique su domicilio no haya constituido el correspondiente registro autonómico, de donde se deduce claramente que la falta de inscripción anterior a la entrada en vigor del Real Decreto 106/2011 no tenía carácter impeditivo del desarrollo de tales actividades. La posibilidad de desarrollo de la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios e intermediación o asesoramiento en la concesión de préstamos o créditos que constituye el ámbito objetivo de la Ley 3/2009, debe ser admitida aun cuando ésta haya entrado en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (cfr. Disposición Final Cuarta), siempre que se cumplan los requisitos legales inmediatamente exigibles en protección de los consumidores, sin que pueda entenderse que dicha actividad queda condicionada a la constitución de los registros públicos a los que se refiere el artículo 3.

Resolución de 3-3-2011

(BOE 27-6-2011)

Registro de Gandía

PROPIEDAD HORIZONTAL: CLÁUSULA DE EXONERACIÓN DE GASTOS.

Es incongruente que la sociedad constituyente del régimen conserve su derecho de voto proporcional a su cuota (cfr. art. 16.2 de la LPH) y su participación en el solar resultante de la demolición o ruina (cfr. art. 21 de la LPH) pero no en los gastos generales del edificio. Ello implicaría una exclusión de la ley aplicable (art. 6.2 del CC) con evidente perjuicio a tercero, ya que los restantes propietarios deberían sufragar los gastos ocasionados en una proporción muy superior a la que por ley les pudiera corresponder y que no serían proporcionados a su utilización de la planta dedicada a garaje y trastero, por lo que no es atendible la argumentación de los recurrentes de que la cláusula rechazada no supone perjuicio para los restantes propietarios. Además, debe tenerse en cuenta que existen gastos de conservación que son independientes del uso que se haga de la cosa y que se causan por el mero transcurso del tiempo, por lo que resulta adecuado que los propietarios participen en la satisfacción de los gastos, sin que el ser los promotores-construtores suponga motivo suficiente para excepcionar lo anterior.

Resolución de 7-3-2011
(BOE 26-5-2011)
Registro de Torrijos

RECTIFICACIÓN DE ERRORES: ERRORES DE CONCEPTO. ESTADO CIVIL: PRUEBA.

Cuando se trata de un error de concepto, su rectificación requiere como regla el consentimiento de todos los titulares registrales afectados y del Registrador, a menos que tal error pueda deducirse de documentos públicos que de manera terminante así lo pongan de manifiesto, en cuyo caso será posible la rectificación sin el concurso de tales titulares. El estado civil de viudo —lo mismo que el de divorciado— exige, en relación con el Registro de la Propiedad, establecer una distinción neta entre aquellos casos en los que, por resultar afectada la titularidad previamente inscrita o la legitimación del otorgante, es necesario probar precisamente la disolución del vínculo matrimonial, y aquellos otros en los que no se dan dichas circunstancias y se trata tan solo de completar la identificación de la persona. Dejando al margen este segundo caso, en los supuestos primeramente indicados la prueba de la viudez o del divorcio únicamente la puede proporcionar el Registro Civil mediante la presentación de la certificación oportuna, con la salvedad excepcional de que en los casos de falta de inscripción son admisibles otros medios de prueba siempre que, previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida (cfr. art. 2 de la LRC y 327 del CC).

Resolución de 7-3-2011
(BOE 8-6-2011)
Registro de Sevilla, número 3

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: PRÓRROGA.

La prórroga de una anotación de embargo no es posible practicarla si cuando se aporta el mandamiento ordenándola ya ha caducado la referida anotación. Y ello con independencia de las eventuales irregularidades de la notificación de una notificación anterior de una calificación desfavorable.

Resolución de 7-3-2011
(BOE 20-6-2011)
Registro de Calahorra

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE INMATRICULACIÓN. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

Para inscribir un expediente de dominio de inmatriculación en el que constan más de un titular sobre la finca, ha de identificarse el tipo de cotitularidad de que se trata y concretar sus respectivos requisitos. Es imprescindible que conste el NIF de los titulares. También es necesario aportar certificación catastral descriptiva y gráfica en términos coincidentes con el título.

Resolución de 8-3-2011
(BOE 20-6-2011)
Registro de Roses, número 2

CERTIFICACIÓN DE UN REGISTRO CIVIL EXTRANJERO.

Para poder cancelar un usufructo sobre la base de una certificación de defunción expedida por un Registro Civil extranjero se necesita como regla general la legalización, salvo que pueda sustituirse por la apostilla en los términos del Convenio de La Haya de 1961, o que ni siquiera sea preciso esta última por resultar de aplicación el Convenio número 16 de la Comisión Internacional del Estado Civil, sobre expedición de certificaciones plurilingües de las actas del Registro Civil, hecho en Viena el 8 de septiembre de 1976, como es el caso de los documentos procedentes de Francia. En todo caso es necesario que dicha certificación cumpla estrictamente los requisitos previstos en el citado convenio.

Resolución de 29-3-2011
(BOE 4-5-2011)
Registro de Ronda

PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Si en el expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo promovido por los recurrentes se ha considerado como titular registral a persona distinta de aquél a cuyo favor resulta inscrita la finca al tiempo de la presentación del Auto, por causa de haberse despachado otro Auto dictado con anterioridad, es indiscutible que, de acuerdo con los principios de prioridad (art. 17 de la LH) y tracto sucesivo (art. 18 de la LH), procede la denegación de la inscripción pretendida. Máxime cuando quienes promovieron el expediente de reanudación de tracto sucesivo podrían haber anotado preventivamente la demanda (cfr. arts. 274, último párrafo, y 283 del RH), lo que hubiera permitido ganar prioridad respecto de otros títulos presentados con posterioridad.

Resolución de 1-4-2011
(BOE 4-5-2011)
Registro de Marbella, número 3

CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPLÍCITA: CANCELACIÓN DE ASIENTOS POSTERIORES.

El Centro Directivo confirma su consolidada doctrina que exige que los titulares de asientos posteriores a la condición resolutoria han de ser citados en el procedimiento para que puedan cancelarse los referidos asientos. O bien, que los mismos se hubieran practicado después de la correspondiente anotación de demanda de resolución. Igualmente es preciso la consignación de las cantidades que debe restituir el vendedor a disposición de los titulares de asientos que van a ser objeto de cancelación.

Resolución de 7-4-2011

(BOE 27-6-2011)

Registro de Burgos, número 1

INEXACTITUD DEL REGISTRO.

Habiéndose practicado la última inscripción de una finca sobre la base de un expediente de dominio de reanudación de tracto, no cabe ahora pretender la rectificación de la descripción de la finca que se hizo en dicho expediente sin acudir a los medios establecidos en el artículo 40 de la LH.

Resolución de 8-4-2011

(BOE 27-6-2011)

Registro de Madrid, número 3

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACTOS COLECTIVOS-ACTOS INDIVIDUALES.

La resolución judicial que versa sobre actos de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal que no pueden integrarse dentro de los denominados colectivos, pues afectan a la propiedad de elementos independientes que han sido transmitidos a terceros que no han sido parte en el procedimiento. Por eso no sería suficiente con que hubiera sido demandado el Presidente de la Comunidad de Propietarios del edificio en régimen de propiedad horizontal, para la cancelación de los asientos registrales de propietarios individuales. Con más razón debe rechazarse el reflejo registral de la resolución judicial en la que la Junta de Propietarios actúa como demandante, sin que conste el consentimiento de los propietarios titulares registrales afectados por la declaración de nulidad.

Resolución de 12-4-2011

(BOE 27-6-2011)

Registro de Pozuelo de Alarcón, número 2

PROPIEDAD HORIZONTAL: LICENCIA.

La aplicación de lo previsto en el artículo 53 del Real Decreto 1093/97 depende de lo establecido en la legislación urbanística de la comunidad autónoma y lo prescrito en el plan general de ordenación del municipio. Si en ambos casos se exige licencia para transformar una vivienda unifamiliar en cuatro sometidas a propiedad horizontal, será necesario acreditar la concesión de dicha licencia para acceder al Registro.

Resolución de 14-4-2011

(BOE 4-5-2011)

Registro de Cuevas de Almanzora

DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA ANTIGUA EN ANDALUCÍA: LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN Y LIBRO DEL EDIFICIO.

La normativa aplicable ha de ser la que corresponda a la fecha en que se otorga la escritura, al margen de la fecha en que se hizo la obra. Con carácter general reitera el Centro Directivo que no es exigible para la inscripción de una obra nueva la licencia de primera ocupación, salvo que lo exija la normativa autonómica, como ocurre con el Reglamento de Disciplina andaluz. Sin embargo, en el caso de obras nuevas por antigüedad, artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, que dispensa del requisito de la aportación de la licencia de obras a que se refiere el artículo 46 del mismo Real Decreto 1093/1997, debe dispensar por identidad de razón (prescripción de una eventual infracción urbanística en que hubiere podido incurrir el edificante) de la exigencia, a los efectos de la inscripción registral de la obra nueva, de la licencia de ocupación, pues su objeto no es otro que el de verificar la adecuación urbanística de las obras ejecutadas a la licencia otorgada, y a la normativa y ordenación urbanística aplicable en cuanto al uso previsto para el edificio. No resulta de aplicación el requisito del depósito del libro del edificio, dado que la antigüedad de la obra excede de la fecha de entrada en vigor de la LOE.

Resolución de 15-4-2011
(BOE 4-5-2011)
Registro de Zaragoza, número 13

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: FINCA TITULARIDAD DEL DEMANDANTE.

Sobre la base del principio de tutela judicial efectiva, puede admitirse tal anotación cuando, de no hacerse, se produciría un supuesto de indefensión para el demandante, caso que ocurre cuando existe un título de transmisión o gravamen referente a la finca objeto de la demanda que aún no haya sido inscrito, pero cuya inscripción futura pudiera tener como consecuencia la adquisición por un tercero de la finca referida. Ello no es contrario al principio de tracto sucesivo, pues tal principio exige el rechazo del documento solo cuando el titular de la finca es una tercera persona. Y sin que en el supuesto planteado sea necesario que el anotante inscriba previamente el título de adquisición del demandado, pues ello supondría un trámite superfluo en el caso de que la demanda fuera estimada. Además la anotación de la demanda permitirá que no surjan terceros protegidos por la fe pública registral que insten la inscripción de sus derechos —como es posible *ex art. 312 del RH*—.

Resolución de 19-4-2011
(BOE 11-5-2011)
Registro de Belmonte de Miranda

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La inscripción de una rectificación de cabida al amparo de una certificación catastral solo es posible si el Registrador no aprecia dudas razonables sobre la identidad de la finca. Dichas dudas, podrán solventarse por el procedimiento del artículo 306 del RH, o bien mediante el consentimiento del colindante respecto del que se deriva la duda.

Resolución de 20-4-2011
(BOE 12-5-2011)
Registro de Vitoria, número 4

BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES MENORES: ENAJENACIÓN.

La inscripción de la enajenación de una finca que figura inscrita a nombre de una entidad local menor, requiere el consentimiento, no la mera autorización, del ayuntamiento al que está adscrita. En consecuencia, tanto con arreglo a la normativa administrativa como a la civil, no cabe entender prestado ese consentimiento por silencio administrativo positivo.

Resolución de 26-4-2011
(BOE 27-6-2011)
Registro de Pego

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD EN SUELO NO URBANIZABLE.

De conformidad con la legislación valenciana no cabría inscribir una obra nueva por antigüedad cuando existe una nota marginal de vinculación de la finca a una determinada edificación (ya declarada con anterioridad), debiendo operar dicha vinculación con la misma eficacia que si constara una anotación de expediente urbanístico.

Resolución de 30-4-2011
(BOE 3-6-2011)
Registro de Málaga, número 10

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE INMATRICULACIÓN. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

No puede el Registrador al calificar documentos judiciales revisar los fundamentos jurídicos del fallo. En un expediente de dominio para inmatricular una finca, si en la misma se describe una edificación, deben cumplirse todos los requisitos de la declaración de obra nueva, y entre ellos la determinación de la superficie construida y la ocupada por la edificación.

Resolución de 3-5-2011
(BOE 24-5-2011)
Registro de Brivesca

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO.

El expediente judicial de reanudación de tracto solo se utilizará en aquellos casos en que haya una real interrupción en la sucesión de la cadena de titulares, pues la finalidad del mismo es la de servir de cauce apropiado para declarar la efectiva adquisición por el promotor, pero únicamente en aquellas hipótesis en

que dicha adquisición no traiga causa directa del titular registral (véase Resolución de 30 de noviembre de 2000 que impone una interpretación restrictiva y la necesidad que la ruptura de tracto resulte del expediente), pues en caso de que el promotor sea causahabiente del titular registral lo procedente es aportar el título cuya inscripción falta o acudir a una acción de elevación a público de documento privado o cualquier otra declarativa de propiedad en juicio ordinario.

Resolución de 3-5-2011

(BOE 24-5-2011)

Registro de Durango

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: TITULAR REGISTRAL FALLECIDO.

Constando en el Registro que la titular según inscripción primera falleció, que se declararon judicialmente sus herederos de forma nominativa y que se procedió a la partición judicial de la herencia, no puede valorarse la existencia ya de una herencia yacente —ni es aplicable la doctrina que este Centro Directivo ha mantenido a este respecto que posibilita el emplazamiento a eventuales herederos— sino que del mismo folio registral resulta la existencia de herederos ciertos y determinados del titular registral, que deben haber sido íntegra y oportunamente demandados para que se pueda proceder a la correspondiente cancelación e inscripción de la sentencia por la que se declara el dominio por usucapión a favor de terceros.

Resolución de 4-5-2011

(BOE 3-6-2011)

Registro de Sabadell, número 4

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE EXCESO DE CABIDA. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

No puede el Registrador al calificar un expediente de dominio de inscripción de exceso de cabida oponer dudas sobre la identidad de la finca o sobre la realidad del exceso, dado que estas cuestiones le competen en exclusiva al Juez.

Resolución de 4-5-2011

(BOE 6-6-2011)

Registro de Sevilla, número 1

DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA ANTIGUA EN ANDALUCÍA: LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN.

La normativa aplicable ha de ser la que corresponda a la fecha en que se otorga la escritura, al margen de la fecha en que se hizo la obra. Con carácter general reitera el Centro Directivo que no es exigible para la inscripción de una obra nueva la licencia de primera ocupación, salvo que lo exija la normativa autonómica, como ocurre con el Reglamento de Disciplina andaluz. Sin embargo, en el caso de obras nuevas por antigüedad, artículo 52 del Real Decreto

1093/1997, que dispensa del requisito de la aportación de la licencia de obras a que se refiere el artículo 46 del mismo Real Decreto 1093/1997, debe dispensar por identidad de razón (prescripción de una eventual infracción urbanística en que hubiere podido incurrir el edificante) de la exigencia, a los efectos de la inscripción registral de la obra nueva, de la licencia de ocupación, pues su objeto no es otro que el de verificar la adecuación urbanística de las obras ejecutadas a la licencia otorgada, y a la normativa y ordenación urbanística aplicable en cuanto al uso previsto para el edificio.

Resolución de 5-5-2011

(BOE 28-5-2011)

Registro de Mojácar

MEDIOS DE PAGO: FORMA DE ACREDITARLOS.

Consta incorporado a la escritura testimonio del cheque bancario en el que constan todos los datos exigidos en el artículo 177.5 del Reglamento Notarial para que pueda entenderse identificados al objeto de su calificación registral, incluido el código de la cuenta con cargo a la cual se aportaron los fondos para el libramiento. El propio artículo 177.5 admite que esta constancia en la escritura pueda tener lugar no solo por manifestación sino también por soporte documental, por lo que no procede exigir su traslación al cuerpo de la escritura.

Resolución de 7-5-2011

(BOE 24-5-2011)

Registro de Ourense, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA POR DEFECTO SUBSANABLE: CADUCIDAD.

Constando en el Registro una anotación preventiva por defecto subsanable que ha sido ya cancelada por caducidad cuando se presenta el mandamiento que ordena su prórroga, el principio de legitimación impide la constatación registral de dicha prórroga.

Resolución de 9-5-2011

(BOE 3-6-2011)

Registro de Murcia, número 4 y número 1

CONCURSO DE ACREEDORES: ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO A FAVOR DE UNA SOCIEDAD EN CONCURSO. CALIFICACIÓN REGISTRAL DE DOCUMENTOS JUDICIALES.

No puede el Registrador revisar el criterio del Juez sobre la capacidad procesal de la sociedad actora, con lo que no cabe exigir que hayan intervenido los administradores concursales. Por otro lado, no hay impedimento legal para que la sociedad en concurso pueda ejercitar las acciones que le corresponden, acciones que se ventilarán en el juzgado competente, y no en el mercantil.

Resolución de 12-5-2011
(BOE 4-6-2011)
Registro de Valencia, número 11

AMPLIACIÓN DE HIPOTECA: DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA.

Aunque la cuota del préstamo hipotecario resultante de la ampliación sea única y se calcule en función del nuevo tipo de interés, en lo que es propiamente la ampliación de hipoteca debe procederse de la misma forma que si hubiera dos hipotecas, cada una con su rango. De modo que, registralmente debe quedar perfectamente determinado por separado el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria (cfr. art. 12 de la LH) tanto del préstamo inicial —calculada en función del tipo de interés inicial— como de la parte ampliada —calculada en función del tipo de interés actual—, como ocurre en el título presentado a inscripción.

Resolución de 16-5-2011
(BOE 8-6-2011)
Registro de Salamanca, número 1

CONTADOR PARTIDOR: RENUNCIA AL CARGO.

Debe partirse del criterio admitido por la doctrina científica, por la jurisprudencia y por este Centro Directivo según el cual el régimen legal del cargo de contador-partidor debe ser integrado con las normas que el Código Civil dedica al albacea, habida cuenta de la similar naturaleza de ambas figuras. De los documentos calificados ni de los asientos registrales (cfr. art. 18 de la LH) resulta la fecha en la que los designados tuvieron conocimiento de su nombramiento o del fallecimiento del testador. Y de los documentos referidos en la escritura calificada se desprende la voluntad de apartarse de dichos cargos, avalada por la ulterior notificación de dicha decisión. Y puede entenderse que el segundo otorgamiento, revocando una renuncia ya plasmada al tiempo que se acepta expresa y formalmente, lo que denota es un arrepentimiento que legalmente ya no puede tener lugar, dada la irrevocabilidad de lo que en su momento se manifestó, irrevocabilidad que, según criterio predominante en la doctrina, resulta del mismo artículo 898 y de la aplicación analógica del artículo 997 del Código Civil.

Resolución de 18-5-2011
(BOE 20-6-2011)
Registro de Torrent, número 2

DERECHO DE OPCIÓN: CANCELACIÓN CARGAS POSTERIORES. REQUISITOS FISCALES.

Para cancelar las cargas posteriores a la opción, una vez consumado el ejercicio de dicho derecho de opción, es necesario consignar el precio a disposición de los titulares de esas cargas. Pero es admisible que se detraigan de dicho precio a consignar la prima de opción, si así resulta de la propia inscripción del derecho

de opción, así como las cantidades retenidas por el optante para pagar las cargas anteriores en las que se subroga.

Resolución de 19-5-2011
(BOE 20-6-2011)
Registro de Almansa

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO.

La división de la cosa común presenta una naturaleza jurídica compleja, difícil de reducir a la dicotomía entre lo traslativo y lo declarativo. Pero en todo caso, se trate o no la disolución de comunidad de un acto traslativo, se produce como consecuencia de la misma una mutación jurídico real de carácter esencial, pues extingue la comunidad existente y modifica el derecho del comunero y su posición de poder respecto del bien (véase STS de 25-2-2011, según la cual debe ser calificado de verdadera atribución patrimonial), que lo justifica como título inmatriculador. En definitiva, por la disolución de comunidad se causa en el Registro un asiento de inscripción sobre la totalidad del pleno dominio de la cosa adjudicada.

Resolución de 23, 25 y 26-5-2011
(BOE 20 y 27-6-2011)
Registro de Mijas, número 2 y 3

ANOTACIÓN DE EMBARGO ORDENADA POR UN AYUNTAMIENTO SOBRE BIENES RADICANTES FUERA DE SU TÉRMINO MUNICIPAL.

Tras la más reciente jurisprudencia sobre esta materia, la Dirección General modifica su postura y sostiene ahora que las Entidades Locales tienen plena competencia para dictar el acto administrativo mediante el cual se declara la existencia de un crédito exigible a su favor, cuando sea cierta su cuantía y la persona del obligado, y también para su recaudación en periodo voluntario o ejecutivo, dictando a tal efecto la correspondiente providencia de apremio, diligencia de embargo y medidas cautelares como es el mandamiento de anotación del embargo. En cambio, carece de tal competencia para realizar actuaciones de realización forzosa sobre bienes inmuebles situados fuera de su término municipal, que deberá llevarse a cabo por los órganos competentes de la correspondiente Comunidad Autónoma cuando deban realizarse en el ámbito territorial de ésta, y por los órganos competentes del Estado en otro caso, previa solicitud del Presidente de la Corporación.

Resolución de 24-5-2011
(BOE 20-6-2011)
Registro de Ayamonte

ANOTACIÓN DE EMBARGO ORDENADA POR UNA DIPUTACIÓN PROVINCIAL SOBRE BIENES RADICANTES FUERA DE SU ÁMBITO TERRITORIAL PARA ASEGURAR DEUDAS A FAVOR DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA.

En este caso no hay obstáculo alguno para la práctica de la anotación, en tanto se trata de ingresos a favor de la comunidad autónoma, sin que sea de aplicación el artículo 8.3 de la Ley de Haciendas Locales.

Resolución de 26-5-2011
(BOE 23-6-2011)
Registro de Torrevieja, número 2

SENTENCIAS DE JUICIOS VERBALES.

Publica, conforme a lo dispuesto en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección sexta, de 9 de julio de 2009, que ha devenido firme (RRDGRN de 27-9-2005, BCR núm. 118; octubre de 2005, pág. 2620, BOE de 28-10-2005).

Resolución de 27-5-2011
(BOE 23-6-2011)
Registro de Sitges

SENTENCIAS DE JUICIOS VERBALES.

Publica, conforme a lo dispuesto en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 57 de Barcelona, de 28 de septiembre de 2009, que ha devenido firme (BCRE, núm. 156; abril de 2009, pág. 859).

Resolución de 30-5-2011
(BOE 23-6-2011)
Registro de Sabadell, número 4

SENTENCIAS DE JUICIOS VERBALES.

Publica, conforme a lo dispuesto en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección decimoséptima, de 18 de marzo de 2009, que ha devenido firme (RDGRN de 19-7-2007, BOE de 7-8-2007; BCRE, núm. 137, julio-agosto de 2007, pág. 2376).

Resolución de 31-5-2011
(BOE 23-6-2011)
Registro de Barcelona, número 24

SENTENCIAS DE JUICIOS VERBALES.

Publica, conforme a lo dispuesto en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección decimoséptima, de 22 de enero de 2008, que ha devenido firme (RDGRN de 9-6-2006; BCRE, núm. 126; julio-agosto de 2006, pág. 2025).

Registro Mercantil

Por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 4-2-2011

(BOE 27-6-2011)

Registro Mercantil de Madrid, VII

PODER. COMPETENCIA PARA SU OTORGAMIENTO. SOCIEDAD UNIPERSONAL.

La Junta General no puede otorgar poderes, ya que el competente para ello es el órgano de administración. Esta regla no quiebra si se trata de decisión de socio único. Más aún, cuando el órgano de administración no es un administrador único coincidente con el socio único, sino un consejo de administración.

Resolución de 5-2-2011

(BOE 17-5-2011)

Registro Mercantil Central

DENOMINACIÓN SOCIAL. MARCA.

La Ley 17/2001, de Marcas, ofrece base legal para denegar la denominación social solicitada si coincide o puede originar confusión con una marca o nombre comercial notorio —por ser generalmente conocido por el sector—, o renombrado —por ser conocido por el público en general—. La Ley también establece como causa de disolución de pleno derecho de la sociedad si la sentencia por violación del derecho de marca impone el cambio de denominación social y este no se efectúa en el plazo de un año, debiendo el registrador cancelarla de oficio.

En el caso debatido se confirma que la denominación «Financiera Naranja, S. L.» puede inducir a confusión en el mercado con la actividad bancaria y financiera del Banco «ING Direct», por lo que debe rechazarse.

Resolución de 28-2-2011

(BOE 10-5-2011)

Registro Mercantil de Madrid

CUENTAS ANUALES.

No se resuelve sobre el fondo al aceptarse el desistimiento del recurrente.

Resoluciones de 4, 7, 8, 9, 21 (2), 22, 23-3-2011

(BOE 17-5-2011)

Registro Mercantil de Alicante

CUENTAS ANUALES. MODELOS.

Reitera doctrina relativa al carácter imperativo que tiene para las empresas obligadas a dar publicidad a sus cuentas anuales la presentación de las mismas en los modelos oficiales aprobados. Por ello se facilitan en los Registros Mercantiles y en las web del Ministerio de Justicia y del ICAC.

No se admite la alegación de que cuando se publicaron los nuevos modelos, las cuentas ya estaban formuladas. El momento en el que puede conocerse cuáles son las cuentas no es de su formulación sino el de su aprobación por la junta. (Resoluciones de 4, 7, 8, 9, 21, 22 y 23-3-2011).

Resolución de 21-3-2011

(BOE 23-5-2011)

Registro Mercantil de Madrid, XIII

CONVOCATORIA. FORMA. WEB.

La Dirección General entiende que en la cláusula estatutaria debatida se ha ejercido correctamente la libertad de configuración estatutaria permitida por la ley mediante anuncio en la web de la sociedad y, para el caso de que esta no exista, por burofax, pues no se configuran dichas formas como alternativas sino una —el burofax— como supletoria de la otra —anuncio en la web—.

Resolución de 25-3-2011

(BOE 24-5-2011)

Registro Mercantil de Sevilla

CUENTAS ANUALES. EJERCICIO SOCIAL.

Cuando, según su escritura de constitución, la sociedad dio comienzo a sus operaciones el día de su otorgamiento, deben depositarse las cuentas del primer ejercicio, en este caso el comprendido entre el 12 y el 31 de diciembre, aunque no haya realizado actividad mercantil alguna en ese período. La ley no autoriza que la fecha de comienzo de operaciones quede en suspenso a voluntad de la sociedad a efectos del cumplimiento de una obligación legal como es el depósito de cuentas.

Resolución de 4-4-2011

(BOE 4-5-2011)

Registro Mercantil Santiago de Compostela

OBJETO SOCIAL. MODIFICACIÓN. PUBLICIDAD.

Se varía la redacción del artículo correspondiente al objeto, añadiendo que las actividades comprendidas no incluirán aquellas que por ley estén reservadas en exclusiva a otras personas físicas o jurídicas y que podrá desarrollarse también mediante cualquier otro tipo de asociación o como socio colectivo de cualquier sociedad comanditaria. No se considera necesaria la publicación de anuncios, pues tales expresiones no tienen otro alcance que el aclaratorio o explicativo.

Resolución de 5-4-2011

(BOE 17-5-2011)

Registro Mercantil de Madrid, XI

CALIFICACIÓN. PODER. OBJETO. SOCIEDADES PROFESIONALES.

Reitera resoluciones anteriores en el sentido de que el registrador debe calificar la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento y la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación al acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario con el contenido del título. El notario debe manifestar que se le ha exhibido el documento auténtico. En el caso contemplado basta juicio de suficiencia «para el otorgamiento de esta escritura de constitución de sociedad en los términos que expresa la misma». Dice la Dirección General que este criterio no queda menoscabado por el hecho de que exista determinada sentencia en contra.

La mera inclusión en el objeto social de actividades profesionales (en este caso «asesoramiento jurídico») faltando los demás requisitos tipológicos imprescindibles de la figura societaria profesional (socios profesionales y necesaria realización de la actividad profesional por los socios) no puede impedir la inscripción. No hay sociedad profesional si no hay socios profesionales. Por ello refrenda la inclusión de «actividades profesionales» de los estatutos tipo aprobados por la Orden 3185/2010. Y rechaza que pueda exigirse una manifestación expresa sobre el carácter de intermediación de la actividad social, aunque reconoce la utilidad y conveniencia de dicha especificación.

Resolución de 6-4-2011

(BOE 4-5-2011)

Registro Mercantil de Valencia, IV

ACTA NOTARIAL DE JUNTA. REQUISITOS. ACUERDOS SOCIALES. FORMALIZACIÓN. CAMBIO DE SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN.

En la certificación del acta deben constar los elementos esenciales para poder apreciar la regularidad de la convocatoria —entre otros, fecha y modo en que se haya efectuado— cuando no se trate de junta universal. La expresión de estas circunstancias también es exigible cuando los acuerdos consten en acta notarial. Son extremos que debe calificar el registrador y no pueden ser suplidos por una manifestación genérica del notario.

El acuerdo que altera el modo de organizar la administración debe consignarse en escritura pública. En el supuesto contemplado no basta la escritura presentada para complementar el acta notarial de la junta en que se adoptan los acuerdos, pues en ella solo se contiene la ratificación del nombramiento de los administradores nombrados y su aceptación.

Resolución de 7-4-2011

(BOE 26-5-2011)

Registro Mercantil de Barcelona, XI

ACUERDOS SOCIALES. FORMALIZACIÓN. JUNTA UNIVERSAL.

Si lo que se eleva a público es el acuerdo social y para ello puede tomarse como base la certificación de los mismos, no existe inconveniente para que el título inscribible sea una escritura en la cual quien tenga facultades suficientes para ello certifique sobre tales acuerdos en el cuerpo de la escritura sin que sea necesaria una certificación en documento unido a dicho título.

Uno solo de los dos administradores designados en el acuerdo que se formaliza no tiene facultad por sí solo para elevar a público acuerdos sociales, a no ser que esté especialmente facultado para ello por la junta.

Tratándose de acuerdos que hayan de inscribirse en el Registro Mercantil, deben constar en la certificación de los acuerdos sociales —o en la escritura, en el presente caso— los elementos esenciales para poder apreciar la regularidad de la convocatoria de la Junta General o, en su caso, las circunstancias necesarias para su consideración como Junta Universal. No es suficiente la referencia a la asistencia a la reunión de los dos únicos socios si no se expresa que la junta se haya reunido con el carácter de universal.

Resolución de 18-4-2011

(BOE 17-5-2011)

Registro Mercantil de Alicante, II

CONSTITUCIÓN. PROCEDIMIENTO TELEMÁTICO. REAL DECRETO LEGISLATIVO 13/2010. ESTATUTOS TIPO.

Este Real Decreto Legislativo tiene como propósito la agilización y reducción de costes del proceso constitutivo de las sociedades de capital, siempre que cumplan determinados presupuestos relativos al tipo societario, capital social y estructura del órgano de administración, estableciendo requisitos y obligaciones procedimentales. Dicho propósito debe ser tenido en cuenta para determinar las consecuencias de la inexistencia de alguno de los referidos presupuestos tipológicos o estructurales, así como del incumplimiento de los requisitos y obligaciones procedimentales impuestos a notarios y registradores.

La inexistencia de alguno de dichos presupuestos determina la inaplicabilidad de la reducción de costes y del sistema en general. Pero el incumplimiento por el notario de alguna de las obligaciones impuestas no permite que el registrador se niegue a practicar la calificación e inscripción en el plazo abreviado, ni la paralización del proceso constitutivo ni la inaplicación del régimen previsto por el Real Decreto Legislativo, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que pueda derivarse al notario por el retraso en la prestación de su función.

Si es el notario quien solicita el certificado de denominación ha de hacerlo telemáticamente y remitir la escritura al Registro Mercantil en un día hábil desde que la reciba (art. 5.1). Si la solicita el interesado, el plazo comienza a contar desde que es aportado al notario y no desde la recepción por el interesado o su autorizado, que puede obtenerla en formato papel sin que esa solicitud no telemática exima al Registro Mercantil Central de emitirla y enviarla en el plazo de un día hábil previsto.

El hecho de que, con afán de simplificación y agilización en el procedimiento constitutivo, se prevea por el legislador la utilización del modelo de estatutos aprobado por la Orden 3185/2010, no significa que los socios fundadores queden exonerados de la obligación de incluirlos en la escritura, pues tales estatutos no tienen carácter de norma legal a la que los socios puedan remitirse o que entre

en juego supletoriamente. Además tales modelos no solo pueden ser completados en algunos aspectos, sino que en otros es imprescindible su concreto detalle, como el número máximo de administradores solidarios. No cabe, pues, remitirse a la Orden y consignar únicamente los extremos específicos de denominación, objeto, capital, etc.

Resolución de 25-4-2011
(BOE 27-6-2011)
Registro Mercantil de Madrid, XIII

RECURSO. FUERA DE PLAZO. CALIFICACIÓN. NOTIFICACIÓN.

La Dirección General no entra en el fondo del recurso por considerar que fue presentado fuera de plazo.

Aunque no existe constancia fehaciente de que el notario recurrente haya admitido el correo electrónico a su dirección de correo corporativo, el artículo 322 de la LH debe ser interpretado atendiendo a la realidad de las comunicaciones entre notarios y registradores en un ámbito que impulsa el empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

Resolución de 29-4-2011
(BOE 23-5-2011)
Registro Mercantil de Zaragoza

LIQUIDACIÓN. ACREEDORES.

Se presenta escritura de liquidación y extinción de sociedad en la que el liquidador declara que no existe un solo acreedor al que no se le ha pagado ni asegurado su crédito por encontrarse la sociedad en estado de insolvencia total y definitiva, sin activo social alguno, y así resulta del balance incorporado.

La Dirección General, tras apuntar que existen opiniones divergentes al respecto, no entra a decidir si la vigente ley concursal exige que exista una pluralidad de acreedores. Resuelve que las disposiciones relativas al pago de los acreedores o consignación de sus créditos no son aplicables en caso de inexistencia de haber social. La cancelación de los asientos de la sociedad no es sino una fórmula de mecánica registral para consignar una vicisitud de la sociedad y no perjudica al acreedor, pues no impide la ulterior responsabilidad si después aparecen bienes sociales no tenidos en cuenta en la liquidación.

Resolución de 10-5-2011
(BOE 3-6-2011)
Registro Mercantil de Lugo

ADMINISTRADORES. CESE Y NOMBRAMIENTO.

Los acuerdos de ejercicio de responsabilidad, de separación de los administradores, así como del nombramiento de los nuevos que hayan de sustituirles, pueden adoptarse aunque no figuren en el orden del día. La dimisión que presenta

en la junta uno de los consejeros expresando su disposición para continuar en el ejercicio del cargo hasta la constitución de la próxima junta no impide que prevalezca la voluntad mayoritaria sobre el cese inmediato de dicho administrador y el nombramiento de otro nuevo.

Resolución de 10-5-2011
(BOE 3-6-2011)
Registro Mercantil de Toledo

NOTARIO. COMPETENCIA. CALIFICACIÓN. NOTA.

La competencia territorial de los notarios se extiende a todo el distrito notarial. En caso de autorización de escrituras por sustitución, un incumplimiento de los deberes reglamentarios al respecto no afecta a la eficacia del documento ni en sí constituye defecto que impida la inscripción.

Resolución de 11-5-2011
(BOE 4-6-2011)
Registro Mercantil de Pontevedra

ADMINISTRADORES. NÚMERO.

Tras la entrada en vigor del TRLSC en sociedades limitadas, al igual que en las anónimas, es necesario expresar en el número de administradores o al menos el número mínimo y máximo.

Resolución de 16-5-2011
(BOE 8-6-2011)
Registro Mercantil de Toledo

ADMINISTRADORES. RENUNCIA.

Cuando la renuncia del administrador (un mancomunado de concurso necesario o la mayoría de los consejeros) deja al órgano de administración inoperante, pero permanece en el cargo algún administrador, es él el llamado a conocer la renuncia y puede convocar la junta para proveer el nuevo nombramiento. Pero si renuncian todos, pese a que cualquier socio puede solicitar una convocatoria judicial, el conocimiento de la renuncia y su remedio, además de costoso, puede dilatarse en el tiempo con el consiguiente perjuicio para los intereses sociales que el renunciante estaba obligado a defender, por lo que debe convocar junta para el nombramiento de nuevos administradores. Esta doctrina la confirma el TS en sentencia de 23-10-2009, extendiendo este deber de diligencia al caso de cese por caducidad.

COMENTARIOS A LAS RESOLUCIONES DE 30 DE OCTUBRE Y 12 DE NOVIEMBRE DE 2010, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

TEXTO DE LAS RESOLUCIONES

RESOLUCIÓN de 30 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Sevilla, número 1, a inscribir una escritura de cancelación de hipoteca.

En el recurso interpuesto por la sociedad «P., S. A.», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Sevilla, número 1, don Juan José Pretel Serrano, a inscribir una escritura de cancelación de hipoteca.

HECHOS

I

Mediante escritura autorizada el 13 de mayo de 2009 por el Notario de Madrid don Alberto Navarro-Rubio Serres, el «B. E. C., S. A.» canceló la hipoteca en su día constituida sobre la finca registral número 19186 para garantizar determinado préstamo, «por no ser necesaria la garantía que implica la hipoteca para la seguridad de la deuda con ella garantizada... consintiendo que en el Registro de la Propiedad se haga constar esta cancelación mediante la inscripción correspondiente». Al siguiente día de la autorización fue presentada telemáticamente al Registro de la Propiedad copia autorizada electrónica de dicha escritura, causando el asiento número 650 del Diario 50.

Con fecha 27 de mayo de 2009, dos apoderados del «B. E. de C., S. A.», debidamente identificados, solicitaron por escrito al Registrador que se tuviera por retirada la citada escritura (cuya copia telemática se había presentado al Registro).

El 19 de junio de 2009, se presenta telemáticamente al citado Registro, causando el asiento número 951 del Diario 50, copia autorizada electrónica de la escritura otorgada ante el Notario de Sevilla don Manuel García del Olmo y Santos el mismo día, y en cuya virtud el «B. E. C., S. A.» anulaba y dejaba sin efecto la escritura de cancelación inicialmente otorgada, toda vez que en mediante la misma dicha entidad «...procedió a cancelar indebidamente el préstamo hipotecario sobre la finca número 19.186 de Coria del Río...». Además, se expresa que el banco otorgante no era actual titular del crédito, por haberlo cedido mediante escritura otorgada ante el mismo Notario Señor García del Olmo, el 28 de enero

de 2008, y, por tanto, no estaba legitimado para proceder a la citada cancelación. El día 1 de julio de 2009 se presenta en el Registro copia autorizada, en soporte papel, de dicha escritura de anulación con el documento acreditativo del pago del impuesto.

El 30 de junio de 2009, se aporta al Registro, por un presentante distinto del que se indicaba en la copia presentada telemáticamente, y luego retirada, copia autorizada en soporte papel de la escritura de cancelación otorgada en Madrid el citado 13 de mayo de 2009, con el documento acreditativo del pago del impuesto.

II

La escritura de cancelación de hipoteca fue objeto de la siguiente calificación, con fecha 24 de julio de 2009:

«...Fundamentos Jurídicos:

Primero. Con arreglo al párrafo primero del artículo 18 de la LH, los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas.

Segundo. En el presente caso, ha de tenerse en cuenta el siguiente orden cronológico de presentación de documentos:

1. El día 14 de mayo de 2009, fue presentada telemáticamente copia autorizada electrónica del título que se califica.

2. Con fecha 27 de mayo de 2009, la copia autorizada electrónica fue retirada por la representación legal de “B. E. C., S. A.”, a solicitud de los apoderados de la Entidad, don ... y doña ...

3. El 19 de junio de 2009 fue presentada telemáticamente, bajo el asiento número 951 del diario 50, copia autorizada electrónica de la escritura autorizada por el Notario de Sevilla don Manuel García del Olmo y Santos el mismo día 19 de junio de 2009, número 1.620 de protocolo, por la que “B. E. C., S. A.”, anula y deja sin efecto la escritura que ahora se califica, toda vez que según se manifiesta en tal escritura de anulación, “...se procedió a cancelar indebidamente el préstamo hipotecario sobre la finca número 19.186 de Coria del Río, dado que no era actual titular del crédito y, por tanto no estaba legitimada para ello”.

4. El 30 de junio de 2009 fue aportada, por M. A. F. G., copia autorizada en soporte papel de la escritura que ahora se califica, en unión del documento acreditativo del pago del impuesto.

5. El 1 de julio de 2009 fue aportada copia autorizada en soporte papel de la expresada escritura de anulación número 1.620 de protocolo, en unión del documento acreditativo del impuesto.

Son varias, por tanto las cuestiones que se derivan de este peculiar “iter” documental que para su mayor claridad se exponen por separado.

Tercero. La primera cuestión que se plantea es si es posible que el documento que ha accedido al Registro de la Propiedad de forma telemática puede ser retirado por los presentantes. En ningún precepto está contemplada esta posibilidad ni regulado el procedimiento de cómo ha de llevarse a cabo. Es verdad que no podrá producirse nunca una retirada de la documentación dado que el archivo electrónico permanece en la oficina registral, pero si tenemos en cuenta que en el procedimiento registral el presentante o interesado tiene derecho a

retirar el documento sin otra nota que la expresiva de haber sido presentado (cfr. arts. 18.2 de la LH y 427 y sigs. de su Reglamento) y que cuando se trata de un procedimiento iniciado por presentación electrónica es principio esencial del mismo el de igualdad, con objeto de que en ningún caso el uso de medios electrónicos pueda implicar la existencia de restricciones o discriminaciones para los ciudadanos que se relacionen con las Administraciones Públicas por medios no electrónicos, tanto respecto al acceso a la prestación de servicios públicos como respecto a cualquier actuación o procedimiento administrativo (art. 4 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos), la conclusión a la que se llega es que la instancia en la que el presentante solicite que se lleve a cabo la paralización del procedimiento debe de considerarse equivalente a una retirada del documento presentado.

Cuarto. De todo lo anterior, se deduce que la aportación que en soporte papel se ha hecho por una persona distinta de los presentantes originarios de la escritura de cancelación, aunque se haya hecho constar al margen del asiento de presentación que en su día se practicó por el acceso telemático de esa misma escritura, no puede producir el efecto de alterar o inmiscuirse en un procedimiento cuyos iniciadores del mismo habían solicitado expresamente que quedara paralizado mediante la solicitud de tener por retirada la escritura presentada, algo distinto de la solicitud de desistimiento (art. 433 del RH, que obliga a tener en cuenta posibles intereses de terceros para su admisión). La preferencia de esta aportación de la escritura en soporte papel será, por lo tanto, la que venga determinada por su acceso al Registro (esto es, el día 30 de junio) y no por la fecha en la que telemáticamente la cancelación se presentó por primera vez; es decir, su prioridad es posterior en once días a la de la copia telemática de la escritura de anulación de la cancelación de la hipoteca.

Quinto. Lo anteriormente expuesto serviría para denegar la práctica de la cancelación solicitada por aplicación de los artículos 17 y 20 de la Ley Hipotecaria, pero además (si se entendiera otra cosa) debe tenerse en cuenta que el registrador, para lograr un mayor acierto en la calificación y evitar asientos inútiles, puede y debe tener en cuenta, documentos afectantes a la finca o a su titular aunque se hayan presentado con posterioridad, siempre y cuando no se altere el principio de prioridad. Tal es el caso que nos ocupa en donde sin alterarse el principio de prioridad (vid. lo dicho en el Fundamento cuarto) debe tenerse en cuenta la existencia de una escritura que anula aquella cuya inscripción ahora se rechaza.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinentes aplicación:

El Registrador de la Propiedad que suscribe, de conformidad con los cotitulares del Registro de la Propiedad número 1 de Sevilla, acuerda: 1.º Denegar el despacho del título hasta que no se subsanen los defectos apreciados. 2.º Notificar esta calificación en el plazo de diez días hábiles desde su fecha al presentante del documento y al Notario, de conformidad con lo previsto en los artículos 322 de la Ley Hipotecaria y 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Contra la presente calificación negativa los interesados podrán:...

El Registrador. Firma ilegible. Fdo.: Juan José Pretel Serrano. Registrador de la Propiedad número 1 y Mercantil II de Sevilla».

III

La sociedad «P., S. A.», mediante apoderado, interpuso recurso contra la referida calificación por escrito presentado en el Registro de la Propiedad el 1 de octubre de 2009. En dicho escrito la recurrente alegó lo siguiente:

1.º Que dicha calificación le fue notificada el 1 de septiembre de 2009 (sin que en el informe del Registrador ni en el expediente conste ninguna otra referencia a tal extremo).

2.º Que resulta insuficiente la motivación especificada por el señor Registrador, máxime tomando en consideración la radicalidad de los efectos producidos por esa calificación respecto del título presentado.

Que el interés o derecho legítimo puede consistir en la defensa de la legalidad y de la función registral de la que hablaba la STC 207/1999, de 11 de noviembre, recordaba la dicción del artículo 18 de la Ley Hipotecaria que obliga al Registrador a velar por la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulta de ellas y de los asientos del Registro, se hace por tanto necesario la defensa de la legalidad registral y de la función registral por parte del Registrador; al defender el interés abstracto de aquellos terceros anónimos que pueden verse afectados por actos o negocios de creación, declaración reconocimiento o modificación o extinción de derechos reales inmobiliarios.

Que el proceder del Registrador aboca al recurrente a una evidente indefensión, en un procedimiento reglado como es el registral, con una evidente vulneración del principio de prioridad, por lo que solicita de este Centro Directivo dictara resolución por la que proceda a inscribir el título cuyo despacho se ha denegado, consistente en la referida escritura pública de cancelación de hipoteca.

IV

Mediante escritos de 10 de noviembre de 2009, el Registrador de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 18 del mismo mes). En dicho informe se expresa que se solventaron determinadas incidencias procedimentales, y que se dio traslado del recurso al Notario autorizante, sin que este hubiera formulado alegaciones en el plazo legalmente previsto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 17, 18, 20, 38, 40, 149, 151, 249.1, 255 y 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 108, 110 y 112 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre; 419, 421, 422, 427, 428 y 433 del Reglamento Hipotecario; y las Resoluciones de 11 de abril de 2000, 21 de septiembre de 2001, 3 y 23 de junio, y 19 de julio de 2003, 3 de agosto de 2004, 16 de octubre de 2006, 29 de enero y 16 de marzo de 2007, 23 de octubre de 2008, y 14 de abril y 9 y 11 de noviembre de 2009.

1. En el supuesto del presente recurso concurren las circunstancias siguientes:
 - a) El día 14 de mayo de 2009, se presenta telemáticamente en el Registro de la Propiedad copia autorizada electrónica de una escritura de cancelación

de hipoteca otorgada el día anterior por determinada entidad de crédito (causa el asiento 650 del Diario 50).

- b) El 27 de mayo de 2009 dicha entidad solicitó por escrito al Registrador que se tuviera por retirada la citada escritura.
- c) El 19 de junio de 2009 se presenta telemáticamente al Registro (asiento 951 del Diario 50), copia autorizada electrónica de una escritura autorizada el mismo día, por la que la misma entidad de crédito, otorgante de la primera escritura, la dejaba sin efecto, toda vez que, según expresaba: «...procedió a cancelar indebidamente el préstamo hipotecario sobre la finca...». Además, se expresa que el banco otorgante no era actual titular del crédito, por haberlo cedido mediante escritura otorgada el 28 de enero de 2008, y, por tanto, no estaba legitimado para proceder a la citada cancelación. El día 1 de julio de 2009 se presenta en el Registro copia autorizada, en soporte papel, de dicha escritura de anulación con el documento acreditativo del pago del impuesto.
- d) El 30 de junio de 2009, se aporta al Registro copia autorizada en soporte papel de la escritura de cancelación presentada en su día telemáticamente. El aportante es un presentante distinto del indicado en la copia.
- e) El 1 de julio de 2009, se aporta al Registro, en soporte papel, copia autorizada de la expresada escritura de anulación.
- f) El Registrador deniega la práctica del asiento de cancelación porque, a su juicio, la aportación que en soporte papel se ha realizado por una persona distinta de los presentantes originarios de la escritura de cancelación, no puede producir el efecto de inmiscuirse en un procedimiento cuyos iniciadores habían solicitado expresamente que quedara paralizado, mediante la solicitud de tener por retirada la escritura presentada. Por ello, entiende que la preferencia de esta aportación de la escritura en soporte papel será la que venga determinada por su fecha de acceso al Registro y no por la presentación telemática inicial de la escritura de cancelación, siendo por tanto su prioridad posterior en once días a la de la presentación telemática de la escritura de anulación de la cancelación de la hipoteca. Además, considera que, para lograr un mayor acierto en la calificación y evitar asientos inútiles, el Registrador puede y debe tener en cuenta documentos afectantes a la finca o a su titular aunque se hayan presentado con posterioridad, siempre y cuando no se altere el principio de prioridad, lo que a su juicio ocurre en este caso, en el que, sin alterarse dicho principio, habrá de tenerse en cuenta la existencia de una escritura que anula aquella cuyo acceso al Registro ahora se rechaza.

2. Respecto del procedimiento registral que ha desembocado en la calificación impugnada, tiene razón el Registrador al entender que el hecho de que se haya presentado el título telemáticamente no puede impedir que se tenga por retirado a solicitud de los representantes de la entidad otorgante del mismo. En efecto, aun cuando la escritura sea presentada por vía telemática con firma electrónica reconocida del Notario autorizante conforme al artículo 112 de la Ley 24/2001, lo cierto es que dicha solicitud debe tener la consideración de retirada del título a la que se refieren el párrafo segundo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y los artículos 427 y siguientes de su Reglamento. Por ello, el asiento de presentación causado continúa en vigor durante el tiempo legalmente establecido y se produce la suspensión del plazo de calificación.

Hecha esta aclaración, debe determinarse la incidencia que, respecto del título presentado inicialmente por vía telemática, tienen tanto la posterior presentación de la escritura de rectificación para dejar sin efecto dicho título como la presentación ulterior, en soporte papel, de la escritura de cancelación de hipoteca objeto de dicha rectificación.

A tal efecto, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 428 del Reglamento Hipotecario, según el cual, cuando el título presentado sea retirado para pago de impuestos, subsanación de defectos o por cualquier otra causa, y posteriormente se aporte otra copia o ejemplar del mismo, podrá despacharse el asiento con estos, siempre que no exista duda de la identidad entre ambas copias o ejemplares, haciéndose constar esta circunstancia en las notas de despacho al margen del asiento de presentación y en el documento.

Ahora bien, habida cuenta de la relevancia que en nuestro ordenamiento se atribuye al presentante del título, como persona que puede disponer de los derechos —y a quien se atribuyen las obligaciones— derivados de la práctica del asiento de presentación (cfr. arts. 249.1 de la LH y 419, 421 y 422 del RH), debe entenderse que el despacho del asiento en el supuesto referido únicamente procederá cuando sea el mismo presentante quien aporte otra copia o ejemplar del documento retirado. Así, retirado el título presentado telemáticamente, puede ser despachado este si posteriormente se aporta una copia, en soporte papel, del mismo, sin necesidad de practicar un nuevo asiento de presentación, siempre que se trate del mismo presentante —o persona por él autorizada debidamente— y, además, el Registrador no tenga duda sobre la identidad entre ambas copias.

Por tanto, debe concluirse, con mayor razón, que la reviviscencia del procedimiento con despacho del asiento de presentación inicial no procede en un caso como el presente, en el que el título inicialmente presentado ha quedado desvirtuado por la escritura de rectificación del mismo, que ha accedido antes que el presentado por el recurrente, que además es persona distinta del presentante inicial y no ha sido por este autorizado (cfr. arts. 17 y 20 de la LH).

Además, debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo sobre la conveniencia de atender a los títulos presentados posteriormente y relativos a una misma finca, a fin de lograr un mayor acierto en la calificación y evitar la práctica de asientos inútiles, siempre que con ello no quede desvirtuada la regla de la prioridad registral (cfr., entre otras, las Resoluciones de 3 y 23 de junio y 19 de julio de 2003, 3 de agosto de 2004, 29 de enero de 2007 y 14 de abril de 2009).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 30 de octubre de 2010.

La Directora General de los Registros y del Notariado,
M.^a Ángeles ALCALÁ DÍAZ

RESOLUCIÓN de 12 de noviembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del Registrador de la Propiedad de León, número 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de donación.

En el recurso interpuesto por don F. J. A. S. contra la nota de calificación del Registrador de la Propiedad de León, número 2, don Eugenio Rodríguez Cepeda, por la que se suspende la inscripción de una escritura de donación.

HECHOS

I

Mediante escritura otorgada el 24 de junio de 2009 ante el Notario de León, don Francisco Javier Santos Aguado, bajo el número 366 de protocolo, don F. J. A. S. dona a su cónyuge doña R. M. G. G. la mitad indivisa de una finca.

II

Dicha escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad de León, número 2, el día 5 de agosto de 2009, asiento 1.302 del Diario 71, y fue calificada con la siguiente nota: «Escritura autorizada el 24-7-2009 por el Notario de León don Francisco Javier Santos Aguado, número 1366/2009 de protocolo: presentada con el asiento 1.302 del Diario 71, de fecha 5-8-2009. Hechos: 1. Presentado el documento señalado al principio en la fecha expresada en el encabezamiento y bajo el asiento del Diario que igualmente se indica, no existiendo presentados con anterioridad títulos contradictorios, procede entrar en la calificación del mismo. 2. Consultado el Registro resulta que la finca objeto de la escritura reseñada, a saber, registral 11.089 de Villaquilambre, está inscrita en pleno dominio a favor de doña R. M. G. G. para su sociedad conyugal. De la inscripción 3.^a, en la que se inscribió la compraventa por esta señora, resulta que está casada con don F. J. A. S. y que compró la finca para su sociedad conyugal. 3. Analizando los demás documentos presentados relativos a la misma finca se observa que en el asiento 1490 del Diario 71, de fecha 17 de agosto de 2009, se ha presentado un mandamiento para la anotación preventiva de embargo, a instancia de la Dependencia Regional de Recaudación de la Agencia Tributaria, en procedimiento de apremio contra don F. J. A. S., constando la notificación de la diligencia del embargo a doña R. M. G. G., siendo la fecha de dicha diligencia de embargo la de 29 de julio de 2009. Con posterioridad y en fecha 27 de agosto de 2009, se ha presentado bajo el asiento 1639 del Diario 71 una copia auténtica de la escritura autorizada el 24 de julio de 2009 por el Notario de León don Francisco Javier Santos Aguado, número 1365 de protocolo, en virtud de la cual los cónyuges doña R. M. G. G. y don F. J. A. S. liquidan la sociedad de gananciales entre ellos existente adjudicándose por mitad, en comunidad ordinaria, la finca registral 11.089 de Villaquilambre, y pactan para lo sucesivo el régimen de separación de bienes. Fundamentos de Derecho: 1. En ocasiones las cuestiones académicas tantas veces discutidas parecen supuestos de laboratorio jurídico hasta que la realidad demuestra, como ocurre en este caso, que, por razón del orden de presentación de documentos, no concorde con su orden protocolar, es necesario resolver un problema relacionado

con los principios de prioridad y tracto sucesivo. En el caso de los tres asientos de presentación relacionados con la misma finca, según los hechos expuestos, a saber 1.302, 1.490 y 1.639 todos del Diario 71, se produce —y el Registrador debe resolver en una primera instancia— una paradoja derivada de la alteración en la presentación de las escrituras, ya que la número 1.365 de protocolo, que es la de adjudicación por mitad de la finca a los cónyuges otorgantes, se presentó con posterioridad a la número 1.366 de protocolo (la donación de la mitad indivisa del marido a su esposa), pero con la circunstancia de haberse presentado por medio un mandamiento de embargo de la Agencia Tributaria dimanante de un expediente de apremio fiscal dirigido contra el esposo. 2. A la hora de explicar el principio de prioridad registral, la doctrina insiste en que aparece regulado en los artículos 17, 24 y 25 de la Ley Hipotecaria, y, aún reconociendo su escaso desenvolvimiento, se suele decir que por razón de este principio el Registrador, en el orden de despacho de los documentos presentados ha de atenerse a su orden de presentación. Esta es la regla general, siendo excepciones los casos particulares como el que ahora abordamos. 3. En un caso parecido al actual, analizando la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 2 de marzo de 1962, el Registrador optó por adelantar el despacho del documento presentado en tercer lugar, luego inscribió el presentado en primer lugar una vez que la inscripción del anterior había resuelto la falta de tracto sucesivo que afectaba al primeramente presentado, y por último denegó la anotación del presentado en segundo lugar. Interpuesto recurso gubernativo por el embargante, la Dirección confirmó la denegación de la anotación del embargo pero no pudo resolver abiertamente el conflicto de prioridad y así en el último considerando dijo que el expediente gubernativo no es el más idóneo para decidir acerca de la nulidad del asiento practicado. 4. No creemos, dicho sea con los debidos respetos a la opinión contraria, que la actuación del Registrador en aquel supuesto haya sido la más conforme con las normas vigentes y con todos los intereses en juego, por lo que me adscribo al sector doctrinal que, ante estos conflictos entre prioridad y tracto, abogan por la aplicación estricta del orden de presentación. Esta posición tiene además la ventaja de que, si el interesado recurre, el problema podrá ser abordado de frente por la superioridad llamada a decidir. Así, en el caso planteado, nos encontramos con la necesidad de decir de momento que no es posible inscribir la donación de la mitad indivisa de la finca porque estando inscrita con carácter ganancial a favor de ambos cónyuges, la naturaleza de comunidad germánica que la práctica totalidad de la doctrina atribuye a la comunidad ganancial en la exégesis de los artículos 1.344 y concordantes del Código Civil, determina considerar que el marido donante no tiene inscrito a su favor en el momento actual, en comunidad ordinaria, la mitad indivisa de la finca. Ello conduce, en aplicación del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, a la denegación de la inscripción, si bien esta denegación, a la vista del apartado «título», debe convertirse en suspensión al amparo del artículo 105 del Reglamento Hipotecario. En virtud de dicha modalización, si el presentante lo solicita, se podría practicar una anotación de suspensión por defecto subsanable. 5. Correlativamente y en cumplimiento de los artículos 111, último párrafo, y 432.2. del Reglamento Hipotecario, se procederá a la prórroga de los asientos 1.490 y 1.639 del Diario 71. En virtud de lo cual he decidido suspender la inscripción del documento al principio referido por el defecto de falta de tracto sucesivo al no estar inscrita la mitad indivisa de la finca objeto de la donación en comunidad ordinaria a favor del donante (sigue pie de recursos). León, 11 de septiembre de 2009. El Registrador (Firma ilegible). Fdo.: Eugenio Rodríguez Cepeda».

III

Don F. J. A. S. interpone recurso mediante escrito de 16 de octubre de 2009, alegando en síntesis lo siguiente: El Registrador menciona que existe una falta de tracto sucesivo en el citado título, pero como él mismo manifiesta la registral número 11.089 del Ayuntamiento de Villaquilambre en su inscripción 3.^a que se corresponde al piso el cual es nuestro domicilio conyugal, tiene el carácter de ganancial y, por lo tanto, se corresponde la mitad indivisa para cada cónyuge, si uno de los dos esposos dona su mitad indivisa a favor del otro cónyuge en virtud de título notarial, este título debe de acceder con todas sus consecuencias legales al Registro de la Propiedad y efectuar su inscripción, dado que se produce sobre el mismo bien inmueble que anteriormente se encuentra inscrito, este hecho es el que ha ocurrido con la escritura 1366/2009, máxime si tenemos en cuenta que ha sido por orden de prioridad la primera presentada, la cual cumple perfectamente el requisito de tracto sucesivo sobre la finca objeto del presente recurso, no teniendo por tanto virtualidad ni acceso al Registro la diligencia de anotación preventiva.

IV

El Registrador emitió informe el día 6 de noviembre de 2009, haciendo constar que ha recabado informe del Notario autorizante con arreglo al artículo 327, párrafo quinto de la Ley Hipotecaria, no habiéndose recibido el mismo y elevó el expediente a este Centro Directivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1317, 1333, 1335 y 1373 del Código Civil; 1.3, 17, 18, 24, 32, 40, 65, 66 y 248 de la Ley Hipotecaria; 77 de la Ley de Registro Civil; 266 del Reglamento del Registro Civil; 75, 383, 416, 417, 418, 420, 421 y 423 y concordantes del Reglamento Hipotecario; la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1998; y las Resoluciones de esta Dirección General, de 7 de febrero de 1959, 2 de marzo de 1962, 18 de marzo de 1972, 25 de marzo de 1988, 3 de junio de 1991, 12 de mayo de 1992, 23 de octubre y 22 de diciembre de 1998, 5 de abril y 23 de octubre de 1999, 23 y 24 de octubre, y 13 de noviembre de 2001, 15 de febrero, 9 de abril, 3 de junio y 19 de julio de 2003, 6 de julio y 3 de agosto de 2004, y 29 de enero de 2008, entre otras.

1. Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes:

- a) El 5 de agosto de 2009 se presenta en el Registro escritura otorgada el 24 de julio de 2009 de donación de una mitad indivisa de una finca de un cónyuge a otro (a la esposa). La finca aparece inscrita a favor de la esposa con carácter ganancial. Se invoca en el apartado «título» de la escritura de donación otra, otorgada con la misma fecha y número anterior de protocolo, de liquidación de la sociedad de gananciales en la que los cónyuges se adjudicaban la finca por mitad y proindiviso.
- b) El día 17 de agosto del mismo año se presenta en el Registro mandamiento de embargo en procedimiento administrativo de apremio dirigido

- contra el esposo, habiéndose practicado la diligencia de embargo el día 29 de julio de 2009. En el mandamiento se hace constar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 170 de la Ley General Tributaria, se ha procedido a notificar la diligencia de embargo a don. F. J. A. S. en concepto de obligado al pago, y a su esposa en calidad de cónyuge del obligado.
- c) El día 29 de agosto se presenta la escritura pública otorgada el día 24 de julio de 2009, de capitulaciones matrimoniales en la que formalizan la liquidación de la sociedad conyugal y pactan para lo sucesivo el régimen de absoluta separación de bienes. En dicha escritura, los cónyuges se adjudican el pleno dominio de la finca a que se refiere la calificación en comunidad ordinaria por mitad e iguales partes indivisas. La referida escritura de capitulaciones fue objeto de indicación en el Registro Civil el día 14 de agosto de 2009.
 - d) El Registrador suspende la inscripción de primer documento reseñado por falta de tracto sucesivo a la vista del resto de los documentos presentados posteriormente, considerando que no cabe subsanar dicha falta de tracto mediante el despacho previo de la escritura de liquidación de gananciales por impedirlo, a su juicio, el principio de prioridad al estar presentado con anterioridad un título contradictorio, cual es el mandamiento de embargo.

2. Hay una serie de cuestiones de indudable interés desde el punto de vista de la calificación registral que se han de analizar para la resolución de este recurso: De una parte, el carácter subsanable, en algunos supuestos, del defecto consistente en la falta de previa inscripción a favor del transferente en conexión con el juego del principio de prioridad a la hora de tomar en consideración para calificar un título el contenido de otros presentados posteriormente; y, de otra, el valor de la fecha de la indicación en el Registro Civil de las capitulaciones como fecha de oponibilidad frente a terceros del contenido de las mismas.

3. Como ya precisaron las Resoluciones de 23 de octubre de 1998, 5 de abril de 1999, 23 de octubre y 13 de noviembre de 2001, dado el alcance del principio de prioridad, básico en un sistema registral de fincas (cfr. arts. 17, 24, 32 y 248 de la LH), la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte del mismo y de la situación tabular existente en el momento de su presentación en el Registro (cfr. arts. 24 y 25), sin que puedan obstaculizar su inscripción otros títulos, aunque sean incompatibles, presentados con posterioridad. Por tanto, confirmando dicho principio preferencia al título primeramente ingresado al Registro sobre los posteriores, tal preferencia exige lógicamente, en principio, que los Registradores despachen los documentos referentes a una misma finca por riguroso orden cronológico de su presentación en el Diario, salvo que sean compatibles entre sí.

Ahora bien, igualmente impone la Ley, y así lo ha declarado este Centro Directivo también de forma reiterada, que para realizar el despacho de los títulos es necesario que por el Registrador se proceda a su previa calificación en virtud del principio de legalidad, siendo una de las circunstancias esenciales que deberá comprobar ineludiblemente al hacer tal calificación la de la previa inscripción del derecho de que se trate a favor de la persona disponente o la que haya de perjudicar la inscripción a practicar, debiendo denegar esta cuando resulte inscrito aquel derecho a favor de persona distinta, doctrina general que establece el artículo 20, párrafos 1.º y 2.º de la Ley Hipotecaria y que se adapta y reitera en cuanto a las anotaciones de embargo en el artículo 140, regla 1.ª del Reglamento Hipotecario.

4. Como consecuencia de lo anterior, surge en el presente caso una aparente contradicción en sus resultados entre los principios de prioridad y de tracto sucesivo, ambos básicos en nuestro sistema registral. En efecto, por un lado, conforme al principio del tracto sucesivo, no pueden inscribirse o anotarse títulos que no aparezcan otorgados por el titular registral (cfr. art. 20 de la LH), por lo que, aplicando este principio al presente supuesto, no procedería acceder al despacho de la donación, dado que el donante no aparece todavía como titular registral de la mitad indivisa de la finca donada. Por otro lado, el principio de prioridad impide al Registrador inscribir un documento en tanto esté vigente un asiento de presentación anterior relativo a un título incompatible (cfr. art. 17 de la LH), criterio que aplicado al presente caso implicaría, en principio, suspender también el despacho del mandamiento de embargo respecto de la mitad indivisa donada al cónyuge no deudor por estar presentado un título incompatible —la escritura de donación de dicha mitad indivisa—. Pero la presentación de este título intermedio, a su vez, impediría el despacho de la escritura de capitulaciones matrimoniales en que se formaliza la disolución de la sociedad de gananciales y se adjudica la finca por mitades a ambos cónyuges, impedimento que se extendería durante el tiempo en que permanezca vigente el asiento de presentación del título contradictorio —el mandamiento de embargo—.

La aplicación conjunta de ambos principios hipotecarios, así interpretados, conduce, por tanto, a una situación de círculo vicioso, pues bloquea el despacho de todos los títulos interrelacionados, en parte contradictorios entre sí, y en parte complementarios. Podría pensarse que dicha situación de paralización registral en el despacho de los títulos es provisional, y que la solución al mismo pasa por esperar a que se cumpla el plazo de vigencia del asiento de presentación (o la anotación preventiva por defecto subsanable en el caso de haberse practicado) del título primeramente presentado (la escritura de donación), lo que permitiría despachar, ahora sin título previo contradictorio presentado, el mandamiento de embargo y, a continuación, la escritura de capitulaciones y, finalmente, la donación. Pero con ello se olvida que, de conformidad con el artículo 432, número 1.c) del Reglamento Hipotecario, en el caso de que para despachar un documento (en este caso la escritura de donación) fuere necesario inscribir previamente algún otro presentado con posterioridad (la escritura de capitulaciones matrimoniales), el asiento de presentación del primero se prorrogará, a petición del interesado, hasta treinta días después de haber sido despachado el documento presentado posteriormente (plazo que hoy debe entenderse reducido a quince días, computados de la misma forma, tras la reforma del art. 18 por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre), o hasta el día que caduque el asiento de presentación del mismo.

5. Por ello, la alternativa más lógica y congruente con una aplicación ponderada de todos los principios e intereses en juego, y también con las normas hipotecarias vigentes como veremos, es la de entender que el documento presentado en el Diario en primer lugar (la donación) gana prioridad no solo para sí, sino también para los documentos presentados con posterioridad cuando estos sean necesarios para su despacho a fin de subsanar el concreto defecto de falta de tracto sucesivo que impedía su inscripción, siempre que el disponente del primer documento presentado sea causahabiente del titular registral, y ello aunque tal atribución de prioridad suponga dotar al documento subsanatorio (reconstructor del tracto) de preferencia sobre el intermedio contradictorio que se presentó antes, pero después del subsanado. Así lo confirman las siguientes consideraciones.

En primer lugar, hay que recordar que, como ha declarado este Centro Directivo (cfr. Resolución de 18 de marzo de 1972), la rígida aplicación de cualquier principio hipotecario no puede llegar a limitar la facultad y el deber de los Registradores de examinar los documentos pendientes de despacho relativos a una misma finca, aun presentados posteriormente, para de esta forma procurar el mayor acierto en la calificación, no efectuar inscripciones inútiles e ineficaces, evitar litigios y conseguir una justa concordancia entre los asientos y los derechos de los interesados. Ciertamente también ha precisado este Centro Directivo que de esta facultad y deber no puede deducirse que los Registradores puedan o estén obligados a alterar por sí, y sin la intervención de los interesados legitimados para ello, el orden de despacho de los documentos cuando ello carezca de apoyo legal, base legal que, como vamos a ver, existe en este supuesto.

En segundo lugar, en los casos de falta de tracto sucesivo por falta de inscripción del título del disponente, siendo este causahabiente del titular registral, quedan modalizados los principios hipotecarios de tracto sucesivo y de prioridad. En efecto, en cuanto al principio del tracto sucesivo, frente a la rotundidad del párrafo segundo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que prevé la denegación de la inscripción solicitada en caso de que el derecho resulte inscrito «a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o el gravamen», el artículo 105 del Reglamento Hipotecario modaliza la regla anterior al prescribir que: «No obstante lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 20 de la Ley, los Registradores podrán suspender la inscripción de los documentos en los que se declare, transfiera, grave, modifique o extinga el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles en el caso de que la persona que otorgue el acto o contrato alegase en el documento presentado ser causahabiente del titular inscrito o resultare tal circunstancia del Registro y del referido documento, y a solicitud del presentante extenderá anotación preventiva por defecto subsanable». Este artículo, introducido por el Decreto de 14 de febrero de 1947 (con el número 103 del Reglamento Hipotecario, que posteriormente con la reforma operada mediante el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982 pasó a su numeración actual), vino a recuperar un criterio de flexibilidad que inspiraba la regulación que de esta materia hacía la Ley Hipotecaria de 1909 al prever la doble posibilidad de la denegación y de la suspensión, y que posteriormente el Texto Refundido de la Ley de 1946 suprimió al eliminar la referencia a la suspensión. La reforma reglamentaria de 1947, finalmente, no solo vuelve al criterio de la Ley de 1909, sino que fija, además, las reglas de discriminación entre las alternativas de la denegación y la suspensión, al señalar que procederá esta y no aquella cuando el disponente alegue en el título ser causahabiente del titular registral.

6. Este precepto es esencial para la resolución del conflicto examinado en el presente recurso, ya que califica como subsanable el defecto consistente en la falta de previa inscripción a favor del transferente en el caso de que el mismo alegue en el documento presentado ser causahabiente del titular inscrito o resulte tal circunstancia del Registro y del referido documento, por lo cual en tales casos procede la suspensión del despacho del documento y no su denegación.

Por ello, esta misma norma implica también una modalización del principio de prioridad en su vertiente formal del despacho de los documentos por el riguroso orden de su presentación, ya que, al ser calificado el defecto como subsanable, la fecha del asiento de presentación del título presentado primeramente (escritura de donación) determina la prioridad del mismo y también la del que fue presentado posteriormente con objeto de acreditar aquella cualidad de causahabiente (capitulaciones), permitiendo con ello reconstruir el tracto, de tal manera que

los efectos de la subsanación del defecto de la falta de tracto se retrotraerán a la fecha del asiento de presentación del título subsanado. Así resulta del hecho de que la distinción entre un tipo de faltas o defectos y otros (subsanables e insubsanables) radica precisamente en si permiten o no el mantenimiento del rango o prioridad registral más allá de la duración del asiento de presentación, pudiendo en caso afirmativo ser subsanados con efecto retroactivo a la fecha del propio acceso del título al Registro mediante su asiento en el Diario.

Por tanto, en el caso del artículo 105 del Reglamento Hipotecario, al permitir la suspensión del título, sin imponer su denegación, y la anotación preventiva por defecto subsanable, está permitiendo que la subsanación atribuya a la inscripción que a sus resultas se practique una eficacia retroactiva a la fecha del asiento de presentación practicado por el título subsanado, lo que supone necesariamente que el título intermedio entre el subsanado y el subsanador (en este caso el embargo) pasa a quedar definitivamente postergado en su rango respecto del primeramente presentado.

No cabe alegar, en contra de lo señalado, que el título subsanador no podrá ser despachado por impedirlo el intermedio contradictorio, pues ello supondría vaciar de contenido el artículo 105 del Reglamento Hipotecario, en el sentido de que su aplicación tan solo sería posible cuando dicha aplicación careciese por completo de toda utilidad, es decir, cuando no existan títulos intermedios entre el título subsanado y el subsanador (a falta de título contradictorio intermedio, resulta indiferente que el primer título conserve su prioridad o no, o que sea calificado el defecto como subsanable o insubsanable). Y no es solo que el artículo 105 del Reglamento Hipotecario no excluya de su ámbito de aplicación los supuestos de defectos cuya subsanación requiera una titulación susceptible de presentación y despacho autónomo (y no documentación meramente complementaria en el sentido del art. 33 del Reglamento Hipotecario, que no es objeto de asiento de presentación propio), sino que precisamente contempla ese supuesto y solo ese, ya que el defecto cuya subsanabilidad prevé es justa y precisamente la falta de tracto, cuya subsanación presupone la presentación de un título material translativo de los previstos en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, por cualquiera de las vías formales contemplados en el artículo 3 de la misma Ley, y en el que «funde inmediatamente su derecho» el disponente, es decir, un título independiente que tiene su acceso al Registro con posterioridad. A tal conclusión es indiferente el hecho de que respecto del primer título presentado se haya tomado anotación preventiva de suspensión o no, pues esta produce como único efecto el de prologar la duración del asiento de presentación y, por ello, el hecho de que no se haya practicado no puede conducir a un destino registral distinto al título presentado después si se presentó y despachó durante la vigencia del asiento de presentación del primer título presentado al que subsana.

Todo ello lleva a la conclusión de que en los casos en que existan títulos intermedios presentados entre los dos previstos en el artículo 105 del Reglamento Hipotecario (el subsanable y el subsanador) —fuera de los casos de convalidación a los que aquí no nos referimos—, tales títulos intermedios quedan perjudicados en favor de aquellos con base en la preferencia o prioridad ganada mediante el primer asiento de presentación practicado, preferencia que se comunica al título que reconstruye el tracto del primero.

7. Entre los precedentes de este Centro Directivo, de los que la doctrina es conforme en entender que no puede extraerse un criterio inequívoco en esta materia, puede citarse a favor de esta tesis la Resolución de 2 de marzo de 1962, en que se discutía sobre si era anotable un mandamiento de embargo del derecho

hereditario sobre una finca que fue presentado hallándose en vigor el asiento de presentación de la escritura por la que el heredero enajenaba a un tercero el mismo inmueble y que finalmente pudo despacharse por haberse subsanado el defecto de que adolecía dentro del plazo de vigencia de su asiento de presentación mediante la inscripción de la correspondiente adjudicación hereditaria a favor del heredero vendedor; cuestión que esta Dirección resolvió en sentido negativo. La razón esencial del fallo fue que, conforme al artículo 24 de la Ley Hipotecaria, se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que esta deba producir, la fecha del asiento de presentación, por lo que una vez subsanada e inscrita la venta al tercero sus efectos se produjeron desde el acceso al Registro del título, el cual tuvo lugar varios días antes de la presentación del mandamiento de embargo.

En el mismo sentido de modalización del principio de prioridad se puede citar la Resolución de 7 de febrero de 1959, en la que se dilucidaba un supuesto en el que se presentaron, primero, una escritura de venta y constitución de renta vitalicia a favor del vendedor; quien había obtenido a su favor sentencia firme por la que se resolvía la previa venta realizada por el mismo al entonces actual titular registral, y, en segundo lugar —estando vigente el asiento de presentación de aquel título— se presenta el testimonio de la ejecutoria de la sentencia en la que, además de acordarse la cancelación de la inscripción del titular registral y la reinscripción a favor del ahora vendedor, se ordenaba la prohibición de disponer de una tercera parte de la finca para su afectación al pago de las costas del proceso. El despacho de este título judicial removió el obstáculo para la inscripción de la escritura de venta y constitución de renta vitalicia, pero no solo en cuanto a las dos terceras partes indivisas de la finca, sino en su totalidad, ya que retrotrayéndose la fecha de la inscripción a la del asiento de presentación, en esta última fecha ningún obstáculo existía para ello una vez cumplida la primera disposición del documento judicial (la cancelación de la inscripción a favor del anterior titular registral vencido en el pleito). Por tanto, la Dirección confirma la doctrina de que un documento presentado posteriormente a otro debe ser despachado antes a fin de remover el obstáculo que se oponía a la inscripción del primeramente presentado.

8. En sentido contrario tan solo cabe citar la Resolución de 18 de marzo de 1972. Se trataba de un supuesto en el que el orden de presentación era el siguiente: primero, tres mandamientos de embargo de una finca que había sido de la sociedad deudora pero que en aquel momento estaba inscrita a favor de un tercero; segundo, y vigente el asiento anterior, se presenta testimonio de sentencia judicial firme en la que se declaraba la resolución del título del titular registral y la reversión de la finca a favor del deudor embargado; y tercero, escritura de cesión de la finca en pago de deuda por parte del deudor a favor del Instituto Nacional de Previsión. El Registrador denegó la anotación del embargo por falta de tracto y, a continuación, inscribió los otros dos títulos consecutivamente. La Dirección desestimó el recurso del embargante por entender que para su anotación hubiese sido precisa una alteración en el orden del despacho de los documentos. Pero no parece ser esta la *ratio decidendi* esencial de la denegación, pues a este motivo la Dirección añade otros dos argumentos de fondo: 1.º que no cabe desconocer la preferencia que establece el artículo 44 de la Ley Hipotecaria —que remite al art. 1923 del CC— respecto de los títulos públicos que fueron otorgados con anterioridad a la práctica de una anotación de las señaladas en los números 2, 3 y 4 del artículo 42 de la mencionada Ley y que se presentan en el Registro con posterioridad a la fecha de estas anotaciones, circunstancia que se aprecia en este

supuesto al haberse autorizado la escritura ya inscrita con anterioridad a haberse decretado el embargo (si bien este criterio fue posteriormente matizado por este Centro Directivo a partir de su Resolución de 12 de junio de 1989, en el sentido de dejar a salvo el derecho del tercero protegido por la legislación hipotecaria); y 2.º que al haberse practicado la inscripción a favor del Instituto Nacional de Previsión, el asiento extendido se encuentra, de conformidad con el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirá todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud. Ello supone asumir no un criterio de rígida aplicación mecánica de los principios hipotecarios, sino otro distinto por el que el Registrador debe examinar los documentos pendientes aun posteriores, lo que en el presente caso lleva a la conclusión, calificando a la vista del conjunto de documentos presentados, de dar preferencia a la prioridad sustantiva de la cesión sobre los embargos, y consiguientemente inscribir aquella y denegar esta.

9. Añádase que este criterio de calificar como subsanable el defecto de falta de tracto cuando el disponente trae causa del titular registral y así lo alega en el título que presenta primero en el Registro, que establece el artículo 105 del Reglamento Hipotecario, y que encuentra su equivalente en relación con las anotaciones preventivas de embargo en el artículo 140, número 1 del Reglamento Hipotecario, ha sido sancionado mediante norma de rango legal a través del artículo 629, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, el cual, en relación con el embargo de bienes inmuebles, establece que: «Si el bien no estuviere inmatriculado, o si estuviere inscrito en favor de persona distinta del ejecutado, pero de la que traiga causa el derecho de este, podrá tomarse anotación preventiva de suspensión de la anotación del embargo, en la forma y con los efectos previstos en la legislación hipotecaria».

En definitiva, en los casos en que la finca aparezca inscrita a favor de persona distinta del disponente, o del ejecutado en el caso de los embargos, pero de la que traiga causa el derecho de este, constando tal cualidad de causahabiente en el propio Registro (en otras fincas registrales) o alegándose tal cualidad en el propio título presentado, ha de entenderse que se ha configurado legalmente una suerte de reserva de rango a través del asiento de presentación del título con defecto formal de tracto a favor del título que falta para completar o reconstruir el tracto, a cuyo favor se produce un trasvase de la prioridad del título al que subsana. Ello, además, es congruente con el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, pues si a consecuencia de la suspensión de la donación se despachase primero el embargo, esta decisión supondría inscribir antes un título contradictorio (mandamiento de embargo) presentado después, y esto sí que supondría violentar el principio de prioridad. Naturalmente, la aplicación del artículo 105 del Reglamento Hipotecario exige que el título presentado posteriormente, no adoleciendo de defectos o habiendo sido estos subsanados, llegue a inscribirse. Así lo ha interpretado también un importante sector de la doctrina moderna más autorizada.

10. Trasladada esta doctrina al caso que nos ocupa, ningún obstáculo existe para que pueda practicarse la inscripción de la donación de la mitad indivisa de la finca, previa inscripción de la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales.

A mayor abundamiento, esta solución en el presente caso se ve reforzada por el hecho de que, en rigor, el documento intermedio entre los dos anteriores (mandamiento de embargo) no queda perjudicado, y ello tanto si se entiende que la inscripción respecto de las capitulaciones solo procede en cuanto a la citada mitad indivisa objeto de la donación, como si se considera que, por razón de la unidad del negocio jurídico, procede la inscripción respecto de las dos

mitades indivisas. En efecto, en la primera hipótesis (inscripción adelantada de las capitulaciones solo respecto de una mitad indivisa), por un lado, ningún obstáculo habría para que, con posterioridad a las dos inscripciones anteriores, se practicara la anotación de embargo sobre la otra mitad indivisa que todavía figuraría inscrita con carácter ganancial y, por otra parte, tampoco ha de haber impedimento para la práctica de dicha anotación con respecto a la mitad indivisa inscrita por título de donación a favor de la esposa.

Y la solución ha de ser la misma en la segunda hipótesis (inscripción adelantada de las capitulaciones respecto de las dos mitades indivisas). En efecto, si bien es cierto que, al no constar que la deuda tenga carácter ganancial, rige el principio establecido en el artículo 1373 del Código Civil, según el cual: «cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias», también lo es que el mismo artículo 1373 establece una excepción a este principio pues, en supuestos determinados, «el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales que será inmediatamente notificado al otro cónyuge» (cf. art. 1373). Esta regla excepcional forma parte del régimen de la sociedad de gananciales, y, por tanto, tiene aplicación en tanto siga vigente este régimen. En cambio, deja de regir, en los términos que después se verá, desde que los cónyuges queden sometidos al régimen de separación de bienes, pues entonces los acreedores privativos de uno de los cónyuges tendrán solo facultades sobre los bienes o parte de los mismos que correspondan al cónyuge deudor.

11. Como se indicó en la Resolución de este Centro Directivo, de 25 de marzo de 1988, el momento relevante para el ejercicio de la facultad conferida por el artículo 1373 del Código Civil será, pues, el del cambio del régimen. Pero, puesto que se trata de una facultad de terceros, habrá de estarse, no al momento en que el acuerdo modificativo produce efectos entre los cónyuges (esto es, la fecha de las capitulaciones correspondientes que permanece bajo el secreto del protocolo notarial), sino a aquel en que dicho acuerdo produce efectos respecto de terceros, pues no debe olvidarse que el artículo 77.2.º de la Ley del Registro Civil, en paralelo con el 1.219 del Código Civil, impone un requisito de publicidad registral (la indicación correspondiente al margen de la inscripción de matrimonio) para que las modificaciones en el régimen económico-matrimonial produzcan efectos en perjuicio de terceros de buena fe. En definitiva, el momento decisivo a tomar en consideración será, pues, la fecha de la citada indicación. En este contexto debe ser interpretado el artículo 144.4 del Reglamento Hipotecario.

12. De acuerdo con esta doctrina, el Registrador habrá de dar efectividad, frente a cualquiera de los cónyuges, al embargo obtenido por un tercero en ejercicio de una de las facultades que le confiere el régimen de gananciales, en concreto el artículo 1373 del Código Civil, en tanto no le conste que en el momento de practicarse el embargo y notificarse al cónyuge del deudor se había producido con eficacia contra terceros de buena fe el cambio del régimen de gananciales; y en el supuesto contemplado no se le ha acreditado, ni resulta del Registro (cfr. art. 18 de la LH) que al trabarse el embargo que se pretende anotar y notificarse al cónyuge del deudor se hubiera tomado la antedicha indicación en el Registro Civil de las capitulaciones otorgadas (recuérdese que la diligencia de embargo es de 29 de julio de 2009 y la indicación de los capítulos en el Registro Civil se practicó el 14 de agosto siguiente). Igualmente tampoco se había producido, respecto al concreto bien afectado por el cambio de régimen, la publicidad individualizada de dicho cambio en el folio particular abierto a aquel en el Registro de la Propiedad, pues el propio mandamiento de embargo llega al Registro antes que la escritura de disolución de los gananciales (cfr. Resolución de 3 de

junio de 1991). Por tanto, la aplicación en el presente caso del artículo 105 del Reglamento Hipotecario, con la secuela que en cuanto al orden de despacho de los títulos concurrentes sobre la misma finca hemos examinado, no da lugar a un resultado que frustre la finalidad que con la medida cautelar de la anotación preventiva pretende el embargante.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada, en los términos que resultan de los anteriores fundamentos de derecho.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 12 de noviembre de 2010.

La Directora General de los Registros y del Notariado,
M.^a Ángeles ALCALÁ DÍAZ

COMENTARIOS

(I) GABRIEL DE REINA TARTIÈRE

*Profesor Adjunto de Derecho Civil
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)*

Si la prioridad de un título viene determinada por el momento de su ingreso al Registro, por el instante en que aparece en las oficinas registrales, el mínimo respeto a los artículos 24 y 25 LH exige que los asientos, de cualquier clase que sean, se vayan realizando conforme al orden de presentación de los concretos títulos. Esto, que es tan obvio, solo se infiere indirectamente de nuestra normativa, pues no existe dentro de ella ningún precepto que se pronuncie al respecto. No basta, como hace el artículo 248 LH, con la previsión de un Libro Diario, donde ir asentando los títulos según van entrando, si después puede alterarse su orden de llegada. En efecto, el olvido del legislador no tendría mayor importancia si no fuera por la indeterminación que resulta sobre aquellos supuestos en los que el Registrador puede e, incluso, debe, obviar la sucesión temporal de ingreso. Se trata de una labor que parece haberse querido delegar en el intérprete, y, especialmente, en la Dirección General de los Registros y del Notariado, a cuyo haber han de sumarse precisamente las dos recientes Resoluciones que aquí sucintamente se analizan.

El interés conjunto de estas Resoluciones reside en expresar los dos motivos por los que se ha venido permitiendo variar el orden de presentación de los títulos ante el Registro, a saber: *cuando dos títulos, de contenido compatible, han invertido con la entrada en el Registro su orden lógico de relación y cuando un segundo título viniera a desvirtuar al primero en ingresar, encontrándose pendiente la calificación de ambos*. Del primer supuesto se ocupa la Resolución de 12 de

noviembre de 2010; del segundo, la de 30 de octubre de 2010. Mientras que el tratamiento que hace esta de la cuestión es meramente añadido, la primera se antoja un precedente de enorme calado de aquí en adelante. Por ella, pues, ha de comenzarse.

I. RESOLUCIÓN DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2010: LA INVERSIÓN DEL ORDEN DE INSCRIPCIÓN CON BASE EN EL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO

Con fundamento, a su vez, en el de legitimación, el principio de tracto sucesivo exige que el acto que pretenda inscribirse derive del titular último inscrito, de tal manera que el Registro refleje las transmisiones en perfecta sucesión. La continuidad, sin interrupción, en la titularidad registral determina que todos los actos relativos a una misma finca consten en el Registro.

El principio surge del artículo 20 LH, según el cual: «para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos».

La previa inscripción solo es requisito para que el acto ingrese en el Registro; pero no es requisito para su validez. Si existe, el título tiene acceso al Registro; si falta, no. Y falta tanto si no consta inscrito el derecho a favor de persona alguna, como si resulta inscrito a favor de persona distinta de la que otorgue el acto de transmisión o gravamen (art. 20, párrs. 2.º y 3.º). En el primer caso, el título puede presentarse para obtener la inmatriculación al amparo del artículo 205 LH; en el segundo caso, el Registrador denegará la inscripción, o solo la suspenderá si el otorgante del acto es causahabiente del titular inscrito (art. 105 RH).

Introducida así, la conexión entre el principio de tracto sucesivo y el de prioridad depende, esencialmente, de dos circunstancias: en primer lugar, del solapamiento que entre los artículos 17 y 20 LH se produce cuando sea traslativo el título que cierre el Registro a otros de fecha anterior. El caso, sin duda, más frecuente lo provoca la inscripción de una venta otorgada después de un embargo ordenado contra el vendedor pero todavía anotada a la presentación de aquella. Siendo tal la ocasión, ambos artículos darían cumplimiento a lo que PARDO NÚÑEZ ha llamado, en esta misma Revista, «principio de coherencia organizativa» (núm. 614 [1993], pág. 120).

El segundo motivo de conexión, fricción podría decirse, entre uno y otro principio consiste, precisamente, en la posibilidad de que, fundamentándose en el de tracto sucesivo, un título ingresado después termine por inscribirse antes. Nos encontramos ante una medida excepcional admitida cuando los títulos están relacionados al punto de justificar la inversión de su orden de presentación. Sería el caso, como arriba se ha introducido, de la Resolución de 12 de noviembre de 2010.

En relación con una finca ganancial inscrita a favor de uno solo de los cónyuges, la esposa, en el Registro se presentan los siguientes títulos:

- A) Una escritura de donación de la mitad indivisa de la finca, de un cónyuge (el marido) al otro (la esposa). La escritura se otorga el 24 de julio de 2009 y se presenta en el Registro el 5 de agosto.
- B) Un mandamiento de embargo contra el marido, embargo adoptado en expediente en el que se ha dado participación a la esposa. La diligencia

de embargo se practica el 29 de julio de 2009 y el mandamiento se presenta en el Registro el 17 de agosto.

- C) La escritura de liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación de la finca por mitad e iguales partes indivisas. Se otorga el mismo día que la donación, el 24 de julio, pero no accede al Registro de la Propiedad hasta el 29 de agosto. Antes, el 14 de agosto, se practica la oportuna indicación en el Registro Civil del cambio de régimen.

Pues bien, el Registrador decide suspender la inscripción de la donación por cuanto la falta de tracto que vendría a subsanar la escritura de liquidación presentada, no podría operar en el caso al existir un título intermedio contrario al cambio de régimen ganancial que es presupuesto para que la donación se inscriba. En su nota refiere, como precedente, la Resolución de 2 marzo de 1962, en la que, ante una situación parecida, se acabó inscribiendo el primer documento con base en el tercero, y rechazando la anotación solicitada en segundo lugar. Sin embargo, se aparta de ella en cuanto considera más adecuado estar al estricto orden de presentación, opción que deja abierta la posibilidad de que con motivo del recurso que se presente pueda resolverse sobre el orden entre los tres títulos sin el condicionamiento que supondría que alguno de los asientos interesados se hubiera despachado a resultas de la calificación.

En atención a ello, la Dirección General entiende que si por el principio de prioridad deben despacharse los documentos por riguroso orden de entrada, y por el principio de tracto sucesivo se exige que el derecho de que se trate se encuentre previamente inscrito a favor de la persona del disponente o perjudicado por la inscripción solicitada, cuando, como en caso, exista un título intermedio contrario a los intereses manifestados por la *cadena de titularidad* acreditada por los otros dos títulos, ambos principios se conjugarán de modo que el rango del primer título beneficie también a aquel que viene a complementarlo, a aquel que viene a reconstruir el tracto, y sin el cual el primero en acceder al Registro no podría inscribirse.

En sus efectos, por tanto, la prioridad del primer título presentado, título insuficiente *per se* para provocar la mutación registral, se comunicará al posterior pendiente igualmente de despacho y que venga a subsanarlo. Como dice la Dirección General, por su presentación el primer título ganaría prioridad no solo para sí, sino también para el presentado con posterioridad cuando este fuera necesario para su despacho a fin de subsanar el concreto defecto de falta de tracto sucesivo que impida su inscripción, y ello aunque tal atribución de prioridad supusiera en el caso dotar al documento subsanatorio (reconstructor del tracto) de preferencia sobre algún título intermedio contradictorio presentado entre uno y otro. La interposición de un título intermedio, por tanto, no dificultaría que operase la excepción.

Visto el fenómeno así, los dos títulos deben encontrarse, como presupuesto fundamental, en *relación de compatibilidad*.

En cuanto criterio, la compatibilidad entre el título que se adelantará en su despacho para facilitar la inscripción del primero en presentarse, surgirá del entero discurso que nos ofrece la Dirección General en su pronunciamiento, aunque explícitamente, en primer lugar, de su fundamento tercero donde recordando las Resoluciones de 23 de octubre de 1998, 5 de abril de 1999, 23 de octubre y 13 de noviembre de 2001, enfatiza que «dado el alcance del principio de prioridad, básico en un sistema registral de fincas (cfr. arts. 17, 24, 32 y 248 de la LH), la calificación de un documento deberá realizarse

en función de lo que resulte del mismo y de la situación tabular existente en el momento de su presentación en el Registro (cfr. arts. 24 y 25), sin que puedan obstaculizar su inscripción otros títulos, aunque sean incompatibles, presentados con posterioridad. Por tanto, confiriendo dicho principio preferencia al título primeramente ingresado al Registro sobre los posteriores, tal preferencia exige lógicamente, en principio, que los Registradores despachen los documentos referentes a una misma finca por riguroso orden cronológico de su presentación en el Diario, *salvo que sean compatibles entre sí*. Siendo incompatibles, opuestos o contradictorios los intereses manifestados en cada uno de esos títulos, por tanto, no podría el órgano calificador salvar en su estricta aplicación la prioridad en el caso.

La remisión a los precedentes que hace la Dirección es inequívoca también en este sentido; así, como más clara, por su similitud con el caso *sub examine*, la que efectúa a la aludida Resolución de 2 de marzo de 1962, en la que se habían presentado, por este orden, una escritura de enajenación a tercero de un inmueble adquirido a título hereditario pero aún no aportado, un mandamiento de embargo del derecho hereditario y la adjudicación hereditaria del heredero vendedor, rechazándose la anotación del embargo como consecuencia de la aportación de la adjudicación con vistas a la subsanación del defecto de tracto observado para la venta.

La Dirección recuerda también la Resolución de 18 de marzo de 1972, por la que no se permitió el despacho de tres anotaciones de embargo contra un deudor que no era titular registral, a pesar de que por un documento presentado después, junto con otro de enajenación, ya fuera titular a los efectos de su inmediata enajenación a un tercero, en virtud de escritura a favor de este último de fecha anterior a los embargos. Pues bien, más allá de las apreciaciones que sobre el fallo hace la Dirección para salvarlo en el contexto general de la doctrina que fija en el de ahora, que en aquella ocasión el Registrador denegara las anotaciones del embargo por falta de tracto y, a continuación, inscribiera los otros dos títulos consecutivamente bien podría justificarse a partir de la incompatibilidad observable entre las distintas pretensiones incidentes.

Véase, también, el supuesto analizado en la Resolución de 28 de julio de 1999. Los hechos fueron los siguientes:

1. El 7 de agosto de 1995 se presenta escritura de constitución de hipoteca, la cual es retirada por la presentante el 17 del mismo mes, al no estar inscritas a favor del hipotecante las fincas gravadas.
2. El 4 de octubre de 1995, el hipotecante presenta conjuntamente dos títulos: el de adquisición del dominio de las fincas hipotecadas y una escritura de constitución de sociedad limitada por la que los hipotecantes aportaban aquellas fincas a la sociedad que constituyen.
3. El 18 de octubre de 1995 caduca el asiento de presentación de la escritura de constitución de hipoteca que no había sido devuelta al Registro, y se cancela su asiento. En consecuencia, el 31 de dicho mes, se inscriben el título de adquisición del dominio de las fincas hipotecadas a favor de los hipotecantes y su posterior aportación a la sociedad constituida.
4. El 19 de octubre de 1995 se presenta nuevamente la escritura de hipoteca la cual es retirada el 23 del mismo mes, y devuelta el 27 de noviembre de 1995, denegándose su inscripción por aparecer inscritas las fincas hipotecadas a favor de terceras personas distintas del hipotecante, siendo este el defecto que justamente se recurre.

El recurso se resolvería recordando la consabida doctrina de la Dirección General (entre otras, Resoluciones de 14 de diciembre de 1953, 7 de febrero de 1959 y 2 de marzo de 1962) por la cual el principio de prioridad impondría la obligación de despachar los títulos referentes a una misma finca por riguroso orden cronológico de presentación, salvo que los títulos fuesen compatibles entre sí, siendo que en el caso, si bien había existido perfecta compatibilidad entre la inscripción del título de hipoteca, que primero había accedido al Registro, y la inscripción posterior del título de aportación, que se había presentado después, no se daría tal compatibilidad a la inversa, ya que la inscripción de ese título posteriormente presentado habría el Registro al anteriormente presentado, al de hipoteca.

En el caso, por tanto, de haber sido posible la calificación de la hipoteca vigente su asiento de presentación, se habría inscrito primero el título de adquisición de las fincas hipotecadas por parte del hipotecante, en segundo lugar, la hipoteca, y en tercer lugar, la transmisión de las fincas a terceros, no habiendo podido, entonces, alegarse perjuicio por estos que impidiese la práctica de los asientos por ese orden, primero, por la prioridad de la que habría de gozar la hipoteca y segundo por su carácter compatible con el título adquisitivo del dominio, llamado a subsanarla en el tracto.

Dicho todo ello sobre la *razón de compatibilidad* que inspira el supuesto, la «comunicación de la prioridad» termina por definirse en la Resolución que ahora se comenta habilitando, en primer lugar, la inscripción de la escritura de liquidación de gananciales, para luego hacer lo propio con la de la donación. El mandamiento de embargo, por su parte, y en virtud de todo lo dicho, no podría inscribirse. Esta solución es, sin duda, la más ajustada a la técnica registral, y subyace en la calificación recurrida del Registrador. Sin embargo, la Dirección trata de evitarla por disvaliosa en atención a los hechos (y con cierto afán disuasorio que logra entreverse para el futuro), pero con base en que la persona que por la donación acabaría siendo única propietaria del bien habría tenido perfecto —y constatable según la serie de documentos aportados al Registro— conocimiento del embargo del bien cuando todavía no había sido modificado con eficacia frente a terceros el régimen de ganancialidad al que había estado sometido. Y es por ello que el embargo, en el caso, podría inscribirse. Con lo que al final los tres títulos llegarían a inscribirse, con la paradoja de que la prioridad no coincidiría con el orden de las inscripciones, de lo que da prueba que el título anotado en tercer lugar nunca hubiera podido ser registrado si no es afectando al interés vinculado y expresado por los otros dos títulos; de ahí el esfuerzo argumentativo de la Dirección en los dos últimos fundamentos de la Resolución.

Pero, junto al de prioridad, otros dos principios se verían con tal solución comprometidos.

En primer lugar, el de salvaguardia jurisdiccional de los asientos registrales, el de la intangibilidad de los asientos practicados en el Registro, que si bien puede convenirse que no es un principio registral autónomo, deriva consecuentemente del de legitimación constituyendo máxima vital para el entendimiento del sistema registral como denota su recepción en el primer artículo de la Ley Hipotecaria.

En su virtud, el Registro no puede operar como instancia para resolver los conflictos de fondo que se planteen o encuentren subyacentes a los títulos inscritos o, simplemente, presentados, de modo que latiría, en el decir de PEÑA, una suerte de «irrevisibilidad interna del Registro» (*Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, II, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2001, pág. 540), por cuanto, *practicado un asiento, solo cabrían asientos ulteriores modificativos en virtud de títulos que presupongan la vigencia de las situaciones jurídicas proclamadas por aquel*. Y es

así que se justifican preceptos de la enjundia del artículo 17 LH, en la medida en que el Registro se señala cerrado a cualquier título de igual o anterior fecha que se oponga o sea incompatible con el inscrito o que, de conformidad con su artículo 20 LH, no pueda por principio registrarse el documento en que aparezca como titular del derecho una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente.

Pues bien, se ha querido subrayar esa parte en el párrafo precedente para favorecer la confrontación de la idea con lo que vendría a suceder en nuestro caso, donde las dos primeras inscripciones quedarían afectadas, no obstante, por una tercera inscripción de sustrato contrario, limitativo de lo que se publica en aquellas. Es verdad que los tres asientos serían fruto de un mismo proceso de valoración, pero también que al practicarse el tercer asiento ya se encontrarían despachados los dos primeros, quedando amparados por el principio desde que tenga lugar su despacho por anticipado.

Pero también puede citarse el principio de especialidad, pues no parece que la solución adoptada cumpla con esa dimensión que GÓMEZ GÁLLIGO denomina procedimental del principio (cfr. «El principio de especialidad registral», en *Antología de textos de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, I, Madrid, Thomson-Civitas, 2009, pág. 1937; antes en el núm. 625 [1994] de esta Revista), en cuanto debe quedar claro a partir de la inscripción cuál es el rango del derecho inscrito, sobre la base de entender que la prioridad viene determinada por el Registro de la Propiedad, por lo que cualquier estipulación o circunstancia que impida conocer con exactitud, con certeza, el rango del derecho inscrito se ha de considerar contraria, en su esencia, al principio.

II. LA RESOLUCIÓN DE 30 DE OCTUBRE DE 2010: LA INVERSIÓN DEL ORDEN DE INSCRIPCIÓN «POR RAZÓN DE UTILIDAD»

Junto a la inversión del orden de despacho con fundamento en el principio de tracto sucesivo, hasta la fecha se ha venido manteniendo que una rígida aplicación del principio de prioridad, «no puede impedir la facultad y el deber de los Registradores de examinar los documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular, aunque hayan sido presentados con posterioridad, y han de tener por eso en cuenta los asientos registrales —entre los que se incluyen los presentados en el Diario— que contribuyan a una más acertada calificación, y así evitar la práctica de inscripciones en que por haber sido declarado judicialmente el título nulo o por cualquier otra causa resulta ineficaz, haya de procederse a su inmediata cancelación al despachar el título subsiguiente presentado con posterioridad» (Resolución de 2 de octubre de 1981).

En la Resolución de 30 de octubre de 2010, como en algunas otras anteriores que cita la Dirección General, la excepción se justificaría expresamente por «la conveniencia de atender a los títulos presentados posteriormente y relativos a una misma finca, a fin de lograr un mayor acierto en la calificación y evitar la práctica de *asientos inútiles*, siempre que con ello no quede desvirtuada la regla de la prioridad registral».

La Dirección estaría haciendo suyo el argumento utilizado en su nota de calificación por el Registrador, en cuanto, estando presentada una escritura de cancelación de una hipoteca, habría venido a quedar impugnada por otra en que el acreedor, manifestando su error, declaraba anulada la primera.

En el caso, con todo, el argumento se introduce con un alcance residual o subsidiario, por si se entendiera que otra persona distinta al presentante pudiera aportar la escritura de cancelación que había sido retirada por el acreedor tan pronto se había percatado de su error y antes de decidir suscribir la escritura de anulación referida. Si fuera así, entonces, *no sería útil*, se concluye, que la cancelación se volcara en el folio al existir un título inmediatamente posterior anunciando su anulación. Sin embargo, hay que decir que, como resultado, la situación quedaría «en el aire», pues el segundo asiento posible, el de la anulación, habría perdido su objeto, cumplido sus veces de la manera que se describe, pero sin impedir que la escritura de cancelación se presente de nuevo (al menos en tanto no se publique, como se nos dice había ocurrido puntualmente en el caso, la cesión del crédito que habría operado con anterioridad).

El *criterio de utilidad* terminaría por quedar absorbido por la complejidad del supuesto. El caso, al menos, daría cuenta de las enormes cautelas que debemos mantener al respecto, para no dejarnos llevar por una pauta que, a fuerza de repetirse, confunde extraordinariamente. Y es que la economía procedimental casa muy mal con el entero propósito de nuestro sistema de publicidad inmobiliaria. El peligro es tan evidente que no existe en ninguna de las Resoluciones que recomienda confrontar la Dirección sobre el tema una sola en la que no se haya revocado la calificación del Registrador.

(II) JUAN SARMIENTO RAMOS

Registrador de la Propiedad

I. RESOLUCIÓN DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2010: LA INVERSIÓN DEL ORDEN DE INSCRIPCIÓN CON BASE EN EL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO

I. INTRODUCCIÓN

Publica el *BOE* del día 23 de noviembre corriente, una resolución de la DGRN fechada el 30-10-2010, de especial interés por un doble motivo: por el contenido de los pronunciamientos que formula en una materia, la relativa al principio de prioridad, tan decisiva en el funcionamiento del Registro de la Propiedad; y por la previsible frecuencia con que las cuestiones que suscita se van a plantear en lo sucesivo, habida cuenta de la facultad que se concede al notario para remitir al registro por vía telemática copias autorizadas electrónicas de las escrituras que autorice, remisión compatible con la posterior presentación por los interesados de otras copias del mismo documento en soporte papel o electrónico.

Conviene por ello analizar detenidamente las pautas que al respecto sienta el Centro Directivo, su fundamentación concreta y sus consecuencias prácticas. Comencemos con la delimitación del supuesto que la motiva.

II. SUPUESTO DE HECHO

Definen el supuesto de hecho considerado los siguientes elementos: 1) El 14 de mayo de 2009, se presenta telemáticamente una copia autorizada electrónica de

una escritura de cancelación de hipoteca otorgada el día anterior por determinada entidad de crédito. 2) El 27 de mayo de 2009, la entidad otorgante solicitó por escrito al Registrador que se tuviera por retirada la citada escritura. 3) El 19 de junio de 2009, se presenta telemáticamente copia autorizada electrónica de una escritura de retractación autorizada el mismo día, por la que la misma entidad de crédito otorgante de la escritura de cancelación, la dejaba sin efecto por cuanto «...procedió a cancelar indebidamente el préstamo hipotecario sobre la finca...». Añadiendo que ya no era titular actual del crédito, al haberlo cedido mediante escritura otorgada el 28 de enero de 2008. 4) El 30 de junio de 2009 se aporta al Registro copia autorizada en soporte papel de la escritura de cancelación presentada en su día telemáticamente. El aportante es un presentante distinto del indicado en la copia. 5) El 1 de julio de 2009 se aporta al Registro, en soporte papel, copia autorizada de la expresada escritura de anulación. 6) El Registrador deniega LA PRÁCTICA DEL ASIENTO de cancelación porque, a su juicio, «la aportación que en soporte papel se ha realizado por una persona distinta de los presentantes originarios de la escritura de cancelación, no puede producir el efecto de inmiscuirse en un procedimiento cuyos iniciadores habían solicitado expresamente que quedara paralizado, mediante la solicitud de tener por retirada la escritura presentada. Por ello entiende que la preferencia de esta aportación de la escritura en soporte papel será la que venga determinada por su fecha de acceso al Registro y no por la presentación telemática inicial de la escritura de cancelación, siendo por tanto su prioridad posterior en once días a la de la presentación telemática de la escritura de anulación de la cancelación de la hipoteca».

III. RESPUESTA DE LA DGRN

La DGRN confirma la posición del registrador recurrido sirviéndose al efecto de afirmaciones del siguiente cariz:

- Presentado electrónicamente y retirado posteriormente un título por uno de los interesados en su otorgamiento, «debe entenderse que el despacho del asiento..., únicamente procederá cuando sea el mismo presentante quien aporte otra copia o ejemplar del documento retirado»; en tal caso, esta copia —que podrá estar expedida en soporte papel— no será objeto de un nuevo asiento de presentación y permitirá el despacho del asiento «siempre que se trate del mismo presentante —o persona por él autorizada debidamente— y, además, el Registrador no tenga duda sobre la identidad de ambas copias».
- «La reviviscencia del procedimiento con despacho del asiento de presentación inicial no procede en un caso como el presente, en que el título inicialmente presentado ha quedado desvirtuado por la escritura de rectificación del mismo, que ha accedido antes que el presentado por el recurrente (el presentante de la escritura de cancelación en soporte papel)».
- Se avala la doctrina precedente con la afirmación, ya repetida en precedentes resoluciones, de «la conveniencia de atender a títulos presentados posteriormente y relativos a una misma finca, a fin de lograr un mayor acierto en la calificación y evitar la práctica de asientos inútiles, siempre que con ello no quede desvirtuada la regla de la prioridad registral».

Junto a estas declaraciones expresas, la DGRN está reconociendo implícitamente que cuando estuviera vigente un asiento de presentación relativo a determinado negocio inscribible, la posterior aportación por otro de los posibles legitimados para solicitar la inscripción de dicho negocio, de una copia diferente del mismo título formal comprensivo de tal negocio habrá de provocar un nuevo asiento de presentación. Repárese en la frase: «...retirado el título presentado telemáticamente, puede ser despachado este si posteriormente se aporta una copia, en soporte papel, del mismo, SIN NECESIDAD DE PRACTICAR UN NUEVO ASIENTO DE PRESENTACION, SIEMPRE QUE SE TRATE DEL MISMO PRESENTANTE...». *Ergo*, si el presentante es distinto, parece que habría de practicarse nuevo asiento.

Hay que advertir, ciertamente, que la doctrina sentada en esta resolución parece circunscribirse al supuesto en que el título formal que motivó el primer asiento de presentación se hubiere retirado ya cuando otro interesado en la inscripción del mismo acto o negocio acuda al registro con su propia copia autorizada de ese mismo título formal; lo que dejaría fuera de su ámbito el supuesto en que este otro interesado presente su solicitud de inscripción antes de que haya mediado la retirada por el primer presentante de su propia copia autorizada. Aunque como luego veremos, esta concreción va a resultar irrelevante.

IV. PLANTEAMIENTO DE LAS DISCREPANCIAS

Debo señalar de manera inmediata mi discrepancia, no solo respecto de la solución dada al único punto debatido, sino también frente al global trato dado al presentante de esa copia papel de la escritura de cancelación. Tanto la calificación recurrida como la resolución que la revisa (la que obviamente viene predeterminada por el contenido de aquella) parecen reducir la problemática planteada a simple cuestión de prioridad entre la copia papel de la escritura de cancelación y la escritura de retractación de ese consentimiento cancelatorio previamente otorgado; conceder o denegar a esa copia papel la prioridad ganada por la copia electrónica de la misma escritura remitida telemáticamente, se convierte en el aspecto central o exclusivo de la problemática suscitada, entendiéndose que resuelto este en sentido negativo quedaba agotada toda conflictividad y contestada definitivamente la petición del presentante de la copia papel.

A mi juicio, este modo de proceder no es congruente con la problemática real planteada, ni aun cuando se compartiera la solución que el registrador y la DGRN dan a la cuestión de la prioridad de la copia papel. En efecto, negada al presentante de la copia papel la prioridad ganada por la remisión telemática de la copia electrónica de la misma escritura de cancelación, ello solo parece un primer eslabón en una cadena de actuaciones registrales posteriores que el supuesto planteado obligaba a desenvolver. Debe repararse en que esa negación no es una respuesta definitiva a la petición de inscripción inherente a la presentación de la copia papel, sino la respuesta a una cuestión previa, por cuanto pudiera ser que, aun negándole tal prioridad, la copia papel llegare a ser inscrita (lo que podría ocurrir si, caducado el asiento de la copia electrónica, no se llegara a inscribir tampoco la escritura de retractación del banco); y aun cuando se acabara rechazando definitivamente la inscripción de esa copia papel, el verdadero motivo de ello no habría de serlo esa negación de prioridad, sino el obstáculo registral derivado de la previa inscripción de ese título incompatible que es la escritura de retractación o anulación.

Reducir toda la cuestión a la posibilidad del presentante de la copia papel de inmiscuirse o no en el procedimiento registral iniciado anteriormente por la remisión telemática de la copia electrónica de la misma escritura de cancelación, solo habría sido congruente si se hubiese llegado a la conclusión de que la copia papel de la escritura de cancelación podría gozar de la prioridad ganada para ese consentimiento cancelatorio por el asiento causado por la remisión telemática de la copia electrónica de esa misma (en tal caso, se hubiera inscrito sin problemas la cancelación en base a esa copia papel, dado que su calificación debe verificarse en relación con la situación registral existente en el momento de su presentación; es decir, prescindiendo absolutamente de la posterior retractación del banco que otorgó su consentimiento cancelatorio). Mas, descartada una respuesta afirmativa, no podía dejar de advertirse los nuevos debates que quedaban planteados y que exigían una respuesta inaplazable, so pena de dejar destendida a verdadera petición inherente a la presentación de esa copia papel.

A fin de justificar esta crítica, analizaremos primero la pertinencia de la doctrina sentada por la DGRN, y veremos luego las consecuencias que la misma comporta en la solución del caso cuestionado.

V. PRIORIDAD QUE HA DE CORRESPONDER A LA COPIA PAPEL DE LA ESCRITURA DE CANCELACIÓN APORTADA AL REGISTRO DESPUÉS DE LA EXTENSIÓN DEL ASIENTO DE PRESENTACIÓN A OTRA COPIA ELECTRÓNICA DE LA MISMA ESCRITURA REMITIDA TELEMÁTICAMENTE, Y DESPUÉS DE LA PRESENTACIÓN DE UNA ESCRITURA DE RETRACTACIÓN DE DICHA CANCELACIÓN

1. Enseguida debo señalar que no me conviene la doctrina que sienta en relación con desenvolvimiento del principio de prioridad y con el tratamiento registral que haya de darse a las distintas copias autorizadas del mismo instrumento público cuando son presentadas en momentos diferentes y por sujetos distintos. Basta considerar las consecuencias a que conduce esa doctrina en supuestos diferentes del ahora planteado, para justificar mi discrepancia. Piénsese, por ejemplo, en la siguiente hipótesis: A., titular registral, presenta la escritura de venta de su finca a B.; posteriormente se presenta un embargo contra A., ante lo cual este titular registral procede a retirar la escritura de venta presentada. B., comprador, aporta su propia copia de dicha escritura de venta durante la vigencia del asiento de presentación inicialmente extendido a instancia de A. Conforme al criterio de la DGRN, si A. no quisiera colaborar reintegrando su copia autorizada en plazo, B. vería como se le antepone el embargo referido, a pesar de que la compra en cuestión, verdadero acto inscribible, llegó al registro con anterioridad y podía ser inscrito en base a la copia autorizada aportada por B.

A mi juicio, presentado en el registro un título (entendiendo este término en su sentido material, esto es, como acto o negocio inscribible), cualquier interesado en la inscripción de dicho negocio, aunque no sea el que presentara inicialmente el título formal que lo contiene, puede acogerse a la prioridad así ganada con tal que manifieste su solicitud de inscripción durante la vigencia del asiento de presentación inicial; y ello aunque el presentante originario hubiere retirado su copia autorizada, pues en tal caso bastará con que el nuevo interesado aporte su propia copia autorizada del documento comprensivo del negocio a inscribir, lo que permitirá al registrador calificar y, en su caso, proceder a la práctica de la inscripción correspondiente. De esta nueva solicitud de inscripción del negocio

en cuestión, a la que puede acompañarse o no otra copia autorizada (solo será necesario aportar esta para lograr la inscripción definitiva, si la inicialmente presentada hubiera sido retirada), no habrá de extenderse, en ningún caso, un nuevo asiento de presentación, bastando con tomar razón de ella mediante nota al margen del asiento de presentación originario y vigente. Desde este momento, al nuevo solicitante se le tendrá como parte en el procedimiento registral en curso iniciado por la primera presentación, con todos los derechos correspondientes (notificación de la calificación negativa, en su caso, abriendo para él desde entonces y nuevamente los plazos para recurrir o subsanar, y prorrogando de nuevo la vigencia de tal asiento hasta sesenta días desde la nueva notificación).

Analicemos, pues, los argumentos manejados por la DGRN y veamos su consistencia y congruencia intrínseca.

2. De entrada, una observación se impone: Es evidente que toda la argumentación de la resolución comentada presupone que el presentante inicial de la escritura de cancelación remitida electrónicamente haya sido efectivamente el banco otorgante; y, sin embargo, resulta más que problemática la certeza de tal presupuesto. ¿Es creíble que tratándose de una escritura de cancelación de hipoteca, el banco otorgante inste su inscripción? ¿Qué le importa al banco que cobró su crédito y prestó su consentimiento a la cancelación de la garantía real, el que se refleje registralmente o no tal cancelación? ¿Habrá banco alguno dispuesto a asumir el coste del reflejo registral de la cancelación de un derecho que ostentó en su día y hoy carente de vigencia? ¿No estaremos ante una remisión electrónica realizada por el notario en aplicación de lo previsto en los artículos 112 LN (1)? Y si este fuera el caso, no sería del todo evidente que la prioridad así ganada habría de amparar a cualquier interesado en el reflejo registral de dicho consentimiento cancelatorio y, especialmente, al deudor y/o propietario de la finca hipotecada? Si tal fuera el caso, ¿con que argumento puede el banco otorgante monopolizar en su exclusivo beneficio un asiento de presentación que originariamente no se practicó a su instancia?

Ahora bien, como la resolución en cuestión no solo no permite dilucidar esta cuestión sino que da por hecho que el presentante originario fue el banco otorgante, me limitaré a dejar constancia de esta reserva, y continuaré este análisis aceptando tal presupuesto.

3. En segundo lugar, deberá reconocerse que el planteamiento de la DGRN, para ser coherente, debiera afirmarse igualmente cuando la presentación por otro interesado de otra copia del mismo documento se produce antes de la retirada de la copia autorizada aportada por el primer presentante. Y es que si la DGRN justifica su posición en «la relevancia que en nuestro Ordenamiento Hipotecario se atribuye al presentante del título como persona que puede disponer de los derechos..., derivados de la práctica del asiento de presentación», las facultades de este no debieran verse restringidas por el hecho de que la presentación posterior de otra copia del mismo documento se hubiere producido antes de que él decida retirar su copia. Si la prioridad determinada por el primer asiento «pertenece» al que lo provocó, el otro interesado que presentó después su propia copia no puede aprovecharse de aquella sin consentimiento de su dueño; y si

(1) En esta hipótesis, o se entiende que el presentante es el propio notario, o se estima que no hay petición de inscripción por persona legitimada conforme al artículo 6 LH, porque el notario se limita a cumplir con un deber reglamentario, pero sin asumir las consecuencias inherentes a la condición de presentante.

este decide no hacerla valer al retirar su propia copia antes de su despacho, ha de ser indiferente que lo haga antes o después de la práctica del nuevo asiento de presentación del mismo documento.

Por ahora nos basta con apuntar tal exigencia para la coherencia intrínseca del razonamiento de la DGRN. Ya veremos luego que ni en uno ni en otro supuesto parece razonable su argumentación.

4. En tercer lugar, debe apuntarse la curiosa paradoja que comporta esta posición de la DGRN. En efecto, si el primer presentante obtiene la inscripción durante la vigencia de su asiento de presentación, el segundo presentante de la otra copia del mismo documento, se beneficiará inevitablemente de la inscripción y prioridad que así habrá ganado el negocio en cuya registración estaba también interesado; en cambio si el primer presentante desiste de su petición o retira su copia, el segundo presentante pierde una prioridad que podría serle de mucha utilidad. En definitiva, la consecuencia implícita en la tesis de la DGRN es la de conceder al primer presentante un derecho de perjudicar a los demás interesados en la inscripción del mismo negocio que él solicitó en primer lugar, al poder privarles del goce de la prioridad registral que él ganara para dicho negocio cuando a él deje de interesarle dicha prioridad. Lo que no deja de ser un resultado poco congruente con el rechazo en nuestro Ordenamiento del abuso del derecho (cfr. art. 7 CC) y de la renuncia en perjuicio de terceros (art. 6 CC).

5. Es indudable que la cuestión suscitada carece de tratamiento específico en la legislación hipotecaria. Pero debe repararse que la doctrina sentada por la DGRN no parece conciliarse con ciertas previsiones reglamentarias a propósito del asiento de presentación, como por ejemplo, el artículo 420 RH, que afirma, sin distingos de ningún tipo, que «de cada título no se hará más que un asiento de presentación»; y el artículo 108 que reincide en la misma idea y añade que solamente cuando transcurran los plazos durante los cuales producen sus efectos los asientos de presentación, podrán ser presentados nuevamente los títulos correspondientes. Y no se diga que estos preceptos toman el término título en sentido formal, de modo que cabría un asiento para cada copia autorizada, pues claramente se desprende de los correspondientes preceptos legales que les sirven de soporte, que el asiento de presentación lo es del acto o negocio inscribible y no del documento que lo contiene. Véase, a este respecto, el propio artículo 17 LH, que afirma que: «Inscrito o anotado cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles... Si solo se hubiere extendido el asiento de presentación...»; o el propio artículo 248 LH, interpretado en relación con los artículos que le preceden, como son el artículo 242 LH («títulos sujetos a inscripción, según los arts. 2 y 4»), los artículos 245 y 247 LH («si el título comprende varios inmuebles o derechos reales», siendo así que, en rigor, es el negocio documentado el que comprende varios inmuebles), el artículo 246 LH («si el título fuere de constitución de hipoteca»), el artículo 249.4º LH («derecho que se constituya, reconozca, ... por el título que se pretenda inscribir», siendo claro que se inscriben los negocios documentados y no el documento en sí, tal como resulta del art. 1 LH). Señálese, en fin, cómo hasta el artículo 3 LH, especialmente significativo a este respecto, claramente aplica el término título a los negocios inscribibles y no al documento que los contiene.

Es más, aun cuando se admitiere que el término título empleado por el artículo 248 LH, lo es en su sentido formal, no se alterarían los resultados, por cuanto título formal no será cada una de las copias autorizadas de una escritura pública, sino la propia escritura matriz que da forma pública al negocio inscri-

bible (2), tal como parece inferirse del propio artículo 249.3.º LH, cuando exige la especificación en el asiento de presentación de «la especie del título, su fecha y autoridad o notario que lo suscriba», datos estos que se refieren, sin lugar a dudas, a los de la escritura matriz y no a los de la copia concreta aportada.

Por tanto, si, como parece, el asiento de presentación lo es del título material, no procediendo dos asientos de presentación coetáneos para un mismo título; y si estos postulados se proclaman sin distinciones adicionales, habrá de reconocerse que con mal pie arranca la doctrina de la DGRN, pues tales postulados no son compatibles con esta doctrina. Si los restantes interesados en la inscripción de un negocio que ya ha sido solicitada anteriormente, no pueden adherirse a esa petición previa con iguales derechos que los que corresponden al inicial petionario, y tampoco pueden obtener asiento de presentación diferenciado mientras esté vigente el practicado previamente, se les colocaría en una posición de indefensión sumamente peligrosa frente a títulos incompatibles que eventualmente puedan presentarse en el tiempo intermedio; si así ocurriera, esos otros interesados en la inscripción del negocio en cuestión quedarían a merced de lo que decida el primer solicitante de su inscripción: si este desiste del asiento de presentación o retira su copia, esos títulos incompatibles intermedios se antepondrán en el registro a esos otros interesados a los que no se permitió protegerse de tal riesgo.

Es tan evidente la inadmisibilidad de este resultado, que una de dos: o se acepta que la tesis de la DGRN no está suficientemente meditada, o se ha de admitir excepciones a la inequívoca prohibición reglamentaria de simultanear dos asientos de presentación para un mismo título. Sobre este punto habremos de volver posteriormente; ahora nos basta con apuntar las dificultades con las que tropieza la tesis de la DGRN.

6. El argumento exclusivo del fallo adoptado por la DGRN se concreta en «la relevancia que se atribuye al presentante en nuestro ordenamiento». Ello obliga a considerar cuál es esa relevancia específica que al presentante atribuye nuestro ordenamiento, y cuál la significación precisa de la retirada del documento en el procedimiento registral, a fin de comprobar si verdaderamente pueden servir de justificación de la posición adoptada.

En cuanto a la primera de estas cuestiones, no parece inexacto afirmar que el presentante es la persona que solicita la inscripción y, consiguientemente, la que pone en marcha el procedimiento registral tendente a la práctica de aquella, mediante la presentación del correspondiente documento público comprensivo de un acto o negocio inscribible; pudiendo actuar en nombre propio, si tiene interés personal en aquella inscripción (cfr. art. 6 LH), o en nombre del verdadero interesado presumiéndosele la representación en este caso (cfr. art. 39 RH). Toda su posición en el procedimiento registral, así iniciado, viene determinada exclusivamente por la voluntariedad de la inscripción (cfr. arts. 6 y 42 LH), y se concreta en: la facultad de desistir de su petición cuando lo tenga a bien, en los términos del artículo 433 RH; la posibilidad de impedir el desenvolvimiento del procedimiento iniciado, retirando el documento comprensivo del negocio inscribible (cfr. art. 427 RH); el derecho a ser notificado de los defectos que impiden

(2) La copia autorizada no es más que un mero traslado de dicha escritura matriz (cfr. art. 17 LN), que acredita fehacientemente la existencia de esta (de ahí que el art. 221 RN, las llame también escrituras públicas), pero cuyo valor probatorio respecto al negocio documentado no es propio sino mero trasunto o representación del que corresponde a la escritura matriz, y de ahí la necesidad de su cotejo si fuere impugnada (cfr. arts. 1220 CC y 320 LEC).

la inscripción solicitada (cfr. art. 19 LH); el derecho a impugnar la calificación negativa del registrador (cfr. art. 19 y sigs. LH); y, cómo no, la obligación de abonar los honorarios que devengue la inscripción pedida (cfr. norma 8.^a para la aplicación del Arancel de los Registradores, aprobado por RD 1427/1989, de 17 de noviembre).

Como se ve, la posición del presentante en el procedimiento registral no es distinta de la que corresponde en cualquier procedimiento administrativo al interesado que lo inicia, o de la que corresponde al demandante en el procedimiento judicial que con su demanda incoa. El procedimiento administrativo puede ser iniciado por quienes tengan derechos o intereses legítimos (cfr. arts. 31 y 69 LRJAE y PAC); y aunque una vez iniciado se impulsará de oficio en todos sus trámites (cfr. art. 74 de la ley citada), ello no obsta la facultad de desistimiento de quien lo pone en marcha (cfr. art. 90 y sigs. de la ley citada), ni la posibilidad de paralización del mismo cuando el interesado que lo inicia no realiza los trámites que le corresponde cumplimentar y que son necesarios para la resolución final (cfr. arts. 71, 76, 92 de dicha ley); pudiendo declararse la caducidad del procedimiento cuando estuviere paralizado más de tres meses por causa imputable al interesado. Similar es el tratamiento en el ámbito procesal civil: el particular lo pone en marcha mediante la presentación de la demanda (cfr. arts. 5, 216 y 264 y sigs. LEC), pero puede quedar paralizado por falta de actividad procesal de las partes; puede declararse la caducidad de las instancias por falta de actividad imputable a las partes (cfr. arts. 236 y sigs. LEC); y no se excluye el desistimiento (cfr. art. 19 de la ley citada).

Y en cuanto a la significación de la retirada del documento, no puede decirse sino que comporta exclusivamente la inevitable paralización de la actividad registral tendente a la inscripción (no puede el registrador calificar e inscribir sino en virtud de un título, y él no está autorizado para reclamarlo, en caso de retirada, dada la voluntariedad de la inscripción), pero el procedimiento sigue vivo mientras no caduque el asiento de presentación, debiendo reanudarse de forma inmediata y automática y con su originaria prioridad, si se reintegra el documento correspondiente durante la vigencia del asiento de presentación. La retirada del título no provoca en el procedimiento registral una situación distinta a la que se produce en un procedimiento administrativo cuando se paraliza por causa imputable al que lo incoa (hemos visto que esta paralización puede conducir a la declaración de caducidad del procedimiento, pero mientras esta no se declare, cabe la reanudación del procedimiento si el requerido realiza las actividades necesarias para la reanudación de la tramitación (cfr. art. 92.1 LRJAE y PAC); ni a la que se produce en un procedimiento judicial cuando, pese al impulso de oficio de las actuaciones, no hay actividad procesal por causa imputable a las partes o interesados, y no ha transcurrido el plazo para tener por abandonadas las instancias y recursos (cfr. arts. 236 y sigs. LEC).

Si se ha acertado al precisar la relevancia específica que al presentante concede nuestro ordenamiento hipotecario y la significación concreta que en el procedimiento registral en curso tiene la mera retirada del documento, necesariamente habremos de concluir que en la medida en que esa posición que corresponden al peticionario inicial de la inscripción no se vea alterada, ni menoscabado su derecho a retirar en cualquier momento la copia por él aportada, no hay razón para que la formulación de similar petición de inscripción por otro de los interesados en el negocio en cuestión, no pueda ser acumulada a la inicialmente planteada, de modo que en el procedimiento registral puesto en marcha por el primer presentante pase a considerarse que hay dos promotores o peticionarios

con igualdad de derechos y obligaciones, concediendo a este nuevo peticionario las mismas posibilidades de acción e impugnación que correspondían a aquel presentante inicial, y no siendo ya posible el desistimiento o la paralización del procedimiento sin contar con ambos (sin perjuicio de la facultad de cualquiera de ellos para separarse unilateralmente de ese procedimiento).

La posición del presentante en nuestro sistema registral puede tener la especial relevancia que se quiera, pero mientras esta se mantenga íntegra para el inicial presentante, no vemos cuál es el tipo de argumentación que lleva a inferir de tal relevancia la imposibilidad de que otras personas que tienen el mismo interés y legitimación para solicitar el mismo asiento, puedan ser equiparados al inicial presentante. Respetado el incuestionable derecho del promotor originario de un procedimiento registral a apartarse de él si lo considera oportuno, o a retirar la copia aportada —aunque esta retirada implique su paralización—, no se ve porqué cualquier otro interesado en la inscripción del mismo negocio no ha de poder adherirse a la petición de su inscripción anteriormente formulada y aún en vigor —aunque momentáneamente paralizada—, y suplir las actuaciones pertinentes —la aportación de otra copia autorizada del mismo documento— para reanudar la tramitación tendente a la inscripción, obteniendo esta, en su caso, con efectos desde que fue inicialmente solicitada. La unidad de objetivos de las varias peticiones, la plena legitimación de todos los peticionarios sucesivos, y la simplificación y abreviación de los trámites inherentes a la inscripción de un negocio determinado, así lo imponen.

No tendría ningún sentido que dos peticiones dirigidas al registrador que tienen el mismo objeto (la inscripción de determinado negocio jurídico), por el hecho de ser formuladas en momentos diferentes y por distintos interesados, hayan de ser tramitadas registralmente de forma separada, generando asientos de presentación distintos y dando lugar a procedimientos registrales diferenciados que habrán de tramitarse por el orden cronológico de iniciación, sin que ninguno de los respectivos peticionarios pueda interferirse en el procedimiento ajeno. Y es que no puede desconocerse:

- Que de acceder el registrador a la inscripción en virtud de la primera petición, queda ya satisfecho el objetivo del segundo peticionario.
- Que si el registrador denegare la inscripción en virtud de la primera petición, en rigor, no debería proceder a una nueva calificación a instancia del segundo peticionario (la calificación debe ser global y unitaria, y ha de basarse exclusivamente en el documento presentado y en el contenido del registro), sino que debería limitarse a trasladar a ese segundo peticionario la que ya efectuara anteriormente, prorrogando su asiento por sesenta días, y abriéndole desde ese momento todas las vías de impugnación pertinentes. Lo que puede conducir a una duplicidad innecesaria de los trámites de revisión de dicha calificación (lo normal será que esta nueva revisión concluya con igual resultado que la eventualmente planteada por el primer presentante), y a un alargamiento indeseable de la situación de pendencia sobre la inscribibilidad del negocio en cuestión.
- Que conforme al artículo 17 LH, aunque fuere retirada la copia aportada por el primer solicitante, no hay porqué esperar a que caduque el asiento de presentación causado por esa inicial petición, para que pueda procederse a la inscripción del mismo negocio en virtud de otra copia del documento que lo formaliza, ulteriormente presentada. Téngase en cuenta que esa espera que impone el artículo 17 LH, cuando está vigen-

te un asiento de presentación solo rige respecto de títulos presentados posteriormente y que sean distintos al que causó ese asiento —han de oponérsele o ser incompatibles—, pero no respecto de otra copia autorizada del mismo título.

7. Con todo, el argumento fundamental que pone en evidencia la inadecuación de la doctrina sentada por esta resolución es el siguiente: ¿Qué razón puede alegarse para impedir que en el ámbito registral juegue la doctrina inequívocamente sentada por el legislador para los ámbitos del procedimiento administrativo y del proceso judicial? Tanto la LRJAE y PAC (vid. sus arts. 31 y 91.2) como la LEC (vid. su art. 13), declaran terminantemente que, iniciado un procedimiento administrativo o judicial, cualquier otra persona que tenga interés legítimo en el resultado de tal procedimiento o pleito, podrá intervenir en el mismo con igualdad de derechos respecto de las partes litigantes o de los interesados iniciales. ¿Por qué entonces en el ámbito del procedimiento registral iniciado con la petición de inscripción de un negocio por uno de los interesados en él, no ha de admitirse la intervención de otro interesado en dicho negocio que solicita igualmente su inscripción durante la vigencia del primer asiento de presentación? Al que inició dicho procedimiento no se le causaría absolutamente ningún perjuicio con tal intervención, pues sigue vigente su derecho individual a retractarse de su petición (eximiéndose de la obligación de pago de los honorarios correspondientes) o a retirar su copia autorizada (aunque tal retractación o retirada no comporte ya necesariamente la terminación o paralización del procedimiento por él iniciado). Y al que interviene con posterioridad le será de mucha utilidad que pese a la retractación o retirada formulada por quien puso en marcha el procedimiento, no termine este o se paralice si él está dispuesto a cumplimentar las exigencias necesarias para lograr la inscripción definitiva. Así pues, el beneficio de este no se consigue a costa de ningún perjuicio para aquel.

Con las consideraciones que anteceden, creo suficientemente justificado que el interés o la posición del primer presentante de un título no puede determinar que la posterior solicitud de inscripción del mismo negocio por otro interesado deba generar un asiento de presentación distinto y ser tramitada en un procedimiento registral diferenciado del puesto en marcha por la inicial petición, que se resolverá por el orden cronológico de formulación de esa nueva petición (3).

(3) Podría alegarse, no obstante, en defensa de la doctrina sentada por la Resolución que se comenta, que si entre la petición inicial de inscripción de un determinado negocio y la reiteración de esta petición por otro interesado en el mismo negocio, se ha presentado un título que se oponga o sea incompatible a este último, es el interés o protección de dicho presentante intermedio el que determina la prevalencia de tal doctrina. Pero frente a esta alegación, que desde luego no es considerada por la resolución que se comenta, habría de responderse que este presentante intermedio no puede sentirse perjudicado por que se le anteponga en la inscripción un título que llegó antes al registro, cuando es principio básico de funcionamiento de nuestro Registro de la Propiedad el del *prior tempore*. Conforme al artículo 17 LH (que ya hemos visto que se refiere al título en sentido material), el negocio presentado antes se inscribe si no tiene defectos; siendo indiferente a este efecto que el que provocó esa presentación anterior haya mantenido su petición inicial en solitario o se le haya adherido posteriormente otro interesado, o que después de esta adhesión el peticionario originario se haya apartado del procedimiento, siguiendo este su curso en respuesta a la petición exclusiva del adherente. El presentante intermedio de un negocio incompatible tiene, ciertamente, el derecho a que si caduca el asiento de presentación anterior del título incompatible, sea el suyo el que pase a ser calificado y, en su caso, inscrito; pero ha de saber

VI. ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS DE ESTA TESIS DE LA DGRN

1. Hasta aquí hemos abordado la crítica de la solución adoptada. Veamos ahora las consecuencias que de ella se siguen. El registrador recurrido, una vez que decide negar a la copia papel de la escritura de cancelación la prioridad ganada por la copia electrónica, considera zanjada la cuestión y notifica al presentante de aquella que queda denegada la cancelación solicitada. Lo que podría llevar al ánimo de ese presentante la idea de que el asiento pretendido quedaba definitivamente rechazado.

2. Bien se advierte que esta actitud supone desconocer la verdadera naturaleza y contenido de la petición inherente a la presentación de la copia papel. Si su presentante hubiera manifestado expresamente que su deseo era simplemente la inscripción de tal copia con la prioridad ganada por la copia electrónica, hubiera sido congruente la actitud del registrador. Pero no parece que la actitud del presentante haya sido esa y no hay ningún elemento que permita reducirla a esos términos; basta pensar que dicho presentante ni siquiera tiene porqué conocer la existencia del previo asiento de presentación causado por la remisión telemática de la copia electrónica, y que no puede presumirse tal conocimiento, pues no hay presunción de conocimiento del contenido del registro.

La sola presentación de la copia papel, como la sola presentación de cualquier otro documento inscribible, implica lisa y llanamente la petición de despacho de tal cancelación o la extensión de la correspondiente nota de calificación denegatoria susceptible de ser impugnada. Si ese despacho o calificación se realiza o no en el seno de un procedimiento registral ya iniciado por el presentante anterior de otra copia del mismo documento, o en un procedimiento específico y diferenciado que ahora se inicie, es una cuestión secundaria que no puede llevar a desconocer el objeto principal de la petición del presentante de la copia papel. Este lo que pide es la inscripción del documento aportado; con la prioridad que proceda, pero que se inscriba. Por tanto, había que contestarle si puede o no puede accederse a dicha inscripción, y no es congruente el limitarse a decir que no se puede despachar esa copia en el procedimiento registral ya iniciado por otro interesado en la inscripción del mismo negocio. Si no puede despacharse en ese procedimiento ya iniciado —y que puede quedar abortado sin contar con el presentante de la copia papel— que sea en otro posterior, pero ha de contestársele a su petición de forma clara y definitiva, como se le hubiere contestado si al presentar esa copia papel hubiere caducado ya el asiento de presentación de la copia electrónica (lo que, por cierto, puede ocurrir en cualquier momento).

Así pues, la coherencia con la verdadera petición inherente a la presentación de la copia papel impedía entenderla resuelta por la sola denegación a esa copia papel de la prioridad ganada por la copia electrónica. Esta decisión solo podía constituir la resolución de una primera o previa fase del procedimiento registral puesto en marcha con aquella presentación. Aunque tal decisión previa fuere acertada, aún quedaría pendiente la decisión definitiva objeto de dicho

que mientras esté vigente ese asiento de presentación anterior del título incompatible, él deberá esperar. Lo decisivo para ese presentante intermedio es que ese título incompatible al suyo y presentado antes solo se le anteponga si llega a inscribirse durante la vigencia de su asiento de presentación respectivo; pero no es de la incumbencia de ese presentante intermedio, los avatares de ese procedimiento registral correspondiente al asiento de presentación anterior, con tal de que en todo momento dicho procedimiento esté sustentado en una petición de parte legítima, sea la inicialmente formulada o la posteriormente acumulada.

procedimiento, decisión que habrá de adoptarse cuando caducase el asiento de presentación de la copia electrónica y caducase igualmente el asiento de presentación de la escritura de retractación o anulación o fuera inscrito este título (como se habría hecho si la aportación de la copia papel se hubiere efectuado cuando hubieren caducado estos asientos).

No debía, por tanto, haberse comunicado al presentante de esta copia papel que la inscripción quedaba denegada por «...». A lo sumo, debió comunicársele que por esas mismas razones dicha copia papel no puede despacharse con la prioridad correspondiente a la copia electrónica, y que, por tanto y por imperativo del artículo 17.2 LH, quedaba diferida su calificación al despacho o caducidad de los asientos previos (en tal comunicación pudo abrirse o no la vía de recurso por la negación de esa prioridad, lo que ahora no tiene sentido prejuzgar). De este modo, habríamos evitado que nos tildaran de incumplir el mandato de calificación unitaria y global.

3. Cabe preguntarse porqué el registrador recurrido consideró que con esa negación a la copia papel de la prioridad ganada por la copia electrónica, quedaba resuelta la petición inherente a la aportación de aquella. La explicación bien podría ser la siguiente: El registrador no practicó asiento de presentación diferenciado para la copia papel de la escritura de cancelación cuando esta fue presentada; se limitó a hacer constar su aportación por nota al margen del asiento de presentación causado por la remisión telemática de la copia electrónica de la misma escritura (proceder que, a mi juicio, es el acertado porque, como se ha visto, no se comparte la imposibilidad de la adhesión a un procedimiento registral en curso por parte de otro interesado en la misma inscripción). Pero tampoco extendió dicho asiento al decidir que el presentante de esa copia papel no podía inmiscuirse en el procedimiento registral iniciado por el asiento de presentación de la copia electrónica. En consecuencia, negada tal adhesión, ya no habría de volver a enfrentarse con la copia papel, y ello explicaría los términos en que formulaba su calificación.

Quizá no sea esta la explicación, pero viene a poner de manifiesto cuál fue la raíz de todas las dificultades posteriores. En efecto, creo que una vez que el registrador recurrido decidió la negación a la copia papel de la escritura de cancelación, de la prioridad ganada por la copia electrónica de esa misma escritura, se hacía inevitable, si no se había hecho ya, el extender un asiento de presentación diferenciado para esa copia papel. Si al presentante de la copia papel se le dice que no puede inmiscuirse en el procedimiento iniciado por el presentante de la copia electrónica del mismo documento cancelatorio, y tampoco se le extiende en este mismo momento un nuevo asiento de presentación diferenciado para aquella copia papel, quedarían claramente burlados sus derechos frente al registro; su petición de inscripción resultaría ignorada, como si no se hubiere formulado; su discriminación frente al presentante de la copia electrónica no podría ser más evidente; y su desprotección absoluta. Quedaría totalmente al albur de lo que haga este último: si este mantiene su petición hasta el final, aquel respiraría tranquilo, pero mientras, no tendrá otra alternativa que esperar; y si finalmente caduca el asiento de presentación de la copia electrónica, volver a reiterar su petición de inscripción inmediatamente.

Que la decisión ahora confirmada por la DGRN, presuponía necesariamente la extensión de un asiento de presentación diferenciado para el aportante de esa copia papel de la escritura de cancelación (asiento que debe ser extendido, bien en el momento de su presentación, bien en el momento en que se decide negarle su adhesión al procedimiento registral ya iniciado por el remitente de la copia

electrónica), es tan evidente que una sola observación o ejemplo hará innecesario una mayor argumentación.

Pensemos en la petición de inscripción de una compraventa efectuada por el vendedor. Si estimáramos que durante la vigencia del correspondiente asiento de presentación obtenido por el vendedor, el comprador ni podría adherirse a esa petición (presentando incluso su propia copia), ni podría obtener asiento de presentación separado, su indefensión frente a posibles embargos contra el vendedor presentados durante la vigencia del asiento de presentación de esa compraventa, no podría ser más evidente: no podría ir ganando su propia prioridad mientras esté vigente el asiento de presentación obtenido por el vendedor, y durante este tiempo quedarían a merced de una posible retirada del documento por el vendedor o de su desistimiento (si es que se admitiese, conforme al art. 433 RH), lo que daría prioridad a dichos embargos y condenaría al comprador a la pena de tener que interponer las correspondientes tercerías de dominio, si son posibles, y si no, a tener que pagar las deudas reclamadas por esos embargantes o a soportar la ejecución del bien comprado (sin perjuicio de dirigirse después contra su vendedor para su reintegro o, incluso, para intentar la resolución del propio contrato).

4. Parece claro, pues, que la tesis de la DGRN presupone, al menos, la extensión de un asiento de presentación diferenciado para cada legitimado en un negocio que solicite su inscripción. Y siendo así, veamos qué hubiera ocurrido en el caso analizado si se hubiese extendido a la copia papel de la cancelación un asiento diferenciado cuando se le negó la posibilidad de interferirse en el procedimiento ya iniciado por el remitente de la copia electrónica de ese mismo documento.

Nos encontraríamos, en este caso, con tres asientos de presentación vigentes relativos a una misma finca, que tendrían el siguiente orden: primero, el causado por la remisión telemática de la copia electrónica de la escritura de cancelación; luego, el causado por la escritura de retractación del consentimiento cancelatorio; y, finalmente, el provocado por la copia papel de esa escritura de cancelación. En tal supuesto, la mecánica registral inherente al artículo 17 LH, determina que habrá que esperar a que caduque el primero de ellos, para calificar y, en su caso, inscribir la retractación presentada en segundo lugar; y, a su vez, habrá que esperar a que se inscriba o despache esta retractación que causa el segundo asiento, para calificar y, en su caso, inscribir el título presentado en tercer lugar. Además, el artículo 18 bis LH, determinaría que el segundo asiento de presentación no caducaría, al menos, hasta transcurridos quince días desde el despacho o caducidad del primer asiento; y el tercero también duraría, al menos, otros quince días más desde el despacho o caducidad del segundo.

Pues bien, parece evidente que el primero de estos asientos caducará sin que el título correspondiente se inscriba. Entraríamos, entonces, a calificar la escritura de retractación del consentimiento cancelatorio anteriormente prestado. Si esta resulta inscribible, sería claro que ya no podría inscribirse después la copia papel en tanto estuviese vigente la inscripción de tal retractación, pues lo impediría el contenido registral incompatible (cfr. art. 17 LH). Mas, si negásemos la inscripción de esa retractación, entonces quedaría expedito el camino a la inscripción del consentimiento cancelatorio en virtud de la copia papel, a menos que surgieran otros defectos en este documento no puestos de manifiesto en este recurso.

5. La pregunta que nos hemos de formular ahora es la siguiente: ¿Podrá llegar a inscribirse la escritura de retractación o no? ¿Hay motivos, en el supuesto analizado para dudar de la efectiva extensión de esta inscripción? Desde

luego, hay dos puntos o cuestiones que pueden llevar a una conclusión negativa en este respecto:

- a) ¿Es inscribible esa retractación cuando no se ha inscrito previamente el consentimiento cancelatorio revocado?
- b) ¿Es inscribible esa retractación otorgada unilateralmente por el banco y de espaldas al propietario de la finca hipotecada?

6. Sobre la inscribibilidad de la retractación del consentimiento cancelatorio cuando no está previamente inscrito dicho consentimiento.

Desde mi punto de vista, no creo que la no inscripción del consentimiento cancelatorio impida reflejar su revocación válida y eficaz. Ciertamente, pudiera pensarse que nuestra legislación presupone la previa inscripción de un negocio o título, para que pueda ser inscrita la declaración de su ineficacia [los arts. 40.d) y 79.3.º LH, dan pie a tal planteamiento]. Sin embargo, no es posible desconocer la necesidad de arbitrar una solución para evitar que las copias autorizadas de una escritura pública expedidas con anterioridad a la declaración de ineficacia del negocio documentado y en las que previsiblemente no habrá rastro alguno de dicha ineficacia, puedan provocar la inscripción de ese negocio ya ineficaz en el Registro de la Propiedad.

Si se rechazara de plano la inscripción de las declaraciones de ineficacia de un negocio que no está previamente inscrito, la apariencia de existencia y validez que a dicho negocio conceden esas copias autorizadas expedidas antes de aquella declaración de ineficacia de su contenido, podría crear serias dificultades para los interesados en que prevalezca tal ineficacia; dificultades tanto más graves cuanto que el juego de la fe pública registral podría llegar a hacer estéril la declaración de ineficacia. Estos interesados se verían en la delicada situación de estar en permanente alerta, a fin de poder presentar la declaración de ineficacia en cuanto tengan conocimiento del intento de inscripción del negocio ya ineficaz.

Pero este resultado no parece razonable y, menos, si se piensa en lo fácilmente que podría resolverse su situación si se admitiere la consignación registral de la ineficacia de un negocio pendiente aún de inscripción. Esta consignación, que para nada compromete la presunción de exactitud del contenido del registro (y que tampoco debería trascender a la publicidad formal de la finca), vendría a operar simplemente como un dato encaminado a facilitar un mayor acierto en la calificación de ese título ya ineficaz si se presentare en algún momento (al modo en que lo hacen las resoluciones judiciales de incapacitación, cuya inscripción posibilita el art. 2 LH). Ello justificaría su admisión, pese a la posible alegación en contra de que así se enturbia la historia registral de la finca. Piénsese, además, que tal consignación no deja de referirse a un acto de trascendencia real, pues tal trascendencia corresponde inequívocamente a la declaración de ineficacia de un negocio de alcance real.

En cualquier caso, no es necesario extenderse ahora sobre este punto, pues si no se comparte la tesis que aquí se defiende se llegará antes a la comprobación de lo inaceptable del fallo de la resolución que se comenta. Y aunque se comparta, la inequívoca solución negativa que la siguiente cuestión a abordar merece, también permitirá llegar a esa comprobación.

7. Sobre la inscribibilidad de la retractación unilateral del consentimiento cancelatorio, otorgada unilateralmente por el banco acreedor y a espaldas del propietario de la finca.

Ciertamente, el otorgamiento del consentimiento cancelatorio de una hipoteca (cualquiera que sea la causa que a ello le conduce, pago, renuncia a la garantía por innecesariedad, etc.) es un acto unilateral del acreedor; pero ello no quiere decir que pueda ser dejado sin efecto también por acto unilateral del otorgante, ni so pretexto de que al hacerlo se incurrió en error de hecho.

El consentimiento cancelatorio constituye una declaración de voluntad que se produce en el desenvolvimiento de una relación negocial previa, y que viene causalizada, bien por la propia y gratuita decisión de renuncia a la garantía, bien por la precedencia de determinado hecho ocurrido también en el curso de esa relación negocial (el pago, la sustitución de la garantía real, etc.). Aunque solo en este segundo caso puede decirse que esa declaración tiene un carácter obligatorio o debido para su autor (cfr. arts. 1110, 1168, 1180, 1258, 1871, etc., del CC), en ambos es evidente que la misma no se produce en interés del propio declarante, sino en el interés exclusivo del deudor o del propietario de la garantía, que ve liberada su finca del gravamen preexistente desde el momento mismo en que aquella declaración ha sobrevenido (sin perjuicio de las consecuencias registrales inherentes a su no consignación en los libros del registro).

Tanto si esa declaración viene predeterminada por una previa actuación del propietario de la finca (como el pago o la sustitución de garantías, etc.), como si deriva de la mera renuncia del acreedor hipotecario a su cobertura real, una vez producida jurídicamente (no interesa ahora discernir si para ello se requiere el conocimiento del destinatario o no, pues la tenencia por este de una copia autorizada de la escritura que la documenta, implica su inequívoco conocimiento), queda materializado su efecto extintivo de la garantía (dejemos ahora el papel que el juego del registro juega aquí), la que no podrá ser ya restaurada sin contar con el propietario así liberado. Este propietario del bien antes hipotecado ha visto como su dominio se ha plenificado, se ha consolidado una vez que el consentimiento cancelatorio unilateral es otorgado y es por él conocido (vid. arts. 395, 513.4.º, 546.5.º CC, para la renuncia). Ya no podrá restablecerse ese gravamen en su propiedad sin contar con él. Así lo confirman los artículos 9 y 33 CE, y 349 CC, en cuanto proclaman la protección de la propiedad y el respecto a los derechos adquiridos. Y también multitud de preceptos de nuestro Ordenamiento en los que se destaca la irrevocabilidad de las declaraciones de voluntad unilaterales una vez que se han producido en beneficio de terceros sus efectos propios:

- el artículo 997 del Código Civil, en punto a la irrevocabilidad de la aceptación o renuncia de la herencia;
- los artículos 1133 y 1136 del Código Civil, en cuanto confirman que la obligación dejará de ser alternativa desde que la elección sea comunicada a la otra parte;
- la irrevocabilidad de la aceptación de una oferta contractual desde que es conocida por el oferente (cfr. arts. 1258 y 1262 CC);
- la irrevocabilidad de la donación, al menos, desde que se conoce la aceptación del donatario (cfr. arts. 623 y 629 CC);
- el artículo 141 LH en cuanto a la hipoteca constituida unilateralmente;
- los artículos 102 y siguientes LRJAE y PAC, en cuanto recogen los límites a la posibilidad de la administración de revisar sus propios actos;
- la doctrina jurisprudencial sobre la irrevocabilidad de poderes conferidos en interés del propio apoderado, o la doctrina de los actos propios y el respeto a la palabra dada.

Con todo, no se niega la eventual posibilidad de que el consentimiento cancelatorio otorgado pueda estar aquejado de vicios que pueden invalidarlo (cfr. arts. 1256 y sigs. CC); pero en tal caso, mientras esos vicios no sean reconocidos por el beneficiario de esa declaración de voluntad viciada, o sean declarados judicialmente, habrá de reputarse válida y plenamente eficaz (cfr. arts. 1265 y 1300 y sigs. CC). A esta conclusión llegaba la propia DGRN en Resolución de 11 de abril de 2000, citada en los propios vistos de la que ahora se comenta.

Estas conclusiones pueden resultar en exceso rigurosas si pensamos en cómo se desenvuelve en la realidad el otorgamiento de los consentimientos cancelatorios por las entidades financieras (hay una importante desconexión temporal entre el cobro de los créditos y el otorgamiento del consentimiento cancelatorio respectivo, y una acumulación temporal de otorgamientos). Y bien podría admitirse la posibilidad de retractación unilateral por el banco pese a haber otorgado ya la correspondiente escritura, pero con una condición básica: que no se hubiere dado conocimiento de ese otorgamiento al propio deudor y/o propietario de la finca liberada. Cumplida esta condición, ningún perjuicio se ocasionaría a este si mediante diligencia en la propia escritura o mediante un nuevo otorgamiento, se recoge la retractación que deja sin efecto el consentimiento inicial. Mas habiéndose expedido copia autorizada para el deudor y/o propietario, como ocurre en el presente caso, la eficacia de la declaración cancelatoria documentada no podrá decaer a espaldas del mismo. Entregada dicha copia al propietario de la finca hipotecada, ¿cómo puede el registrador entrar a valorar si la retractación es o no procedente, cuando el procedimiento registral se basa exclusivamente en el propio documento y en el contenido del registro, sin dar audiencia y posibilidad de prueba a los posibles perjudicados por dicho documento de retractación? ¿Cómo asegurarse de que la retractación se debe realmente a un error y no a un ánimo defraudatorio de quien la realiza? El registrador no es juez y no actúa en el marco de un procedimiento contencioso, como se ha dicho. Debe atenerse al documento que le es presentado, y si el Ordenamiento dice que la retractación unilateral de un consentimiento cancelatorio no es eficaz de espaldas al beneficiario, a tal resultado debe atenerse. Admitir la eficacia de la retractación unilateral del acreedor que canceló la garantía hipotecaria, so pretexto de que dicha cancelación es también unilateral, sería una auténtica burla de la seguridad jurídica. Piénsese en la hipótesis del deudor y propietario de la finca que llegado el vencimiento de la obligación quiere pagarla puntualmente, pero quiere recibir simultáneamente la correspondiente carta de pago y consentimiento cancelatorio de la garantía para reflejarlo inmediatamente en el registro y evitar así el riesgo de que una eventual cesión de ese crédito ya extinguido pueda anteponérsele en la inscripción. ¿Cómo se quedaría este prudente y leal deudor si se le dijera que a pesar de todas sus prevenciones no podrá inscribirse la cancelación obtenida porque con posterioridad a su otorgamiento el acreedor se ha retractado de ella alegando error de hecho, y ha presentado esta retractación en el registro antes que la propia cancelación? Repárese en que ni siquiera la afirmación de que el que otorga la cancelación no era ya titular del crédito garantizado, podría ser estimada, a la vista del artículo 1164 del Código Civil, si dicho otorgante estaba en posesión del mismo y el deudor le pagó de buena fe.

Ciertamente, no puede afirmarse que la DGRN se desdiga ahora claramente de la doctrina que sentara en el año 2000, pero sus declaraciones al respecto parecen aún más sorprendentes y rechazables. Declara textualmente que el «título inicialmente presentado ha quedado desvirtuado por la escritura de rectificación del mismo, que ha accedido antes que el presentado por el recurrente...». Parece,

pues, que está empleando el término «título» como equivalente a copia autorizada; solo así puede considerarse como distintos el título inicialmente presentado y el aportado por el ahora recurrente. Sin embargo, al identificar el título con la copia autorizada, está dando a entender que la rectificación posterior declarada por el banco solo pretende desvirtuar una determinada copia autorizada, la electrónica remitida telemáticamente; y esto es lo que no puede admitirse desde ningún punto de vista. No se deja sin efecto con tal retractación ni una determinada copia autorizada de la escritura de cancelación, ni siquiera la propia escritura matriz; una y otra son meros instrumentos acreditativos de una realidad jurídica (cfr. arts. 1216 y sigs. CC, y 319 y sigs. LEC); acreditan que el consentimiento cancelatorio se prestó efectivamente en el momento de su otorgamiento; su eficacia es meramente probatoria y este valor probatorio lo conservarán siempre (si el negocio documentado constituyó un ilícito penal, aunque aquel haya sido dejado sin efecto ulteriormente por los otorgantes, los documentos que lo contenían conservarán su valor probatorio al objeto de exigir las responsabilidades penales en que pudieron incurrir los otorgantes). Lo que se deja sin efecto, lo que se rectifica, es el propio contenido jurídico de esa escritura matriz, el título material, el consentimiento cancelatorio mismo otorgado.

Por tanto, restringir el alcance de la retractación a la copia autorizada electrónica presentada en primer lugar, no solo resulta criticable en sí mismo, sino también porque genera dudas sobre cuál es la posición de la DGRN en punto a la revocabilidad unilateral del consentimiento cancelatorio sin contar con el acreedor hipotecario. Pero no insistiremos más en este punto, pues no parece que la doctrina excluyente de tal irrevocabilidad unilateral sea puesta en entredicho.

8. Si se acepta la irrevocabilidad unilateral del consentimiento cancelatorio y, por tanto, se rechaza su inscripción, la siguiente cuestión a afrontar es dirimir, ¿cuál será la consecuencia que de ello ha de inferirse? La respuesta es obvia: tarde o temprano caducará el asiento de presentación de esa retractación unilateral, y entonces nos encontramos con que sigue vigente el asiento de presentación de la copia papel de la escritura de cancelación de la hipoteca, y que tenemos que atender a su calificación; y, además, advertiremos que dicha calificación solo podrá efectuarse en consideración al propio contenido de esa escritura y a la situación tabular en ese momento (cfr. art. 18 LH), de la que no forman parte ya los asientos de presentación de la copia electrónica de la misma escritura y de la escritura de retractación, pues es doctrina inveterada del Centro Directivo que la caducidad opera *ipso iure*, y que en lo sucesivo los asientos caducados es como si no hubieran existido nunca, no producen ya ningún efecto jurídico. Consecuencia: a reserva de que la copia papel de la escritura de cancelación no tuviese ningún otro defecto, esta verá franco el camino de la inscripción, de modo que el haberle denegado la prioridad de la copia electrónica anteriormente presentada, solo habrá servido para aplazar innecesariamente una inscripción que bien debió extenderse con la fecha de la presentación de dicha copia electrónica (4).

(4) Quizá se alegue que la diferencia entre el reconocimiento o la denegación a la copia papel de la prioridad de la copia electrónica, radica en que, en el primer caso, la valoración de la eficacia de la escritura de retractación habría de ser posterior a la calificación e inscripción de la copia papel (con lo que su relevancia quedaría anulada), mientras que en el segundo caso es previa. Más tal objeción sería absurda, porque la aplicación de la doctrina de la consideración de los documentos posteriores para un mayor acierto en la calificación, habría permitido valorar ya esa retractación al tiempo de calificar la cancelación en base a la copia papel; y puesto que a tal retractación se le iba a negar eficacia jurídica, no podría

9. Pero nótese que aunque se considerase plenamente eficaz y, por tanto, inscribible, esa retractación unilateral del consentimiento cancelatorio previamente otorgado, tampoco sería útil la tesis de la DGRN, pues se habría llegado al mismo resultado denegatorio aunque se hubiere reconocido a esa copia papel la prioridad de la copia electrónica.

Y es que debe tenerse en cuenta que aunque se reconociese a la copia papel la prioridad de la electrónica, no por ello habría de ignorarse, al tiempo de su calificación, la escritura de retractación posteriormente presentada. Al contrario, esta escritura de retractación posterior deberá ser tenida en cuenta al calificar la cancelación anterior, pues resulta plenamente aplicable la doctrina de la consideración de los documentos posteriores para un mayor acierto en la calificación de los anteriores. Adviértase que el objeto exclusivo de esta doctrina no es alterar el principio de que la calificación debe realizarse conforme a la situación registral en el momento de la presentación del título a calificar, sino la de evitar asientos inútiles que quedarían cancelados por el despacho de otros presentados posteriormente. Y, en el caso debatido, la consideración de la escritura de retractación presentada después, al calificar la cancelación anterior, conduciría precisamente a evitar un asiento de cancelación que sería inmediatamente dejado sin efecto si se estimaba la validez de la revocabilidad unilateral del consentimiento cancelatorio.

VII. CONCLUSIONES

Nos encontramos, pues, con que cualquiera que hubiera sido la decisión de la DGRN sobre la prioridad de la copia papel de la escritura de cancelación, el resultado final, esto es, la inscripción o el rechazo registral de dicha cancelación, habría sido el mismo, en caso de agotar plenamente la problemática suscitada. La cancelación se habría inscrito si se rechazaba la revocabilidad unilateral del consentimiento cancelatorio de espaldas al propietario de la finca hipotecada, y se le habría denegado el acceso registral si se consideraba válida tal revocación unilateral de un consentimiento cancelatorio previo.

El eje sobre el que gravitaba la problemática planteada no era, pues, la prioridad de la copia papel, sino la revocabilidad o irrevocabilidad unilateral de ese consentimiento cancelatorio previo. Sin embargo, esta cuestión resulta eludida, mientras que aquella, perfectamente prescindible, se coloca en el centro del debate. Hay, pues, un primer error de planteamiento.

Luego, la solución que se adopta en el debate así centrado no solo resulta discutible, como hemos expuesto, sino que ni siquiera es adecuadamente valorada en sus implicaciones (la señalada necesidad de extender asiento de presentación independiente para la copia papel a la que se niega la prioridad de la copia electrónica), lo que facilita que ese desenfoque en el planteamiento global, pase desapercibido.

Quizá se piense que esta crítica está fuera de lugar porque, a pesar de todo, la cuestión ha quedado definitivamente resuelta desde una perspectiva registral. Volverá a equivocarse quien así lo crea; como ocurre con los remedios aparentemente eficaces pero intrínsecamente inconvenientes, que no evitan que el mal vuelva a reaparecer con más virulencia, es más que probable que en nuestro caso

invocarse vulneración del principio de calificación conforme a la situación registral al tiempo de presentación del documento calificado.

la problemática suscitada vuelva a reproducirse y con tintes más agudos (basta que en un futuro próximo vuelva a ser presentada dicha copia papel cuando hayan caducado todos los asientos de presentación ahora concernidos, lo que es de esperar habida cuenta de que el tenedor de aquella copia no ha recibido una respuesta adecuada y sigue disponiendo de ese documento). Comprobaremos entonces la inutilidad de todo el esfuerzo realizado y recapacitaremos si mereció la pena la doctrina ahora sentada.

Dicho en castellano común, nos percataremos de lo inútil e inconveniente que es taponar la chimenea porque sopla el viento, cuando la puerta permanece abierta.

II. LA RESOLUCIÓN DE 30 DE OCTUBRE DE 2010: LA INVERSIÓN DEL ORDEN DE INSCRIPCIÓN «POR RAZÓN DE UTILIDAD»

I. INTRODUCCIÓN

Es cuestión verdaderamente polémica el tratamiento registral, en concreto, el orden de despacho que ha de guardarse cuando se presenta un título A, que no aparece otorgado por el titular registral sino por persona que alega ser causahabiente de él y, luego, durante la vigencia de su asiento de presentación, se aportan al registro, sucesivamente, un título B que si aparece otorgado por quien en ese momento es titular registral, y un título C que es el que enlazaría la titularidad registral con la que correspondería al otorgante del título A.

Se alega que en estos casos el juego ordinario de los principios registrales crearía una situación de círculo vicioso de la que no es posible salir, por cuanto el asiento de presentación del título A queda prorrogado hasta el despacho de su título previo —el título C— o hasta la caducidad de su asiento de presentación, pero, a su vez, el despacho del título C no puede producirse mientras esté vigente el asiento de presentación del título B o se despache este, lo cual, a su vez, está diferido al despacho o caducidad del asiento de presentación de título A.

Parece que se impone una elección necesaria entre dos opciones: 1.^a) reconocer al título C la prioridad del título A, de modo que primero se despacharía aquel, luego el título A, y por último el título B, si lo permite en ese momento la situación registral; o 2.^a) anteponer el título B respecto del título A, de manera que despachado aquel, se abordará la calificación y despacho del C y del A.

Bien se advierte que ante tal conflicto una instintiva predisposición a favor de la prioridad nos acerca a la primera de las posiciones apuntadas; lo que, a su vez, parecería coherente con la prevalencia indubitada del criterio temporal en la solución de conflictos en el ámbito de los derechos reales.

Pero conviene prevenirse desde el principio contra toda posición intuitiva (5), y para ello nada mejor que recoger algunos de los supuestos en los que el conflicto abordado puede materializarse:

(5) Adviértase que, en rigor, la verdadera manifestación del principio de prioridad en el ámbito registral es el artículo 17.2 LH en punto al orden del despacho de los documentos, y que este precepto es totalmente ajeno a la cuestión que ahora nos va a ocupar.

El 17.1 LH es perfectamente prescindible en el estado actual de nuestra legislación hipotecaria; el principio de legitimación registral bastaría para justificar el cierre registral al título incompatible llegado después (a una de las dos ventas en conflicto, por ejemplo), pues no viene ya otorgado por quien en ese momento se presume, a todos los efectos legales, que

- Hipoteca constituida por B., no titular registral pero que alega causa de él; luego embargo contra el titular registral, y posteriormente, venta del titular registral a favor de B.
- Embargo contra M., que parece ser titular registral según el mandamiento, y por una cantidad insignificante; luego venta del titular registral a favor de X., otorgada el 1 de enero del año considerado; y posteriormente, venta otorgada el 30 de enero del mismo año por el titular registral a favor de M.
- Venta de C. a favor de M., alegando C., ser causahabiente del titular registral; luego venta por el titular registral a favor de B.; y posteriormente, la venta del titular registral a favor de C., siendo esta venta posterior en el tiempo respecto de la otorgada a favor de B.
- Embargo contra B.; luego, el embargo contra A., titular registral; y, por último, venta por el titular registral a B.
- Hipoteca constituida por M., que alega haber comprado al titular registral; luego venta por el titular registral a favor de B; y, por último, elevación a pública de la venta del titular registral a favor de M., siendo la fecha de la escritura de elevación a público, posterior a la presentación de la compra por B. (cabén aquí dos subhipótesis, según que la venta a favor de M., tuviere o no fecha fehaciente cuando este constituye la hipoteca).

Si reparamos detenidamente en alguno de estos supuestos, quizá ya no parezca tan intuitiva la solución constante en favor del título C. Pero es obvio que esta solución, o se aplica a todos los casos, o no puede defenderse para ninguno, pues la idea que la sustenta no concede ninguna relevancia al contenido de los títulos, sino solo al dato de que el Título C salva la falta de tracto que aqueja al título A.

La DGRN, en reciente Resolución de 21-11-10, confirma —y para toda hipótesis posible (6)— la primera de las soluciones apuntadas, esto es, la idea de que el título A, aquejado de falta de tracto, adquiere prioridad para sí y para el título que subsanaría esa falta, aunque ello perjudique al título B.

A mi modo de ver, lo que se ha hecho es crear el problema donde no lo hay, para justificar una solución que se quería imponer de todas formas. Ni el denominado círculo vicioso existe, ni la solución dada resulta consistente. Todo es producto de una lectura parcial o forzada de ciertos preceptos reglamentarios que entendidos en los términos en que lo hace la DG, comprometerían su ne-

es el verdadero dueño (en realidad, tanto el 20 como el 17.1 son meras aplicaciones de la legitimación registral). Es más, si se lee detenidamente este artículo 17.1 LH, se advertirá que no contempla el supuesto en que llegase después al registro la venta posterior, cuyo rechazo, por tanto, no podría basarse en ese precepto.

Y cuando se trata de derechos reales que pueden coexistir pero en relación de jerarquía, el registro no define la preferencia entre ellos, sino que se limita a fijar la fecha en que se entiende producida cada inscripción. Es la legislación sustantiva la que determinará, cuando así corresponda, que la prioridad entre esos derechos inscritos venga dada por la antigüedad entre las respectivas inscripciones (cfr., por ejemplo, art. 1927.2 CC).

Solo el artículo 17.2 LH es una verdadera aplicación del *prior tempore* en el ámbito registral. Pero claramente se limita a paralizar el despacho de títulos presentados después mientras no se resuelvan los presentados antes (mientras no se inscriban o caduquen sus respectivos asientos). No dice nada más; prohíbe solo que el título posterior se anticipe en el despacho a uno anterior. Y lo que ahora pretendemos resolver es si un título puede ganar prioridad en el despacho para sí y para otro; lo que es una cuestión bien diferente.

(6) Adviértase el especial hincapié hecho sobre este punto, pese a que reconocer que en el supuesto abordado se llegaba al mismo resultado aun con la doctrina contraria.

cesaria coordinación con la ley que tratan de desarrollar. Y para justificar esta afirmación examinaremos la cuestión desde una triple perspectiva:

- Veremos, en primer lugar, las consecuencias que para el global sistema registral nacional comportaría tal tesis.
- Analizaremos luego la adecuación de los preceptos en los que la DGRN funda su tesis.
- Por último, veremos si efectivamente se produce una situación de círculo vicioso, o se trata únicamente de un aplazamiento inevitable en la materialización de la solución contraria.

A) *Consecuencias de la tesis de la DGRN en relación con el Global Sistema Registral Nacional*

1. La primera de las consecuencias a las que hemos de hacer referencia es la matización que se produce en el desenvolvimiento del propio artículo 24 LH; al llevar la prioridad del título C a la fecha de presentación del título A, la inscripción de aquel tendría como fecha una distinta y anterior a la de su propio asiento de presentación (pues no parece que se quiera negar la práctica de un asiento de presentación específico para ese título C). Podrá cuestionarse lo que se quiera el valor de esta observación, pero una cosa es ya clara desde una perspectiva lógico-formal: la sola necesidad de respetar el artículo 24 LH en relación con la inscripción del título A, no puede ser argumento para excepcionarlo respecto del título C (al anticipar su prioridad respecto de su propio asiento de presentación); el mismo argumento podría utilizarse en sentido contrario, esto es, excepcionar el artículo 24 LH con relación al título A, de modo que la fecha de su inscripción sea la de la inscripción del título C.

2. En segundo lugar, se produce una matización del artículo 17.2 LH, en cuanto al título B, pues un título posteriormente presentado es anticipado en su despacho. Y como ocurría con la consideración anterior, vuelve a fallar la lógica formal: la necesidad de respetar la aplicación del artículo 17.2 LH en cuanto al título A, no es, por sí sola, razón para exceptuarlo respecto del título B.

Como ya hemos dicho antes, el artículo 17.2 LH, se limita a paralizar el despacho de títulos presentados después mientras no se resuelvan los presentados antes (mientras no se inscriban o caduquen sus respectivos asientos). No dice nada más; prohíbe solo que el título posterior se anticipe en el despacho a uno anterior. Y lo que ahora pretendemos resolver es si un título puede ganar prioridad en el despacho para sí y para otro; lo que es una cuestión bien diferente.

Por otra parte, debe aceptarse que el artículo 17.2 LH, se limita a imponer el respeto del orden cronológico en la calificación y, en su caso, en el despacho del título primeramente presentado, pero no prejuzga sobre el modo de subsanar el concreto defecto imputado a ese título, ni pretende forzar las cosas para que esta subsanación sea facilitada o se entienda producida en un momento anterior a aquel en que efectivamente se produce. Si la subsanación se produce en plazo, se despachará el título calificado con la fecha de su asiento de presentación; pero sobre lo que ocurra en el caso contrario, no es el artículo 17.2 LH el llamado a ofrecer la solución. Por tanto, si la presentación del título B impide subsanar en plazo el defecto del título A, porque está impidiendo la inscripción del título C, no se estaría conculcando el artículo 17.2 LH, si por esa razón se concluyese que ha de producirse la caducidad del asiento de presentación del título A. Dicho de

otra forma, si la subsanación del defecto que afecta al título A, se produce en plazo, el artículo 17.2 LH impone que este título sea el primero en inscribirse, pero este artículo no se interfiere en la efectiva posibilidad de subsanar ese defecto en plazo; esto deberá decidirse en cada caso, según la naturaleza del propio defecto observado.

3. Más importantes son las estridencias que la tesis de la DGRN comporta en conexión con el global sistema registral nacional, entre ellas, la inevitable paralización de la propia fuerza protectora del registro desde el momento mismo de la presentación del título A, y sin guardar las exigencias formales requeridas para que cesen los efectos de los asientos registrales.

Pensemos en la situación registral una vez presentado el título A, aquejado de falta de tracto pero invocando su otorgante que es causahabiente del titular registral, y veamos qué ocurre si alguien que pretende adquirir la finca en cuestión consulta el registro en ese momento. Observará que el titular, según el registro es A, pero que hay un asiento de presentación que da pie a entender que ese titular registral puede no serlo ya en la realidad extrarregistral. Si ese consultante pregunta al registrador que ocurriría si compra la finca en cuestión a A y presenta su título inmediatamente, el registrador, conforme a la tesis de la DGRN, le responderá que en tal caso ninguna protección registral conseguirá si durante la vigencia de ese asiento de presentación de un título que no aparece otorgado por titular registral, se presenta un título incompatible con el suyo y que viene a enlazar la titularidad registral con la del otorgante de ese título solamente presentado. Ante esta respuesta, ese consultante, obviamente, desistirá de consumir tal adquisición. En consecuencia, resulta que el contenido registral que proclama como titular a A, contenido que se presume exacto a todos los efectos legales (cfr. art. 38 LH), y que según el artículo 1 LH, debe producir todos sus efectos mientras no sea rectificado debidamente —para lo cual, se precisa, además, bien el consentimiento fehaciente del propio titular registral, bien la pertinente resolución judicial recaída en juicio declarativo contra él entablado (cfr. art. 40 LH)—, queda paralizado en sus efectos legitimadores y protectores, por la simple alegación contenida en un título ya presentado, de que su otorgante trae causa del titular registral. Contra el rigor exigido para la rectificación del registro, vemos que una simple alegación no acreditada fehacientemente y que puede ser inexacta o ser ineficaz el negocio al que se refiere, basta para detener la eficacia de los asientos registrales, y la fuerza de la presunción de exactitud del contenido registral.

Ya se sabe que el registro no tiene porqué ser exacto, pero precisamente porque puede no serlo y porque el tráfico no resistiría que sus inexactitudes recaigan en perjuicio de quien en él confía, es por lo que se recurre a esa presunción de exactitud de su contenido, y se la dota de tan estrictas garantías de rectificación. No puede, por tanto, admitirse que esa presunción decaiga por la sola invocación de su inexactitud unida a la prisa que quien la denuncia, tiene en su rectificación. Que este denunciante siga los pasos legalmente prescritos para su rectificación, y cuando lo haya conseguido, que empiece su carrera por la prioridad.

De no hacerlo así, el perjuicio económico que se causaría al titular registral no puede ser más patente. De qué le servirá su pronunciamiento registral favorable (que, además, puede ser perfectamente exacto, pese a aquella alegación contenida en un título posterior), si nadie le va a dar ya credibilidad ni va a negociar con él como titular de la finca en cuestión? Y piénsese que puede alargarse *sine die* esta situación si se impugna la calificación del título ya presentado a los solos efectos de obtener tal alargamiento.

Me parece que este resultado no es compatible con un sistema registral riguroso en el acceso (calificación y documentación pública) y que se asienta en el mantenimiento de la verdad que proclama mientras no sea oportunamente rectificado, premiando la confianza depositada en esta verdad. Mientras el pronunciamiento registral no sea rectificado por las vías al efecto prescritas, no se le deje sin efecto.

Nuestro sistema registral, a mi modo de ver, exigiría que a ese consultante se le dijera que puede confiar en la titularidad que el registro en ese momento proclama, y que si, confiado en ella, compra y presenta su título adquisitivo mientras esa situación tabular no haya variado, quedará definitivamente protegido en su adquisición, aunque tendrá que esperar para alcanzar su inscripción, a que caduque ese asiento de presentación previo, asiento que es inevitable practicar pese a que el título respectivo no sea congruente con el contenido registral, pero que por esta razón necesariamente habrá de caducar sin poder ser despachado porque lo impedirá ya el título incompatible favorable a ese consultante del registro.

Ello sería, además, perfectamente compatible con otra de las ideas rectoras de nuestro Ordenamiento registral, cual es que el registro se presume exacto mientras no se rectifique oportunamente, pero sin que dicha rectificación pueda perjudicar a los que en el tiempo intermedio han adquirido algún derecho con base en los pronunciamientos registrales (cfr. art. 222 LH), idea que se ve vulnerada por la tesis de la DGRN, pues es evidente que, en rigor, la sola presentación del título A, con su alegación de que el otorgante trae causa del titular registral, no anula la presunción de exactitud del contenido del registro; lo que puede dar lugar a su rectificación es la inscripción del título C, pero dicha rectificación no puede producirse ya en perjuicio del título B.

4. Veamos otras consecuencias inherentes a la tesis de la DGRN, y para ello planteémonos la siguiente situación: El señor X, que quiere comprar una finca, consulta el registro y observa que aparece inscrita a favor de quien pretende vendérsela, el cual, además, le exhibe título de propiedad y aparece como poseedor material. Efectúa la inmediata compra y cuando va a presentarla se encuentra con que se ha anticipado en la presentación un embargo contra persona distinta de su vendedor y titular registral en ese momento. ¿Cuál será en ese momento la situación de ese comprador que adquiere de titular registral, quien sigue siéndolo cuando aquel presenta su título adquisitivo? Conforme a la tesis de la DGRN, habría de contestársele que se verá expulsado del registro si durante la vigencia del asiento de presentación de ese embargo aparece el título que enlaza la titularidad del embargado con la que el registro proclama. Naturalmente, ese comprador, sorprendido nos respondería: Oiga usted señor Registrador, ¿cómo me dice que puedo ser expulsado del registro por razón de un título que, aun en el supuesto de que exista, ni está inscrito ni siquiera presentado, y que, conforme al artículo 32 de su LH, no produce efectos en perjuicio de terceros, entre los cuales me incluyo?

Añadiría seguramente ese comprador indignado: ¿Conoce usted un artículo del Código Civil, el 1473, que dice que en caso de conflicto entre dos compradores del mismo vendedor, será adquirente el primero que con buena fe inscriba su adquisición? ¿No soy yo el primero en solicitar la inscripción? ¿Rompe mi buena fe el hecho de que al presentar mi título adquisitivo se haya anticipado un embargo contra otro eventual adquirente de la misma finca? ¿Es que, acaso, la sola alegación hecha en este mandamiento sobre la eventual adquisición incompatible por el embargado, basta para destruir mi buena fe? ¿Esa sola alegación en el mandamiento de embargo de la posible existencia de una compra por el

embargado, ha de tener en el propio registro más peso que la propia presunción registral sobre la verdad de su contenido? ¿Y ha de tener más peso que la propia aportación del documento fehaciente comprensivo de la compra de esa misma finca por otro interesado?

El artículo 1473 del Código Civil, corroborado, conforme al artículo 1537 del Código Civil, por el propio artículo 32 LH, declara indubitadamente que la propiedad en caso de doble venta pertenece a aquel de los compradores que con buena fe se anticipa en el acceso registral. Y ahora, con la tesis de la DGRN, resulta que el adquirente definitivo puede ser el comprador que llegó después al registro (y quizá, también, el de título posterior), solo porque un tercero anticipó al registro la posible existencia de esa otra venta incompatible aun no presentada. Y repárese en que puede ocurrir que esta venta que prevalece puede que ni siquiera esté formalizada públicamente cuando en el mandamiento se alega su existencia (es el juzgado el que recogerá la circunstancia de que el embargado trae causa del titular registral, y en el juzgado no se excluyen los documentos privados).

Una sola alegación ante el registro hecha por un tercero sobre la existencia de una de las dos ventas incompatibles, ¿ha de bastar para modalizar el juego del artículo 1473 del Código Civil? Esa sola alegación basta para que el comprador primero en el tiempo y primero en pedir la inscripción de su adquisición, resulte excluido del registro? ¿Cómo es posible que un conflicto entre dos títulos incompatibles que se quiere resolver a favor del más diligente en el acceso al registro (a fin de estimular la mayor exactitud posible en el contenido del registro), acabe resolviéndose a favor del que más pasividad demuestra? Los terceros, causahabientes de uno y otro comprador en conflicto, naturalmente que pueden suplir, en beneficio propio, la pasividad de su respectivo causante; pero si entre los propios compradores el conflicto se resuelve por la primacía temporal en la presentación del título, porqué a esos terceros, si quieren que su causante resulte definitivo adquirente, no se les exige el cumplimiento del mismo requisito que se habría exigido a este para resultar triunfante y que es la presentación del propio título de su causante? ¿Por qué ha de ser de mejor condición el tercero que actúa en sustitución de su causante, que el propio causante? ¿Por qué el tercero, con la sola alegación de la existencia de la titularidad de su causante, ha de poder conseguir para este lo que este no podría conseguir con esa sola alegación?

Por otra parte, no ha de perderse de vista que el interés del embargante en que su deudor resulte definitivo propietario queda limitado al importe de la deuda que trata de cobrarse, y por ende, ni este interés ni la diligencia que el embargante manifiesta pueden servir para resolver a favor de su causante negligente un conflicto en el que se discute la plena propiedad y no solo una parte de su valor en cambio. Piénsese en una hipótesis en que el embargo presentado antes que las compras incompatibles persiga una deuda insignificante en relación con el valor de la finca embargada. ¿Resulta razonable que también en este caso el interés del embargante pueda llevar a sacrificar completamente al comprador que antes accedió al Registro? ¿No sería lógico, en este caso, dar al comprador que primero accede al registro la posibilidad de pagar ese embargo y quedar como definitivo dueño?

5. Siguiendo en esta línea de exposición de las consecuencias inherentes a la tesis de la DGRN, examinemos ahora su relación con el principio de especialidad y el de publicidad. Al efecto, podemos admitir que efectivamente, desde un punto de vista apriorístico, pueda ser oportuna la solución favorable al título primera-

mente presentado, vía reserva de rango (7). Pero lo que no parece incuestionable desde la perspectiva de nuestro actual sistema de publicidad registral es que esta solución debería cohonestarse con las exigencias inherentes a los principios de especialidad y publicidad que lo inspiran. Si el título A ha de ganar prioridad para sí y para el título que subsane su falta de tracto, es imperativo que tal reserva de prioridad conste de una manera clara y precisa desde el instante mismo de la presentación de aquel título A, y que pueda ser cognoscible por cualquiera que en ese momento consulte el registro. Con la misma energía con que se huye de la hipoteca oculta, debe rechazarse la posibilidad de reservas de rango ocultas (8).

Si esta premisa fuere aceptada (9), enseguida se ha de advertir cómo su satisfacción deja de estar garantizada por la tesis de la DGRN. En efecto, cuando se presenta el título A, en su asiento de presentación no se recoge para nada que su otorgante alega ser causahabiente del titular registral; y no es seguro que tal dato trascienda a la nota de calificación ni que, en caso afirmativo, se recoja esta detallada calificación de suspensión por falta de tracto en base al artículo 105 RH, en la eventual certificación de la finca solicitada en este momento (10). En consecuencia, si el presentante del título B quiere saber la situación registral en el momento de presentar su título, lo más probable es que solo advierta la previa extensión de un asiento de presentación de un título otorgado por quien no es titular registral; esto es, desconocerá la posible reserva de rango que este título está ya produciendo a favor del título C, por lo que podrá formarse la expectativa de que solo tiene que esperar que caduque el asiento de presentación del título A para que el suyo pueda ser despachado. Las sorpresas le vendrán con posterioridad cuando al presentarse el título C salga a relucir que este título ya estaba anunciado por el título A.

No parece que esto sea muy coherente con nuestro sistema registral. A mi modo de ver, si el título A ha de provocar una verdadera reserva de rango para el título C, deberán cumplirse, al menos, las siguientes exigencias:

- Que el título A no puede limitarse a contener una mera manifestación de la circunstancia de que su otorgante es causahabiente del titular registral, sino que tiene que facilitar, al menos, elementos de juicio que permitan

(7) Sorprende la facilidad con que se accede a una reserva de rango y a instancia de quien no es titular registral ni acredita fehacientemente ser su causahabiente, cuando se introdujo una norma como el Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre, solo para evitar las reservas de rango a instancia del propio titular que se dispone a transmitir o gravar su dominio.

(8) Lo que sería excesivo es entender que la sola existencia de un asiento de presentación anterior relativo a un título que ni está otorgado por el titular registral ni resulta tal circunstancia del propio título, provocase en perjuicio del título B presentado posteriormente, esa paralización de los efectos protectores del registro a que nos hemos referido y su postergación definitiva al título C, si es presentado durante la vigencia del asiento de presentación del A. Sobre esto volveremos más adelante.

(9) Los artículos 141 LH y 247 RH, que recogen los supuestos más próximos en nuestra legislación a lo que podría considerarse una reserva de rango, son clara manifestación de esta exigencia.

(10) Repárese en que la DGRN no precisa la efectiva anotación por defectos subsanables para la aplicación de su solución.

Y repárese, igualmente, que cuando se presente el título B puede ocurrir que ni siquiera se haya calificado aún el título A, de modo que el presentante de aquel no tiene medio humano para conocer la reserva de prioridad que este anuncia a favor del título C.

al registrador formarse una razonable convicción de la realidad de tal afirmación.

- Que se faciliten los datos de esa transmisión alegada que serían precisos para extender su asiento de presentación, lo que impondría la exclusión de las transmisiones no documentadas públicamente (cfr. arts. 3 y 249 LH) y, menos aún, las que carezcan en ese momento de fecha fehaciente (cfr. art. 1227 CC).
- Que se extienda ya un asiento de presentación específico a esa transmisión anunciada por el título A, con su correspondiente pende en el libro de inscripciones. Lo que asegure su traslado a los instrumentos de publicidad formal.

Y mientras estas exigencias no queden debidamente satisfechas, la pretendida prioridad del título C, desde la fecha de presentación del título A, no parece muy conveniente.

B) *Fundamento de la solución propuesta por la DGRN*

Hasta ahora hemos analizado las consecuencias inherentes a la tesis de la DGRN, y las fricciones que la misma provoca en su incardinación en el sistema registral vigente. Con ello no se pretende justificar sin más el rechazo de esa tesis, sino únicamente preveniros de sus dificultades de aplicación práctica, lo que obviamente repercutirá a la hora de adoptar una posición final. Toca ahora examinar los fundamentos en que tal solución se apoya.

El nervio fundamental de dicha tesis reside en un precepto reglamentario, que parece confirmado a nivel legal por el artículo 629 LEC del año 2000. Nos referimos al artículo 105 RH. Comienza la DGRN afirmando que este precepto no es sino una vuelta a la flexibilidad que adoptaba la LH de 1909, al permitir que en ciertos casos de falta de tracto, pudiera optarse por la suspensión o por la denegación. A continuación, y según la DGRN, este precepto, al calificar la falta de tracto como subsanable, procediendo en consecuencia la suspensión y no la denegación, implica una modalización del principio de prioridad en su vertiente formal, «ya que al ser calificado de subsanable, la fecha del asiento de presentación del título presentado primeramente determina la prioridad del mismo y también la del que fue presentado posteriormente con objeto de acreditar aquella cualidad de causahabiente, permitiendo con ello reconstruir el tracto, de tal manera que los efectos de la subsanación del defecto de la falta de tracto se retrotraerán a la fecha del asiento de presentación del título subsanado. Así resulta del hecho de que la distinción entre un tipo de faltas y otros (subsanables o no subsanables), radica precisamente en si permiten o no el mantenimiento del rango o prioridad registral más allá de la duración del asiento de presentación, pudiendo en caso afirmativo ser subsanados con efectos retroactivos a la fecha del propio acceso del título al registro». Y se añade que si el título subsanador no pudiera ser despachado por impedirlo el intermedio contradictorio, «ello supondría vaciar de contenido el artículo 105 RH, pues su utilización solo sería posible cuando dicha aplicación careciese por completo de toda utilidad, es decir, cuando no existan títulos intermedios entre el subsanado y el subsanador».

Hay en este razonamiento una serie de cuestiones que conviene no dar por ciertas con demasiada precipitación. Nos referimos a las siguientes:

- 1.^a Si la LH, desde su origen hasta el momento actual, fue en algún momento flexible sobre la posibilidad de suspender o denegar por falta de tracto.
- 2.^a Si el título subsanador de la falta de tracto puede acogerse efectivamente a una prioridad que no es la suya sino la anterior que corresponde al título así subsanado, so pretexto de que la subsanación de un defecto estrictamente subsanable comporta necesariamente que la inscripción del título subsanado con la fecha de su asiento de presentación. Hemos de ver, incluso, si aun para toda hipótesis de faltas susceptibles de calificarse como subsanables, su subsanación en plazo exige necesariamente extender la inscripción con la fecha de este asiento de presentación, o puede fallar esta exigencia.
- 3.^a Si el artículo 105 RH queda vacío en caso de excluir su interpretación en los términos en que lo hace la DGRN.

Examinemos detenidamente cada uno de estos tres aspectos:

1. Sobre la pretendida flexibilidad de la LH de 1909, a propósito de la calificación procedente (suspensión o denegación) cuando la finca aparece inscrita a favor de persona distinta del titular registral pero resulta del título que su otorgante trae causa de él.

Estima la DGRN que el artículo 105 RH, norma introducida por primera vez en nuestro Ordenamiento Jurídico en el artículo 103 RH de 1947, no hace sino recoger el criterio de flexibilidad que inspiraba la regulación de esta materia hacia la LH de 1909, al prever la doble posibilidad de suspensión o de denegación, y que posteriormente el Texto Refundido de 1946, suprimió al eliminar la referencia a la suspensión.

Los datos que a continuación seguirán permitirán juzgar al lector, si esta afirmación del Centro Directivo es correcta o se trata de una ciega traslación de las mismas expresiones utilizadas en el Libro Homenaje a DE LA RICA (vid. págs. 265 y 266 del Tomo I de esta obra.). Se dice aquí que: «Era un criterio de mayor flexibilidad, aunque la ley no daba la norma discriminadora para saber cuándo había que denegar y cuándo suspender». Ya veremos, si la ley da o no esta norma discriminadora.

En la LH de 1861, el artículo 20 se limitaba a señalar que: «También será causa bastante para suspender o denegar la inscripción, la de no hallarse anteriormente inscrito el dominio o derecho de que se trate a favor de la persona que lo transfiera o grave». Antes de acogerse a esta pura literalidad, para defender que esta ley acogía ya la dualidad de posiciones que el 105 RH, posibilita, es conveniente advertir que este precepto está pensando no solo en la hipótesis de falta de tracto al que ahora nos enfrentamos, sino también en los supuestos en que el dominio o derecho no aparezca inscrito a favor de persona ninguna. Así lo evidencia su párrafo segundo cuando establece que: «Para subsanar esta falta, deberá hacerse previamente y en cualquier tiempo la inscripción omitida, mediante la presentación del título correspondiente, y en su defecto, conforme a lo prevenido en los artículos 397 a 410 de esta Ley» (artículos que se refieren a la inscripción cuando se carece de título formal y la finca no está inmatriculada).

Y es también oportuno destacar lo señalado al respecto en la Exposición de Motivos de esta ley: «Otra razón poderosa ha movido también a la Comisión: es necesario alejar de la propiedad inmueble y del Registro, en cuanto sea posible, todo lo que directa o indirectamente propenda a disminuir el crédito territorial y nada lo cercena tanto como la facilidad de enajenar e hipotecar concedida a los

que no tienen el título de dueños tan solemne y públicamente reconocido como se propone el legislador por medio de los registros que a la propiedad inmueble se refieren». Expresiones estas que llevaron a autores tan destacados como don Jerónimo GONZÁLEZ, a afirmar: «que los redactores (de la LH de 1861) querían conceder facultades dispositivas únicamente al titular inscrito» (vid. págs. 424 y 425 del Tomo I de su obra, *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, publicado por el Ministerio de Justicia en 1948). Es decir, cuando parece que los legisladores de 1861 consideraban el requisito del tracto como una exigencia sustantiva y no meramente formal, no parece razonable esperar que se pensara en la falta de tracto como determinante de la mera suspensión.

La LH de 1869, en su artículo 20, contempla solo el caso en que el dominio o derecho real no esté inscrito a favor de la persona que lo trasfiera o grave, sin estar tampoco inscrito a favor de otra. Y distingue una doble alternativa; se practicará la inscripción si del título presentado (o de otro documento fehaciente) resulte que el otorgante había adquirido el derecho antes del 1-1-1863; y se suspenderá en caso de no resultar la fecha de adquisición o ser posterior al expresado 1-1-1863. Por su parte, el artículo 20 del RH de 1869, es taxativo: reitera la solución de la ley para los dos casos señalados, pero ordena la denegación si el dominio de los inmuebles o derechos reales estuviere inscrito a favor de otra persona.

Tras la reforma hipotecaria de 1869, cabe, por tanto, distinguir tres hipótesis: 1.^a) No inmatriculación de la finca y presentación de un título cuyo otorgante acredita la adquisición del derecho que transfiere, antes de 1-1-1863; caso en el que se practicará la inscripción si no concurren otros defectos. 2.^a) No inmatriculación de la finca y presentación de título cuyo otorgante no acredita la adquisición del derecho que trasfiere, antes de esa fecha, caso en el que procede la suspensión. 3.^a) Supuesto de inscripción a favor de persona distinta del otorgante; caso en el que ha de denegarse la inscripción.

La Ley de Reforma Hipotecaria de 1909, en su artículo 17 (que se convierte en el nuevo 20 de la LH, tras dicha reforma), comienza señalando la necesidad de previa inscripción del derecho del otorgante, para que pueda inscribirse un título traslativo o de gravamen. Y su párrafo segundo dice textualmente: «Los Registradores denegarán o suspenderán, SEGÚN LOS CASOS, la inscripción de dichos documentos, mientras no se cumpla este requisito...». A continuación, dedica varios párrafos para recoger los diversos casos posibles: *a*) no inmatriculación de la finca pero aportación de título otorgado por persona que acredite la adquisición del derecho antes del 1-1-1909 (para el que prevé la inscribibilidad directa, pero con limitaciones temporales en la eficacia frente a terceros de tal inscripción); *b*) inscripción del derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, en cuyo caso ordena, sin ambages, la denegación; *c*) no inmatriculación de la finca y no acreditación por el otorgante del título presentado de la adquisición antes del 1-1-1909, en cuyo caso, cabe la anotación por defectos subsanables.

Júzguese, pues, a la vista de estos textos, si la LH de 1909, era o no flexible sobre la posibilidad de suspender cuando el derecho está inscrito a favor de persona distinta del otorgante. Al respecto, son de destacar las palabras de MORELL Y TERRY, en su comentario al artículo 20 LH de 1909: «Cuando el derecho se halle registrado a favor de persona distinta, la ley ampara el derecho inscrito, y el Registrador debe denegar la inscripción que se pretende. Lo que no se tiene inscrito no puede darse, porque ante el Registro, no se tiene en realidad. El que transmite o grava no es el dueño verdadero, según el Registro» (cfr. pág. 401, T. II, segunda

edición publicada en Reus, S. A., en 1927). También pueden citarse las palabras de GAYOSO ARIAS, al respecto: «Deberes que impone al registrador el artículo 20 LH (de 1909): El registrador, antes de inscribir, tendrá que examinar el Registro para averiguar si el derecho está inscrito o no a favor del causante ... Si no lo está, suspenderá o denegará la inscripción, dice el párrafo segundo del artículo 20 actual, aclarando los siguientes (párrafos): que la denegación procede cuando el derecho está registrado a favor de un tercero...» (cfr. pág. 404, T. I, de su obra *Nociones de Legislación Hipotecaria*).

La Ley de Reforma Hipotecaria de 1944, en su artículo 20, se limita a proclamar el requisito del tracto para la práctica de toda inscripción, pero no recoge las diversas hipótesis en que la falta de tracto puede manifestarse. En cambio, el texto refundido de 1946, vuelve a confirmar el criterio claro de la LH de 1909, en cuanto a la denegación para nuestra hipótesis de inscripción a favor de persona distinta del otorgante del título. Y esta confirmación es tanto más significativa cuanto que la Ley de Reforma de 1944 solo había autorizado al Gobierno para «publicar una nueva redacción de la LH, en la que procederá a armonizar debidamente los textos legales vigentes...» (cfr. DA 2.^a de dicha ley). Como el artículo 20 LH de 1909, había quedado sustituido por el nuevo artículo 20 de la Ley de Reforma de 1944 (cfr. su art. 1), si fuera intención del legislador posibilitar la mera suspensión en caso de inscripción del derecho transmitido a favor de tercero, lo hubiera tenido bien fácil: le bastaba con no restaurar en la nueva LH, el criterio denegatorio de la LH de 1909, que ya no estaba vigente.

En esta situación aparece en el RH de 1947, el repetido artículo 103, que, frente al claro mandato denegatorio de la ley, faculta al registrador para suspender la inscripción, a pesar de la falta de tracto, en determinadas hipótesis en las que parece resultar que el otorgante trae causa del titular registral. Se trata, pues de una norma excepcional, y así lo evidencia tanto la concreción del supuesto (que del título o del registro aparezca que el otorgante es causahabiente del titular registral), como la introducción por este mismo Reglamento de 1947, del artículo 312 (¿porqué concretar este precepto a la inscripción de derechos reales sobre fincas no inscritas, y no extenderlo, en armonía con el nuevo 103, a la inscripción de derechos reales sobre fincas inscritas a favor de persona que parece ser causahabiente del titular registral?).

Posteriormente, este precepto reglamentario consigue un indudable reconocimiento legal por el artículo 629 LEC del año 2000, si bien que limitado a los supuestos de anotación preventiva de embargo (quedarían fuera los actos dispositivos extrajudiciales y la anotación de otras medidas cautelares). Pero repárese en que este artículo 629 LEC, que sigue recogiendo el carácter facultativo que tal suspensión tiene para el registrador, se pronuncia en términos más estrictos que el 105 RH, por cuanto no es suficiente la alegación de que el ejecutado es causahabiente del titular registral, sino que la realidad de esta circunstancia aparece como presupuesto de la suspensión (lo que parece indicar que es el juez el que ha de valorar ese extremo en los términos del art. 593 LEC). Y repárese, igualmente, que tampoco hay indicio alguno en este artículo 629, que permita inferir que se está contemplando la hipótesis de presentación intermedia de un título incompatible; se limita a proclamar la posibilidad de suspensión en lugar de la denegación, ante una falta de tracto que puede ser fácilmente salvada.

Pero la historia no termina aquí. La DF 3.^a de la Ley Orgánica 15/2003, de Reforma del Código Penal, introduce un nuevo párrafo final en el artículo 20 LH, que impide tomar cualquier tipo de anotación si el titular registral no es parte

en el procedimiento (a excepción de lo previsto para el procedimiento criminal, en su inciso segundo). Se discutirá si se quiso derogar realmente el artículo 629 LEC; lo que no se puede negar es que la exigencia de que el titular registral sea parte en el procedimiento, es claramente incompatible con el contenido normativo del artículo 629 LEC que se conforma con que la parte en el procedimiento traiga causa del titular registral no demandado.

Por tanto, podría entenderse, conforme al artículo 2 del Código Civil, que el 629 LEC, ha quedado tácitamente derogado y, con ello, confirmado igualmente el rechazo del propio artículo 105 RH que aquel precepto trataba de trasponer. Sin embargo, no pretende aquí llegarse a tanto. Basta con que se reconozca que la regla general en caso de falta de tracto es la calificación denegatoria, y que ello implica ya una importante limitación en punto a la interpretación del actual 105 RH, pues deberá efectuarse en términos tales que conduzca a una tesis lo más armónica posible con aquella regla general y con el resto de los principios que inspiran nuestra Ley Hipotecaria. Así lo exigen:

- 1.º La propia naturaleza y rango del artículo 105 RH: en tanto que norma reglamentaria debe acomodarse a la ley que trata de aclarar y desarrollar. Y no se alegue que su reconocimiento legal por el artículo 629 LEC, altera esta conclusión, pues también debe procurarse la armonización de este precepto con el resto del sistema jurídico en el que se inserta, dada su unidad y plenitud (cfr. art. 3 CC).
- 2.º La necesidad de su estricta interpretación y la imposibilidad de extenderlo a supuestos distintos y nada semejantes al que la norma trataba de contemplar (cfr. art. 4 CC).

2. Demostrado que desde la primera de las leyes hipotecarias la posición de nuestro legislador hipotecario ante las hipótesis de falta de tracto ha sido inequívoca y permanentemente la denegación de la inscripción y no solo la suspensión, veamos ahora cuál puede ser el verdadero objetivo de un precepto como el artículo 105 RH, que tan claramente parece alejarse de esa posición legal. Indaguemos si, como dice la DGRN, su finalidad fue efectivamente la de atribuir al título subsanador de la falta de tracto la prioridad ganada por el título aquejado de tal falta, con perjuicio de posibles títulos intermedios contradictorios.

Pues bien, cuando se lee el artículo 105 RH, dos consideraciones resultan innegables: 1.ª) La relevancia sustancial que en la definición de su supuesto de hecho tiene el dato de que del título presentado debe resultar que su otorgante parece traer causa del titular registral; este dato es el centro de gravedad sobre el que pivota esa norma reglamentaria. 2.ª) La concreción temporal de su supuesto de hecho a un momento muy específico, el de la calificación del título A, presentado en primer lugar.

Estamos ante un precepto que se contrae al momento de la calificación del título A, y se limita a suavizar la decisión derivaría de la aplicación automática del criterio general del artículo 20.2 LH; puesto que el título calificado está anunciando tan fácil subsanación, se permite la suspensión en lugar de la denegación (lo que posibilita la extensión de una anotación por defecto subsanable si lo pide el interesado). En modo alguno se entra a considerar si en ese momento de la calificación del título A (calificación que puede realizarse desde el momento mismo de su presentación), se han presentado ya o no otros títulos posteriores; el supuesto de la norma prescinde absolutamente de la posible presentación de

títulos posteriores sobre la finca; no le concede a esta circunstancia ninguna relevancia (11).

El presupuesto de aplicación de la norma es, pues, bien claro: calificación de un título que adolece de falta de tracto pero que anuncia la concatenación entre su otorgante y el titular registral. Y la consecuencia que formula es sencilla: no se deniegue en este caso, suspéndase (12). Aquí parece agotarse toda su eficacia.

Pues bien, ese presupuesto o premisa que constituye la base del precepto analizado facilita un nuevo argumento en el sentido de que dicha norma no permite fundar la tesis de la DGRN. En efecto, si el artículo 105 RH, es una excepción a la regla general denegatoria recogida en el artículo 20.2 LH, y si la suspensión que posibilita aquel precepto reglamentario está circunscrita a la hipótesis en que el título calificado anuncia la concatenación entre su otorgante y el titular registral, de estricta lógica es deducir que cuando el título calificado no anuncia tal concatenación procederá su denegación, aun cuando con posterioridad pero durante la vigencia de su asiento de presentación, se presenten el título B. incompatible y el título C. que salva el tracto.

Y si esto es así, fuerza es admitir que el artículo 105 RH solo podría invocarse como fundamento de la tesis de la DGRN, cuando el título primeramente presentado y aquejado de falta de tracto está anunciando la fácil subsanación de este defecto, pero no cuando de ese título no puede deducirse tal circunstancia.

Ahora bien, a poco que se medite, se advertirá que concretar la tesis de la DGRN a la sola hipótesis en que el título aquejado de falta de tracto anuncia su fácil subsanación no parece tener mucho sentido. ¿Es que varía la esencia del problema cuando el título primeramente presentado no anuncia esa concatenación? ¿Es que acaso el defecto de la falta de tracto presenta una naturaleza distinta según que el título primeramente presentado anuncie o no esa concatenación? ¿No podría el registrador cambiar la calificación denegatoria del título A que no anuncia su concatenación con el titular registral, a la vista de la ulterior presentación del título C? ¿No es posible, incluso, que el título A no haya sido calificado aun cuando se presentan los títulos B y C? ¿No acabamos de ver anteriormente que esa circunstancia de que el título A anuncie su fácil subsanación, ni se trasladará al Libro Diario ni será fácilmente cognoscible por terceros, por lo que poca justificación tendría convertirla en elemento determinante de la solución de un conflicto que afectará a terceros (al título B y al C)?

De seguir la tesis de la DGRN, nos encontraríamos, por tanto, ante un dilema del que no es fácil salir: por una parte, advertimos que sería poco razonable concretar la tesis de la DGRN a la hipótesis en que el título A anuncia su fácil subsanación, porque el supuesto es sustancialmente idéntico al supuesto en que ese título A no anuncia su concatenación registral; pero, por otra, es patente que

(11) Y si esto es así, menos aún puede pensarse que su objetivo sea resolver el posible conflicto entre esos títulos posteriores.

(12) En rigor, la norma no ordena la suspensión sino que faculta al registrador para suspender en lugar de denegar; el término «podrá» que utiliza, así lo evidencia. Como no es razonable pensar que el precepto quisiera dejar la suerte de su aplicación a una decisión aleatoria del registrador, habrá que entender que este «podrá» está indicando que no basta la sola alegación de que el otorgante trae causa del titular registral, sino que es necesario indicar las circunstancias que den una cierta verosimilitud a tal afirmación; correspondiendo al registrador apreciar esas circunstancias, de modo que podrá denegar en lugar de suspender, si considera que no son suficientes para sustentar una razonable certeza en la existencia de la transmisión intermedia.

el artículo 105 RH, en el mejor de los casos, solo permitiría aplicar la tesis de la DGRN a esa primera hipótesis. Pues bien, nos preguntamos: ¿no es este dilema la mejor prueba de que el artículo 105 RH para nada piensa en resolver un potencial conflicto entre los títulos posteriores al aquejado de falta de tracto? Si este dilema no se produce cuando restringimos la finalidad del artículo 105 RH a proclamar la posibilidad de suspender y tomar anotación preventiva cuando un título aquejado de falta de tracto anuncia su fácil subsanación, no es lógico concluir que el artículo 105 RH, para nada estaba pensando en resolver ese potencial conflicto entre títulos posteriores al que adolece de falta de tracto?

Así pues, nos encontramos ya con dos claras objeciones a una interpretación del artículo 105 RH en el sentido pretendido por la DGRN: que la norma para nada considera la existencia de eventuales asientos de presentación posteriores al del título aquejado de falta de tracto; y que pretender ver en este precepto una solución a los posibles casos de círculo vicioso, conduce a la completa incoherencia que se acaba de evidenciar. Pero no nos detengamos aquí. Sigamos con el análisis del precepto en cuestión.

Quienes vean en el artículo 105 RH, la clave del conflicto que nos ocupa, habrán de aceptar que dicho artículo no suministra directamente su solución sino, a lo sumo, sienta un presupuesto —la calificación de la falta de tracto como subsanable— que permite inferir aquella por una vía indirecta, la trasposición a la falta de tracto del tratamiento de las faltas estrictamente subsanables. El razonamiento es el siguiente: puesto que los artículos 24 y 70 LH indican que si una falta subsanable es subsanada dentro de plazo, el título así subsanado debe inscribirse con la fecha de su asiento de presentación, la consideración de la falta de tracto como subsanable, comportará necesariamente que su oportuna subsanación también determinará que el título A se inscriba con la fecha de su asiento de presentación, lo que solo es posible si con esta misma fecha queda inscrito el título C. De donde se infiere que el título A está ganando prioridad para sí y para el que subsana el obstáculo a su inscripción.

Este razonamiento, sin embargo, presenta importantes puntos negros que es necesario enfrentar antes de darlo por bueno:

- ¿Es verdaderamente indiscutible la traslación a la falta de tracto del tratamiento de las faltas subsanables?
- ¿Puede inferirse del propio artículo 24 LH, que la inscripción de un título pueda extenderse con fecha anterior a la de su propia presentación?
- ¿Es cierto que en todo caso de falta subsanable subsanada oportunamente, el título así calificado debe inscribirse con la fecha de su asiento de presentación?

Tratamiento de las faltas subsanables

En principio, es cierto que las faltas subsanables oportunamente subsanadas permiten inscribir el título así calificado con la fecha de su asiento de presentación. Pero ello no puede desconectarse de la propia significación de la falta subsanable.

No es este el lugar para reproducir una polémica que dio lugar a tanto comentario hasta la definitiva eliminación en la reforma hipotecaria de 1944, de todo criterio distintivo entre las faltas subsanables y las insubsanables. Creo que puede partirse, con cierta seguridad, de la idea de que las faltas subsanables

consisten en meras exigencias, bien de tipo formal, bien de carácter complementario o encaminadas a la protección de ciertos objetivos legales (protección de arrendamientos, prevención de parcelaciones ilícitas, etc.), que, sin embargo, no afectan a la validez del negocio a inscribir ni a la producción de su específico efecto jurídico-real inscribible, el cual se habrá producido ya en el momento de su presentación en el registro.

Los documentos subsanatorios, en puridad, nunca entran en conflicto con otros títulos inscribibles posteriormente presentados, pues tales documentos no recogen un negocio jurídico real autónomo e independiente, sino que se limitan a acreditar el cumplimiento de aquellas exigencias formales de muy dispar contenido que un negocio ya perfecto y eficaz desde su presentación en el registro, precisa para su inscripción. Tales documentos, ni tienen prioridad propia —no son objeto de asiento de presentación específico sino que se hacen constar al margen del asiento de presentación del título que complementan— ni provocan una inscripción diferenciada. Si estos documentos son adecuados y se aportan en plazo, no hay ningún inconveniente para que el negocio al que se refieren, que ya era eficaz al tiempo de su presentación, se inscriba con esta fecha. La subsanación oportuna de la falta subsanable no resuelve ningún conflicto de prioridad; únicamente posibilita la conservación de su propia prioridad por el título subsanado.

La falta de tracto que se subsana en plazo tiene, sin embargo, una naturaleza bien diferente. Ahora, la subsanación no se produce mediante la aportación de documentos complementarios que se limitan a acreditar el cumplimiento de requisitos adicionales prevenidos para la inscripción, sino mediante la inscripción de un título o negocio autónomo e independiente que precisa de su propio asiento de presentación y que sí puede entrar en colisión con otros títulos eventualmente presentados en el tiempo intermedio. Por tanto, debe recapitarse mucho antes de decidirse por una automática traslación aquí del régimen de las faltas estrictamente subsanables.

Si el documento subsanatorio en caso de falta subsanable no se inscribe separadamente, no tiene prioridad propia, y lo único que hace es permitir la inscripción del título subsanado con su propia prioridad, no vemos qué razón o semejanza nos lleva a decir que en el caso de falta de tracto, ese negocio autónomo e independiente y que es objeto de calificación e inscripción específica, debe tener también la prioridad del título que desde este momento resulta inscribible? ¿No sería más razonable en este caso la solución inversa, esto es, que la prioridad del título subsanado sea la determinada por el momento en que resulta inscribible el título que le deja abierto el camino del registro? Se evitaría con esta alternativa la anomalía funcional que de otro modo se producirá inevitablemente, pues al inscribir el título A y el C con la fecha de presentación del primero, el registro acaba diciendo que el título A se inscribe con una fecha en la que claramente no podía ser inscrito según el registro mismo. El registro deja de ser un fiel reflejo de la realidad para ofrecer una imagen distorsionada de la misma.

Por otra parte, si el documento complementario que subsana una falta subsanable nunca entra en conflicto con otros títulos eventualmente presentados con posterioridad (pues no contiene negocio autónomo), ¿cómo puede ahora, derivarse de una pretendida asimilación de la falta de tracto a la falta subsanable, la solución de un conflicto de prioridad entre el título subsanador del tracto y un título incompatible anteriormente presentado?

Creo que la asimilación aparente de la falta de tracto con una falta estrictamente subsanable, que el artículo 105 RH, parece querer introducir, no puede desconocer estas diferencias sustanciales entre una y otra hipótesis. En el caso

de faltas estrictamente subsanables, únicamente se cuestiona el mantenimiento por el título calificado de su prioridad en caso de subsanación oportuna, y esta subsanación nunca implica un perjuicio para presentantes posteriores. En consecuencia, ¿cómo puede deducirse de una pretendida trasposición del régimen de estos supuestos al defecto de tracto, una regla de solución de conflictos entre títulos intermedios y títulos incompatibles posteriormente presentados?

A lo sumo, podría deducirse de esa pretendida asimilación del defecto de tracto a la falta subsanable, que el título C se inscriba con la fecha del título A, si se presenta cuando aún está vigente el asiento de presentación de este, y cuando no hay extendidos asientos de presentación relativos a títulos incompatibles. Pero lo que no soporta dicha asimilación es una interferencia en los términos o problemas que por sí misma puede plantear la inscripción del título C. Del mismo modo que, como luego veremos, los artículos 24 y 70 LH, se limitan a señalar que si son oportunamente subsanados los defectos subsanables que afectaban a un título, su inscripción lleve como fecha la de su asiento de presentación, pero no se inmiscuyen en la concreta forma en que aquellos deben ser subsanados, tampoco ahora los citados artículos pueden ser utilizados de cobertura para facilitar la inscripción del título C, inscripción que deberá decidirse en función de su propio contenido y de la situación registral vigente cuando es presentado, y sin consideración alguna al dato de que con esta inscripción se abra la vía registral a un título presentado anteriormente.

Posibilidad efectiva de fundar en los artículos 24 y 70 H, la atribución al título C de la prioridad correspondiente al título A

Verdaderamente resulta sorprendente que sea la aplicación indirecta de los artículos 24 y 70 LH, como consecuencia de la calificación como subsanable de la falta de tracto, la que en los supuestos que ahora se contemplan, pueda dar lugar a una inversión del orden de preferencia en el despacho de los títulos B y C, cuando se trata de preceptos que: *a)* nada tienen que ver con la prioridad entendida en sentido formal; *b)* que, además, están llamados a operar no en la fase previa a la inscripción sino cuando esta ya se ha producido; y *c)* que su significación práctica es actualmente muy reducida.

En efecto, el objetivo exclusivo de estos preceptos es determinar, una vez practicada la inscripción, cuál será la fecha en que se entiende producida esta; fecha cuya relevancia se manifiesta básicamente a la hora de resolver conflictos que se producen, no entre títulos incompatibles que pretenden su acceso al registro, sino entre derechos ya inscritos y que pueden coexistir, si bien que en cierta relación de jerarquía (cfr. art. 1927.2 CC).

Pues bien, la determinación de la fecha del asiento era asunto de especial importancia en el esquema de la primera Ley Hipotecaria, y ello por dos motivos. Por un lado, siempre podría discutirse si la inscripción solo produce efectos desde que efectivamente se practica o desde que el título pudo ser inscrito (esto es, desde que ingresó en el registro). Por otro, porque en el esquema de la primera LH, aún no se había reparado en una previsión como la del artículo 17.2 actual de la LH (13), de modo que, en rigor, podría darse el caso de que el registrador

(13) El RH de 1861 únicamente señalaba al registrador un plazo de siete días para calificar e inscribir, pero nada decía la ley sobre la necesidad de despachar los títulos por el mismo orden de su ingreso.

despachase las hipotecas (las que constituían la principalísima preocupación de ese legislador) por orden distinto al de su presentación; y si así ocurría, y no se tenía un precepto como el artículo 24 LH, el conflicto quedaría servido. Cuando la reforma hipotecaria de 1869, introduce en el artículo 17.2 LH, la imposibilidad de despachar un título mientras esté pendiente de despacho otro presentado con anterioridad, la cuestión de la fecha en que se entiende producida la inscripción decae en su importancia y, con ello también, el interés del propio artículo 24 y 70, porque con esta nueva previsión, los asientos de inscripción siempre guardarán una relación cronológica paralela a la de la presentación de los títulos respectivos. Ahora, el que la fecha de la inscripción sea la del asiento de presentación del título, tiene una significación verdaderamente reducida; me atrevería a decir que marginal, hasta el punto que se ignora cuando así lo exige la lógica (cómputo del plazo para el ejercicio del retracto, caducidad de la anotación, etc.) (14).

Hoy, el que se diga que si una falta subsanable se subsana en plazo, la inscripción del título respectivo llevará como fecha la de su asiento de presentación, es manifiestamente prescindible de cara a un potencial conflicto con terceros (15), porque mientras este asiento no caduque o se inscriba el correspondiente título, los posteriormente presentados quedan aparcados, en espera; no se puede dar el caso en que se practique una inscripción durante esa espera en virtud de un título incompatible presentado posteriormente. Por tanto, frente a terceros, ¿qué más dará que se diga que aquella inscripción tiene como fecha la del momento en que se extiende o la de presentación del título?

Y si esto es así, con qué fundamento puede deducirse de ese artículo 24 LH, una conclusión tan sorprendente como es la alteración del orden de despacho de títulos que aún no están inscritos, respecto del orden que procedería por razón de su presentación? Si el artículo 24 LH, solo trata de resolver una duda sobre si es el momento en que materialmente se extiende una inscripción o aquel en el que se presenta el título, el que debe valer como fecha de aquel asiento (optando por este segundo criterio), ¿con qué fundamento puede invocarse este precepto para inferir de él que valga como fecha de una inscripción una totalmente diferente a las dos que considera? Si el artículo 24 LH, trata de fijar la fecha de la inscripción al objeto de que actúe con precisión el criterio temporal que resuelve los conflictos entre derechos YA INSCRITOS SOBRE UNA MISMA FINCA —derechos que pueden coexistir pero en una relación de jerarquía—, cómo se piensa en él para que en un conflicto (orden de despacho entre ciertos títulos), que es absolutamente previo a la inscripción y que corresponde claramente a otro precepto de la ley —el art. 17.2 LH—, proporcione una solución tan distinta a la que de este resulta. Si, como hemos visto, el artículo 24 LH, pierde buena parte de su significado por obra de la introducción posterior del artículo 17.2 LH, cómo es posible ver ahora en aquel precepto la fuente de una derogación parcial de este?

(14) Podría, incluso, cuestionarse si quien adquiere de persona cuya titularidad solo aparece presentada en el registro pero no inscrita aún, quedará o no protegido por la fe pública registral.

(15) Repárese, incluso, en que aunque es cierto que la regla es que la inscripción de un título se debe decidir conforme a la situación registral en el tiempo de su presentación, no siempre ocurrirá que un título que era inequívocamente inscribible en el momento de su presentación, pueda ser ya inscrito quince días después: por ejemplo, la venta de un usufructo que se extingue conforme al título constitutivo, en los días que median entre la presentación de aquella, y el momento en que se resuelve un recurso por defectos imputados al propio título.

Es más, enseguida hemos de ver cómo pese a la dicción literal del artículo 24 y 70 LH, existen supuestos en que pese a la subsanación del defecto dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, el título correspondiente no se va a inscribir ya con la fecha y prioridad que le da su propio asiento de presentación, sino con otra diferente.

Existencia de hipótesis en que la prioridad de un título no queda determinada por su asiento de presentación, pese a la subsanación en plazo de los defectos que le afectaban

Es claro que la tesis de la DGRN perderá fuerza si se comprueba que a pesar del artículo 24 LH, hay hipótesis en que un título, aunque sea subsanado en el plazo de vigencia de su asiento de presentación, no conserva la prioridad determinada por este asiento. Pues bien, enseguida vamos a comprobar que tales casos son posibles.

Pensemos en la venta de un bien de un menor cuyo representante legal no ha obtenido la previa autorización exigida por el artículo 166 del Código Civil, o en la venta en la que vendedor es representado por un pretendido mandatario verbal que no acredita su mandato. No nos preocuparemos ahora de cuál sea su adecuada calificación (16), y nos limitaremos a suponer que la autorización

(16) Ciertamente, podrá discutirse si este tipo de defectos son verdaderamente subsanables o insubsanables. Y difícilmente llegaríamos a ponernos de acuerdo. Sin embargo, conviene repasar las razones que han llevado a esta situación actual.

En primer lugar, está la ambigüedad de los criterios que para diferenciar unas y otras faltas se utilizaban en las primeras leyes hipotecarias, ambigüedad que motivó que se suprimiera todo criterio legal diferenciador en la reforma hipotecaria del 44-46. Según los artículos 37 y 65 LH de 1861, las primeras afectaban a la validez del título, pero sin producir la nulidad de la obligación en él constituida. El artículo 57 RH de 1861, calificaba como subsanables a aquellas que no produciendo la nulidad de la obligación consignada en el título, suponen «un vicio en el documento que la contiene y que se puede reformar o extender de nuevo a voluntad de los interesados en la inscripción», siendo, en cambio insubsanables aquellas que producen la nulidad de la obligación por su naturaleza, condiciones, calidad de las personas que la otorguen, u otra causa semejante independiente de su forma extrínseca. La LH de 1869 mantiene el criterio de su precedente. Y el RH de 1869, en su artículo 57, reitera también a su precedente, aunque con la matización de que la falta subsanable está «tan solo en la forma externa del documento que la contiene (la obligación)».

En segundo lugar hay que añadir otro dato que suele pasar desapercibido. En la LH de 1861, no existía un precepto como el actual artículo 17.2 LH. Cuando un título se calificaba de insubsanable, inmediatamente podía entrar a despacharse un título presentado posteriormente (si se discrepaba de esta calificación, y quería conservarse la prioridad, debería demandarse la validez del título en juicio civil y pedirse anotación preventiva de la demanda, que tendría efectos retroactivos a la fecha del asiento de presentación si la demanda se interponía en los treinta días siguientes a esta presentación); y si por casualidad se subsanaba ese defecto calificado de insubsanable, habría de procederse a una nueva presentación. Si, por el contrario, la falta se califica de subsanable, el registrador debía practicar automáticamente la anotación por defecto subsanable —sin necesidad de petición— lo que daba al interesado sesenta días para la subsanación sin perder su prioridad; pero extendida esta anotación, podía inmediatamente despacharse los títulos posteriores.

Pues bien, cuando la LH de 1869, introduce el actual artículo 17.2 LH, se altera sustancialmente este esquema: la anotación por defecto subsanable, ya no se extiende automáticamente por el registrador sino que debe ser solicitada, lo cual es lógico, pues sin necesidad

judicial o la ratificación se obtienen durante la vigencia del asiento de presentación inicial. Puede ocurrir que no se hayan presentado entre el título defectuoso y su subsanación, otros títulos incompatibles con el subsanado, en cuyo caso, ha de reconocerse que la cuestión pasará desapercibida y que casi nadie hará salvaguarda alguna en la inscripción, limitándose a indicar cuál fue la fecha del asiento de presentación (17). Pero supongamos ahora que entre el asiento de presentación de tal título y la obtención de la autorización judicial o de la ratificación, se presenta un título incompatible con el subsanado. ¿Procederemos ahora de igual manera, inscribiendo el título primeramente presentado y cerrando el registro al título incompatible presentado en el ínterin? O seremos más cautos, y considerando que el negocio traslativo subsanado por la ratificación del *dominus* o por la posterior autorización judicial, no se había perfeccionado aún al tiempo de extender su asiento de presentación ni al tiempo en que se presenta el título incompatible, anticiparemos el despacho de este y luego, si lo permite el tracto, inscribiremos aquel título que provocó el primer asiento (desde luego con la fecha de su subsanación), o lo rechazaremos definitivamente del registro? Sabemos que la ratificación de lo actuado en nombre de otro por quien no tiene su representación legal, no tiene efectos retroactivos en perjuicio de terceros, como es el favorecido por ese título presentado en el tiempo intermedio; y que lo mismo ocurre en el caso de la venta no autorizada judicialmente. Así que no creo que haya muchas dudas al respecto.

de ella, el interesado tenía treinta días para subsanar la falta. Lo que no se aclaraba es que ocurría si la falta había sido calificada de insubsanable y, por las razones que fueren, era subsanada en ese plazo de treinta días: ¿Cuál sería, en este caso, la fecha de la inscripción, la de la subsanación, o la del asiento de presentación? La inercia del artículo 24 LH llevaría a la segunda de las alternativas, pero es de notar que al optar por esta solución, nos deslizábamos inconscientemente hacia la idea de que la distinción entre uno y otro tipo de faltas no radicaría tanto en la sustancia propia del defecto cuanto en la previsibilidad de su subsanación en plazo; a lo que da pie, por otra parte, la propia terminología empleada para calificar unas y otras. Si se admitía ese criterio de que la falta insubsanable y sin embargo subsanada en el plazo del asiento de presentación, permitía inscribir el título con la fecha de este asiento de presentación, esa distinción entre faltas subsanables e insubsanables (a la que la Ley sigue dando importancia —cfr. arts. 65 y 19 bis LH), pierde buena parte de su utilidad, si no toda; lo importante no será ya la esencia de la falta sino la previsibilidad de su subsanación; y en la duda optaremos por la subsanabilidad. Al fin y al cabo, con esa tesis la diferencia práctica entre unas y otras faltas se reduciría a la posibilidad de extender o no la anotación por defecto subsanable (anotación que, por otra parte, ha visto reducida su utilidad tras la reforma del 2001, que extiende la vigencia del asiento de presentación a sesenta días a contar desde la notificación de la calificación negativa), pero no hay ningún perjuicio en tomar una anotación por defecto subsanable cuando la falta se califique indebidamente de subsanable.

En relación con los supuestos que ahora planteamos, la Resolución de la DGRN, de 26-7-1905, siguiendo las sentencias del TS de 31-12-1896 y 7-5-1897, dice que la falta de autorización judicial en la venta de bienes de menores queda subsanada si los ratifica este al llegar a la mayoría de edad; e igual ocurre con los actos del mandatario si se excede de sus facultades, cuando media la ratificación. Por su parte, las Resoluciones de 30-8-1893 y 12-4-1909, para los bienes de menores por sus padres, y la de 9-10-1880, con relación a los administradores no autorizados con poder suficiente, califican la falta como insubsanable.

(17) No por ello deben pasar desapercibidas cuestiones prácticas significativas: en una tercería de dominio ¿podría invocarse la fecha de la inscripción en lugar de la de perfección del negocio? ¿Quién sería el responsable del daño causado por la finca entre la presentación y la subsanación?

En cualquier caso, no insistiré en esta cuestión, pues lo que verdaderamente me interesa ahora es dejar constancia de que esa idea de que cualquiera que sea la falta de que adolece un título, si se subsana durante la vigencia de su asiento de presentación, deberá conducir a que se practique la inscripción con la fecha de tal asiento, no es una verdad incuestionable en nuestro sistema registral, sino, a lo sumo, una posición a la que se habría llegado por la simple inercia. El artículo 24 LH, no puede utilizarse como soporte de tal posición por cuanto este precepto es anterior a la posibilidad teórica de la hipótesis que aquí se aborda (defectos insubsanables que acaban subsanándose durante la vigencia del asiento de presentación). Y el artículo 70 LH, basado en la específica entidad de las faltas subsanables, no puede trasladarse a faltas de otra índole sin grave deformación de su propia consistencia.

Pues bien, habida cuenta de todas las consideraciones que anteceden, habremos de preguntarnos: ¿Es razonable pensar que una comisión tan competente (18) como la que elaboró el RH de 1947 (19), pretendía, a través de una norma cual la incluida en el artículo 103 de dicho reglamento, resolver efectiva y exclusivamente ese hipotético conflicto que podía surgir tras la presentación de un título que no cumple el tracto pero que anuncia su conexión con el titular registral, si antes de que se presente materialmente la transmisión jurídica que salvaría aquel obstáculo, accede al registro otro título incompatible con ella? Creo que no es descabellado afirmar que si tal hubiera sido efectivamente el objetivo de este precepto, se habría redactado en términos un poco más directos y precisos, para evitar que dicho objetivo quedare infructuoso; y sobre todo, no se hubiera limitado esa solución al supuesto en que el título presentado en primer lugar anunciare su concatenación con el titular registral, dejando huérfana la hipótesis similar en que de ese título A no resulta su concatenación con el titular registral, pero durante la vigencia de su asiento de presentación se aporta el título B intermedio y el C, que subsana la falta de tracto del primero.

A mi parecer, esta comisión en modo alguno pretendió introducir por una vía tan indirecta, tortuosa y discutible, una solución para conflictos como el de la resolución que se comenta, sino que su finalidad exclusiva fue, sin más, la de posibilitar al interesado la ampliación, a través de la anotación por defecto subsanable, del plazo para salvar el defecto de tracto que afectaba a su título, habida cuenta de que el propio título ya anunciaba la facilidad con que podría ser tan fácilmente salvado. Ampliación que, como pronto veremos, le podía ser de gran utilidad.

Y esta creencia se confirma cuando examinamos las opiniones de autores que clamaban por un precepto como el que ahora se analiza.

En efecto, al buscar los antecedentes de este precepto, comprobamos que el primer autor que se planteó la conveniencia de la solución inherente a este artículo 105 RH, fue don Ramón GAYOSO ARIAS. En las páginas 407 y 408 del Tomo I, de su obra *Nociones de Legislación Hipotecaria*, este autor, que como ya hemos visto, partía de la regla indubitada de la denegación cuando el derecho aparece inscrito a favor de persona distinta del otorgante del título, se pregunta si, pese a esa calificación denegatoria —que no cuestiona (20)—, podrá tomarse

(18) La componían don Jerónimo González, don Pablo Jordán de Urries, don Ángel Sanz, don Alejandro Bérnago, don Ramón de la Rica, don Pedro Cabello de la Sota, don Román Iglesias y don Eduardo López Palop.

(19) Y que por ello, difícilmente podía ignorar las dificultades apuntadas.

(20) Ha de advertirse que este autor no se cuestiona que la calificación procedente en tal caso sea la denegación; lo que se pregunta es si a pesar de la denegación, cabe tomar

anotación preventiva cuando del propio título resulte su concatenación con el titular registral. Y responde afirmativamente, por varias razones (21), aun aclarando que es consciente de que con ello «se aparta de la doctrina y práctica unánimes». Y lo que es más importante a nuestros efectos, estima que en la duda hay que optar por lo más beneficioso para los interesados, y en este caso lo es la extensión de la anotación, pues con ello «puede evitarse estafas (dobles ventas, etc.)» (22).

Esta opinión de GAYOSO la hizo suya ROCA SASTRE en la segunda edición de su obra *Derecho Hipotecario*, pero entendiendo que «la calificación en estos casos no es la denegación sino la suspensión, pues el defecto es claramente subsanable según resulta del mismo título»; y cita una resolución de la DGRN de 28-2-1879, que afirma que procede suspender cuando el aparecer la finca a favor de persona distinta del que la transfiera o grave, sea debido a un error material (vid. pág. 539, T. I, de su segunda edición publicada en 1945). A partir de la quinta edición de esta obra, publicada en el año 1954, ROCA añade en nota a pie de página una advertencia de especial relevancia: afirma que: «si antes del título intermedio (el que subsana la falta de tracto del primeramente presentado) se presenta un título opuesto, prevalece este».

LA RICA, coautor del RH de 1947, en su comentario de este artículo 103, se limita a recoger las opiniones de GAYOSO y ROCA, sin añadir dato adicional (23) (cfr. su obra *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario de 1947*). Lo que permite entender que fueron las posiciones de estos dos autores las únicas que se tuvieron en cuenta para redactar ese precepto.

Por ende, si la doctrina mayoritaria en vísperas del RH de 1947, entendía que en estos casos de títulos que aunque adolezcan de falta de tracto anuncian su concatenación con el titular registral, procedía la denegación; si solo se alzan contra este criterio GAYOSO y ROCA, pero sin plantearse la posible existencia de conflicto entre el título que subsana el tracto y un título intermedio que resulta incompatible y que es presentado antes que aquel; y si cuando uno de

anotación preventiva. Este punto es indudable, por cuanto entre las razones que da para responder afirmativamente, figura la siguiente: que «el artículo 42 LH ordena, en general, anotar cuando se presente título cuya inscripción definitiva no pueda hacerse por falta de un REQUISITO subsanable (no de un defecto solamente), y eso ocurriría cuando el transferente o gravante es sucesor universal del inscribiente».

(21) Además de la señalada en nota anterior, por las siguientes: 1.^a «Que la ley manda tomar anotación preventiva en caso de suspensión por no estar inscrita la finca, y manda negarla cuando la inscripción se deniegue por defecto insubsanable del título; pero nada dice para el presente caso». 2.^a Por aplicación del artículo 144 RH 1909, que permite anotación preventiva aun estando inscrita la finca a favor del causante universal; 3.^a Por aplicación del artículo 103 RH 1909, que consiente en su relación con el artículo 144, la anotación aun en caso de pedirse otra en primer término sobre finca inscrita a favor de otro.

(22) Tras esta intención de prevenir estafas, ¿no ha de verse que el objetivo de este autor es proteger al presentante de ese título aquejado de falta de tracto pero que anuncia su concatenación con el titular registral, frente a posibles actos dispositivos incompatibles que fraudulentamente pueda realizar su otorgante a favor de otros.

(23) Es más, si hemos de juzgar por el ejemplo que pone LA RICA, cuando comenta este precepto, será más patente aun lo lejos que para este autor estaba el artículo 103 RH, respecto del posible conflicto entre títulos posteriores. Dice este autor que: «A veces se presenta la escritura de venta y la finca no está inscrita a nombre del vendedor, sino de su padre, de quien la heredó, y en el mismo título se especifica debidamente el título adquisitivo. ... La denegación es siempre, o debe ser, consecuencia de un defecto que se juzga insubsanable».

estos dos autores repara en este conflicto muestra su clara postura a favor del título presentado en segundo lugar; ¿no tendríamos que admitir que tampoco los antecedentes del precepto son favorables a la pretensión de fundar en el artículo 105 RH la solución del conflicto que ahora se analiza?

Efectiva utilidad del artículo 105 RH

Dice la DGRN como único argumento a favor de su tesis sobre el objetivo del precepto citado, que si este no pretendiera verdaderamente resolver supuestos conflictivos como el ahora planteado, resultaría inútil. Enseguida hemos de ver que si de la exactitud de este argumento dependiese la aceptación de su tesis, bien puede darse ya por descartada.

En efecto, la ampliación del plazo para subsanar el defecto de tracto, es en sí misma útil por cuanto reduce potencialmente los trámites a que el presentante habrá de ajustarse si en los sesenta días no puede salvar ese obstáculo; se le evitar la necesidad de una nueva presentación transcurridos ese plazo, con los costes (reducidos, sí, pero costes al fin y al cabo) y molestias consiguientes. Pero la verdadera utilidad de dicha ampliación se revela en la importante reducción del riesgo de que ese título pierda la prioridad conseguida con su inicial ampliación; y esta utilidad no se menoscaba por el hecho de que se niegue la potencial extensión de aquella prioridad a un título posterior.

Basta un ejemplo para advertirlo: Se presenta un título A, aquejado de falta de tracto, por ejemplo, la hipoteca constituida por quien acaba de adquirir la finca al titular registral; y a continuación se presenta un embargo contra ese mismo adquirente. Respóndase ahora: ¿es útil o no conceder al acreedor hipotecario que accede en primer lugar, la posibilidad de prorrogar el asiento de presentación por sesenta días más, mediante una anotación por defecto subsanable que se solicite el día 59 a contar desde que recibiera la notificación de la calificación que atribuye a su título el defecto de tracto? Si ese acreedor hipotecario no pudiera pedir esa anotación ni presentar el título intermedio en ese plazo inicial de sesenta días desde que presentó por primera vez su hipoteca, debería proceder a una nueva presentación una vez agotados los sesenta días citados, pero quedaría pospuesto ya al embargo intermedio. Al poder solicitar esa anotación, tiene sesenta días más de colchón.

Otro supuesto similar y que manifiesta una utilidad muy en la línea que apuntaba GAYOSO, cuando decía que con este precepto se evitarían estafas (dobles ventas), es el siguiente: A, titular registral, vende a B, que no inscribe; B vende a C, que presenta su título inmediatamente. La anotación a favor de C dificultará una nueva venta de la finca por B; y en todo caso, concede a C un plazo más amplio para subsanar la falta de tracto y conservar su prioridad frente a esa eventual venta incompatible que se hubiere presentado después.

Queda claro, pues, que el artículo 105 RH tiene utilidad indiscutible al margen del conflicto que ahora examinamos. La sola posibilidad de conservar por más tiempo la prioridad formal ganada con la presentación basta para justificar el precepto, sin necesidad de exigir también una extensión de tal prioridad al título subsanatorio del tracto. Y puesto que esta última extensión obligaría a retorcer y excepcionar, por vía reglamentaria tantos preceptos legales básicos de nuestro Ordenamiento, como los que hemos ido repasando en líneas anteriores, bien podrá convenirse en rechazar la tesis de la DGRN, y contentarnos con ver en el artículo 105 RH, el ciertamente más reducido pero nada desdeñable objetivo que

apuntamos; lo cual, además, tiene a su favor el no menos importante argumento de que de este modo el artículo 105 RH, si bien seguirá careciendo de rango normativo adecuado, no resultará, sin embargo, tan contradictorio con el sistema registral en general, y con los artículos 20 y 17.2, en particular.

Ciertamente, podrá seguir afirmándose que el artículo 20.2 LH habla de denegación, por lo que ni siquiera con la tesis que ahora se defiende, se salvaría la ilegalidad del 105 RH. Pero no podrá negarse que la repercusión de esta ilegalidad es ahora mínima desde el punto de vista práctico (24); y, por otra parte, resulta tan razonable el criterio reglamentario entendido en ese limitado sentido, más que criticarlo, resultaría digno de alabanza, por venir a llenar un hueco que el propio legislador no debió dejar.

La diferencia entre una tesis y otra, pues, radica, pues, en la congruencia o incongruencia del artículo 105 RH con el total sistema jurídico-registral en el que ha de integrarse. Y ante esta tesitura, las reglas de una correcta labor interpretativa imponen optar por la solución que reduzca los conflictos entre el precepto interpretado y el resto del sistema registral en el que se integra, dada la naturaleza del propio reglamento, como norma de mero desarrollo, aclaración y desenvolvimiento de la ley al caso concreto, y las exigencias inherentes al principio de jerarquía normativa.

C) *Cuestionamiento de la propia existencia del conflicto de círculo vicioso*

Hemos visto hasta ahora las dificultades que ofrece la pretensión de fundar la solución del conflicto denominado de «círculo vicioso» en el artículo 105 RH. Por otra parte, es claro que al margen del artículo 105 RH, no existe norma que permita sustentar la idea de que la presentación en el registro de un título aquejado de falta de tracto, gana prioridad para sí y para el título que subsanaría ese defecto. Se impone, por tanto, ofrecer una solución para esos denominados supuestos de círculo vicioso. Pues bien, vamos ahora a la solución alternativa que se propone.

La DGRN afirma que el conflicto no puede resolverse mediante una simple espera por cuanto la aplicación del artículo 432.c) RH, al posibilitar la prórroga del asiento de presentación del título A hasta que se despache el título C o caduque su asiento de presentación, excluye el paso del tiempo como solución.

Por lo pronto, se está reconociendo que este bucle no se crea por obra del artículo 18 LH, pues este precepto, en rigor, solo contempla la prórroga del asiento de presentación de un título hasta que se despache el título previo PRESENTADO ANTERIORMENTE o caduque su asiento de presentación, y ahora estamos considerando que el título previo se presenta POSTERIORMENTE, y, como vemos, las diferencias pueden ser tan importantes que faltaría la identidad de razón que presupone la aplicación analógica de ese artículo 18 LH, a la hipótesis objeto de nuestro análisis (cfr. art. 4 CC).

Por tanto, debemos reconocer que la denominada situación de círculo vicioso solo puede tener origen en otro precepto reglamentario, el 432.c) RH. Lo cual ya nos debe poner otra vez en guardia, pues como señalara la sentencia del TS

(24) Ya hemos visto que la calificación indebida de una falta como subsanable, con extensión de la correspondiente anotación, no tiene más relevancia que el ampliar un poco más la vigencia de un asiento de presentación ya de por sí extenso. El perjuicio para terceros es verdaderamente insignificante.

de 31 de enero de 2001, el Reglamento Hipotecario no tiene rango normativo adecuado para modificar la vigencia que conforme a la Ley corresponde a los asientos de presentación. Sin embargo, no nos vamos a limitar a esta objeción ¡tan desdenable! y abordaremos el tenor del propio precepto para deducir su verdadero alcance.

De entrada observaremos que la prórroga del asiento de presentación del título ingresado antes hasta que se despache el título previo que ingresa después, no es automática sino que debe ser solicitada; y, obviamente, solo podrá solicitarse cuando se presente efectivamente el título previo.

Si esto lo trasladamos a los supuestos de círculo vicioso que ahora analizamos, resulta que antes de que se presente el título C, la vigencia del asiento de presentación del título A, es de sesenta días, salvo interposición de recurso. En consecuencia, cuando el interesado en el título B lo presenta, el registro le está diciendo que la calificación o despacho del mismo debe esperar sesenta días (o, en su caso, el tiempo adicional que exija la resolución de la eventual impugnación de la calificación del título A), y que transcurrido este plazo sin subsanación del título A o sin interposición de recurso, el título B entrará en el registro si no adolece de otros defectos.

Pues bien, la pregunta que hemos de hacernos es la siguiente: ¿Puede prorrogarse la vigencia del asiento de presentación del título A cuando se presente ulteriormente el título C, hasta que se despache este o caduque su asiento de presentación? ¿Una prórroga del asiento de presentación del título A, que no era posible al tiempo de presentarse el título B (25), ha de devenir posible ulteriormente cuando ello se produciría con tan claro perjuicio de este título B, que se vería envuelto en esa situación de círculo vicioso? ¿Pueden obtenerse beneficios registrales en perjuicio de quien con anterioridad ha adquirido una posición registral incompatible con tales beneficios?

Creo que la falta de rango normativo de la norma en cuestión, en unión con el necesario respeto a los derechos adquiridos, y la imposibilidad de alterar la situación registral en perjuicio de terceros sin contar con su conformidad (cfr. art. 1 LH), ha de impedir esta prórroga a que se refiere el 432.c) RH, una vez que se ha presentado el título intermedio B, incompatible con el título C.

Esta prórroga solo ha de ser posible si tanto el título B, como el A, penden ambos del despacho previo del título C; y también cuando al presentarse el título C, no se hubiera presentado ningún título B. En el primer caso, el presentante del título A puede desentenderse de las vicisitudes que acontezcan al título C (una posible impugnación gubernativa o judicial); conservará el rango hasta quince días después del despacho o caducidad del título C. En el segundo caso, mientras el asiento de presentación del título C esté vigente, el título A no perderá su prioridad.

No es necesario, por consiguiente, aceptar la prórroga del título A, desde la presentación del título C, con perjuicio del título intermedio B para que este artículo 432.c) RH tenga utilidad. Repárese, además, en que, a diferencia del artículo 105 RH, el 432.c) RH ni siquiera está restringido al supuesto en que del título A se desprenda la concatenación entre su otorgante y el titular registral. por lo que si admitiéramos la prórroga del asiento de presentación del título A, cuando se presenta el título C, estando ya presentado entre medias el título B

(25) Ya se ha dicho que la prórroga del asiento de presentación del título A, conforme al artículo 432.C) RH, solo es posible a partir de la presentación del título C.

incompatible, estaríamos afirmando que un título A, que no aparece otorgado por el titular registral y del que no resulta su concatenación con este titular, que habría sido calificado, en rigor, con denegación y que legalmente no podría ser prorrogado más que mediante una impugnación temeraria (datos todos que no escapan al conocimiento del aportante del título B), por obra de la casual presentación posterior del título C mejoraría su posición registral en detrimento del título B, que se verá así envuelto de forma sobrevenida en una situación de círculo vicioso que pretende resolverse con su expulsión del registro.

Así pues, solo ignorando el principio constitucional (cfr. arts. 9 y 33 CE) de respeto a los derechos adquiridos (pues derecho adquirido es el que corresponde al título B en el momento de su presentación, de no tener que esperar más que sesenta días para que se acceda a su inscripción, salvo interposición de recurso que, en todo caso, deberá ser desestimatorio), y pasando por alto la falta de rango normativo adecuado del artículo 432.c) RH, puede deducirse que se produce efectivamente una situación de círculo vicioso. Mas, si se respetan estos criterios, queda claro que esta situación no llegará a darse; lo único que habrá que hacer es esperar a la caducidad del asiento de presentación del título A, que tarde o temprano se producirá —pues la falta de tracto no puede ser subsanada durante su vigencia—, y proceder en ese momento a la calificación y, si procede, al despacho del título B, conforme a la situación registral vigente en ese momento.

Con las líneas que anteceden, creo haber justificado lo señalado al inicio de las mismas: no hay situación de círculo vicioso conforme a nuestro sistema; se ha creado artificialmente el conflicto y se le da una solución artificiosa.

No cabe sino reclamar la aplicación rigurosa del artículo 17.2 LH, pero para todos los títulos en conflicto. Este precepto impone ciertamente la paralización de las actuaciones registrales que demande el título B, hasta que se despache o caduque el título A. Pero igual paralización afecta al título C, por razón de la previa presentación del título B. Y si ello supone que el título A pierde su prioridad porque no puede salvarse su falta de tracto en tiempo oportuno, durante la vigencia de su asiento de presentación, no se retuerzan las normas buscando un indefinido alargamiento de esa vigencia, ni se salten las prioridades que a cada título confiere la fecha de su presentación; sencillamente, acéptese la imposibilidad de subsanación del título A con todas sus consecuencias, por mucho que fuera el primero en acceder al registro.

No es solo la anticipación en el acceso lo que hace ganar la prioridad, sino que se requiere la conformidad del título con el contenido registral existente en el momento de ese acceso. Si el título A quería asegurarse la prioridad, debía llevar por delante el título C, que le garantizaría la inscripción. Si no lo hace así, debe ir cediendo posiciones hasta que ese título C se presente, pero sin bloquear entre tanto el juego registral.

Inferir del dato de que el título A es el primero en el registro, que el título C deba anteponerse al B para salvar la falta que impide el despacho de aquel, me parece, pues, mero voluntarismo; no se sostiene, como hemos visto, en ningún precepto de nuestro sistema registral vigente. Puede que tal sea la solución a adoptar desde el punto de vista de *lege ferenda*. Pero mientras la legislación siga siendo la que es, lo que procede es subordinar la inscripción del título A, a la posterior inscripción del título C, la cual, a su vez, está supeditada al previo despacho del título B o a la caducidad de su asiento de presentación. ¿Es que acaso, no se acepta este criterio para evitar que la inversión del rango entre dos hipotecas inscritas perjudique a las intermedias?

El que llega primero al registro, como el que llega primero a la cola de la pescadería, no puede ganar turno para un tercero, ni bloquear el despacho mientras este aparece; por el contrario, deberá ir cediendo su propia posición hasta que ese tercero aparezca realmente.

RESUMEN

*REGISTRO DE LA PROPIEDAD
PRIORIDAD
CALIFICACIÓN*

Comentario a las Resoluciones de 30 de octubre y 12 de noviembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, acerca de la modificación del orden cronológico de presentación para la calificación de documentos.

ABSTRACT

*PROPERTY REGISTRATION
PRIORITY
SCRUTINY*

Commentary on the Decisions of 30 October and 12 November 2010 of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs on modification of the chronological order of submission for the scrutiny of documents.

ANÁLISIS CRÍTICO DE JURISPRUDENCIA

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

LA PROTECCIÓN DEL NASCITURUS Y SU PROYECCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA CIVIL ACTUAL

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EFECTOS FAVORABLES AL *NASCITURUS*.—
III. EFECTOS NO FAVORABLES AL *NASCITURUS*.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA Y DE RESOLUCIONES DE LA
DGRN.—VI. LEGISLACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables (*nasciturus pro iam habetur*).

Es sabido que el artículo 29 del Código Civil establece que el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente, disponiéndose en el artículo 30 del Código Civil que para los *efectos civiles*, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno (1). Un concebido, mientras permanece en el claustro materno, carece de existencia propia y por tanto de subjetividad jurídica. En el momento mismo del nacimiento adquiere el nacido subjetividad jurídica.

El Código Civil otorga la protección civil del *nasciturus* desde el ámbito patrimonial, pero ahora además de continuarse por ese ámbito se permite un enfoque más amplio que desde el Derecho Privado.

(1) Para un estudio de los antecedentes históricos del artículo 30 del Código Civil. Vid. MORENO MOZO, Fernando, «Requisitos del nacimiento: análisis del artículo 30 del Código Civil», en *Diario La Ley*, núm. 7361, Sección Doctrina, 12 de marzo de 2010, Año XXXI, Ref. D-81, Editorial LA LEY (LA LEY 219/2010).

La protección sustantiva genérica del *nasciturus* en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra históricamente ligada al Derecho Civil. Por tanto, debemos desechar la tesis que sienta los orígenes y la naturaleza de la tutela jurídica del concebido en el campo penal (2). Las consecuencias de este cambio de perspectiva son notables porque la protección civil del *nasciturus* deja de entenderse como cuestión circunscrita al ámbito patrimonial, permitiendo un enfoque del tema desde el Derecho Privado (3).

Sin olvidar las otras esferas de protección, el Derecho Público, esto es, el Derecho Penal y el Derecho Administrativo (4).

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROTECCIÓN DEL *NASCITURUS*

Diversas teorías señaladas por la doctrina científica han sido las que pretenden determinar la naturaleza jurídica de la protección. Pueden citarse la *teoría de la personalidad desde la concepción*, la *teoría de la ficción jurídica*, la

(2) REQUEJO CONDE, Carmen, «Límite mínimo en la protección de la vida humana independiente. Los nuevos criterios jurisprudenciales», en *Diario La Ley*, núm. 6400, Sección Doctrina, 16 de enero de 2006, Año XXVII, Ref. D-11, Editorial LA LEY (LA LEY 5541/2005). El nacimiento ha sido siempre el momento temporal establecido para la determinación del comienzo de la protección penal de la vida humana independiente. Una nueva línea jurisprudencial ha ido dejando atrás los tradicionales criterios que esperaban a que el niño hubiera nacido para considerarlo como persona y por tanto como objeto material de los delitos de homicidio o lesiones. El criterio jurisprudencial de las contracciones dilatantes de parto que conducen de forma inminente a la expulsión del niño intenta reforzar aún más su protección al adelantarla al momento en que el niño está naciendo o está a punto de nacer, sin que sea necesario esperar a la expulsión completa del bebé del seno materno, a la comprobación de la respiración pulmonar autónoma o al corte del cordón umbilical.

(3) ALISTE SANTOS, Tomás J.: «La protección histórica al concebido y su proyección en el Derecho Civil español actual», en *Actualidad Civil* (LA LEY). Revista núm. 4. Fecha de publicación: Quincena del 16 al 29 de febrero de 2008. Sección: A Fondo, págs. 383 a 402, Tomo: 1 (LA LEY187/2008).

(4) STS de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 30 de junio de 2006, recurso 217/2005. Ponente: Enrique LECUMBERRI MARTÍ. Número de recurso: 217/2005 (LA LEY 106077/2006). El Tribunal Supremo estima recurso de casación para unificación de doctrina en materia de responsabilidad de la Administración del Estado por daño moral al no haber podido optar por la interrupción del embarazo a causa de la falta de información de las malformaciones del *nasciturus*.

STS de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 10 de mayo de 2007, recurso 4779/2003. Ponente: Margarita ROBLES FERNÁNDEZ. Número de recurso: 4779/2003 (LA LEY 23220/2007). Responsabilidad de la Administración sanitaria por el diagnóstico prenatal erróneo de enfermedad cromósica que impidió que los padres optaran por la interrupción del embarazo. Indemnización por daños morales a los padres al no poder optar por dicha interrupción.

STS de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 14 de marzo de 2007, recurso 8017/2002. Ponente: Margarita Robles Fernández. Número de recurso: 8017/2002 (LA LEY 8300/2007). Responsabilidad patrimonial del Estado por deficiente funcionamiento de la Administración sanitaria en la detección de malformaciones en el *nasciturus*. Ausencia de información al respecto a efectos de que los padres pudieran proceder a la interrupción voluntaria del embarazo. Corresponde a la Administración probar que en el caso de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, siendo esa falta de prueba la que determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial.

teoría del derecho subjetivo sin sujeto o la teoría de la capacidad limitada del concebido.

La doctrina mayoritaria sigue la teoría de la *situación de pendencia*, ya que al concebido no se le concede personalidad, en cuanto que la misma se adquiere por el nacimiento, no es menos cierto que durante esa situación de pendencia, y hasta que se produzca el nacimiento, se le tiene por nacido a todos los efectos que le sean favorables.

La teoría enunciada de la *situación de pendencia* se caracteriza por dos notas:

- a) La condición de que el concebido debe nacer con los requisitos previstos en el precepto 30 del Código Civil.
- b) La protección jurídica solo se extiende a lo que le pueda resultar favorable, entendido como favorable todo aquello que comporte una adquisición de derechos, aunque ineludiblemente dicho derecho pueda conllevar una carga o gravamen, (por ejemplo el caso de la adquisición de la propiedad de la finca conjuntamente con la hipoteca).

III. EFECTOS FAVORABLES AL *NASCITURUS*

La práctica y actualidad de algunos problemas surgidos de las nuevas situaciones familiares han hecho que la Jurisprudencia se pronuncie sobre determinados temas que no están regulados. Así, nos encontramos con que la jurisprudencia concede:

- Indemnización por daño moral a favor del *nasciturus*, hermano del fallecido en un accidente de circulación. Se trata de la interpretación extensiva del baremo y aplicación del baremo vigente a la fecha de la determinación del monto indemnizatorio, dada la naturaleza de deuda de valor que poseen estas cantidades (AP de Badajoz, Sección 1.ª, sentencia de 11 de noviembre de 2002) (5).

El legislador busca el amparo de esta concreta situación y le atribuye *si naciera* todos los efectos que pudieran redundar en su beneficio y, entre ellos, los que derivan de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados fundados en el fallecimiento de su hermano en accidente de tráfico.

La jurisprudencia entiende que el tratamiento del *nasciturus* no difiere del que procede otorgar al nacido; es así pues que, siguiendo esta línea argumental, a la muerte de Raúl, este contaba con un hermano menor de edad al que cabe otorgar todos los efectos favorables que le son inherentes a esta condición y, por ende, también la convivencia puesto que, en ningún caso, permite la norma una aminoración o perjuicio de los derechos del *nasciturus*; resultaría incluso cruel que este, por razones de pura temporalidad, no disfrutara de los derechos que le asistirían si hubiera nacido y por el solo hecho de hallarse en estado fetal en el instante en que tales derechos le eran diferidos.

(5) AP de Badajoz, Sección 1.ª, sentencia de 11 de noviembre de 2002, recurso 187/2002. Ponente: Jesús Plata García. Número de sentencia: 67/2002. Número de recurso: 187/2002. Jurisdicción: PENAL (LA LEY 187948/2002).

Indemnización al *nasciturus* por la muerte del padre en accidente de circulación, condición de perjudicada que comparte con sus abuelos (AP de Córdoba, Sección 2.ª, sentencia de 25 de septiembre de 1997) (6), y ello porque el primer perjuicio dimana del simple hecho de nacer huérfana de padre y, a partir de ahí, todas las múltiples eventualidades que deberá atravesar a lo largo de su vida sin contar con la presencia de su progenitor. La condición de perjudicado del *nasciturus* tras perder a su padre en un accidente automovilístico nace al margen de su cualidad de heredero del padre fallecido (AP de Córdoba, Sección 2.ª, sentencia de 25 de septiembre de 1997) (7).

La doctrina científica en relación con este tema, ha destacado la capacidad del *nasciturus* para ser beneficiario de una suma asegurada en el seguro de vida para caso de fallecimiento, derecho que nace en el momento del siniestro (muerte del asegurado), debiendo aceptar en dicho momento sus representantes legales. Hasta el nacimiento mantendrá el asegurador la suma asegurada (8).

- La Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.ª, sentencia de 20 de febrero de 2003, reconoce la pensión alimenticia a la niña concebida y no nacida al tiempo de dictarse la sentencia apelada, en base a que nada impide que los cónyuges puedan proyectar lo que consideren conveniente en torno a la atribución de la guarda, régimen de visitas y alimentos del concebido y no nacido (9). En esta misma línea donde se establece la pensión de

(6) AP de Córdoba, Sección 2.ª, sentencia de 25 de septiembre de 1997, recurso 177/1997. Ponente: Antonio PUEBLA POVEDANO. Número de recurso: 177/1997. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 59/1998). «Y la razón de ello es evidente, porque el primer perjuicio dimana del simple hecho de nacer huérfana de padre y, a partir de ahí, todas las múltiples eventualidades que deberá atravesar a lo largo de su vida sin contar con la presencia de su progenitor. ...tal condición de perjudicada no la ostenta en exclusiva la referida menor, habiendo de ampliarse a los padres como es usual en este tipo de situaciones, hasta el punto de que los baremos establecidos para las indemnizaciones en accidentes automovilísticos prevén una indemnización a los padres en caso de concurrencia con hijos del finado, lo que en el caso de autos debe ser tenido particularmente en cuenta y que el hijo falleció en estado de soltero y es indudable la aflicción que ello comporta para los padres, por lo que su condición de perjudicados con derecho a indemnización es indiscutible, aunque en este caso lo sea en concurrencia con su nieta.

(7) AP de Córdoba, Sección 2.ª, sentencia de 25 de septiembre de 1997. Ponente: Antonio PUEBLA POVEDANO. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 15510/1997).

(8) Incluso cabe la designación como beneficiario del *concepturus* en dicho seguro. Si en el momento de la muerte del asegurado no ha nacido el *concepturus*, dicha cuestión debe reconducirse al tema de la admisión o no de la donación a favor del no concebido. Vid. CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: *El seguro de vida para caso de muerte: Cuestiones actuales de Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 76.

La autora hace un estudio en las páginas 129 y siguientes sobre la designación a favor de los hijos de una persona, que resulta muy interesante, en relación con nuestro tema por analogía, con los hijos adoptivos cuyo trámite de adopción continúa a pesar del fallecimiento del adoptante (siempre que el adoptante ya hubiera dado su consentimiento), y, en el mismo sentido, los hijos nacidos mediante fecundación *post mortem*, se consideran descendientes con derecho a herencia (a los efectos del art. 85 LCS).

(9) AP de Toledo, Sección 1.ª, sentencia de 20 de febrero de 2003, recurso 323/2002. Ponente: Rafael CÁNCER LOMA. Número de sentencia: 61/2003. Número de recurso: 323/2002. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 36822/2003).

alimentos a favor del *nasciturus* a cargo del padre está la AP de Alicante, Sección 4.^a, sentencia de 27 de octubre de 2005 (10).

Tanto la pensión de alimentos, así como un posible régimen de visitas, deben ser acordes con las reales y efectivas necesidades del nacido, y es obvio que tales necesidades no pueden ser realmente conocidas hasta el momento de su nacimiento a fin de que puedan ser efectivamente ponderadas y protegidas por el Juzgador (AP de Toledo, Sección 2.^a, sentencia de 31 de julio de 2003) (11).

- El artículo 627 del Código Civil reconoce la posibilidad de que el *nasciturus* tenga la condición de donatario (12).
- Dentro del ámbito público de protección al que nos hemos referido al principio de este análisis jurisprudencial se incluye la declaración de desamparo del *nasciturus* consecuencia de la situación de alto riesgo social de la familia que «no aportaban nada positivo en garantía y seguridad del *nasciturus*» (AP de Girona, Sección 2.^a, sentencia de 8 de septiembre de 2005) (13).

(10) AP de Alicante, Sección 4.^a, sentencia de 27 de octubre de 2005, recurso 348/2005. Ponente: Manuel Benigno FLÓREZ MENÉNDEZ. Número de sentencia: 346/2005. Número de recurso: 348/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 209356/2005). La sentencia de separación dictada en la instancia estableció dicha pensión de alimentos a cargo del esposo, quien interpone recurso de apelación para interesar que se reduzca su cuantía. El recurso carece de fundamento, ya que lo fijado por el Juzgado constituye el llamado *mínimo vital exigible* por la relación de filiación en cualquier circunstancia, abstracción hecha de los medios económicos del otro cónyuge y de las posibilidades económicas del alimentante, incluso en situaciones probadas de carencia de ingresos.

(11) AP de Toledo, Sección 2.^a, sentencia de 31 de julio de 2003, recurso 194/2003. Ponente: Alfonso CARRIÓN MATAMOROS. Número de sentencia: 315/2003. Número de recurso: 194/2003. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 133648/2003). No puede estatuirse su devengo ni cuantía para el *nasciturus* porque se desconocen cuáles sean sus reales necesidades. La constatación judicial del nacimiento exige a ambos progenitores una prueba contundente para la adopción de las medidas solicitadas, como es la certificación del nacimiento.

(12) «Las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento».

(13) AP de Girona, Sección 2.^a, sentencia de 8 de septiembre de 2005, recurso 335/2005. Ponente: José Isidro REY HUIDOBRO. Número de sentencia: 313/2005. Número de recurso: 335/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 172868/2005). «La precariedad laboral y económica de la señora Virginia hacía inviable la atención de las necesidades materiales básicas del futuro hijo... El estado físico de la apelante, portadora del virus VIH al igual que su compañero, requería unos cuidados y tratamientos específicos a la vez que convertía la gestación en un embarazo de riesgo... es evidente que concurrían las circunstancias motivadoras de la declaración de desamparo, ... pues persistían los problemas socio-laborales, los de carencia de estructura familiar, de disponibilidad económica y capacidad física y psicológica para asumir con mínimas garantías, la potestad del futuro hijo, su educación y desarrollo integral, que ya habían motivado la declaración de desamparo de los otros cuatro hijos anteriores, que permanecen bajo la tutela de las instituciones públicas, en acogimiento de los padres de la apelante...».

En idéntico sentido, la sentencia de la AP de Barcelona, Sección 18.^a, Auto de 15 de diciembre de 2005, recurso 610/2005. Ponente: Enrique ALAVEDRA FARRANDO. Número de sentencia: 307/2005. Número de recurso: 610/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 241721/2005).

La doctrina científica sigue también este planteamiento al señalar respecto del *nasciturus* que no puede privarse de la patria potestad a los padres del concebido no nacido pero sí adoptarse medidas de protección en particular en los casos de riesgo grave previstos en el artículo 157 CP, además de tener en cuenta esta conducta, una vez nacido, para poder privarles de la patria potestad (Asencio Mellado, José María; Ferreirós Marcos, Carlos Eloy,

- El *nasciturus* tiene capacidad para ser heredero. A la capacidad para suceder *mortis causa* se refiere el artículo 744 del Código Civil, al decir que: «Podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la ley», que se complementa con lo dispuesto en el artículo 745. Pues bien, el requisito necesario para suceder es pura y simplemente la personalidad. Tratándose de personas naturales, su capacidad deriva del hecho de nacer con las condiciones del artículo 30 del Código Civil. A los concebidos y no nacidos se les aplica el artículo 29 y el 959 y siguientes del Código Civil (AP de Madrid, Sección 21.^a, Auto de 9 de enero de 2008) (14). También se le reconoce la capacidad para ser parte en la herencia yacente. Dispone el artículo 659 del Código Civil que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extinga por su muerte. Y la situación en la que esta herencia se encuentra desde la muerte del causante (apertura de la sucesión) hasta que es aceptada por los herederos llamados, por la voluntad del testador o por disposiciones de la ley, a ella, se conoce con el nombre de herencia yacente (*hereditas iacet*) (15). Sin olvidar que puede ser también legatario (16).
- Capacidad para ser parte en un proceso. La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, regula la capacidad para ser parte en un proceso en el artículo 6, reconociéndosela, entre otras, a las personas físicas, al *concebido y no nacido* y a las personas jurídicas (AP de Madrid, Sección 21.^a, Auto de 9 de enero de 2008) (17).

y Fuentes Soriano, Olga, «Los servicios de protección de menores de las Fiscalías Provinciales. Aspectos organizativos y procesales», en Nuevos retos de la justicia penal, LA LEY, Madrid, 2008).

(14) AP de Madrid, Sección 21.^a, Auto de 9 de enero de 2008, recurso 638/2007. Ponente: Ramón BELO GONZÁLEZ. Número de sentencia: 11/2008. Número de recurso: 638/2007. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 1896/2008).

(15) Nuestro ordenamiento jurídico carece de una regulación de la herencia yacente, cuyo término ni siquiera aparece reflejado en el Código Civil. Bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 la jurisprudencia, superando su primitivo criterio de atribuir la titularidad de los bienes de la herencia yacente al causante suponiendo subsistente a dichos efectos su persona (TS de 5 de junio de 1861; 15 de marzo de 1881; 12 de febrero de 1885, y 9 de junio de 1885), la conceptúa como una masa o comunidad de interesados en relación con el caudal hereditario, a la que, sin ser verdadera persona jurídica, se otorga transitoriamente y para fines limitados una consideración unitaria, y se atribuye capacidad para ser parte activa y pasiva en el proceso (TS de 21 de junio de 1943; 8 de mayo de 1953; 14 de mayo de 1971; 15 de junio de 1982; 16 de septiembre de 1985; 12 de marzo de 1987, y 28 de julio de 1989).

(16) En este orden de cosas, si el llamado a una herencia es un *nasciturus*, del artículo 966 del Código Civil se deduce que el administrador de la herencia, salvo en algún caso excepcional, no estará facultado para pagar los legados, pues solo podrá pagar a los acreedores con autorización judicial previa, ya que estos no pueden ver perjudicados sus intereses por el hecho del fallecimiento del causante. Vid. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Elementos personales, reales y formales», en *El legado de las rentas o prestaciones periódicas: su protección registral*, LA LEY, Madrid, 2007.

(17) AP de Madrid, Sección 21.^a, Auto de 9 de enero de 2008, recurso 638/2007. Ponente: Ramón BELO GONZÁLEZ. Número de sentencia: 11/2008. Número de recurso: 638/2007. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 1896/2008). La nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, reconoce de manera indubitada la capacidad para ser parte a la herencia yacente, al

Sin olvidar la capacidad que ostenta el *nasciturus* para demandar siendo parte en las acciones de filiación, a través de quien legítimamente le representaría si hubiera nacido, lo cual no es extensible a la posibilidad de ser demandado (18).

- La doctrina científica considera que también se les otorga el derecho de rectificación como medio de defensa de sus intereses ante cualquier información, y que pueden ejercitar a través de sus representantes legales (19).
- Sin olvidarnos de la posibilidad de crear un patrimonio autónomo a favor del *nasciturus* incluso del *concepturus* (20).
- El *nasciturus* también tiene derecho a los apellidos del padre cuando ha sido reconocida dicha filiación, y así se constata en la Resolución DGRN de 18 de junio de 2008 (LA LEY 329975/2008) (21). En el procedimiento de divorcio seguido por los padres, estos habían pactado en el convenio regulador propuesto por ellos la inversión de apellidos de la *nasciturus*. No obstante la DGRN deniega dicha inscripción porque la madre al cumplimentar el cuestionario para la declaración de nacimiento en el Registro Civil no hizo referencia a este acuerdo previo de inversión de apellidos ni hizo constar la filiación paterna de la nacida, por lo que fue inscrita solo con los apellidos maternos y por su orden.
- Y, desde luego, tiene capacidad para recibir una transmisión patrimonial, eso sí a través de su representante legal. En la RDGRN de 29 de julio de

otorgarla en su artículo 6 a «los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular» (núm. 4.º del apartado 1).

(18) LLAMAS POMBO, Eugenio, y TORAL LARA, Estrella: «Mecanismos de determinación judicial de la filiación: las acciones de filiación», en *Nuevos conflictos en el Derecho de Familia*, LA LEY, Madrid, 2009.

(19) FARRÉ LÓPEZ, Pedro, «El régimen general: la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación», en *El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa al poder de los medios*, LA LEY, Madrid, 2008. Por lo que respecta al *nasciturus*, la posibilidad de que este pueda ser aludido por una información queda fuera de duda; por ello, sería legítima la posibilidad de sus representantes legales de ejercitar el derecho de rectificación de cualquier información sobre el concebido que consideren falsa o inexacta.

(20) LLAMAS POMBO, Eugenio, y RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, «Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categoría general?», en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, LA LEY, Madrid, 2006.

(21) La DGRN desestima el recurso planteado y confirma el auto apelado del juez encargado del Registro Civil, que denegó la inversión de los apellidos, paterno y materno, en la inscripción de nacimiento de una menor, por no constar determinada su filiación paterna. En el presente caso podría darse por cumplido el requisito del acuerdo de los padres antes de la inscripción, porque después de concebida la hija y antes de su nacimiento, en el procedimiento de divorcio seguido por los padres, estos habían pactado en el convenio regulador propuesto por ellos la inversión de apellidos de la *nasciturus*. Dicho convenio fue aprobado por la sentencia de divorcio de 17 de julio de 2007, dictada por el Juzgado de Primera Instancia, número 2 de R. Pero el obstáculo que se presenta para que prospere la pretensión de la madre es que esta, al cumplimentar el cuestionario para la declaración de nacimiento en el Registro Civil no hizo referencia a este acuerdo previo de inversión de apellidos ni hizo constar la filiación paterna de la nacida, por lo que fue inscrita solo con los apellidos maternos y por su orden. Consecuentemente, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, no puede admitirse ahora la propuesta de la madre consistente en que su hija tenga atribuidos como apellidos el primero materno «P», como primero y el primero paterno «S». como segundo, porque primero tendría que quedar determinada en la inscripción de nacimiento de la hija la filiación paterna.

1999 (LA LEY 11788/1999), se debate sobre la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad la cesión de una mitad indivisa de la vivienda familiar que con ocasión de un convenio aprobado judicialmente en la sentencia de separación conyugal, realiza uno de los cónyuges a favor de sus hijos (uno nacido y el otro *nasciturus*) a condición de que dicha mitad no sea entregada ni vendida hasta que alcance la mayoría de edad el hijo del matrimonio que va a nacer o, en otro caso, la hija existente.

Se prevé, además, en dicho convenio, que el otro cónyuge, dueño de la otra mitad, se hace cargo y responsable único de la hipoteca que grava la vivienda. El Registrador deniega la anotación ordenada por el defecto insubsanable de no ser título adecuado con arreglo a los artículos 633 CC y 3 LH (22).

III. EFECTOS NO FAVORABLES AL *NASCITURUS*

La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, sentencia de 30 de marzo de 2006) (23) denegó la atribución a la embarazada, en atención al interés del *nasciturus*, de la vivienda perteneciente a su expareja de hecho, puesto que entre los efectos que puedan resultar o ser favorables para el *nasciturus* (si llega a nacer con los requisitos legales) no figura la asignación a su favor de la vivienda común de sus progenitores mientras duró la convivencia.

El artículo 83.2.a) del Código de Familia se limita a contemplar la atribución del uso de la vivienda si hay hijos sujetos a la patria potestad, preferentemente, al progenitor que tenga atribuida su guarda.

(22) a) Las previsiones adoptadas en un convenio regulador de la consecuencia de la separación o divorcio, que constituyan el contenido propio de dicho convenio por incidir sobre los aspectos que la crisis familiar hace necesario abordar, produce plenos efectos jurídicos una vez aprobados judicialmente (art. 90 CC); b) que siendo uno de los aspectos que por expresa previsión legal ha de abordarse en el convenio el relativo a la vivienda familiar, y obedeciendo la exigencia legal de esta previsión, a la protección básicamente, del interés de los hijos (art. 96 CC), en modo alguno puede negarse que sea extraño el contenido genuino de dicho convenio el que uno de los cónyuges ceda su parte de vivienda a favor de los hijos del matrimonio, sin que pueda alegarse que el artículo 90.B) del Código Civil exige únicamente la previsión sobre el uso, pues, por una parte, y como literalmente señala el inciso inicial de dicho artículo, las especificaciones recogidas en el artículo citado constituyen el contenido «mínimo» del convenio y, por otra, no hay razón para excluir aquellas disposiciones relativas al uso de la vivienda que se articulen por vía de cesión de la propiedad, y entender incluida solo las que se instrumentalicen por el cauce de la constitución de un derecho real de goce; c) que tratándose de un convenio judicialmente aprobado, no corresponde al Registrador en el ámbito de su función calificadora (art. 100 RH), revisar ahora la procedencia de la inclusión en aquel de la cesión cuestionada ni, por ende, cuestionar su eficacia aisladamente considerada, máxime si se tiene en cuenta la unidad y recíproca interdependencia de las distintas previsiones que integran estos convenios; d) que ni es cierto que la cesión considerada se hace sin contraprestación (el otro cónyuge se compromete al pago del crédito hipotecario que lo grava), ni puede ignorarse que en las cesiones de la vivienda familiar que un cónyuge realiza en los convenios reguladores de la separación o el divorcio, en favor del otro cónyuge o de los hijos comunes, tiene una decisiva relevancia la necesidad de atender la situación creada por la crisis matrimonial.

(23) AP de Barcelona, Sección 12.^a, sentencia de 30 de marzo de 2006, recurso 952/2005. Ponente: Paulino RICO RAJO. Número de sentencia: 223/2006. Número de recurso: 952/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 109308/2006).

El hecho de quedar embarazada la mujer durante la convivencia, rota durante la gestación, no es motivo suficiente para privar del derecho de uso al propietario de la vivienda.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALISTE SANTOS, Tomás J.: «La protección histórica al concebido y su proyección en el Derecho Civil español actual», en *Actualidad Civil* (LA LEY). Revista núm. 4. Fecha de publicación: Quincena del 16 al 29 de febrero de 2008. Sección: A Fondo, págs. 383 a 402, Tomo: 1 (LA LEY187/2008).
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar: «Elementos personales, reales y formales», en *El legado de las rentas o prestaciones periódicas: su protección registral*, LA LEY, Madrid, 2007.
- ASENCIO MELLADO, José María; FERREIRÓS MARCOS, Carlos Eloy, y FUENTES SORIANO, Olga: «Los servicios de protección de menores de las Fiscalías Provinciales. Aspectos organizativos y procesales», en *Nuevos retos de la justicia penal*, LA LEY, Madrid, 2008.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen: *El seguro de vida para caso de muerte. Cuestiones actuales de Derecho Civil*. Dykinson, Madrid, 2005.
- FARRÉ LÓPEZ, Pedro: «El régimen general: la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación», en *El derecho de rectificación. Un instrumento de defensa al poder de los medios*, LA LEY, Madrid, 2008.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Los patrimonios autónomos. ¿Hacia una categoría general?», en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, LA LEY, Madrid, 2006.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, y TORAL LARA, Estrella: «Mecanismos de determinación judicial de la filiación: las acciones de filiación», en *Nuevos conflictos en el Derecho de Familia*, LA LEY, Madrid, 2009.
- REQUEJO CONDE, Carmen: «Límite mínimo en la protección de la vida humana independiente. Los nuevos criterios jurisprudenciales», en *Diario La Ley*, núm. 6400, Sección Doctrina, 16 de enero de 2006, Año XXVII, Ref. D-11, Editorial LA LEY (LA LEY 5541/2005).

V. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA Y DE RESOLUCIONES DE LA DGRN

- AP de Córdoba, Sección 2.ª, sentencia de 25 de septiembre de 1997, recurso 177/1997. Ponente: Antonio PUEBLA POVEDANO. Número de recurso: 177/1997. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 59/1998).
- AP de Badajoz, Sección 1.ª, sentencia de 11 de noviembre de 2002, recurso 187/2002. Ponente: Jesús PLATA GARCÍA. Número de sentencia: 67/2002. Número de recurso: 187/2002. Jurisdicción: PENAL (LA LEY 187948/2002).
- AP de Toledo, Sección 1.ª, sentencia de 20 de febrero de 2003, recurso 323/2002. Ponente: Rafael CÁNCER LOMA. Número de sentencia: 61/2003. Número de recurso: 323/2002. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 36822/2003).
- AP de Toledo, Sección 2.ª, sentencia de 31 de julio de 2003, recurso 194/2003. Ponente: Alfonso CARRIÓN MATAMOROS. Número de sentencia: 315/2003. Número de recurso: 194/2003. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 133648/2003).
- AP de Girona, Sección 2.ª, sentencia de 8 de septiembre de 2005, recurso 335/2005. Ponente: José Isidro REY HUIDOBRO. Número de sentencia: 313/2005. Número de recurso: 335/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 172868/2005).

- AP de Alicante, Sección 4.^a, sentencia de 27 de octubre de 2005, recurso 348/2005. Ponente: Manuel BENIGNO FLÓREZ MENÉNDEZ. Número de sentencia: 346/2005. Número de recurso: 348/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 209356/2005).
- AP de Barcelona, Sección 18.^a, Auto de 15 de diciembre de 2005, recurso 610/2005. Ponente: Enrique ALAVEDRA FARRANDO. Número de sentencia: 307/2005. Número de recurso: 610/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 241721/2005).
- AP de Barcelona, Sección 12.^a, sentencia de 30 de marzo de 2006, recurso 952/2005. Ponente: Paulino RICO RAJO. Número de sentencia: 223/2006. Número de recurso: 952/2005. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 109308/2006).
- AP de Madrid, Sección 21.^a, Auto de 9 de enero de 2008, recurso 638/2007. Ponente: Ramón BELO GONZÁLEZ. Número de sentencia: 11/2008. Número de recurso: 638/2007. Jurisdicción: CIVIL (LA LEY 1896/2008).

VI. LEGISLACIÓN

- Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados fundados.
- Llei 37/1991, de 30 de desembre, del Parlament de Catalunya, sobre mesures de protecció del menors desamparats i de l'adopció.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

RESUMEN

NASCITURUS PROTECCIÓN CIVIL

El nacimiento determina la personalidad pero al concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables siempre que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno. La protección sustantiva genérica del nasciturus que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra históricamente ligada al Derecho Civil ha evolucionado hacia otras esferas de protección, el Derecho Público. La jurisprudencia le otorga la indemnización por daño moral, reconoce su capacidad para ser beneficiario de una suma asegurada en el seguro de vida para caso de fallecimiento, pensión alimenticia, condición de donatario, heredero, legatario, parte en un proceso... pero también le declara en desamparo como consecuencia de la situación de alto riesgo social de la familia.

ABSTRACT

UNBORN CHILD CIVIL PROTECTION

Birth confers legal personality, but the unborn child is held to have been born to all effects in the child's favour, provided that it is human in shape and lives for twenty-four hours entirely detached from its mother. The generic substantive protection of the unborn child, which in our legislation is historically linked to civil law, has evolved toward other spheres of protection, namely public law. Case-law grants the unborn child indemnification for mental anguish, recognises the unborn child's ability to be the beneficiary of an insured sum in life insurance for the case of death and the recipient of maintenance, and recognises the unborn child's standing as donee, heir, legatee and party to legal proceedings; but case-law also declares the unborn child abandoned when its family situation is one of high social risk.

1.2. Familia

LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora

Derecho Civil UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANTECEDENTES, CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA.—III. REQUISITOS DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA: 1. REQUISITOS GENERALES: A) *La declaración de incapacidad.* B) *Condición y aptitud de los padres para asumir la guarda del hijo.* 2. REQUISITOS ESPECÍFICOS DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA. 3. REQUISITOS ESPECÍFICOS DE LA PATRIA POTESTAD REHABILITADA: A) *Mayoría de edad.* B) *Soltería.* C) *Convivencia.*—IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA: 1. SUJETOS. 2. CONSTITUCIÓN. 3. CONTENIDO.—V. EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La relación paterno-filial que une a los padres con sus hijos menores de edad determina un entramado de obligaciones y responsabilidades, conocida como patria potestad. Se encuadra la misma entre las medidas de protección de los menores, siendo de entre estas, la más natural (1). Su regulación en el Código Civil se contiene en los cuatro primeros capítulos del título VII, del Libro I (arts. 154 a 171). Diversas son las definiciones que se puedan dar en relación a la misma, así representa «el vínculo jurídico que liga a los padres con los hijos que se traduce en una serie de derechos y deberes a través de los cuales aquellos procuran una formación íntegra de los hijos y velan por su persona y por sus intereses patrimoniales» (2), o como «el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole» (3). Ambas formas de conceptuar la patria potestad coinciden

(1) CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., «La patria potestad», en *Instituciones de Derecho Privado, T. IV. Derecho de Familia*, vol. 1.º, coordinador: V. GARRIDO DE PALMA, Civitas, Madrid, 2001, pág. 621. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9223), señala en su *Fundamento de Derecho* 4.º que: «...la patria potestad es la institución protectora por excelencia y se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva)...».

(2) VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Colex, Madrid, 1989, pág. 13.

(3) CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª, *La patria potestad*, Madrid, 1960, pág. 10. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de junio de 1994 (RJ 1994/6502), después de señalar que en el artículo 154 del Código Civil se establecen las funciones de los

en configurarla como un conjunto de deberes y derechos, lo que determina que la patria potestad venga a calificarse como una función, que se ejerce en interés y beneficio del hijo, y en donde las actuaciones de los padres, deben estar presididas por el respeto a la personalidad del hijo, ajustándose en cada momento a las exigencias específicas que su desarrollo personal exige y demanda (4). A ello se refiere expresamente el artículo 154 del Código Civil cuando establece que «la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad y 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». De esto deriva que la patria potestad tiene el carácter de irrenunciable, imprescriptible e intransmisible (5), todo ello sin perjuicio de la admisibilidad de ciertas dosis de operatividad de la autonomía de la voluntad de los padres tanto en lo que supone el ejercicio

padres en el ejercicio de la patria potestad, en su doble carácter de deberes y de derechos, nos ofrece una definición de patria potestad, disponiendo al respecto que «este precepto, reformado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, siguiendo las orientaciones doctrinales más modernas y la tendencia de los ordenamientos contemporáneos, configura la patria potestad como el conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre las personas y sobre los bienes de sus hijos no emancipados, constituyendo a la par un conjunto de deberes que, como inherentes a dicha patria potestad, deben asumir y cumplir los padres respecto de sus hijos».

(4) En este sentido, se orientan los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales. Así, DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 10.ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, pág. 256; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*. T. VI, *Derecho de Familia*, 9.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010, pág. 344; PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2008, pág. 352; LACRUZ BERDEJO, J. L., et al., *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, 4.ª ed., revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 387. Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 (RJ 1991/7447), señala que: «El derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores y dentro del mismo, el específico a la guarda y tutela de los mismos, viene incluido entre los que la doctrina dominante denomina derechos-función, en los que, la especial naturaleza que les otorga su carácter social, que trasciende del ámbito meramente privado, hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular —como sucede en la generalidad de los derechos subjetivos— sino en obligatorio para quien lo ostenta, toda vez que adecuado cumplimiento llena unas finalidades sociales —en este caso, de interés familiar— que le hacen especialmente preciado para el ordenamiento jurídico». En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, de 14 de junio de 1995 (RJ 1995/5188); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 (AC 1996/472); la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 1.ª, de 8 de febrero de 1999 (AC 1999/3913); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 27 de noviembre de 2000 (JUR 2001/63294).

(5) DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones», *op. cit.*, pág. 256, quienes, asimismo, precisan que «la patria potestad como institución básica del orden social-familiar, es de orden público»; SOLÍS VILLA, C., «Notas sobre el ejercicio de la representación legal de los hijos», en *La Reforma del Derecho de Familia*, Jornadas Hispalenses sobre la Reforma del Derecho de Familia, 1984, pág. 317. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre 1991 (RJ 1991/7447); la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.ª, de 9 de febrero de 1998 (AC 1998/3232); y la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3.ª, de 5 de marzo de 2001 (JUR 2001/139719).

como en el desempeño de la patria potestad, bien a través de la prestación de consentimientos generales entre los mismos que permita la actuación de uno solo de ellos en la realización del acto concreto y determinado, bien mediante la conclusión de acuerdos en el ejercicio de la patria potestad en caso de ruptura de la convivencia por parte de aquellos con carácter previo a la interposición de la demanda o en sustitución de la misma, con el debido control judicial, o bien mediante el amplio campo de la acción de la facultad capitular (6).

Ahora bien, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, la configuración de la patria potestad como función descansa sobre tres principios fundamentales, que constituyen sus pilares básicos: 1) Principio de igualdad de los padres en el ejercicio de la patria potestad; 2) Principio de intervención del hijo en las cuestiones de la patria potestad que le afectan. Se contiene en el apartado segundo del artículo 154 del Código Civil, el principio del beneficio o interés del hijo, y el respecto de su personalidad; 3) La atribución al juez de amplias facultades en el tema de la patria potestad (7). Precisamente, estos dos últimos principios se han visto reforzados por la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Así, por un lado, señala en su artículo 2.1 que «en aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». Al respecto, manifiesta RIVERA FERNÁNDEZ que «la noción de interés del menor se configura como guía, incluso obligación, a seguir en sus comportamientos por las personas, instituciones u organismos que, en un caso concreto, adopten medidas en relación con los menores con el único fin: el desarrollo integral del menor» (8); y, por otro, la actuación judicial se ha visto incrementada por las medidas de control tanto en la esfera personal (art. 158 CC), como en la patrimonial (arts. 166 y 167 del citado cuerpo legal), lo que ha suscitado no

(6) DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.^a, «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, 1982, pág. 368; LINACERO DE LA FUENTE, M.^a A., *Régimen patrimonial de la patria potestad*, Montecorvo, Madrid, 1990, pág. 30; URIBE SORRIBES, A., «La representación de los hijos», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, 1982, pág. 253.

(7) Destaca CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, «Comentario al artículo 154 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. I, dirigidos por Candido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CODERCH, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pág. 545, que «tales principios responden, en términos generales, a las tendencias del Derecho Comparado. A ello venían orientándose también en España, la doctrina y jurisprudencia civil».

(8) RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor», en *Revista General del Derecho*, año LII, número 621, junio 1996, pág. 6503; DIEZ-PICAZO, L., «El principio de protección integral de los hijos», en *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid 1984, págs. 174-175; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 230-231. Asimismo, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de enero de 1993 (RJ 1993/478), con cita de las sentencias de 9 de marzo de 1989 (RJ 1989/2030), y de 30 de abril de 1991 (RJ 1991/3108), establece que «la patria potestad, al estar configurada como conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumbe, está orientada a favor y servicio de los hijos, y de acuerdo con su personalidad, por lo que ha de estar perfectamente en consonancia con el estado emocional del niño y las circunstancias concretas en que se hallen tanto los hijos como los padres»; la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.^a, de 20 de julio de 1998 (AC 1998/6865); y la sentencia de la misma Audiencia, Sección 4.^a, de 22 de mayo de 2000 (JUR 2000/238856).

pocos recelos en la doctrina en cuanto supone una merma de la autonomía en las relaciones paterno-filiales, y una verdadera intromisión en ellas (9); aunque, lo cierto es que, tiempo antes de la reforma ya se había defendido por algún autor la necesidad de este control (10).

Con respecto al primero de los principios citados, hemos simplemente de poner de manifiesto que, tras la reforma de 1981, se rompe con el sistema de patria potestad subsidiaria de la madre, consagrando el ejercicio conjunto por ambos progenitores, de forma que, corresponde a ambos la titularidad y el ejercicio (11). Esta atribución dual de la patria potestad es consecuencia de la filiación (12), lo que exige que la misma se encuentre legalmente determinada respecto de ambos progenitores, pues, si lo está solo de uno, a este se le atribuye tanto la titularidad como el ejercicio; todo ello, sin perjuicio de existir otros supuestos también de atribución individual —si bien solo del ejercicio—, conservando, no obstante, ambos progenitores la titularidad conjunta. De modo que, en principio todas las decisiones concernientes a los hijos menores no emancipados (matrimoniales, no matrimoniales o adoptivos) habrán de ser tomadas por los progenitores de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro. La consagración normativa de tal potestad dual y su correspondiente desarrollo se encuentra en los artículos 154 y 156 del Código Civil.

Así, al lado de la regla general del ejercicio conjunto de la patria potestad a la que se equipara el ejercicio unilateral consentido (consentimiento expreso, tácito y, aun presunto que establece el citado art. 156, en su párrafo 1.º, y último), la Ley reconoce, por un lado, una serie de supuestos donde dicho ejercicio conjunto no es posible, y en consonancia con ello, estamos ante una actuación (ejercicio) unilateral de la patria potestad, tales como: *a)* La existencia de desacuerdos, que pueden ser de dos tipos: simples o relativos a un acto concreto (art. 156.2) y reiterados; *b)* Los casos de defecto, ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres (art. 156.4); o *c)* Cuando los padres viven separados, siendo la patria potestad ejercida por aquel con quien el hijo conviva (art. 156, párrafo quinto); y, por otro, se flexibiliza la exigencia general de ejercicio conjunto en algunos actos y determina la admisión de actuaciones aisladas en determinados supuestos como los actos que realicen uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad (art. 156.1.º). Así las cosas, la titularidad y el ejercicio conjunto de la patria potestad tiene como referente ordinario a los hijos menores no emancipados; si bien, mediante la prórroga de

(9) DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.ª, «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», *op. cit.*, pág. 365 y nota 20, quien, no obstante matiza que, si bien «se ha ido tal vez más allá de lo conveniente en una regulación equilibrada de los intereses en juego»; ello «no significa que se tenga ni una sombra de duda sobre la ponderación con que nuestros jueces pueden usar de las facultades que se les conceden y que probablemente no usarán en la práctica cuando entiendan que puedan interferir en los derechos y libertades de los padres. Sin embargo, y por el carácter de esta intervención judicial tal vez hubiera sido preferible conceder estas facultades a los tribunales especializados de menores, cuyas competencias y objetivos quedan oscurecidos tras la reforma».

(10) CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª, «La patria potestad», *op. cit.*, págs. 47-48.

(11) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 16 de febrero de 1999 (*JUR* 1999/87519); y de la Audiencia Provincial de Ávila, de 18 de junio de 1999 (*AC* 1999/2279).

(12) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2002 (*RJ* 2002/5905); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 26 de mayo de 1999 (*AC* 1999/6658).

aquella, la patria potestad puede hacerse extensible también a los hijos mayores de edad incapacitados (art. 171 CC).

En este contexto, el contenido esencial de la patria potestad, en atención a los supuestos descritos, se concretiza en una serie de deberes a cumplir por quienes ejercen la patria potestad, tales como velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral recogidos todos ellos en el apartado 1 del artículo 154 del Código Civil; e, igualmente, en una serie de facultades como la de «representación y administración de los bienes de los hijos». La representación de los hijos está desarrollada en el capítulo II del Título VII, el artículo 162, cuyo párrafo primero dispone: «los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados». Se trata de una representación legal que nace directamente de la Ley que, es la que determina su configuración, su ámbito de actuación y fija su extensión operativa, trazando los límites correspondientes a la misma. Esta representación legal corresponde a los padres que «ostenten» la patria potestad, es decir, a quienes la ejercen, comprendiendo toda una serie de facultades concernientes a los bienes, derechos y deberes de los hijos no solo en el ámbito patrimonial, sino también en el personal, siempre que aquellas no se encuentran expresamente exceptuados por la Ley, con independencia de que el resultado de la misma sea beneficioso o adverso para los hijos (13).

Esta representación legal, atribuida a los padres, no tiene otra razón de ser que la de suplir o sustituir al hijo en todos aquellos actos que, debido a su falta de capacidad, consecuencia de su minoría de edad, o de su incapacitación —mientras es menor de edad o cuando es mayor de edad— no puede realizar por sí mismo. De forma que, desde la formulación general que se dota a la misma, significa que los padres representan a los hijos en todos aquellos actos que, no pueden realizar por sí mismos, y que, además, no se encuentran excluidos por la ley —salvo que estemos ante un supuesto de patria potestad prorrogada, pues, con las debidas matizaciones, no resultará operativa tal exclusión en toda su plenitud—. De todas formas, se ha consolidado tras la reforma por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la idea de una progresiva y gradual capacidad de obrar del menor, y, en consecuencia, la posibilidad de este de participar en las decisiones que le afecten y ejercitar por sí mismo sus derechos, a través de una serie de instrumentos (14). Igualmente, y en la medida que lo permita la sentencia de incapacitación, el hijo sometido a patria potestad prorrogada, puede actuar por sí mismo, sin intervención de los padres —sus representantes legales—.

Esta representación de los padres opera tanto en la esfera personal como en la patrimonial, pues, el fin de esta es colaborar en la gestión de los intereses personales y patrimoniales de los hijos menores de edad. Precisamente, dentro de esta cooperación gestora viene a ocupar un lugar destacado la gestión del patrimonio a la que se refieren los artículos 164 a 168 del Código Civil, en los

(13) CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., «La patria potestad», *op. cit.*, pág. 705; VENTOSO ESCRIBANO, A., «La representación y disposición de los bienes de los hijos», *op. cit.*, pág. 79; ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La representación legal de los hijos menores*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, págs. 25-26.

(14) CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., «La patria potestad», *op. cit.*, págs. 706-707; GETE-ALONSO, M.^a del C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2.^a ed., 1992, pág. 32; JORDANO FRAGA, FRANCISCO, «La capacidad general del menor», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto de 1984, pág. 892.

que se regula la administración de los bienes de los hijos. Una gestión del patrimonio, que en el sentir mayoritario de la doctrina, supone una administración en sentido amplio, donde se incluyen no solo los actos de administración en sentido estricto, sino también los de conservación y disposición, aunque con respecto a estos últimos, se precise en algunos supuestos el complemento de la autorización judicial (15). Ahora bien, este poder de representación conferido a los padres por la Ley, no es absoluto en ambas esferas, sino que está limitado bien en forma de exclusión: puede representarse al menor de edad no emancipado en todo lo que no esté excluido (arts. 162 y 164); y, bien, con respecto al hijo mayor de edad con patria potestad prorrogada o rehabilitada, por lo que pueda establecer la sentencia de incapacitación.

Desde las consideraciones expuestas, el presente estudio lo vamos a centrar en la patria potestad prorrogada o rehabilitada, como modalidad de guarda de los hijos mayores incapacitados, cuyo ejercicio corresponde a los padres —cuya filiación esté determinada y ostenten la titularidad y ejercicio de la patria potestad—, como representantes legales de aquellos. Para ello no solo tendremos en cuenta las posiciones doctrinales y jurisprudenciales existentes sobre la materia —más bien escasas, hay que decir, sino que también operaremos sobre la base de la regulación legal contenida en nuestro Código Civil (art. 171), y la existente en otros ordenamientos autonómicos y extranjeros próximos a nuestro entorno. En consecuencia, analizaremos los antecedentes de esta figura en sus dos modalidades de patria potestad prorrogada propiamente dicha o patria potestad rehabilitada, su concepto, fundamento, requisitos generales atribuibles a ambos tipos de patria potestad prorrogada, a los específicos de cada una de ellas; al contenido que las conforma y delimita su alcance, para finalizar con su extinción.

II. ANTECEDENTES, CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA PATRIA POTES-TAD PRORROGADA O REHABILITADA

La patria potestad en el Derecho romano se configuraba como un poder perpetuo, viviendo el padre, con independencia de la edad de los hijos. Ello de acuerdo con las primitivas concepciones políticas y de poder de la familia agnaticia, sin que, posteriormente, con la introducción de la moral en el Derecho por el pretor, y la aparición de la familia cognaticia, la patria potestad perdiera tal carácter permanente, mientras viviera el *pater*. Lo que contrataba con el carácter temporal del Derecho germano y la no perpetuidad del poder paterno —*munt*—, que terminaba con la capacidad del hijo; lo que para algunos puede verse como un antecedente de la prórroga de la patria potestad (16).

Tal concepción romanista de la patria potestad influye en los textos históricos españoles, como las Partidas, las Leyes de Toro —aunque, por primera vez, en la Ley 47 se recoge lo que se denomina emancipación por matrimonio—; y en la Ley de Matrimonio Civil de 1870, con la citada novedad de la Ley 47, destacándose el carácter de *officium* de la patria potestad.

(15) VENTOSO ESCRIBANO, A., «La representación y disposición de los bienes de los hijos», *op. cit.*, págs. 156-157; DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.^a, «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», *op. cit.*, pág. 359.

(16) LÓPEZ PÉREZ, J., *Prórroga y rehabilitación de la patria potestad*, Bosch, Barcelona, 1992, pág. 13.

En ninguna de tales regulaciones se contempla la patria potestad prorrogada, como tampoco en los diferentes Proyectos de Código Civil, ni en la redacción originaria del mismo.

Sin embargo, en el artículo 39.1 de la Constitución Española, se destaca, además del deber que, corresponde a los poderes públicos de asegurar una adecuada protección social, económica, y jurídica de la familia; el que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda (apartado tercero). Una asistencia que alcanza a cualquier hijo, y no solo a los que sean menores de edad. Lo que va a influir en cierta forma en lo que posteriormente representará la patria potestad prorrogada o rehabilitada (17).

En este contexto, lo cierto es que, la primera regulación y mención expresa a la patria potestad prorrogada tiene lugar en un texto no normativo como es el Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela, publicado en 1977 por la Fundación Mediterránea y el SEREM. En dicho Estudio —redactado por un equipo de profesores universitarios dirigidos por el profesor Díez-PICAZO e integrado por los profesores Rodrigo BERCOVITZ, Carlos ROGEL, Antonio CABANILLAS y Jorge CAFARENA— se elabora un Anteproyecto de Ley privado de Reforma del Código Civil en materia de tutela, en el que se dedican cuatro artículos —concretamente, los arts. 230 a 233— a la patria potestad prorrogada, sin mención de la patria potestad rehabilitada. Se justifica esta figura en palabras de sus autores, en que se trata de una normativa «de factura nueva, respondiendo a un problema cierto del modo más acorde con el sentir de los destinatarios de las normas. Siendo la patria potestad el poder familiar tuitivo por excelencia, lógico y justo es que cuando, llegada la mayoría de edad, o en el caso de incapacitación de un menor de edad, subsisten las causas de incapacitación y vive el titular de la patria potestad, sea este, y ningún otro, quien, en base al mismo título que se prorroga, siga encomendado de la guarda y custodia del incapacitado, su representante legal y la administración de sus bienes e intereses, a no ser que haya tenido lugar la suspensión o privación de la patria potestad, o contraiga matrimonio el incapacitado, en cuyo caso entrarán en juego los otros institutos tutelares. La solución de la patria potestad prorrogada ha parecido más idónea que la propugnada en otros ordenamientos al respecto (...), lo cual reduce a los incapacitados a la condición de menores eternos, lo cual, además de implicar un tratamiento discriminatorio, no es enteramente cierto, si estamos a las enseñanzas de la ciencia médica» (18). El primero de los artículos citados (art. 230) concreta el ámbito de aplicación de la patria potestad prorrogada al señalar que: «cuando las causas de incapacitación contempladas en el artículo 200

(17) La sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, de 30 de abril de 1999 (AC 1999/5830), después de señalar que el artículo 171 del Código Civil es un precepto digno de la mejor crítica; precisa que, la medida de la rehabilitación en la patria potestad se ha de enmarcar en el contexto de la patria potestad, y está presidida por una norma de rango constitucional como es el artículo 39.3, que impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo tipo a sus hijos durante la minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda, como es el supuesto que nos ocupa.

(18) Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela, dirigido por Luis Díez-PICAZO, con la intervención de Rodrigo BERCOVITZ, Carlos ROGEL, Antonio CABANILLAS y Jorge CAFARENA, patrocinado por el Servicio de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos (SEREM) y el Patronato para Ayuda a Subnormales de la Fundación General Mediterránea, Madrid, 1977, págs. 24-25.

existieran durante la menor edad de la persona, una vez incapacitado esta y llegada a la mayor edad se considerará prolongada la patria potestad y corresponderá a los titulares de la misma la guarda y custodia del incapacitado, su representación legal y la administración de sus bienes e intereses, con arreglo a las disposiciones especiales establecidas en la sentencia de incapacitación y a las reglas generales de este Código sobre patria potestad en cuanto no resulten modificadas por aquellas». El artículo 231, por su parte, se ocupa por determinar las causas de extinción de la misma, así concluirá: «1. Por las mismas causas que determinan la suspensión especial de la patria potestad ordinaria con arreglo a los artículos 167.1.º, 169, 170 y 171 de este Código. 2. Por haberse decretado la cesación de la incapacitación. 3. Por haber contraído el incapacitado matrimonio válidamente»; el artículo 232, por concretar los efectos una vez concluida la patria potestad prorrogada y subsistiendo las causas «si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiese el estado de incapacitación, se constituirá de inmediato la tutela o curatela, conforme a lo que se dispone en los capítulos siguientes»; finalmente, el artículo 233 establece que: «si la patria potestad prolongada hubiese concluido a consecuencia de la suspensión o extinción de la patria potestad, el padre o la madre podrá pedir al Juez la tutela del incapacitado una vez alzada la suspensión o dejada sin efecto la privación».

Este Anteproyecto sirvió de fundamental punto de partida en los trabajos prelegislativos de reforma de la patria potestad, que se iniciaron a comienzos de 1978 en el seno de la Comisión General de Codificación, y, especial, sobre la materia que nos ocupa, pues como señala CASTÁN TOBEÑAS —miembro de tal Comisión— estaba más lejana la reforma de la tutela, por lo que parecía más adecuado llevar la regulación de la patria potestad prorrogada al articulado general sobre la patria potestad (19). Así, el primer Proyecto de Ley de modificación de la patria potestad que el día 15 de septiembre de 1978 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes, ya contenía una regulación de la patria potestad prorrogada en la misma línea que lo había hecho el Estudio dirigido por el profesor Díez-Picazo. Sin embargo, dicho Proyecto no llegó a aprobarse.

Posteriormente, el 14 de septiembre de 1979, se presenta a las Cortes un nuevo Proyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad, y régimen económico del matrimonio, en el que, además de regularse en el artículo 171, la patria potestad prorrogada, se señala como causa de conclusión, en lugar de los actuales número 1.º y 2.º del párrafo segundo, «las mismas causas que la patria potestad ordinaria» (20). Al texto se presentaron en

(19) CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª, «La reforma de la patria potestad», en *Las Reformas del Código Civil por Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, pág. 57.

(20) BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71-I, de 14 de septiembre de 1979, pág. 180. Dispone el citado artículo 171: «La patria potestad sobre los hijos que hubieren sido incapacitados por deficiencias o anomalías psíquicas o por sordomudez, quedará prorrogada por ministerio de la Ley a llegar aquellos a la mayor edad. La patria potestad prorrogada se ejercerá con sujeción a las disposiciones especialmente establecidas en la sentencia de incapacitación, y subsidiariamente, a las reglas del presente título.

La patria potestad prorrogada termina: 1.º Por las mismas causas que la patria potestad ordinaria; 2.º Por haberse decretado la cesación de la incapacitación; 3.º Por haber contraído el incapacitado matrimonio válidamente.

Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiese el estado de incapacitación, se constituirá la tutela».

Asimismo, en la Exposición de Motivos de la Ley, después de destacar los aspectos más importantes de la reforma en materia de patria potestad, se señalaba que: «Fuera de las

el Congreso, un total de cinco enmiendas. La número 80 presentada por doña Carmela García-Moreno Teiseira (Grupo Centrista-UCD), en la que se proponía la desaparición de la incapacitación por sordomudez (21); la número 152, firmante el Grupo Coalición Democrática, en la que se proponía modificar la primera causa de conclusión de la patria potestad prorrogada que en el Proyecto se remitía a las mismas causas que la patria potestad ordinaria, por las siguientes: «1. Por haberse decretado la cesación de la incapacidad; 2. Por la muerte o declaración de fallecimiento de los padres o del hijo, así como por la adopción de este; 3. Por haber contraído el incapacitado matrimonio válidamente, en cuyo caso el otro cónyuge, si es mayor de edad, ostentará la representación del incapacitado» (22); la número 210 (Grupo Socialistes de Catalunya), que no tiene especial interés para la materia, pues, para este artículo y otros, se proponía que, cuando se habla de juez, se especificará que sería «de distrito» (23); la número 218 (también del Grupo Socialiste de Catalunya), enmienda de adición, en la que se hace referencia a la patria potestad rehabilitada (24); y la número 498, firmante don Óscar Alzaga Villaamil (Grupo Centrista-UCD), en la que se daba una nueva redacción al texto, incidiendo en la modificación de los supuestos por los que se terminaba la patria potestad (25).

cuestiones de principio, la novedad más importante es la introducción de una prórroga de la patria potestad que permitirá a los padres, al llegar el hijo a la mayor edad, continuar ejerciéndola sobre aquel que hubiere sido incapacitado, siendo menor, por deficiencias psíquicas o sordomudez» (pág. 174).

(21) BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71-I 2, 10 de octubre de 1979, págs. 250-251. *Justificación*: Se considera que el sordomudo puede estar perfectamente integrado en la sociedad. En el caso de defecto grave se incluiría en la incapacitación por deficiencias o anomalías psíquicas.

(22) BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71-I 2, 10 de octubre de 1979, pág. 273. *Justificación*. Redacción más técnica y correcta en concordancia con los artículos 169 y 214.

(23) BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71-I 2, 10 de octubre de 1979, págs. 284-285.

(24) BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71-I 2, 10 de octubre de 1979, pág. 287. Así al artículo 171 ha de adicionarse el siguiente texto: «En el supuesto de haberse procedido a la incapacitación del hijo, al llegar este a la mayoría de edad, la patria potestad se entenderá automáticamente prorrogada». *Motivación*. La incapacidad del hijo no debe ser forzosamente solicitada durante la minoría de edad, toda vez que tanto se puede instar posteriormente como también sobrevenir con posterioridad al alcanzarse la mayoría de edad.

(25) BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 71-I 2, 10 de octubre de 1979, págs. 369-370, el artículo 171 quedaría redactado así: «La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados por deficiencias o anomalías psíquicas o por sordomudez, quedará prorrogada por ministerio de la ley al llegar aquellos a la mayor edad. La patria potestad prorrogada se ejercerá con sujeción a las normas generales sin perjuicio de las disposiciones especialmente establecidas en la sentencia de incapacitación.

La patria potestad prorrogada terminará: 1. Por la muerte o la declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo; 2. Por la adopción del hijo; 3. Por haberse decretado la cesación de la incapacitación; 4. Por haber contraído el incapacitado matrimonio válidamente.

Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela». *Justificación*. No era cierto el párrafo 1 porque no cabe la emancipación después de haber llegado a la mayor edad. Y parece mejor aplicar las reglas generales de la patria potestad.

La Ponencia en su Informe recomendó la aceptación parcial de las enmiendas número 498 y 152, y la no aceptación de las número 80, 210 y 218 (26), siendo la misma redacción del artículo 171, la que se mantiene en el Dictamen emitido por la Comisión de Justicia a la vista de tal Informe (27). Este texto fue remitido al Senado, con la variante respecto del inicialmente presentado, que en lugar de remitirse como causa de extinción, a las de la patria potestad ordinaria, se hace referencia a la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres, o del hijo, y la adopción de este.

En el Senado se presentaron tres enmiendas: la número 32, firmante el Grupo Parlamentario Socialista Andaluz, que tiene especial interés, pues, hacía referencia a la figura de la patria potestad rehabilitada (28); la número 76 (del Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático (UCD), que proponía que, en lugar de utilizar la expresión «decretado», se emplease el término «declarado» (29); y la número 107, también del Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático

(26) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 71-I 3, 22 de mayo de 1980, pág. 394. Queda el artículo 171 redactado de la siguiente forma: «La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados por deficiencias o anomalías psíquicas o por sordomudez, quedará prorrogada por ministerio de la ley al llegar aquellos a la mayor edad. La patria potestad prorrogada se ejercerá con sujeción a las normas generales sin perjuicio de las disposiciones especialmente establecidas en la sentencia de incapacitación.

La patria potestad prorrogada terminará: 1. Por la muerte o la declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo; 2. Por la adopción del hijo; 3. Por haberse decretado la cesación de la incapacitación; 4. Por haber contraído el incapacitado matrimonio válidamente.

Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela».

(27) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 71-II, 1 de diciembre de 1980, pág. 435.

(28) BOCG, Senado, serie II, núm. 154 (c), 24 de febrero de 1981, págs. 647-648. El texto que se propone: «artículo 171: La patria potestad sobre los hijos que hubieren sido incapacitados por deficiencias o anomalías psíquicas o por sordomudez, quedará prorrogada por ministerio de la Ley al llegar aquellos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado por alguna de las causas indicadas, no se constituirá la tutela, sino que volverá a ejercerse la patria potestad por quien correspondería caso de ser el hijo menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente a las reglas del presente título». Justificación. La innovación introducida por el Proyecto de excluir de la tutela a los incapacitados que tengan padre que pueda seguir ejerciendo la patria potestad, me parece altamente encomiable y somos muchos los que echábamos de menos esa posibilidad en la actual redacción del Código Civil.

Pero partiendo de la base de la bondad de esa innovación, parece que no hay razón para que no se dé también en el caso de que un hijo sea incapacitado después de llegar a la mayor edad (cosa que, por otra parte, es lo que usualmente ocurre, porque antes de la mayor edad no se ve la necesidad práctica por los interesados de proceder a la incapacitación). No hay ningún inconveniente institucional en que así se prevea en la ley, se evitara el caso absurdo de que unos padres puedan tener dos hijos subnormales, de los que uno estará bajo su patria potestad, y otro estará sometido a tutela, con los diferentes regímenes de una y otra institución, lo cual, para más absurdo, habrá ocurrido única y exclusivamente porque en un caso, alguien les advirtió a tiempo de las consecuencias jurídicas de la incapacitación si se hace en un momento o en otro. En todo caso, siempre estará el criterio judicial, al que se remite expresamente el presente, para valorar la conveniencia de imponer limitaciones o normas especiales a esa prórroga de la patria potestad.

(29) BOCG, Senado, serie II, núm. 154 (c), 24 de febrero de 1981, págs. 666-667. El texto que se propone, es todo igual al texto recibido del Congreso, con la excepción de lo

(UCD), que con la idea de generalizar la causa de extinción contenida como la número 2, en lugar de referirse a la adopción, se consideraba más conveniente la siguiente redacción «por pasar a ejercer la patria potestad otra persona, de acuerdo con lo dispuesto en este Código» (30).

La Ponencia en su Informe acepta la enmienda número 76. Sin embargo, en el Dictamen de la Comisión, se incluye la referencia a la rehabilitación de la patria potestad, en la línea de la enmienda número 32; si bien, añadiendo el requisito de la soltería (31), pasando de esta forma a ser el texto definitivo aprobado por el Congreso de los Diputados.

El texto de este artículo 171 ha sido objeto de modificación por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, siendo la innovación fundamental, la supresión de la referencia de la incapacitación «por deficiencias o anomalías psíquicas o por sordomudez», y por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en la que se incluye la curatela como posible régimen de guarda, si, una vez extinguida la patria potestad prorrogada, subsiste el estado de incapacitación, pues, recordemos la redacción anterior únicamente hacía referencia a la tutela.

Se trata la patria potestad prorrogada o rehabilitada de una figura que ha sido favorablemente aceptada por la doctrina. Así para MARTÍNEZ CALCERRADA es «una novedad de acierto indiscutible» (32); para SANCHEZ REBULLIDA «solo alabanzas y

siguiente: «3. Por haberse declarado la cesación de la incapacidad». Justificación. Razones procesales.

(30) BOCG, Senado, serie II, núm. 154 (c), 24 de febrero de 1981, pág. 677. Justificación. La adopción del hijo de suyo no supone la finalización de la patria potestad ya que lo que acaece es que pasa a ejercer la patria potestad otra persona, y lo mismo ocurre, cuando se altera la filiación por estimación de alguna de las acciones de reclamación reguladas en el Capítulo III. Lo que determina la terminación de la patria potestad es el que pasa a ejercer la otra persona distinta de la que inicialmente lo hacía.

(31) BOCG, Senado, serie II, núm. 154 (c), 27 de marzo de 1981, pág. 788.

En la sesión Plenaria número 163, celebrada el martes 28 de abril de 1981, págs. 952-953, se señalaba por parte del señor Sotillo Martí: «Señor Presidente, el Senado ha introducido en este precepto una modificación muy importante; modificación que fue iniciada en esta Cámara, precisamente —creo recordar—, por el Grupo Parlamentario Socialista de Cataluña, y que soluciona un problema práctico grave que se da, desgraciadamente, en nuestro país. La Ley permitía la incapacitación de los niños y niñas afectados de deficiencias psíquicas importantes; pero, sin embargo, cuando alcanzaban la mayoría de edad, se encontraban, hasta esa reforma, con que ya no tenían patria potestad, y con que tampoco habían sido incapacitados, porque una familia que tiene en su casa una persona en esas circunstancias no piensa en una incapacitación legal como primera medida, sino en su cuidado, mejor educación y asistencia. El Senado introduce que no sea preciso incapacitarle, que no sea preciso constituir un consejo de familia ni ningún otro organismo tutelar, sino que la patria potestad de sus padres se prorrogue o se rehabilite durante el tiempo que dure esa situación, hasta que recupere su capacidad, si ello es posible, o permanentemente si no la recupera. Este texto es bueno porque, repito, va a solucionar problemas prácticos graves, y es beneficioso para miles y miles de ciudadanos españoles, personas humanas que se encuentran con ese problema y a los que nuestro Derecho en esta materia de filiación y de patria potestad no había dado una respuesta satisfactoria. Nos congratulamos de que esa iniciativa que partió del grupo parlamentario citado haya sido recogida unánimemente por todos los grupos parlamentarios del Senado. Por tanto, nuestro voto será favorable a las enmiendas que propone».

(32) MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., «El nuevo Derecho de Familia», *T. I* (Filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio) —Casuística práctica—, 3.ª ed. corregida y aumentada, Madrid, 1981, pág. 154.

placeres merece, a mi juicio, la reforma en este punto» (33); DE PRADA señala que «la norma merece toda clase de elogios» (34); URIBE SORRIBES destaca que es «una importante innovación digna de aplauso» (35); MONTÉS PENADES dispone que «es una figura de gran interés práctico, dado lo escasamente útil que en la vida real suele ser la tutela en la mayor parte de los casos y que de hecho muchas veces ni llega a establecerse efectivamente» (36); DE LA CÁMARA incide en que se trata de una «novedad, de evidente interés» (37); DE LA VALGOMA: «es una de las innovaciones más lúcidas» (38); CASTÁN TOBEÑAS como «novedad que ella entraña ciertamente positiva» (39); VENTOSO ESCRIBANO: «con esta innovación se da un paso más en esa evolución de la patria potestad de poder a función, de manera que hoy esta institución no solo actúa en beneficio de los hijos durante su minoría de edad, sino también cuando, por concurrir determinadas circunstancias, se precisa que los padres sigan en la misma línea» (40); y, finalmente, LÓPEZ PÉREZ pone de manifiesto que, «con independencia de la aceptación que en principio pueda merecer la prórroga de la patria potestad, insistimos en la problemática y originalidad que ofrece, ante la ruptura que presenta frente al concepto normal diríamos de la patria potestad, como institución natural de protección de los hijos menores de edad por sus padres; con la evidencia de la distinción entre la patria potestad y la patria potestad prorrogada o rehabilitada. Aquella en relación con los hijos menores de edad, y estas en relación con los hijos mayores de edad incapaces» (41).

El Código Civil en el artículo 171 hace referencia a dos modalidades de patria potestad prorrogada: la patria potestad prorrogada, propiamente dicha, y la patria potestad rehabilitada. La primera viene a ser la posibilidad legal que la patria potestad sobre los hijos menores de edad no emancipados, que hubieran sido incapacitados durante su minoría de edad ante la certeza que dicha situación de

(33) SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, «La patria potestad», en *El nuevo régimen de la familia. II. La filiación. La patria potestad. La economía del matrimonio. La reforma en el Derecho de Sucesiones*, de José Luis LACRUZ BERDEJO, FRANCISCO SANCHO REBULLIDA, Agustín LUNA SERRANO, Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, y FRANCISCO RIVERO HERNÁNDEZ, Civitas, Madrid, 1981, págs. 97 y 98, y 120.

(34) DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.^a, «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», *op. cit.*, pág. 418.

(35) URIBE SORRIBES, A., «La representación de los hijos», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, Madrid, 1982, pág. 259.

(36) MONTES PENADES, V. L., con la colaboración de M.^a Teresa MARÍN, «Comentario al artículo 171 del Código Civil», en *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 1142.

(37) DE LA CÁMARA, M., «La reforma española del Derecho de Familia y su comparación con el Derecho de otros países europeos», en *La Notaria*, núms. 7-8-9, 1980, pág. 65.

(38) DE LA VALGOMA, M., «Notas de la titularidad en el ejercicio de la patria potestad», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 62, 1981, pág. 104.

(39) CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, «La reforma de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 58; del mismo autor, «Comentario al artículo 171 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. 2.º, dirigidos por Manuel Albaladejo, segunda edición revisada y adaptada a la reforma del Código Civil, Edersa, Madrid, 1982, pág. 259.

(40) VENTOSO ESCRIBANO, A., «Patria potestad: apunte histórico y su prórroga o rehabilitación», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*, Publicaciones del Cincuentenario del Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid 1985, pág. 497.

(41) LÓPEZ PÉREZ, J., «Prórroga y rehabilitación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 30-31.

incapacidad se mantendrá al alcanzar aquellos la mayoría de edad, prorrogándose automáticamente y por ministerio de la ley la patria potestad al llegar tales menores a la mayoría de edad —pues, de otra manera este se extinguiría—; mientras que la patria potestad rehabilitada supone que el hijo mayor de edad, soltero y que convive con sus padres deviene incapaz, no procediendo a la constitución de la tutela, sino que se rehabilita o reactiva la patria potestad (42).

A algunos autores, como MARTÍN GRANIZO no le termina de convencer el término patria potestad prorrogada, por estimar que no se acomoda adecuadamente a lo que es en realidad esta forma o manifestación de la patria potestad, prefiere emplear el término subsistencia —patria potestad subsistente—, toda vez que este es en realidad el fenómeno producido y no el de «prórroga», «dado que por razón de la previa declaración de incapacidad del menor en cuestión, lo que acontece no es en realidad otra cosa que, una continuación o subsistencia de la situación paterno-filial preexistente, lo cual, por otra parte, se opera *ex lege*, y sin solución de continuidad en su proyección jurídica desde el momento en que el menor alcanza la mayoría de edad»; sin embargo, sí considera acertado el término rehabilitación «habilitar de nuevo», pues, «en estos casos, lo que se hace precisamente es proceder a una nueva investidura de la patria potestad concluida a los padres, de quien por haber alcanzado legalmente la plena capacidad como consecuencia de su mayoría de edad es declarado incapaz como consecuencia de encontrarse en algunas de las situaciones que contempla el artículo 200 del Código Civil» (43). No obstante, la mayoría de la doctrina no consideran criticable el término «prórroga», pues, viene referido a la inexistencia de lapso entre la antigua y la nueva institución como se desprende del hecho de su contraposición con el de «rehabilitación» en la que sí existe una cesación de la patria potestad y una restauración de la misma con lapso temporal intermedio (44).

En este contexto, buscando el máximo beneficio o interés para el hijo menor de edad no emancipado, como el mayor de edad, cuando resulten incapacitados, la patria potestad prorrogada o rehabilitada puede resultar la mejor opción, a la vez que, constituye una alternativa a la tutela (45). En este sentido, SERRANO

(42) SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad», en *Actualidad Civil*, núm. 9, primera quincena de mayo de 2005, pág. 1030. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 2 de febrero de 2000 (La Ley 28537/2000); la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 4.ª, de 4 de febrero de 2000 (La Ley 30243/2000); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 6 de junio de 2000 (*JUR* 2000/282699); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 26 de enero de 2001 (*AC* 2001/2077); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 22 de abril de 2002 (La Ley 77845/2002).

(43) MARTÍN GRANIZO, M., *La incapacitación y figuras afines*, Colex, Madrid, 1987, págs. 153-154 y 166.

(44) RUBIO SAN ROMÁN, J. I., «Comentario al artículo 171 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, vol. 2.º, coordinadores: Joaquín Rams Albesa y Rosa María Moreno Flórez, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 1535, quien, asimismo, añade que: «ello no significa que pueda afirmarse categóricamente que el término prórroga deba conllevar, necesariamente, un lapso de tiempo intermedio, lo que no ocurrirá cuando dicha prórroga se decrete antes de la extinción de la primitiva institución de la patria potestad».

(45) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 30 de mayo de 2002 (La Ley 102923/2002); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 25 de julio de 2002 (*JUR* 2002/271153); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 28 de octubre de 2004 (*TOL* 1.611.680); y la sentencia de la misma Audiencia y Sección, de 24 de marzo de 2009 (*AC* 2009/1380), en la que se

Y SERRANO destaca: «el acierto evidente del legislador que ha preferido que siga la patria potestad sobre el incapaz, a entregarle a la protección del complejo organismo tutelar, en el que el padre o la madre habrían de ser, o podrían ser designados tutores. Y el hecho de que la incapacitación se declare siendo el hijo, ya, mayor de edad, produciría la rehabilitación de la patria potestad» (46). Asimismo, se puso de manifiesto en el discurso del entonces Ministro de Justicia —FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ— ante el Pleno del Congreso en la sesión plenaria, número 138, celebrada el martes 16 de diciembre de 1980, que: «con la prórroga legal de la patria potestad se resuelve así, del modo más simple y natural, un problema jurídico muy extendido, que es el de la representación y guarda de los subnormales, sin necesidad de recurrir a la tutela, por el simple mecanismo de la extensión de la patria potestad» (47).

Por otra parte, hay que destacar que, en otros ordenamientos autonómicos, encontramos también una regulación sobre la patria potestad prorrogada en sus dos modalidades. Así la Compilación Foral de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo, modificada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril), en su Ley 67 dispone que: «La patria potestad sobre los hijos menores que hubiesen sido incapacitados quedará prorrogada por Ministerio de la Ley al llegar aquellos a su mayoría de edad. La patria potestad se rehabilitará, también por ministerio de la Ley, sobre los hijos solteros mayores de edad o emancipados, si fueran incapacitados en vida de alguno de sus padres. En la resolución de incapacidad se fijará el contenido y límite de la patria potestad.

Además de las causas enumeradas en la Ley 66, la patria potestad prorrogada se extinguirá por haberse decretado la cesación de la incapacitación y por contraer matrimonio el incapacitado».

Una diferencia respecto del texto del Código Civil español, reside en que la citada Ley 67 entiende que también por ministerio de la Ley se rehabilita la patria potestad, cuando en aquel dicha atribución *ex lege* solo opera respecto de la patria potestad prorrogada, correspondiendo al Juez, en cambio, determinar en la propia sentencia de incapacitación la medida de rehabilitación de la patria potestad.

El Código Civil catalán dedica, asimismo, a la materia la Sección 5.ª: «La prórroga y la rehabilitación de la patria potestad» dentro del Capítulo VI: «Potestad parental», artículos 236-33 a 236-35, estableciendo en el primero de ellos

pone de manifiesto que: «no se aprecia obstáculo para acordar la rehabilitación de la potestad de ambos progenitores, estimando que el cuidado y control que deben ejercer sobre su hijo, resultará más cercano y en consecuencia más efectivo, que el que pueda ejercer una entidad tutelar.

(46) Serrano y Serrano, I., en el Prólogo a la obra de Jerónimo López Pérez, «La patria potestad: voluntad del titular», Valladolid, 1982, pág. 16.

(47) BOCG, Congreso de los Diputados, Sesión Plenaria núm. 138, celebrada el martes 16 de diciembre de 1980, pág. 473. Igualmente, en la Sesión Plenaria núm. 98 en el Senado, celebrada el martes 31 de marzo de 1981, pág. 834, el señor Ballarín Marcial destaca que «se ha establecido algo muy práctico, como es la prórroga de la patria potestad, como es rehabilitar la patria potestad en algunos casos».

Por su parte, en esta línea, precisa CASTÁN TOBEÑAS, J. M.ª, *Derecho Civil Español, Común y Foral, T. V, Derecho de Familia, vol. II, Relaciones paterno-filiales y tutelares*, 9.ª ed., revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José María Castán Vázquez, Reus, Madrid, 1985, pág. 263, que: «es ciertamente un acierto abrir estas posibilidades de prórroga o rehabilitación de la patria potestad en los casos a que la norma se refiere, ya que en ellos carecía de sentido constituir la tutela y de hecho dejaba muchas veces de hacerse».

que «la declaración judicial de incapacidad de los hijos menores no emancipados comporta la prórroga de la potestad parental cuando llegan a la mayoría de edad, en los términos que establezca la propia declaración»; mientras que el artículo 236-34 hace referencia a la patria potestad rehabilitada en los siguientes términos: «1. La declaración judicial de incapacidad de los hijos mayores de edad o emancipados comporta la rehabilitación de la potestad parental, en los términos que establezca la propia declaración. 2. No obstante, lo establecido en el apartado 1, la potestad no se rehabilita si el incapaz ha designado un tutor o curador por sí mismo, de acuerdo con lo establecido en el presente Código, o si debe constituirse la tutela o curatela a favor del cónyuge, de la persona con quien convive en pareja estable o de los descendientes mayores de edad del incapaz». Se manifiesta en la línea del Código Civil español en lo referente a la patria potestad rehabilitada; no hace referencia a la soltería directamente, pero, sin embargo, alude a la tutela del cónyuge o de la pareja de hecho, y, añade, como novedad el que existan hijos mayores de edad, en cuyo caso, estos serán preferentes en su nombramiento como tutores; y, asimismo, a la existencia de un documento de autotutela, en el que se hubiera designado por el incapacitado tutor o curador, de forma que, este, igualmente será preferente a la patria potestad rehabilitada. Finalmente, los otros dos preceptos relativos a la materia, el artículo 236-35 posibilita que la autoridad judicial no acuerde la prórroga o rehabilitación de la potestad, y, en consecuencia, ordene la constitución de la tutela o curatela; y, el artículo 236-36 determina las causas por las que se puede extinguir la patria potestad prorrogada o rehabilitada, de las que nos ocuparemos más en profundidad en el apartado correspondiente.

Fuera del ámbito nacional, solo encontramos alguna referencia similar a la figura, en el Código Civil belga, que dedica su Capítulo IV a la «Minorite prolongée», artículos 487 bis, 487 ter, 487 quater, 487 quinquies, 487 sexies, 487 septies, y 487 octies. En el artículo 487 bis señala que: «el menor respecto del que se acredite una razón a su retraso mental grave, y resulte incapaz para gobernar su persona y administrar sus bienes, debe ser colocado en estado de menor de edad prolongada». Se entiende por retraso mental grave: «un estado de deficiencia mental, congénita o que se hubiera iniciado en el curso de la infancia, caracterizada por una falta de desarrollo del conjunto de las facultades intelectivas, afectivas y volitivas». Y, añade: «esta misma medida se puede tomar respecto de un mayor de edad que durante su minoría de edad se encontraba en algunos supuestos descritos». En todo caso, quien se encuentre en estado de minoría de edad prolongada tiene una capacidad en cuanto a su persona y sus bienes como un menor de quince años.

La demanda para solicitar el estado de minoría de edad prolongada ha de plantearse ante el Tribunal de Primera Instancia del domicilio o residencia del presunto incapaz, estando legitimados el padre y la madre conjuntamente, o uno de ellos, el tutor o su abogado, y, a falta de iniciativa de parte, por el procurador del Reino (art. 487 ter).

En todo caso, el padre o madre sobreviviente tendrán la patria potestad sobre la persona (hijo) en estado de minoridad prolongada. No obstante, el interés de dicha persona, el Tribunal de Primera Instancia podrá ordenar, a instancia del padre y la madre, o de cualquiera de ellos, o del procurador del Rey, que la patria potestad sea sustituida por la tutela (art. 487 quater).

Más breve resulta la regulación del Código Civil suizo de 10 de diciembre de 1907, en cuyo artículo 385.3 establece que: «Los hijos mayores de edad incapacitados serán colocados bajo la autoridad parental en lugar de ser sometidos a tutela».

Todo ello contrasta con la falta de referencia a esta figura en los Códigos de mayor influencia en nuestro ordenamiento, como el Code Civil, que simplemente,

señala en su artículo 414 que la mayoría de edad se fija a los dieciocho años, a cuya edad se es capaz para ejercer todos los derechos que le corresponde; y añade en su artículo 425, que toda persona mayor de edad que por una alteración de sus facultades mentales, o de sus facultades físicas se encuentra imposibilitado de proveer por sí mismo a sus intereses, se podrá beneficiar de las medidas de protección previstas en el Código, entre las que no se encuentra la patria potestad prorrogada o rehabilitada. En esta línea, el Código Civil italiano, simplemente determina en su artículo 316 que el hijo está sometido a la patria potestad hasta su mayoría de edad o emancipación, y, precisa en su artículo 414 que, si el mayor de edad o menor emancipado, se encuentra en situación de grave enfermedad psíquica que, le impide atender a sus propios intereses, debe ser incapacitado (*interdetti*). No obstante, si la enfermedad psíquica no es tan grave, puede ser el mayor de edad simplemente inhabilitado; pudiendo ser también inhabilitados aquellos que, por prodigalidad, o por abuso habitual de bebidas alcohólicas o drogas, expongan a su familia a graves perjuicios económicos. Finalmente, el Código Civil portugués establece un supuesto de patria potestad prorrogada de carácter transitorio, pues, dispone en su artículo 131, que «*estando pendiente contra el menor o el mayor de edad un proceso de incapacitación o inhabilitación, se mantendrá el poder parental o la tutela de forma transitoria hasta la respectiva sentencia*»; y el BGB alemán hace referencia, simplemente, a la continuación de los negocios de los hijos por parte de los padres, para el caso que, estos ignoren la extinción de la patria potestad (parágrafo 1698 a [1]) (48).

III. REQUISITOS DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA

Hay que diferenciar entre requisitos generales atribuibles a ambos tipos de patria potestad prorrogada, y los específicos de cada uno de ellas.

Respecto a los generales, resulta esencial la declaración previa de incapacidad, tanto si esta tiene lugar durante la minoría de edad como durante la mayoría; y, asimismo, la aptitud física y mental para asumir o continuar en la patria potestad; como, la posibilidad jurídica de hacerlo. A ambos nos vamos a referir a continuación.

1. REQUISITOS GENERALES

A) *La declaración de incapacitación*

El régimen jurídico de la incapacitación y su declaración se contiene en el artículo 200 del Código Civil, cuya redacción fue consecuencia de una enmienda transaccional inspirada en otras anteriores, presentada en la Comisión de Justicia e Interior por el Grupo Parlamentario Socialista al Proyecto de Ley de reforma del Código Civil en materia de tutela, que determina que: «*son causas de incapa-*

(48) Parágrafo 1698 a: «(1) Los padres puede continuar los negocios relacionados con la guarda de la persona o la administración del patrimonio del hijo hasta que tengan o puedan tener conocimiento de la extinción de la patria potestad. Un tercero no puede invocar esta facultad, si en el momento de la celebración de un negocio conoce o debía conocer la extinción de la patria potestad».

citación las enfermedades o deficiencias persistentes, de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí mismo». Se altera con tal redacción el criterio que presidía el sistema anterior de causas tasadas, y se opta ahora por una fórmula más general y flexible (antiguo art. 32 del CC). Precisamente, esta amplitud y generalidad en que sustancia la fórmula del artículo 200 tras la reforma por Ley 13/1983, de 24 de octubre, permite establecer que los requisitos que ha de presentarse para la petición de una declaración de incapacidad, son los siguientes: 1. Que exista una enfermedad o una deficiencia de carácter físico o psíquico; 2. Que sea persistente; 3. Que impida a la persona gobernarse por sí mismo (49).

Por su parte, el artículo 199 del Código Civil, tras la citada Reforma dispone que: *«nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley».* De forma que, para declarar a una persona incapaz, no solo resulta necesaria la existencia de una causa que la determine, sino también una decisión judicial tras la sustanciación del correspondiente proceso. Con ambos preceptos se está disponiendo de forma categórica no solo la jurisdiccionalidad de la incapacitación, sino también el principio de legalidad o tipicidad en relación con las causas determinantes de aquella decisión judicial (50).

Con la reforma por Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se viene a instaurar el proceso de incapacitación en el ámbito de la jurisdicción contenciosa, si bien considerado como un «proceso especial». A tal fin, la citada Ley dedica el Libro IV a los procesos especiales (arts. 748 a 827), y el Título I a los «Procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores», disponiendo a tal efecto, el artículo 748.1.º que: *«las disposiciones del presente Título serán aplicables a los siguientes procesos: 1.º Los que versen sobre la capacidad de las personas y los de declaración de prodigalidad».* El Capítulo II regula en los artículos 756 a 763, los procesos sobre capacidad de las personas, manteniendo, en unos casos, la redacción otorgada por el legislador de 1983 (art. 757.5 de la LEC), y, en otros, modificando la norma, para acoger las nuevas tendencias sociales (art. 757.1 de la LEC), o bien para adoptar determinadas posiciones jurisprudenciales (art. 760.2 de la LEC) (51). Supone esta nueva regulación la

(49) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 16 de febrero de 1999 (AC 1999/3679); de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.ª, de 30 de julio de 1999 (AC 1999/7225); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 24 de enero de 2000 (JUR 2000/142521); de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1.ª, de 16 de octubre de 2000 (JUR 2001/232964); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 5 de diciembre de 2000 (JUR 2001/110676); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 23 de mayo de 2001 (JUR 2001/226196); de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 30 de noviembre de 2001 (JUR 2002/24987); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 21 de marzo de 2003 (JUR 2003/197860); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 3.ª, de 19 de mayo de 2004 (JUR 2004/294603); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 28 de febrero de 2006 (JUR 2006/227484); de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 13 de junio de 2007 (JUR 2007/286110); de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 12 de junio de 2008 (JUR 2008/273400); y de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 14 de enero de 2010 (JUR 2010/67614).

(50) Como señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de junio de 2001 (RJ 2001/4335), en tanto no sea declarada la incapacidad, la persona seguirá gozando de la facultad de ejercitar sus derechos y cumplir con sus obligaciones.

(51) GUILARTE MARTÍN CALERO, C., «Los procesos sobre la capacidad de las personas en la nueva LEC», en *Actualidad Civil*, 2001-3, pág. 1144.

derogación de los artículos 202 a 214 y 294 a 296 y 298 todos del Código Civil (Disposición Derogatoria única, 2-1), dejando de este modo subsistentes únicamente los artículos 199 a 201 de este mismo cuerpo legal. Derogación que, como indica DELGADO ECHEVARRÍA, «priva al Código Civil de preceptos, que sin perjuicio de su vertiente procesal, contribuían a configurar la regulación sustantiva de la incapacidad, sus causas y sus consecuencias sobre el estado civil del incapacitado». Tales preceptos, continúa el autor: «ahora incorporados a la LEC, con modificaciones interesantes aunque sin alterar los rasgos esenciales del sistema anterior, siguen teniendo también un contenido de Derecho Civil sustantivo» (52). Pero, asimismo, tal derogación viene a dar cumplida cuenta de una vieja aspiración doctrinal, concerniente a la inclusión en un texto de carácter procesal de una materia, que presenta dicha naturaleza (53).

Se abandona el juicio declarativo de menor cuantía y se declara que los procesos especiales, y salvo que expresamente se disponga otra cosa, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, dotándoles de especialidades propias, que los separan de los procesos dispositivos. Precisa, no obstante, Díez-PICAZO GIMÉNEZ, que se trata de un juicio verbal con contestación escrita, de un híbrido entre el juicio verbal y el juicio ordinario. Con ello pretende la LEC: «de un lado, alcanzar la celeridad y agilidad propias de un juicio verbal pero, de otro lado, evitar que el demandante deba comparecer al acto de la vista desconociendo las alegaciones de las partes demandadas, lo que le privaría de una defensa reposada de sus posiciones en unos procesos en los que están en juego, ordinariamente, cuestiones de notoria importancia vital y frecuentemente con un considerable grado de complejidad» (54).

Se trata de un proceso contradictorio, al menos formalmente. No rigen en exclusiva los principios dispositivos y de aportación de parte propios del proceso civil, sino que se introducen los principios inquisitivo y de investigación de oficio, pues, el Juez puede, frente a los hechos alegados por la actora solicitar la incapacidad de una persona, y aún existiendo conformidad de las partes sobre ellos, desvincularse de los mismos, hasta el punto de modificarlos, sin resultar, por ejemplo, acreditada en el proceso la existencia de otros tipo de deficiencias persistentes, que imposibilitan el autogobierno. Asimismo, tales hechos, siempre que resulten probados y debatidos, pueden introducirse en el proceso en cualquier momento y de manera distinta a la habitual, esto es, con independencia absoluta del cuándo y cómo, excluyendo, por tanto, el principio de aportación de parte y preclusión (art. 752.1 LEC). Por otra parte, el juez puede decretar de oficio las pruebas que estime pertinente, sin perjuicio de las practicadas a instancia de parte (art. 752.1.2 LEC), ostentando, por tanto, una amplia actividad investigadora, con la posibilidad de proceder a la libre apreciación de la prueba. En este contexto, no le vinculan las disposiciones en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos

(52) DELGADO ECHEVARRÍA, J., «Elementos de Derecho Civil», de Lacruz Berdejo, J. L., *et al.*, *T. I, Parte General*, vol. II, *Persona*, 3.ª ed., Dykinson, Madrid, 2002, pág. 153.

(53) ORTELLS RAMOS, M., «El proceso sobre la capacidad de la personas: Notas para su estudio», en *La Ley*, 1986-2, pág. 1049; JOU MIRABENT, X., «El proceso de incapacidad», en VV.AA., *Presente y futuro del proceso civil*, J. Picó i Junio (dir.), Bosch, Barcelona, 1998, pág. 413.

(54) Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Los procesos civiles especiales», en *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*. DE LA OLIVA, A.; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGA TORRES, J., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pág. 415.

privados reconocidos (último inciso del art. 752.2 de la LEC). En todo caso, no surtirá efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción (art. 757.1 LEC).

Por otra parte, la reforma parcial llevada a cabo por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, dota de una nueva redacción al apartado 1 del artículo 757 de la LEC, posibilitando que la declaración de incapacidad pueda promoverla el presunto incapaz.

La nueva LEC, con una redacción más acorde con la realidad en la que desenvuelven estos procesos y resolviendo las dudas planteadas con la anterior regulación, establece el artículo 756 que será competente para conocer las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad, el Juez de primera instancia del lugar donde resida la persona a la que se refiere la declaración que se solicita (55). Ahora bien, el artículo 760.2 establece que en la misma sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad de una persona, se puede nombrar a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él. Esta acumulación de pretensiones exige poner en relación el artículo 53 de la LEC, con el artículo 63.17.^a de la LEC de 1881.

Como hemos indicado, el proceso de incapacitación es un proceso de carácter contradictorio o contencioso, y, por tanto, con dualidad de partes, lo que quiere decir que ha de ser instada la declaración de incapacitación por persona legitimada al efecto. Se ha de distinguir entre la incapacidad del sujeto mayor de edad, y la incapacidad del sujeto menor de edad; y, asimismo, con respecto a la primera, se ha de diferenciar entre la facultad y la obligación de promover la declaración de incapacitación (legitimación en sentido estricto); de la facultad y obligación de denuncia. Así, tienen facultad para promover la incapacitación, tal como dispone, el propio artículo 757.1 de la LEC el presunto incapaz, el cónyuge (56) o quien se encuentre en situación de hecho asimilable [o lo que es lo mismo, se concede legitimación al conviviente de hecho (*more uxorio*)], los descendientes, ascendientes o los hermanos del presunto incapaz. En cambio, está obligado a promover la declaración de incapacidad el Ministerio Fiscal (art. 757.2 de la LEC), si el cónyuge, descendiente, ascendientes o hermanos del presunto incapaz no existen, o no la hubieran solicitado; de manera que, tal legitimación, además de constituir una manifestación del interés público que subyace en este tipo de procedimiento, está, en cierto modo, condicionada por dos circunstancias: la inexistencia o inactividad, esto es, la falta de solicitud de las personas mencionadas en el número primero del artículo 757. En cualquier caso, la actuación efectiva del Ministerio Fiscal en estos procesos habrá de regirse por los principios de defensa de la legalidad e imparcialidad, y del interés público y social; de modo que, con independencia de la posición formal de parte que asuma en los mismos, su actividad habrá de dirigirse a obtener la resolución judicial que, en atención a las circunstancias concurrentes, sea más ajustada a Derecho.

(55) De existir circunscripciones en que exista más de un Juzgado de primera instancia, en aplicación del artículo 98 de la LOPJ, uno o varios de ellos pueden asumir con carácter exclusivo el conocimiento de determinadas clases de asuntos, como podría ser la materia relativa a la capacidad de las personas. Por su parte, el artículo 22.3.^a de la LOPJ establece que los Juzgados y Tribunales españoles son competentes «*en materia de incapacitación y de medidas de protección de la persona y de los bienes de los menores, o incapacitados, cuando estos tuviesen su residencia habitual en España*».

(56) Se excluye como legitimado al cónyuge divorciado, como al que su matrimonio ha sido declarado nulo; pero no al cónyuge separado, ya sea de hecho o legal, pues no pierde la condición de cónyuge.

No están, en cambio, facultados, pero sí obligados a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal, las autoridades y funcionarios públicos que por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación de una persona (art. 757.3, párrafo 2 de la LEC). Es claro que estamos ante la presencia de un deber, cuyo incumplimiento puede derivar en responsabilidad civil, penal, e incluso de carácter disciplinario, si por tal incumplimiento al final se producen situaciones dañosas para el presunto incapaz o para terceros (57).

En cuanto a la legitimación para promover la incapacitación de un menor de edad, a los efectos que a nosotros interesa, el artículo 201 del Código Civil establece que este únicamente podrá ser incapacitado, cuando concurra en él causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá al alcanzar la mayoría de edad. Estarán legitimados tanto el padre como la madre, sin que sea necesario el consenso de ambos, bastando la solicitud individualizada de uno de ellos, pues, aquí la incapacitación está configurada sobre la base de protección del menor (58). Esta incapacitación de un menor por quienes ejercen la patria potestad antes de su mayoría de edad, determina la prórroga de la patria potestad automáticamente, siempre que medie el requisito de la previa convivencia (art. 171 CC). En caso de tutela, la legitimación del tutor se sustenta sobre la base legal del artículo 269 del Código Civil, donde se indica que está obligado a velar por el tutelado.

En este contexto, estará legitimado pasivamente el presunto incapaz, cuya declaración de incapacitación se pretende y quien adopta la posición de demandado, no siendo relevante el dato de la mayor o menor edad de este. Podrá comparecer en el proceso con su propia defensa y representación, de forma que, puede designar por sí mismo el Procurador que quiere que le represente y el Abogado que desea que le defienda (art. 758 de la LEC). De no comparecer con su propia defensa y representación, esto es, si no comparece en plazo, o compareciendo lo hace solo, sin tales profesionales, para asegurar la efectiva contradicción, será defendido por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido el promotor del procedimiento; en otro caso, se nombrará un defensor judicial por auto motivado, a no ser que estuviera ya nombrado.

Sobre tales bases, el objeto del proceso de incapacitación no será otro que el comprobar, sobre la base de la actividad probatoria que se despliegue en el mismo, si efectivamente el presunto incapaz está o no incurrido en alguna de las causas que, según el artículo 200 del Código Civil, pueda dar lugar a la incapacitación; la demanda que inicie el proceso de incapacitación, a la que se dará traslado al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la Ley, deban ser partes en el procedimiento hayan o no sido demandados (art. 753 LEC), no debe ser la demanda sucinta propia de un proceso verbal (art. 437 de la LEC), sino una demanda ordinaria (art. 399 de la LEC), pues, de otro modo, se frustraría la obvia finalidad que se quiere alcanzar al emplazar al Ministerio Fiscal y a las demás partes para que la contesten por escrito (59). Con respecto

(57) LETE DEL RÍO, J. M., «El proceso de incapacitación», en *Actualidad Civil*, núm. 43, 19 al 25 de noviembre de 2001, pág. 1489.

(58) Carecerán de esta legitimación, si han sido privados de la patria potestad (art. 170 CC), o suspendido en su ejercicio como consecuencia de una declaración de desamparo (art. 172 CC). En caso de separación o divorcio, solo el que ejerza la patria potestad podrá instar la declaración de incapacitación, de manera que, corresponderá a quien tenga atribuida la guarda y custodia.

(59) DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «Los procesos civiles especiales», *op. cit.*, pág. 415; LETE DEL RÍO, J. M., «El proceso de incapacitación», *op. cit.*, pág. 1479.

a las pruebas, el artículo 759.1 de la LEC, que reproduce con algunas variantes lo establecido en el derogado artículo 208 del Código Civil, dispone que, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz —proximidad no tanto en relación con el grado de parentesco, como en el sentido de convivencia, de cercanía de trato—, examinará a aquel por sí mismo, y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinente en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes (60). Podrá, igualmente, darse audiencia a personas que tengan una relación con el presunto incapaz, si considera que, sus testimonios pueden ofrecer alguna ayuda en la determinación de la verdadera situación del demandado. En cuanto a las medidas cautelares, el artículo 762 de la LEC regula, como en su día hacían los derogados artículos 203.2 y 209 del Código Civil, la posibilidad de adopción de medidas «cautelares» en la esfera del proceso de incapacitación, tanto para proteger a la persona como el patrimonio del presunto incapaz.

Finalmente, la sentencia que ponga fin al proceso de incapacitación, una vez firme, si es estimatoria produce un importante efecto en la órbita del demandado, como es considerar que ya no es sujeto capaz para realizar por sí solo actos o negocios con plena eficacia jurídica, esto es, se trata de una persona incapaz de gobernarse por sí mismo. Desaparece la presunción *iuris tantum* de capacidad, y se constituye aquel en un nuevo estado, el estado civil de incapacitado. Esta sentencia, pese a la opinión de algún autor (61), es constitutiva del estado civil del incapacitado (62), irretroactiva; y, con efectos *ex nunc*, de forma que la alteración en el estado civil del demandado surge de inmediato desde el mismo momento en que la sentencia adquiere firmeza. En la misma, asimismo, se fijará la extensión y límites de la incapacitación, reconociéndose la necesidad de una graduación; el régimen de tutela o guarda a que puede ser sometido la persona, tanto si es menor de edad como mayor de edad: tutela, curatela, patria potestad prorrogada o rehabilitada; el nombramiento, si así se ha solicitado, de la persona que ha de representar o asistir al incapacitado; y, de resultar necesario, se podrá pronunciar acerca de la necesidad de internamiento, esterilización del incapacitado (art. 156 del CP), o sobre la privación o no del derecho al sufragio. Contra la sentencia cabe recurso de apelación y los recursos extraordinarios que procedan en los casos establecidos en la Ley. No es susceptible de ejecución provisional, dado que se trata de una sentencia constitutiva, como tampoco lo es la sentencia firme. Si bien, a los efectos de publicidad, como precisa el artículo 214 del Código Civil las resoluciones judiciales de incapacitación «se anotarán e inscribirán en el Registro Civil, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación hipotecaria y el Registro Mercantil»; y, añade el artículo 218 del citado cuerpo legal que «las resoluciones judiciales sobre cargos tutelares habrá de inscribirse en el

(60) Esta prueba pericial puede acordarse a instancia de parte (art. 339.2 LEC), o de oficio (art. 339.5 LEC). En principio, bastará el dictamen de un perito nombrado por el Juez. Aunque lo habitual es que, en lugar de proceder a tal nombramiento, el Juez acuda directamente al médico forense; lo que no imposibilita la concurrencia de otros peritos que dictaminan sobre el supuesto concreto.

(61) GORDILLO CAÑAS, A., *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 73-74, quien señala que la sentencia de incapacitación es constitutiva de la tutela, pero declarativa de la incapacidad.

(62) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 11 de marzo de 2004 (AC 2004/675).

Registro Civil». Con mayor precisión, dispone el artículo 755 de la LEC: *cuando proceda*, esto es, cuando la sentencia determine la incapacitación de una persona, habrá de comunicarse la misma al Registro Civil para su inscripción, al margen de la inscripción de nacimiento (art. 46 de la LEC).

B) Condición y aptitud de los padres para asumir la guarda del hijo

Resulta necesario que los padres no hayan sido privados o suspendidos de la patria potestad para que puedan ejercer esta sobre su hijo incapacitado; y, asimismo, que su condición física, de salud, como su estado mental o psíquico, o, su situación personal, laboral no le impida o imposibilite para cumplir con los deberes y obligaciones que implica la patria potestad prorrogada o rehabilitada, que no deja de ser una patria potestad con cierta especialidad, como veremos, en su contenido (63). De no ser posible asumir por los padres la patria potes-

(63) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 3 de noviembre de 1998 (AC 1998/2471), no procede la rehabilitación de la patria potestad en una madre de ochenta y tres años, al no estar dispuesta a asumir las responsabilidades propias de la misma; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.^a, de 14 de julio de 1999 (La Ley 110216/1999), remite la decisión sobre si la madre está o no en condiciones de ejercer plenamente la patria potestad de su hijo mayor de edad incapaz, a la ejecución de sentencia. En la actualidad tiene la madre la edad de setenta y cuatro años, que si bien no es una edad muy avanzada, podría ser un impedimento, señala la sentencia, para el ejercicio de la patria potestad de un hijo que tiene ya cincuenta años, con una enfermedad muy grave, como es la esquizofrenia paranoide, que precisa de controles y de internamientos en hospitales psiquiátricos; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 4.^a, de 1 de septiembre de 1999 (AC 1999/2075), no procede la rehabilitación de la patria potestad, por carecer de medios para atender y supervisar permanentemente a su hijo; en el Auto de la misma Audiencia, Sección 3.^a, de 29 de enero de 2001 (*JUR* 2001/101449), no procede la patria potestad rehabilitada, dada la avanzada edad, estado de salud de la madre del incapaz, y, asimismo, por la problemática que rodea al hijo, que le impide a esta hacer frente a los deberes que supone la rehabilitación en la patria potestad; sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 22 de abril de 2002 (*JUR* 2002/156010), se precisa que, el mal estado de salud de la madre no es razón suficiente para no rehabilitarla en la patria potestad; por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 17 de enero de 2005 (*JUR* 2005/64377), se considera que el padre es idóneo para la rehabilitación de la patria potestad, pese a su edad de setenta y seis años, al convivir con la hija incapaz; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 12 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/170090), no procede la rehabilitación de la patria potestad, sobre la base de un informe del asistente social que la desaconseja, por existir una falta de interés constante de la madre en la evolución de su hija; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 26 de julio de 2005 (*TOL* 808.214), no es posible la rehabilitación de la patria potestad por la avanzada edad y la enfermedad de Parkinson que padece el padre; en la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6.^a, de 7 de junio de 2006 (*JUR* 2006/195334), asimismo, no procede la rehabilitación de la patria potestad, pues, la madre con la que Diana —hija incapaz— ha convivido en los últimos años, no se ha preocupado de facilitar una estimulación adecuada al retraso cognitivo que sufre su hija, e incluso ha propiciado que su hija no acuda con regularidad al Colegio Público de Sordos, centro especializado en el que estaba matriculada, y donde estaban en condiciones de incrementar su capacidad cognitiva y fomentar sus posibilidades de desarrollo lingüístico y social; en cambio, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 11 de enero de 2007 (*JUR* 2007/192892), procede la rehabilitación de la patria potestad en la madre por ser esta

tad prorrogada o rehabilitada sobre sus hijos mayores de edad incapacitados, se procederá al nombramiento de tutor o curador, en función de su grado de incapacidad determinado en la correspondiente sentencia (64).

2. REQUISITOS ESPECÍFICOS DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA

Existe solo un requisito específico de la patria potestad prorrogada, además de los generales ya señalados, como es la minoría de edad. No cabe duda que en la actualidad, es posible incapacitar a un menor de edad, cuando concurre en él causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá al alcanzar la mayoría de edad (art. 201 CC). Como hemos visto en líneas precedentes, están legitimados ambos progenitores, siempre que la filiación esté determinada respecto de ambos, y no estén privados o suspendidos de la patria potestad. Como decimos esta situación contrasta con la regulación anterior a la reforma por Ley de 13 de mayo de 1981, donde la posibilidad de declarar la incapacidad de un menor de edad, a efectos de tutela y patria potestad prorrogada, resultaba difícil de admitir, máxime, si recordamos, que en la redacción originaria del Código Civil, no se regulaba esta última, y, además, el artículo 213 aludía solo a la incapacitación de los mayores de edad (65).

considerada idónea, pues, como dice la citada sentencia, «ha convivido durante dieciséis años con el hijo, y le ha atendido y se ha preocupado por él, a lo que hay que añadir, el vínculo amoroso, y afectivo madre-hijo, que es realmente importante y sustancial, el cual, obviamente, no puede ser sustituido, ni suplido por el sentimiento que puede ofrecer una Fundación privada, por mucho que las personas que en ella trabajen o colaboren tengan sensibilidad bastante para atender a sujetos con una patología neurológica y psiquiátrica tan grave como la que padece Fidel, aquejado de deficiencia mental severa con rasgos psicóticos, parálisis cerebral tipo tetraparesia y epilepsia, y, pese a lo cual, la madre nunca se ha desentendido ni de sus funciones, ni de su responsabilidad respecto a su hijo, siendo la persona que más le conoce y que, pese a su enfermedad, sabe llevarlo y dirigirlo mejor, y, si en algún momento ella ha tenido algún problema o desfallecimiento —lo cual no deja de ser incluso lógico al coexistir junto a una persona querida, que presenta un cuadro patológico grave y complejo—, que le ha imposibilitado atender adecuadamente a Fidel, ha solicitado la ayuda que precisaba, atendidas las circunstancias del caso»; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 4 de septiembre de 2007 (*TOL* 1.176.637), la rehabilitación debe recaer siempre en la persona que resulte más idónea para atender, cuidar y representar los intereses del incapaz; y en el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 16 de julio de 2008 (*JUR* 2008/300272), no procede la rehabilitación de la patria potestad ante el rechazo de la madre a ayudas externas imprescindibles para la salud física y psicológica de su hijo.

(64) Vid., el artículo 236-35 del Código Civil catalán.

(65) Señala, en este sentido, TOMÉ PAULE, J., «Problemática procesal de la patria potestad prorrogada o rehabilitada», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 7, junio de 1983, págs. 102 y nota 2, que: «hasta la Ley de reforma de 13 de mayo de 1981, no era posible la declaración de incapacidad de un menor, o que al menos no podía producir efectos, ya que el artículo 213 del Código Civil se refería a los locos, dementes y sordomudos mayores de edad»; por su parte, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «La tutela del menor incapacitado», en *La tutela de los derechos del menor*, 1.º Congreso Nacional de Derecho Civil, edición preparada y dirigida por el profesor doctor José Manuel González Porras, Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, Córdoba, marzo de 1984, págs. 308-309, recordaba como el profesor Federico DE CASTRO, ponía de manifiesto, «con su certeza profundidad habitual, que sí puede incapacitarse a

En este contexto cabe preguntarse si con la actual regulación están los padres obligados a solicitar la incapacitación de su hijo menor. En principio, sobre la base legal del artículo 757.1 de la LEC, los padres están únicamente facultados para promover la incapacitación de su hijo. De forma que no hay ninguna obligatoriedad en su solicitud, todo ello, sin perjuicio del deber que tiene el Ministerio Fiscal de promover la incapacitación del menor, si los padres no lo hacen (66).

3. REQUISITOS ESPECÍFICOS DE LA PATRIA POTESTAD REHABILITADA

Son tres los requisitos específicos de la patria potestad rehabilitada, además de los generales ya expuesto como son: la mayoría de edad, la soltería y convivencia (67).

A) *Mayoría de edad*

El artículo 315.1.º del Código Civil señala que, «la mayoría de edad empieza a los dieciocho años cumplidos». A partir de tal momento, y en tanto no se incapacite el sujeto, se presume *iuris tantum* la plena capacidad de obrar. Consecuencia de la mayoría de edad es la extinción de la patria potestad (art. 169),

un menor de edad, por una consideración de convivencia, para que no haya solución de continuidad entre la protección de los que como menor es objeto, y de la que se debe otorgar como incapacitado, y por una consideración de tipo legal ya que el Código Civil contempla este supuesto en el artículo 776, al conceder al ascendiente la facultad de nombrar sustituto ejemplar «al descendiente mayor de catorce años» (por tanto, puede ser menor de edad), incapacitado».

(66) En este sentido, LÓPEZ PÉREZ, J., «Prórroga y rehabilitación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 81-82; sin embargo, GETE-ALONSO, M.^a del C., La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona, *op. cit.*, págs. 206-207, defiende el carácter obligatorio que puede tener para los padres, titulares de la patria potestad, el pedir la declaración de incapacidad del hijo menor de edad, en base a la idea de protección que tiene hoy siempre la incapacitación y por el deber que se impone a los padres respecto de los hijos de «velar por ello, tenerlos en su compañía y procurarles una formación integral» (art. 154.2.1.º), con la previsión de las correspondientes sanciones en caso de incumplimiento (art. 170.1).

(67) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 21 de septiembre de 1999 (*JUR* 1999/273459); de la misma Audiencia y Sección de 6 de junio de 2000 (*JUR* 2000/282699); de la misma Audiencia y Sección, de 22 de septiembre de 2001 (*JUR* 2001/327398); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 6 de mayo de 2002 (*AC* 2002/1066); de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, de 12 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/112320); de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 26 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/177473); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 3.ª, de 28 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/238654); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 10 de julio de 2008 (*JUR* 2008/345000); de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 10 de julio de 2009 (*TOL* 1.603.363); de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 30 de junio de 2010 (*TOL* 1.976.129); y de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9.ª, de 11 de octubre de 2010 (*TOL* 2.020.801). Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 13 de abril de 2005 (*TOL* 644.660), señala que no procede la rehabilitación al no concurrir los requisitos de soltería y convivencia.

de manera que, ante una posible incapacitación del sujeto, solo será posible la tutela, curatela, o en su caso, la rehabilitación de la patria potestad (68).

Ahora bien, a estos efectos, se puede comparar el menor emancipado al mayor de edad, pues, igualmente, la emancipación supone la extinción de la patria potestad (art. 169.2.º), con carácter irrevocable (art. 318), y se habilita al menor emancipado para regir su persona y bienes como si fuera mayor (art. 323 CC) (69). De forma que, al producirse la ruptura de la patria potestad, hace imposible la prórroga, pero no la rehabilitación si concurren los otros requisitos exigidos por el artículo 171 del Código Civil (soltería y convivencia). En la emancipación impropia por mayoría de edad (art. 314.1.º), o la que tiene lugar por concesión de los que ejercen la patria potestad (art. 314.3.º), o por concesión judicial (art. 314.4.º), no existe ninguna particularidad para que tenga lugar la rehabilitación de la patria potestad. Sin embargo, si la emancipación ha tenido lugar por matrimonio del menor, ante su incapacitación (antes o después de la mayoría de edad), al faltar el requisito de la soltería, no sería posible la rehabilitación, aunque si la constitución de la tutela. Por otra parte, si la emancipación es tácita o de hecho regulada en el artículo 319 del Código Civil, por vida independiente del hijo, consentida por los padres teniendo en cuenta su naturaleza y su carácter revocable, en caso de incapacitación se normalizaría de nuevo la patria potestad, posibilitando su rehabilitación (70).

B) Soltería

El requisito de la soltería —señala LÓPEZ PÉREZ— «presupone que el presunto incapaz no ha contraído matrimonio, ni canónico ni civil, con independencia del desenvolvimiento que haya podido tener el matrimonio: con fallecimiento del otro cónyuge o declaración de fallecimiento; o con otras circunstancias de incapacidad o ausencia, etc. Siendo indiferente también el divorcio o la separación de los cónyuges» (71).

Precisa, por su parte, DE PRADA que «este requisito es lógico, puesto que el matrimonio del incapacitado termina con la patria potestad» (72). Si bien, matiza

(68) El Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 23 de mayo de 2003 (*TOL* 429.873); la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.ª, de 10 de julio de 2003 (*TOL* 1.186.877); y la sentencia de la misma Audiencia y Sección, de 5 de diciembre de 2007 (*TOL* 1.349.954).

(69) En esta línea, VENTOSO ESCRIBANO, A., «Patria potestad: apunte histórico, prórroga y rehabilitación», *op. cit.*, pág. 507; RUBIO SAN ROMÁN, J. I., «Comentario al artículo 171 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1537.

(70) Vid. LÓPEZ PÉREZ, J., «Prórroga y rehabilitación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 94-95.

(71) LÓPEZ PÉREZ, J., «Prórroga y rehabilitación de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 70. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 17 de mayo de 1999 (*La Ley* 79936/1999).

Por su parte, para LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 356, «la exigencia de "soltería" del hijo se debe a que, en caso de contraer matrimonio o haber contraído matrimonio, se habrá producido la consiguiente emancipación (arts. 316 y 171.2.4.º) y, por tanto, corresponderá la tutela al cónyuge (art. 234.1.º)».

(72) DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.ª, «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», *op. cit.*, pág. 418; MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 171 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1144, recoge la frase de PRADA.

VENTOSO ESCRIBANO que «el hecho de que el matrimonio acabe con la patria potestad no sería especial obstáculo, pues, no olvidemos que estamos tratando de su rehabilitación, y por hipótesis se tiene que dar siempre una causa de extinción de la patria potestad: mayoría de edad» (73).

En este contexto, soltería implica ausencia de vínculo, pero, cabe plantearse, si es posible llevar a cabo una interpretación flexible de este requisito y entender incluido en él otros supuestos. Parece que, existe un sentir coincidente en la doctrina de ampliar el ámbito de operatividad de este requisito, y en consecuencia, hacerse extensiva esta situación a los supuestos de divorcio, de matrimonio declarado nulo o de disolución del matrimonio por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, pues, en todo estos casos, el estado civil será el de soltero, pero no al supuesto de separación judicial o de hecho, al no implicar la disolución del vínculo conyugal (74).

C) *Convivencia*

Coincide la doctrina en que este requisito ha de ser objeto de una interpretación también amplia y flexible, sin que debe conllevar necesariamente residencia en el mismo domicilio o convivencia bajo el mismo techo, aunque sí dependencia física y económica. De forma que, se entiende que puede haber convivencia aunque el mayor de edad incapacitado esté internado en un centro especializado (75). A esto

(73) VENTOSO ESCRIBANO, A., «Patria potestad: apunte histórico y prórroga y rehabilitación», *op. cit.*, pág. 510.

(74) VENTOSO ESCRIBANO, A., «Patria potestad: apunte histórico y prórroga y rehabilitación», *op. cit.*, págs. 508-510; LÓPEZ PÉREZ, J., «Prórroga y rehabilitación de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 70; RUBIO SAN ROMÁN, J. I., «Comentario al artículo 171 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1536. Sin embargo, SANCHO GARGALLO, I., «Incapacitación y tutela, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 116, parece considerar ampliable al supuesto de separación judicial o de hecho, sobre la base que «este requisito de soltería cabe mitigarlo, y admitir también la rehabilitación siempre y cuando, sobre la base de la previa convivencia, no existiere cónyuge a quien correspondiere legalmente la tutela (art. 234.1 CC); en esta misma línea, SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 1032, pues, «si el incapacitado y su cónyuge se hallan separados legalmente o de hecho, este último no podrá ser nombrado tutor de aquel, por lo que el nombramiento recaerá en los padres. Y si no se considera lógico tener que acudir a la institución tutelar en los casos de disolución del matrimonio en los que sería llamados los padres, el mismo razonamiento cabe aplicar en el caso del cónyuge separado», por ello, considera la autora más acertada la opinión de SANCHO GARGALLO.

Por su parte, la Circular de la DGRN, de 16 de noviembre de 1984, sobre expedientes de fe de vida y estado (BOE, núm. 279, de 21 de noviembre de 1984, pág. 33.438), señala que la existencia del estado civil de divorciado no puede ser asimilado al de soltería, sino al de viudez, por ser este estado civil, igualmente, un efecto de las otras causas de disolución del matrimonio como son la muerte y la declaración de fallecimiento.

(75) VENTOSO ESCRIBANO, A., «Patria potestad: apunte histórico y prórroga y rehabilitación», *op. cit.*, págs. 511-512; LÓPEZ PÉREZ, J., «Prórroga y rehabilitación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 70-71; MONTES PENADES, V., «Comentario al artículo 171 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1144; SANCHO GARGALLO, I., «Incapacitación y tutela», *op. cit.*, pág. 116; RUBIO SAN ROMÁN, J. I., «Comentario al artículo 171 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1536; DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.^a, «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», *op. cit.*, págs. 418-419, precisa que «el requisito de vivir en compañía de los padres es ya más discutible, pues pueden darse supuestos en que el hijo, en beneficio suyo, se encuentre en colegios o instituciones, lo que

añade SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS otra reflexión: «si la convivencia no se exige para prorrogar la patria potestad, no se entiende por qué ha de establecerse para rehabilitarla, pues resulta que, si un menor está internado en un centro especializado y se le incapacita, automáticamente se prorroga la patria potestad de los padres cuando llegue a la mayoría de edad pero, si en vez de ser menor es mayor de edad, no se puede rehabilitar la patria potestad de los progenitores del incapacitado» (76).

Esencialmente, la convivencia implica el cuidado y atención del hijo.

Lo cierto es que, a diferencia del Código Civil, ni en la Ley 67 de la Compilación Navarra, ni en el artículo 236-34.1.º del Código Civil catalán se exige el requisito de la convivencia (77).

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA

1. SUJETOS

Si la filiación está determinada respecto de ambos progenitores, a ellos corresponderá la patria potestad prorrogada o rehabilitada, como ocurre en la patria potestad ordinaria. Es decir, los padres como titulares de la patria potestad serán quienes asuman la representación legal del hijo incapacitado, y, siempre que no hayan sido privados o suspendidos de la patria potestad (art. 170 CC) (78). En cuanto a su ejercicio habrá que tener en cuenta la diversidad de

no justifica el privar al padre de su potestad». Cree, en consecuencia el autor que, «habrá que interpretar el precepto en el sentido más que de una convivencia bajo el mismo techo de seguir el incapaz bajo la guarda y custodia del padre, aunque realmente esté internado en algún establecimiento». Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, de 16 de febrero de 1999 (AC 1999/3679); de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 23 de marzo de 1999 (JUR 1999/133065); de la misma Audiencia, Sección 3.ª, de 20 de mayo de 1999 (JUR 1999/144937), señala que la convivencia es precisa para que proceda la rehabilitación de la patria potestad; el Auto Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 28 de febrero de 2000 (La Ley 47771/2000), igualmente, pone de manifiesto que falta el requisito de la convivencia; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 26 de enero de 2001 (AC 2001/2077); la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.ª, de 28 de noviembre de 2001 (JUR 2002/28544), señala en su *Fundamento de Derecho* 1.º que: «el sentido del requisito de la convivencia se refiere a que el incapacitado no conviva con otras personas distintas de sus padres (por ejemplo, con un hermano, con una pareja de hecho, etc.), supuestos en los que la rehabilitación podría no tener sentido, pero sin duda se comprende en el precepto los incapaces que ingresados en un centro han convivido hasta entonces con sus padres, pues, si no prácticamente quedaría desprovisto de contenido»; la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 22 de abril de 2002 (La Ley 77845/2002), señala que falta la convivencia entre los padres y el hijo, por lo que no procede la rehabilitación; igualmente, la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1.ª, de 23 de marzo de 2006 (TOL 926.113), manifiesta que la falta de convivencia determina la no procedencia de la rehabilitación; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 20 de diciembre de 2007 (La Ley 295245/2007).

(76) SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 1034.

(77) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 7 de octubre de 2008 (La Ley 220289/2008).

(78) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, de 12 de noviembre de 2003 (TOL 333.262); y de la Audiencia Provincial de Santander, Sección 4.ª, de 28 de septiembre de 2004 (TOL 736.797).

posibilidades, que se contienen en el artículo 156 del Código Civil, ya analizados en otro apartado de este estudio. En caso de crisis matrimonial —separación judicial o divorcio—, habrá que atender a lo que determine la sentencia judicial en relación con la guarda y custodia y el régimen de visitas (arts. 90 y 94 CC). De tener lugar la rehabilitación de la patria potestad, y una eventual separación o divorcio de los padres, habrá que tener presente lo dispuesto, igualmente, en el citado artículo 156.5 del Código Civil, y, en consecuencia, adaptar el régimen de la patria potestad rehabilitada (respecto a la titularidad) a la falta de convivencia de los titulares de la potestad que, puede determinar, en su caso, la atribución del ejercicio a uno solo de ellos, atendiendo a criterios, como la convivencia con el hijo mayor de edad incapacitado, la existencia o no de relación del padre/madre con el hijo, la situación personal, económica, de salud de aquellos, a la hora de concretar a quien corresponde la representación legal (79).

Por otro lado, la patria potestad prorrogada o rehabilitada se ejercerá sobre el hijo menor de edad o mayor de edad incapacitado respectivamente, equi-

(79) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 10 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/131366), ante la separación de los padres, se rehabilita en la patria potestad solo a la madre porque es con quien conviven los hijos. En la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 5.^a, de 29 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/216637), rehabilitada solo la madre en la patria potestad de su hijo incapaz, se otorga al padre sobre la base del artículo 160 del Código Civil, un derecho de visitas; igualmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 15 de marzo de 2006 (TOL 991.12). Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.^a, de 16 de enero de 2007 (*JUR* 2007/274813), los progenitores viven separados desde hace doce o trece años, y se procede a ser rehabilitada en la patria potestad únicamente a la madre, al ser ella la que no solamente la está ejerciendo, sino que desea continuar haciéndolo, no existiendo relación alguna del padre con su hijo José, que tampoco aquel pretende reestablecer. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 31 de octubre de 2007 (TOL 1.235.456), atribución de la guarda a la madre, y un régimen de visitas al padre. E, igualmente, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 19 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010/77651), se rehabilita en la patria potestad solo a la madre por considerar la Sala que es lo más conveniente, ya que el hijo no solo continúa viviendo con su madre, sino que también esta ha estado ejerciendo su custodia de forma eficaz, y bajo su exclusiva potestad. Además, la falta de vinculación emocional y la ausencia de cuidado material y de relación personal entre el padre e hijo durante más de cuatro años llevan a considerar procedente rehabilitar solo la potestad de la madre, y no a de ambos progenitores.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 9 de octubre de 2002 (*RTC* 2002/174), señala que: «la sentencia recurrida ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del ahora recurrente, causándole indefensión contraria al artículo 24 de la CE, pues, aquella sentencia, al rehabilitar exclusivamente la potestad de la madre, obviando la potestad que, igualmente, le correspondía al padre, ha tomado una decisión que exigía la traída al proceso del ahora recurrente, a fin de que este hubiera podido ejercer su derecho de defensa y hubiera tenido la oportunidad de contra argumentar y contradecir las alegaciones de la demandante en orden a la conducta observada en relación con sus deberes para con su hijo, pues el simple hecho de que desde la separación matrimonial la madre tuviera conferida la guarda y custodia del hijo, no podía ser causa suficiente para excluir la potestad del padre tras la incapacitación del hijo mayor de edad, máxime cuando la sentencia de separación matrimonial, pese a ser el hijo ya mayor de edad en la fecha que se dictó (17 de julio de 1995), tras establecer que el hijo quedaba bajo la guarda y custodia de la madre, expresamente dispuso que «ambos progenitores ejercitarán conjuntamente la patria potestad, quienes deberá consultarse en cuantos asuntos de interés o gravedad se presenten».

parándose civilmente a los efectos de representación legal de los padres a los hijos menores de edad, sin perjuicio de la existencia de cierta adaptabilidad de tal régimen a la especial situación, que implica la patria potestad prorrogada o rehabilitada (80).

2. CONSTITUCIÓN

En la sentencia de incapacitación, si es estimatoria, el juez determinará la incapacidad del hijo (menor o mayor de edad), y fijará expresamente el régimen de guarda al que queda sometido el incapacitado: tutela, curatela o patria potestad prorrogada, sin que sea necesario ninguna declaración respecto a la prórroga de la patria potestad, pues, como hemos puesto de manifiesto, esta se produce *ex lege*, de modo automático, y, sin que, asimismo, se extinga la patria potestad, cuando el hijo menor de edad incapacitado, llegue a la mayoría de edad, pues, aquella subsiste sin interrupción; a diferencia de la rehabilitación de la patria potestad, que no es automática (81), sino que de la misma debe hacerse mención en la propia sentencia, siempre que concurren, además de la declaración de incapacidad, los requisitos previstos en el artículo 171 del Código Civil, y, que tiene como efecto la no constitución de la tutela. Supone, en consecuencia, la habilitación de nuevo de una patria potestad ya extinguida, que será ejercitada por quien correspondiere, si el hijo fuera menor de edad, e, igualmente, con sujeción primeramente a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación y, subsidiariamente a las reglas normales de la patria potestad.

3. CONTENIDO

Como hemos puesto de manifiesto en líneas precedentes, en la determinación del contenido de la patria potestad prorrogada o rehabilitada sobre la base de lo dispuesto en el artículo 171 del Código Civil —en relación con el art. 210 del citado cuerpo legal— habrá que estarse a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación y subsidiariamente a las reglas normales de la patria potestad. De forma que, en principio, se otorga un amplio poder de arbitrio a la autoridad judicial en la configuración del alcance de la patria potestad prorrogada en cualquiera de sus modalidades respecto del titular que vaya a ejercerla, y, en lo que constituye la fijación de su contenido personal o patrimonial, o en lo relativo a su duración (82). Todo ello atendiendo a las

(80) Se considera, a efectos de impuestos, que forman parte de la unidad familiar los hijos sometidos a patria potestad prorrogada o rehabilitada; como, asimismo, a los efectos de obtener una prestación asistencial. Vid., la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), Sala de lo Social, de 22 de marzo de 2001 (La Ley 62747/2001); la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Valencia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª, de 22 de abril de 2002 (La Ley 77717/2002); y la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Foral de Navarra, de 28 de abril de 2010 (La Ley 128673/2010).

(81) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 1.ª, de 12 de marzo de 2002 (*JUR* 2002/139094).

(82) Como precisa DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.ª, «Notas sobre la patria potestad en la reforma del Código», en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 12, 1982, pág. 356, habrá que

particularidades del caso concreto. En este sentido manifiesta Díez PICAZO que: «se otorga a la sentencia un amplio poder de determinación de la extensión y de los límites de la incapacidad y del régimen de tutela o de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. Determina la sentencia, ante todo, la extensión de la incapacidad ordenando una incapacidad plena, para todos los actos de la vida jurídica, o una incapacidad de carácter limitado. En este último caso, habrá de puntualizarse un elenco de los actos para los que se reconoce capacidad a la persona y aquellos otros respecto los cuales la incapacidad funciona» (83). De forma que, sobre los amplios términos en que se manifiesta el artículo 171, en relación con el artículo 201, el Juez puede graduar la propia incapacidad y, por ende, el campo de actuación de la patria potestad prorrogada o rehabilitada.

Ahora bien, este amplio arbitrio o facultad de regulación del Juez, como bien precisa MONTES PEÑADES tiene ciertos límites por imperativo legal, de ahí que, por ejemplo, la autoridad judicial no podrá liberar a los padres de la necesaria autorización judicial contenida en el artículo 166 del Código Civil (84). En todo caso, una vez determinada por la autoridad judicial la extensión de la patria potestad, el ejercicio corresponderá a los titulares de esta (padres) designados a tal efecto, sin interferencia alguna, y, en los términos fijados en la propia resolución.

En este contexto, si en la resolución referida no se dispone nada al respecto será de aplicación las normas de la patria potestad ordinaria contenidas en el Título VII, Libro I del Código Civil: «De las relaciones paterno-filiales». Cabe preguntarse si se aplica este régimen de la patria potestad ordinaria sin ninguna especialidad alguna, salvo las declaradas en la sentencia; o, resulta necesario adaptar tal normativa a la especial situación que se genera con la patria potestad prorrogada, atendiendo esencialmente a las particularidades del caso concreto. Por esta última opción parece decantarse la doctrina, y nos parece más acertada, pues, esta patria potestad viene a ser en cierto modo sustancialmente diversa de la patria potestad ordinaria que se ejercita sobre los hijos menores de edad; pues, va a operar sobre mayores de edad incapacitados (85).

Así el profesor SERRANO Y SERRANO señala que esta regla de aplicar subsidiariamente las disposiciones del Título VII del Libro I contenida en el artículo 171 del Código Civil: «tan bien orientada, como sucinta, no resolverá una serie de problemas que podrán presentarse, porque, aunque parecida, la patria potestad prorrogada es sustancialmente diversa de la auténtica que se ejercita sobre hijos menores de edad: las condiciones y relaciones personales de padre e hijo son diferentes en uno y en otro caso a la administración de bienes y su posible aplicación al levantamiento de las cargas familiares deberán ser consideradas con diferente

leer atentamente la resolución de incapacidad, pues, puede disponer el juez lo que quiera en torno a esta patria potestad.

(83) Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Comentario al artículo 210 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 195-196.

(84) MONTES PEÑADES, V. L., «Comentario al artículo 171 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1144. En el mismo sentido, VENTOSO ESCRIBANO, A., «Patria potestad: apunte histórico y su prórroga o rehabilitación», *op. cit.*, pág. 514.

(85) LÓPEZ PÉREZ, J., «Prórroga y rehabilitación de la patria potestad», *op. cit.*, págs. 96-97; VENTOSO ESCRIBANO, A., «Patria potestad: apunte histórico y su prórroga o rehabilitación», *op. cit.*, pág. 513; RUBIO SAN ROMÁN, J. I., «Comentario al artículo 171 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1537.

óptica» (86). En esta línea, GETE-ALONSO tras reconocer la aplicación de las normas generales de la patria potestad al menor incapaz, aunque con las particularidad de su incapacidad, precisa que: «quizá la única diferencia en el ejercicio normal de la patria potestad y el que se efectúa sobre un menor incapacitado está en el mayor número de casos en los que el titular de la patria potestad tenga que actuar sustituyendo al menor incapacitado. Mayor número de supuestos, en cuanto que el menor no emancipado puede, en muchas ocasiones, actuar bien por sí, bien con un simple complemento de la autoridad paterna» (87).

Sobre tales bases, los padres, como representantes legales, deberán actuar tanto en la esfera personal, como patrimonial (art. 154 CC). Si bien, para ello, habrán de acomodar la normativa de la patria potestad ordinaria a la realidad del mayor incapacitado, lo que va a justificar una cierta desviación de las reglas generales relativas a aquella contenidas en el Código Civil. Así, en la esfera personal, los padres velarán por sus hijos, los tendrá en su compañía, alimentarán, educarán y procurarán una formación integral —aunque matizadamente respecto a los hijos mayores de edad, sin olvidar que corresponde a los padres procurar la inserción del hijo incapaz de la mejor manera posible en la sociedad—. No parece posible, sin embargo, que opere los supuestos de exclusión de la representación legal previstos en el número 1 de artículo 162 del Código Civil, pues, la exigencia de una cierta capacidad y condiciones de madurez, no resultan existentes en el incapacitado (88), ni, asimismo, los contenidos en el número 3, y apartado segundo; si bien, con respecto al número 2 del citado precepto, en caso de conflictos de intereses entre los padres e hijos, procederá el nombramiento de defensor judicial, salvo que el interés opuesto, lo sea solo con uno de los progenitores, en cuyo caso, corresponderá al otro por Ley representar al menor o completar su capacidad (art. 163 CC). Tampoco parece posible dar cumplimiento por parte de los hijos sometidos a prórroga o rehabilitación de los deberes y obligaciones contenido en el artículo 155 del Código Civil. No obstante, pudiera plantearse la posibilidad de llevar a cabo por los padres determinados actos o negocios de Derecho de Familia, pese a su carácter personalísimo, como la solicitud de separación matrimonial —salvo que lo puede realizar el propio incapacitado—, cuyo ejercicio (legitimación) ya se ha admitido en alguna resolución para el tutor (89). En cuanto a la esfera patrimonial, corresponde a los padres la administración de los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo

(86) SERRANO Y SERRANO, I., «Prólogo» a la obra «La patria potestad: voluntad del titular», *op. cit.*, pág. 16.

(87) GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C., «La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona», *op. cit.*, pág. 219. En similares términos, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «La tutela del menor incapacitado», *op. cit.*, pág. 310.

(88) Dispone el artículo 9.3.a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que se otorgará el consentimiento por representación «cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculada a él por razones familiares o de hecho».

(89) Vid., la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 18 de diciembre de 2000 (RTC 2000/311); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.^a, de 24 de noviembre de 2006 (JUR 2007/94634); y de la misma Audiencia y Sección, de 5 de junio de 2008 (JUR 2009/6736). En contra, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 1999 (RJ 1999/1418).

con las obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria, con las excepciones que señala el artículo 164 del Código Civil —no resultado de aplicación la prevista en el apartado 3—; asimismo, en su actuación como administradores, los padres habrán de observar las reglas particulares que fundamentalmente fija el artículo 166 para actos de disposición de bienes, como es la solicitud de la correspondiente autorización judicial (90). Por otra parte, el reconocimiento a favor de los hijos de la pertenencia de los frutos que producen sus bienes, así como de todo lo que adquiera con su trabajo o industria —esto último difícilmente ante una incapacitación total—, y su destino al levantamiento de las cargas familiares, tendrá operatividad en este supuesto de patria potestad prorrogada, con intervención del Juez sobre «la parte que en equidad proceda» (arts. 165 y 155.2 CC). De todas formas, los padres deberán prestar las garantías procedentes a fin de asegurar una adecuada administración de los bienes de los hijos por sus padres (art. 167, con la posibilidad de que el hijo exija la rendición de cuentas —art. 168— en un plazo de tres años) (91). Finalmente, la propia incapacitación del hijo mayor de edad impedirá que este en relación con la administración de sus bienes por sus padres pueda solicitar la constitución de hipoteca legal, artículo 168.3 de la LH; y pedir que se inscriban a su favor los inmuebles, que no lo estuvieran (arts. 190 y 191 de la LH).

Todo ello, sin perjuicio que, en esta necesaria adaptación al caso concreto, podamos plantearnos, que sucederá respecto de la disposición gratuita a favor de un menor en la que se ordene la no administración por los padres (art. 164.1 CC), sino que hasta la mayoría de edad de aquel, la ejercite otra persona; si el menor llega a la mayoría de edad y posteriormente, es incapacitado y se rehabilita a los padres en la patria potestad, a quien corresponde, entonces, la administración de tales bienes, parece que de nuevo la solución pasa porque el Juez lo resuelva en la sentencia de incapacitación; y de no ser así corresponderá a los padres, al no haberse previsto nada en contra por el disponente para este supuesto (92).

En todo caso, corresponde a los padres promover la adquisición o recuperación de la capacidad del hijo y su mejor inserción en la sociedad (art. 269.3 del CC, en sede de tutela) (93).

Ahora bien, la extensión de la patria potestad prorrogada o rehabilitada puede depender del grado de discernimiento del incapacitado y del tipo de incapacitación total o parcial que, se haya establecido en la sentencia de incapacitación. Con lo que se ha planteado la doctrina si es posible un contenido asistencial de la patria potestad, similar a la curatela. Antes de la reforma del artículo 171 por Ley Orgánica 1/1996, DE PRADA se mostraba partidario de rehabilitar la patria potestad en supuestos de incapacitación parcial en los que no se requería un sistema de representación (94). Después de la misma, para SANCHEZ-CALERO ARRIBAS:

(90) Vid., la Resolución de la DGRN, de 8 de mayo de 2010 (La Ley 103882/2010).

(91) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª, de 16 de septiembre de 2004 (TOL 495.394).

(92) En similares términos, vid., VENTOSO ESCRIBANO, A., «Patria potestad: apunte histórico y prórroga o rehabilitación», *op. cit.*, pág. 513.

(93) La sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 30 de enero de 1998 (AC 1998/3113), dispone al respecto que: «la prórroga de la patria potestad no entraña mantenimiento indefinido de la situación, pues, en cualquier momento puede ser modificada, ni suponer limitar el auxilio de terceros».

(94) DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.ª, «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», *op. cit.*, pág. 419. «El Juez podrá graduar la incapacidad y, en función de esta, permitir

«nada impide que, en el caso de mayores de edad incapacitados, se establezca un contenido diferente, en el sentido de reducir las obligaciones de los padres y sustituir la facultad de representación por la asistencia» (95). En contra, sin embargo, se muestra VENTOSO ESCRIBANO pues, afirma que prorrogar o rehabilitar la patria potestad con un contenido semejante a la curatela «sería desnaturalizar aquella institución. Si una resolución judicial estableciera tal sistema deberíamos preguntarnos qué se ha constituido: no hay duda que la resolución diría que una patria potestad, pero nos tememos que de tal solo tendría el nombre, y desde luego entendemos que lo mejor sería llamar a las cosas por su auténtica nomenclatura» (96).

Lo cierto es que el legislador con la remisión que hace en el artículo 171 del Código Civil a las reglas de la patria potestad, está pensando en un supuesto de representación legal, no de asistencia como sería la curatela. Pero también es cierto que la incapacitación puede no ser total, sino parcial, y tampoco tendría sentido no adaptar el ejercicio de tal representación legal a un ámbito más reducido de actuación, quizá cercano o similar al que correspondería a un curador.

V. EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA

Ambas modalidades de patria potestad prorrogada se extinguen por los supuestos establecidos en propio el artículo 171 del Código Civil (97), cuya redacción

al deficiente o sordomudo realizar determinados actos o incluso, creo llegar a establecer para él un *status* similar al del emancipado limitando la patria potestad a completar su capacidad en supuestos de especial importancia». En esta línea, también GÓMEZ-OLIVEROS, J. M.^a, «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 562, mayo-junio de 1984, págs. 634-635.

(95) SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, B., «Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad», *op. cit.*, pág. 1042. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.^a, de 11 de octubre de 2006 (*JUR* 2006/293881), limitan la patria potestad rehabilitada solo al ámbito personal, y con relación a su sometimiento al tratamiento médico que se le prescribe por los trastornos que padece. Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.^a, de 29 de junio de 2010 (La Ley 204960/2010), se rehabilita la patria potestad solo en el ámbito patrimonial.

(96) VENTOSO ESCRIBANO, A., «Patria potestad: apunte histórico y prórroga y rehabilitación», *op. cit.*, pág. 515. En esta línea, GUILARTE MARTÍN CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, McGraw Hill, Madrid, 1997, pág. 242, quien señala que: «a su juicio, debería hacerse suprimido el inciso final del número tercero del artículo 222 del Código Civil, pues no alcanza a comprender ni la necesidad, ni la utilidad de una patria potestad de contenido asistencial; si cada institución dispensa una protección diversa, no hagamos cumplir a la patria potestad una función que ya cumple la curatela, pues si la patria potestad puede ejercerse en forma asistencial, lo mismo debe predicarse de la tutela, y de esta manera suprimase la curatela para los incapacitados y prorroguese la tutela con contenido asistencial». En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 10 de enero de 2003 (*JUR* 2003/92882), se optó por designar a los padres como curadores en lugar de rehabilitarlos en la patria potestad.

(97) El artículo 236-36 del Código Civil catalán dispone que: «1. La potestad parental prorrogada o rehabilitada se extingue por las siguientes causas: a) Las establecidas por el artículo 236-32 (extinción de la patria potestad ordinaria), sin perjuicio de lo establecido por el artículo 236-6 (causas de privación de la patria potestad); b) La declaración judicial de cese de la incapacitación del hijo; c) La constitución posterior de la tutela a favor del cónyuge, de la persona con quien convive en pareja estable o de los descendientes; d) El

sufrió, como así pusimos de manifiesto en otro apartado de este estudio al que nos remitimos, varias modificaciones a lo largo de la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, hasta su concreción definitiva:

1. Muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo. Concuierda con el artículo 169.1.º del Código Civil. Ahora bien, si el fallecimiento es de uno de los padres, el sobreviviente ejercerá con exclusividad la patria potestad prorrogada sobre el hijo mayor de edad incapacitado conforme al artículo 156 párrafo cuarto del Código Civil, con independencia que contraiga nuevas nupcias.
2. La adopción del hijo: determina la finalización de la patria potestad prorrogada del hijo incapaz, como señala el artículo 171.2 en relación con el artículo 169.3, dando lugar a una nueva relación de filiación con modificación de la paternidad, pero subsistiendo en los adoptantes la titularidad de la patria potestad prorrogada, que, en principio, no sufrirá modificaciones frente a la que tenía los padres por naturaleza (98). Ello no impide que, si se han producido una variación de las circunstancias, se modifique el alcance de la incapacitación, ya establecida ex artículo 761 de la LEC.
3. La cesación de la incapacitación. Sin perjuicio de recordar que corresponde a los padres procurar la recuperación de la capacidad del hijo, la posibilidad de modificar el alcance de la sentencia de incapacitación, resulta obvia en consideración a lo dispuesto en el artículo 761 de la LEC porque «hayán sobrevenido nuevas circunstancias»; lo que conlleva la iniciación de un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la sentencia de incapacitación ya establecida. De los cuatro procesos contenidos en el Capítulo II de la LEC, sería el juicio verbal de reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la incapacitación.
4. Matrimonio del incapacitado: La cuarta y última causa de extinción. Puede resultar paradójico hablar de matrimonio en supuestos de incapacitación, dado que no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial (art. 45.1 en relación con el art. 73.1 CC). Pero teniendo presente la posible graduación de la capacidad en la propia sentencia de incapacitación, se pudiera dar el caso que en la misma se reconociera capacidad para el matrimonio (art. 760 LEC). De no hacerse mención, en todo caso, hay que tener presente el artículo 56 párrafo segundo del Código Civil, que no impide contraer matrimonio válidamente, aunque exista declaración

matrimonio del incapaz con una persona mayor de edad capaz; e) La solicitud de quienes ejercen la potestad prorrogada, judicialmente aprobada, si la situación personal y social de estos y el grado de deficiencia del hijo incapaz impiden el cumplimiento adecuado de su función. 2. Si al cesar la patria potestad prorrogada o rehabilitada subsiste la incapacitación, debe constituirse la tutela o la curatela».

Por su parte, la Ley 67 de la Compilación Navarra dispone en su último apartado que: «Además de las causas enumeradas en la Ley 66 (causas de extinción de la patria potestad ordinaria), la patria potestad prorrogada se extinguirá por haberse decretado la cesación de la incapacitación y por contraer matrimonio el incapacitado».

(98) Para DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., «Sistema de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 272, algún problema plantea la adopción del hijo, pues, «el adoptante, si el adoptado es mayor de edad, no adquiere la patria potestad sobre él, y sería por ello necesario constituir su tutela, salvo que se entienda, lo que no es fácil que alcance al adoptante una sustitución o transferencia de la patria potestad que tenían los padres».

de incapacidad por deficiencias psíquicas, cuando exista el dictamen de aptitud de un facultativo. De todas formas, las deficiencias físicas no tienen por qué conllevar la imposibilidad de prestar el consentimiento para contraer matrimonio (99).

Además, de las causas enumeradas en el citado artículo 171, hay que tener en cuenta la posibilidad de privación o suspensión de la patria potestad (art. 170 CC) (100); o la ausencia, incapacidad (101) o imposibilidad de los padres (art. 156.4 CC) (102), o la propia ausencia del hijo.

En este contexto, si cesase la patria potestad prorrogada o rehabilitada por cualquiera de las causas expuestas, y subsistiera el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o curatela, según proceda (último párrafo del art. 171 en relación con el art. 222.3, ambos del CC).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a: «Comentario al artículo 171 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. III, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1982.
- «Comentario al artículo 171 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, T. I, 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- «La reforma de la patria potestad», en *Las reformas del Código Civil por Leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1983.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. M.^a: *Derecho Civil Español, Común y Foral, T. V, Derecho de Familia, vol. II, Relaciones paterno-filiales y tutelares*, 9.ª ed., revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero y José María Castán Vázquez, Reus, Madrid, 1985.
- DE LA CÁMARA, M.: «La reforma española del Derecho de Familia y su comparación con el Derecho de otros países europeos», en *La Notaria*, núm. 7-8-9, 1980.
- DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.^a: «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 25, 1982.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil, vol. IV Derecho de familia y Derecho de sucesiones*, 10.ª ed., Tecnos, Madrid, 2006.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, McGrawHill, Madrid, 1997.

(99) Vid., las Resoluciones de la DGRN, de 14 de noviembre de 2000 (La Ley 206480/2000); de 17 de enero de 2007 (TOL 1.970.715); y de 18 de diciembre de 2008 (TOL 1.999.458).

Señala LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 414, que con buen criterio opera el supuesto de matrimonio del incapacitado, pues hace ceder la patria potestad prorrogada a la tutela del cónyuge.

(100) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 1.ª, de 17 de octubre de 2002 (La Ley 171727/2002); la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 28 de junio de 2004 (La Ley 1164/2005); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 14 de julio de 2005 (La Ley 157987/2005).

(101) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2.ª, de 7 de febrero de 2007 (JUR 2007/250365).

(102) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 4.ª, de 15 de marzo de 2010 (JUR 2010/164496).

- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: «Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad», en *Actualidad Civil*, núm. 9, primera quincena de mayo de 2005.
- LÁCRUZ BERDEJO, J. L., et al., *Elementos de Derecho Civil, T. IV, Familia*, 4.^a ed. revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2010.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil, T. VI, Derecho de Familia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010.
- LÓPEZ PÉREZ, J.: *Prórroga y rehabilitación de la patria potestad*, Bosch, Barcelona, 1992.
- *La patria potestad: voluntad del titular*, prólogo: I. Serrano y Serrano, Secretariado de Publicaciones. Universidad de Valladolid, 1982.
- MARTÍN GRANIZO, M.: *La incapacitación y figuras afines*, Colex, Madrid, 1987.
- MONTES PENADES, V. L., con la colaboración de M.^a Teresa MARÍN: «Comentario al artículo 171 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984.
- O'CALLGHAN MUÑOZ, X.: «La tutela del menor incapacitado», en *La tutela de los derechos del menor, 1.º Congreso Nacional de Derecho Civil*, edición preparada y dirigida por el profesor doctor José Manuel González Porras, Córdoba, marzo de 1984.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á.: «La protección de los menores e incapacitados en general. La patria potestad», en *Curso de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de Familia*, 2.^a ed., Colex, Madrid, 2008.
- RUBIO SAN ROMÁN, J. I.: «Comentario al artículo 171 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil, T. II, vol. 2.º*, coordinador: Joaquín Rams Albesa, coordinadora adjunta: Rosa María Moreno Flórez, Bosch, Barcelona, 2000.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: «La patria potestad», en *El nuevo régimen de la familia, II. La filiación. La patria potestad. La economía del matrimonio. La reforma del Derecho de Sucesiones*, Civitas, Madrid, 1981.
- URIBE SORRIBES, A.: «La representación de los hijos», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XXV, 1982.
- VENTOSO ESCRIBANO A.: «Patria potestad: apunte histórico y su prórroga o rehabilitación», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC, Sala 2.^a, de 18 de diciembre de 2000.
- STC, Sala 2.^a, de 9 de octubre de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 1999.
- RDGRN, de 14 de noviembre de 2000.
- RDGRN, de 8 de mayo de 2010.
- SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 3 de noviembre de 1998.
- SAP de Jaén, Sección 1.^a, de 16 de febrero de 1999.
- SAP de Murcia, Sección 1.^a, de 23 de marzo de 1999.
- SAP de Navarra, Sección 3.^a, de 30 de abril de 1999.
- SAP de Álava, Sección 1.^a, de 17 de mayo de 1999.
- SAP de Murcia, Sección 3.^a, de 20 de mayo de 1999.
- SAP de Murcia, Sección 1.^a, de 21 de septiembre de 1999.
- SAP de Álava, Sección 1.^a, de 2 de febrero de 2000.
- SAP de Pontevedra, Sección 4.^a, de 4 de febrero de 2000.
- AAP de Burgos, Sección 2.^a, de 28 de febrero de 2000.

SAP de Murcia, Sección 1.^a, de 6 de junio de 2000.
 SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 26 de enero de 2001.
 SAP de Murcia, Sección 1.^a, de 22 de septiembre de 2001.
 SAP de Guadalajara, de 22 de abril de 2002.
 SAP de Ciudad Real, Sección 1.^a, de 6 de mayo de 2002.
 SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 25 de julio de 2002.
 SAP de Toledo, Sección 2.^a, de 12 de marzo de 2004.
 SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 17 de enero de 2005.
 SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 10 de marzo de 2005.
 SAP de Ciudad Real, Sección 1.^a, de 26 de mayo de 2006.
 SAP de las Islas Baleares, Sección 5.^o, de 29 de mayo de 2006.
 SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 11 de enero de 2007.
 SAP de Pontevedra, Sección 3.^a, de 28 de febrero de 2007.
 SAP de Murcia, Sección 4.^a, de 10 de julio de 2008.
 AAP de Madrid, Sección 24.^a, de 16 de julio de 2008.
 SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 24 de marzo de 2009.
 SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 19 de noviembre de 2009.
 SAP de las Islas Baleares, Sección 4.^a, de 15 de marzo de 2010.
 SAP de Álava, Sección 1.^a, de 29 de junio de 2010.

RESUMEN

**PATRIA POTESTAD PRORROGADA
 INCAPACITACIÓN
 MINORÍA Y MAYORÍA DE EDAD**

La patria potestad puede extinguirse al llegar el hijo a la mayoría de edad, bien mediante la prórroga de aquella, cuando el hijo es incapacitado durante su minoría de edad, o bien mediante su rehabilitación, cuando el hijo también resulta incapacitado, tras su mayoría de edad, y concurran, además, los requisitos de soltería y convivencia con los progenitores. En el presente estudio vamos a analizar ambas modalidades de patria potestad prorrogada, como alternativa a otras instituciones de guarda —tutela y curatela—, tal como se regula en nuestro Código Civil, con especial referencia a las posiciones doctrinales y jurisprudenciales existente sobre la materia, sin perjuicio de proceder, asimismo, a un sucinto tratamiento de la regulación existente en otros ordenamientos nacionales y extranjeros próximos a nuestro entorno.

ABSTRACT

**EXTENDED PARENTAL AUTHORITY
 INCAPACITATION
 AGE OF MINORITY AND MAJORITY**

Parental authority may be extended at a child's attainment of majority, either by delaying majority should the child have been incapacitated while a minor, or by reinstating minority should the child be incapacitated after attaining majority and in addition meet the requirements of being unmarried and living in the parental home. This study will look at both means of extending parental authority as an alternative to other protective institutions (guardianship and curatorship), as regulated in our Civil Code. Special reference will be made to the positions currently espoused by legal thought and case-law. A succinct discussion of the regulations existing in other domestic bodies of law and foreign bodies of law akin to ours is included.

ALIMENTOS ENTRE HERMANOS

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Contratada Doctora.

Derecho Civil. UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA JURISPRUDENCIA Y EL DERECHO DE ALIMENTOS ENTRE HERMANOS.—III. CARACTERES ANALIZADOS POR LA JURISPRUDENCIA.—IV. CUANTIFICACIÓN DE LO INDISPENSABLE PARA LA VIDA.—V. LA JURISPRUDENCIA Y LA DEUDA ALIMENTICIA SURGIDA DE OTRAS FIGURAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (por orden cronológico).

I. INTRODUCCIÓN

El Código Civil no da una completa definición de «alimentos entre parientes», únicamente establece que se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, educación y asistencia médica.

Ha sido la jurisprudencia y la doctrina la que ha ido perfilando las líneas de esta obligación familiar. Así se establece que la obligación de dar alimentos impuesta a los parientes en línea recta, requiere además del vínculo, la existencia de un estado de necesidad en el alimentista, y la capacidad económica en el alimentante, y existe, desde el momento mismo en el que nace la necesidad del alimentista.

Vamos a ver cómo el incumplimiento de las obligaciones (asistencia, cuidados, alimentos...), unas de origen contractual (contrato de alimentos), otras de origen legal (la obligación de dar alimentos entre parientes), pueden o no traer causa judicial. La legislación protege a los desasistidos por la vía civil, que como procedimiento de ejecución forzosa sobre el patrimonio del obligado, se dirige a la satisfacción del crédito del alimentista cuando este está cuantificado económicamente (cuestión distinta es cuando la obligación es contractual y alcanza a sujetos mayores que pretenden cuidados, asistencia y afectos difícilmente ejecutables), sin olvidar la vía penal. «No es baladí afirmar que el legislador sigue configurando tipos penales especialmente referidos al incumplimiento de obligaciones familiares, al margen de la infracción de desasistencia» (1). Y que como veremos, dicha esencia (de desasistencia) sí la tiene en cuenta el juzgador civil.

DELGADO ECHEVERRÍA (2) matiza que dicha obligación surge cuando concurren los presupuestos de necesidad y de la posibilidad, hasta el punto de que el obligado a dar alimentos, los puede prestar voluntariamente, constituyéndose así en verdadero y auténtico cumplimiento, hasta el punto de derivar la prestación

(1) Vid. MUÑOZ GARCÍA, Carmen, «Reflexiones acerca de las sanciones por incumplimiento de las obligaciones alimenticias, contractuales y legales», en *Diario La Ley*, núm. 7313, Sección Doctrina, de 4 de enero de 2010, Año XXXI, Ref. D-1, Editorial LA LEY. LA LEY 20881/2009.

(2) LACRUZ Y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, Familia, 2.^a ed. revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 24 y sigs.

en irrepetible, tanto si el obligado ha acogido en su casa al alimentista, como si ha satisfecho sus necesidades mediante la entrega de una cantidad de dinero.

Sin embargo, y a tenor del artículo 148, la deuda tras recaer fallo judicial estimatorio, es exigible desde la interposición de la demanda, siendo proporcional, conforme al artículo 146 del Código Civil, al caudal o medios del obligado a darlos y a las necesidades de quien tiene derecho a percibirlos (3).

Dentro de los alimentos y del concepto del Código Civil del «sustento» se incluyen los gastos ordinarios que específicamente recoge el precepto, enumerando los de formación, educación (matrícula escolar, libros de enseñanza, gastos de enseñanza y uniformes, gastos de comedor), de vestuario y ropa, de asistencia médica (de enfermedad y farmacéuticos).

II. LA JURISPRUDENCIA Y EL DERECHO DE ALIMENTOS ENTRE HERMANOS

Con anterioridad a la reforma del Código Civil por Ley de 13 de mayo de 1981, inspirada en el principio constitucional de igualdad ante la ley, se equipara el derecho de alimentos entre toda clase de hermanos (el art. 143 de dicho Código solo imponía una obligación alimenticia entre hermanos cuando se tratara de los que llamaba hermanos legítimos, es decir, los nacidos intramatrimonialmente aunque solo fueran consanguíneos o uterinos. TSJ de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sentencia de 24 de mayo de 1997) (4).

La señalada sentencia de 24 de mayo de 1997 insiste en que la modificación igualatoria no puede concebirse como «un gravamen a cargo de hermanos que antes no habían de soportarlo, cuando, en puridad y de acuerdo con su espíritu inspirador, la esencia de la misma es de índole claramente favorecedora de los derechos de quienes antes eran reputados hijos y hermanos ilegítimos privados de cualquier acción alimenticia; ello, amén de que, en rigor de principios, la norma ni siquiera entraña un mero gravamen a cargo de hermanos que antes no lo tenían

(3) Vid. MUÑOZ GARCÍA, Carmen, «Reflexiones acerca de las sanciones por incumplimiento de las obligaciones alimenticias, contractuales y legales», en *Diario La Ley*, núm. 7313, Sección Doctrina, de 4 de enero de 2010, Año XXXI, Ref. D-1, Editorial LA LEY. LA LEY 20881/2009.

(4) El TSJ de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sentencia de 24 de mayo de 1997. Ponente: Pedro MENESES VICENTE (LA LEY 13705/1997). ...«el Decreto de 1962 exigía, como condición general referida al solicitante, la de “no tener derecho a alimentos, conforme al libro I, capítulo 6.º del Código Civil”. Por ello, sin duda, se consideró irrelevante, al tiempo de otorgarse la pensión, que el beneficiario tuviera un hermano de los entonces reputados naturales, toda vez que el texto entonces vigente para el artículo 143 de dicho Código solo imponía una obligación alimenticia entre hermanos cuando se tratara de los que llamaba hermanos legítimos, es decir, los nacidos intramatrimonialmente aunque solo fueran consanguíneos o uterinos, por manera que el aquí demandante carecía, a la sazón, de cualquier derecho alimenticio frente a su mencionado hermano, alumbrado por su madre fuera de todo vínculo matrimonial.

Pero no parece que, al producirse la Resolución aquí impugnada, hubiera de considerarse inmodificada la situación originaria pues, por entonces, regía ya el nuevo texto establecido, para el citado artículo del Código Civil, por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que inspirada en el constitucional derecho a la igualdad ante la ley y aspirando por ello a equiparar los hijos matrimoniales con los extramatrimoniales no recogía ya distingo alguno entre ellos a los efectos alimenticios».

sino que, a la vez y en virtud del principio de reciprocidad imperante en materia de alimentos, les supone también un derecho de que igualmente carecían antes».

Con carácter general la Jurisprudencia ha definido la «deuda alimentaria» como la que afecta a una persona, llamada alimentante, que resulta obligada a prestar a otra, llamada asimismo alimentista, lo indispensable para cubrir todas sus necesidades perentorias, o dicho con palabras legales, las necesidades mínimas para subsistir (STS de 23 de febrero de 2000) (5).

Además dicha «deuda alimenticia» precisa la existencia de un nexo de parentesco entre el alimentante y el alimentista, artículo 143 del Código Civil, así como una situación socioeconómica suficiente en el primero y deficiente en el segundo artículo 148 del Código Civil. Y en este sentido aparece la definición dada a la deuda legal de alimentos en la sentencia del TS de 13 de abril de 1991 (6), que se basa en la de 8 de marzo de 1962, cuando dice que dicha deuda se deriva del deber impuesto jurídicamente a una o varias personas de asegurar la subsistencia de unas u otras; y también definida doctrinalmente como la deuda surgida entre parientes, basada en lazos de solidaridad familiar; y que tiene su fundamento en el derecho a la vida configurado como un derecho de la personalidad, a cuya conservación tiende esta figura que tutela, pues, un interés jurídico privado e individual (7).

Insiste la STS, de 13 de abril de 1991, en que se confunde la no exigencia de respetar escrupulosamente el orden del artículo 144 del Código Privado, con libertad plena, y que podría peligrosamente revestir la vertiente de caprichosa o malintencionada, si se prescindiese de la necesaria justificación, de la carencia de medios, de las personas llamadas preferentemente. Para evitar estas situaciones de posible anarquía, la doctrina positiva ha sido unánime en proclamar la necesidad de exigir que se acredite, sin dejar resquicios de duda o de posibilidades, más o menos ciertas, que solamente los demandados resultan ser los únicos

(5) «...para que surja con todos sus efectos dicha deuda alimenticia han de darse determinadas circunstancias como son reveses de fortuna, siniestros imprevisibles, enfermedades graves, imposibilidad de trabajar..., datos o circunstancias...». STS de lo Civil, de 23 de febrero de 2000, recurso 433/1995. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Número de sentencia: 151/2000. Número de recurso: 433/1995. LA LEY 5702/2000.

(6) STS de lo Civil, de 13 de abril de 1991. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. LA LEY 2070-JF/0000. Reclamación a madre y hermana del actor, padre de catorce hijos y casi todos mayores. La deuda alimenticia puede reclamarse de cualquiera de los obligados por el artículo 143 y 144, pero impone el deber de justificar la falta de medios de las personas llamadas por la ley antes a alimentar, a las que no se demanda. La esposa divorciada queda excluida.

«Ha de tenerse en cuenta que la obligación alimenticia se ha de entender como deber impuesto a una o varias personas de asegurar la subsistencia de otra o de otras, y supone la conjunción de dos partes, una acreedora, que tiene derecho a exigir y recibir los alimentos, y la otra, deudora, que tiene el deber moral y legal de prestarlos, con la particularidad de que el primero ha de reunir, hipotéticamente, la condición de necesitado y el segundo poseer medios y bienes aptos para atender la deuda. Dicha relación obligacional puede tener su causa en un negocio jurídico —contrato o testamento (art. 153 CC)— o en la Ley (art. 39.3 CE, respecto a las obligaciones padres a hijos), Título VI, Libro I del Código Civil, sobre alimentos entre parientes, y artículo 173 de dicho Código, en relación al acogimiento de menores, redactado conforme a la Ley de 11 de noviembre de 1987 (incluso en alguna legislación europea, como sucede en la italiana, se amplía la obligación alimenticia al parentesco por afinidad)».

(7) La AP de Las Palmas, Sección 4.^a, sentencia de 6 de febrero de 2001, recurso 693/2000. Ponente: Juan José COBO PLANA. Número de sentencia: 101/2001. Número de recurso: 693/2000 (LA LEY 31029/2001).

sujetos pasivos, obligados a realizar el pago de los alimentos; alcanzándoles, de esta manera, una obligación derivada y sobrevenida por su vinculación familiar.

Para lo cual insiste en que la interpretación efectuada del referido artículo 144 es la correcta, ya que la obligación legal de alimentos, en cuanto a su contenido, se normativiza en el artículo 142 del Código Civil, y en concreto a los sujetos recíprocos de la prestación en el 143 y siguientes (STS de 2 de diciembre de 1983) (8). Y si bien el citado precepto 144 establece el orden de prestación, no es de recibo dejar al margen y menos ignorar dicho orden, previsto para cuando concurren varios obligados; y, dados los fundamentos y motivos que determinan subjetivamente la obligación alimenticia, y según reiterada jurisprudencia de este Tribunal (sentencias de 5 de abril de 1902, 10 de enero de 1906, 27 de abril de 1911, 24 de noviembre de 1920, 6 de junio de 1917, 30 de abril de 1923 y 20 de junio de 1959) (9), no impone efectivamente a los acreedores alimentarios la sujeción estricta a la numeración que el artículo contiene, sino que la reclamación se promueve contra cualquiera de las personas que menciona la referida norma, puesto que otra interpretación sería contraria a los fines de concreción y economía de los procesos, por el gravamen que representaría tener que sostener litigios sucesivos y eliminatorios, para llegar a determinar el sujeto pasivo que, por sus recursos económicos, pudiera levantar y atender la carga alimenticia. Pero ello implica y exige, para que la demanda pudiera prosperar, que se hubiera justificado, debida y satisfactoriamente, que los llamados con preferencia a cumplir la prestación —cónyuge e hijos— carecían de medios adecuados para atenderla.

Nuestro propósito en el presente pequeño estudio se centra en analizar al hilo de la jurisprudencia la existencia y el alcance real del *derecho de alimentos entre hermanos*.

III. CARACTERES ANALIZADOS POR LA JURISPRUDENCIA

En el supuesto de los alimentos entre hermanos la esencia del derecho de alimentos tiene unas características propias, como ha profundizado la jurisprudencia:

- Primero debe concretarse la existencia del vínculo familiar; su consideración de hermanos (SAP de Las Palmas, de 6 de febrero de 2001) (10).

(8) La interpretación que el juzgador hace del artículo 144 del Código Civil al imponer la obligación de los alimentos a los abuelos es la correcta, pues no es que ignore que los progenitores son los primeros obligados a satisfacer el derecho a alimentos, en su más amplio sentido, de los menores, fundamentalmente como emanación de su derecho-deber de patria potestad, sino porque entiende que tales progenitores no están en condiciones de cumplirlo, uno absolutamente por su situación de ignorado paradero y la otra relativamente por insuficiencia de medios (STS, Sala Primera, de lo Civil, de 2 de diciembre de 1983. Ponente: Rafael PÉREZ GIMENO. LA LEY42645-NS/0000).

(9) Sentencias citadas por la STS de 13 de abril de 1991 (vid. nota a pie de página núm. 6).

(10) No hay lugar a dudas sobre la existencia del vínculo familiar entre el actor y los demandados, hijos todos ellos de un mismo padre, ya fallecido, así como el de la suficiente situación socioeconómica de los demandados con el fin de poder proporcionar o abonar la deuda alimenticia en favor de su hermano.

El núcleo básico de la presente contienda judicial surge en la concreción del parámetro de la situación socioeconómica de la madre, en cuanto que primeramente obligada a la prestación alimenticia en favor de este por delante de los hermanos demandados.

La doctrina científica ha concretado que la pérdida del derecho de alimentos se produce cuando el alimentista es un hermano en el caso en el que la necesidad sea imputable a él mismo, aun cuando haya cesado en la conducta que dio lugar a la misma (11).

- La deuda consiste en otorgar *alimentos restringidos*. Derecho restringido basándose en los auxilios necesarios para la vida, siempre y cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista (SAP de Madrid, de 25 de julio de 2006 (12), y TSJ de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sentencia de 24 de mayo de 1997) (13).

La doctrina además ha concretado la *limitación* de la cuantía en los alimentos entre hermanos señalando como obvia la razón de fondo en base a que «el oficio de piedad que rige las relaciones entre ascendientes y descendientes y entre cónyuges es más intenso que el que rige para los hermanos, por lo que entra dentro de las más estrictas reglas de la lógica y es acorde con la conciencia social el hecho de que los alimentos debidos por estos últimos sean más limitados que los exigidos entre parientes más cercanos» (14).

- Pueden concurrir con el derecho de alimentos de otros parientes de mejor derecho (SAP de Málaga, de 27 de diciembre de 2000) (15).

(11) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, «La extinción de la obligación de alimentos», en *La obligación legal de alimentos entre parientes*, edición número 1, Editorial LA LEY, Madrid, 2002.

(12) La AP de Madrid, Sección 20.ª, sentencia de 25 de julio de 2006, recurso 244/2005. Ponente: Ramón Fernando RODRÍGUEZ JACKSON. Número de sentencia: 353/2006. Número de recurso: 244/2005 (LA LEY 173622/2006). Derecho restringido basándose en los auxilios necesarios para la vida, siempre y cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista. En el presente supuesto, el demandante *tiene las necesidades básicas para la vida cubiertas*, por lo que sus hermanos no están obligados a sacrificarse detrayendo de sus ingresos unas cantidades que pueden emplear en atenciones a su familia para que el demandante pueda vivir con mayor comodidad».

(13) El TSJ de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sentencia de 24 de mayo de 1997. Ponente: Pedro MENESES VICENTE (LA LEY 13705/1997), la demanda todavía arguye que, en todo caso, la obligación alimenticia entre hermanos tiene un contenido muy restringido, en cuanto limitada a «los auxilios necesarios para la vida», ...El tribunal no considera este argumento «atendible si se advierte que al configurar el requisito correspondiente, el Decreto de 1962 —y lo mismo el de 1981 que le sucedió— no refiere la carencia del derecho de alimentos a ninguna modalidad específica de los mismos ni a las previsiones de ningún artículo concreto de los dedicados por el Código Civil a la materia, lejos de lo cual se expresa en términos genéricos, remitiéndose en abstracto a las normas del Libro I, Título 6.º de dicho Código, es decir, sin que el Decreto establezca distingo alguno, por lo cual, a la hora de interpretarlo, tampoco cabe distinguir, de manera que bastará la operatividad del derecho a alimentos en cualquiera de las modalidades —amplia o estricta— previstas en el citado capítulo de aquel Código».

(14) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves: «La extinción de la obligación de alimentos», en *La obligación legal de alimentos entre parientes*, edición número 1, Editorial LA LEY, Madrid, 2002.

(15) La AP de Málaga, Sección 6.ª, sentencia de 27 de diciembre de 2000, recurso 490/2000. Ponente: José Javier DIEZ NÚÑEZ. Número de sentencia: 918/2000. Número de recurso: 490/2000 (LA LEY 236901/2000). La obligación alimenticia entre hermanos tiene un carácter restringido a los auxilios necesarios para la prestación estricta de alimentos,

- No son solidarias las obligaciones alimentarias, sino que el importe que corresponda se repartirá entre todos los obligados en proporción a su capacidad económica (16).
- Son personalísimas, si el hermano no puede prestarle alimentos no se puede acudir a los sobrinos (AP de Madrid, Sección 10.^a, sentencia de 20 de septiembre de 2007) (17).
- No exime entre hermanos el que uno de ellos pertenezca a una orden religiosa y tenga voto de pobreza (STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 6 de julio de 1999) (18).
- Uno de los caracteres básicos es la reciprocidad: lo que significa que no es posible que una persona tenga obligación respecto a otra sin que esta la tenga respecto a aquella (19).

En relación con esta reciprocidad, la doctrina señala que el incumplimiento por parte del alimentante implica también la pérdida de su correlativo derecho de alimentos frente al pariente al que se los ha negado. El artículo 152.4 del Código Civil señala, entre las causas de cesación de la obligación, el hecho de que «el alimentista... hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación» y, como acabamos de ver, una de las faltas de desheredación es precisamente esa negativa injustificada a prestar alimentos (20).

los cuales quedan cubiertos con los ingresos propios del demandante, teniendo además en cuenta que puede que *existan familiares de mejor derecho que el demandante*.

(16) La AP de Barcelona, Sección 17.^a, sentencia de 22 de mayo de 2000, recurso 450/2000. Ponente: Victoriano DOMINGO LOREN. Número de recurso: 450/2000 (LA LEY 105050/2000). Las obligaciones alimentarias no son solidarias, sino que el importe que corresponda se repartirá entre todos los obligados en proporción a su capacidad económica (en este caso era el pago de los gastos de hospitalización e ingreso en residencia geriátrica).

(17) La AP de Madrid, Sección 10.^a, sentencia de 20 de septiembre de 2007, recurso 743/2006. Ponente: Ana María OLALLA CAMARERO. Número de sentencia: 426/2007. Número de recurso: 743/2006 (LA LEY 200969/2007). Reclamación de tío a sobrino. El propio actor reconoce que su hermano carecía de medios para darle alimentos. *La obligación de prestar alimentos que recíprocamente tienen los ascendientes y descendientes es personalísima*, no se transmite a tercera persona, ni constituye carga o gravamen a que estén afectos los bienes del que deba darlos. La AP Madrid desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de instancia que absuelve al demandado de prestar alimentos a su tío, el actor.

(18) El STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 6 de julio de 1999, recurso 5966/1998. Ponente: Felipe SOLER FERRER. Número de recurso: 5966/1998. Jurisdicción: SOCIAL (LA LEY 106512/1999). Actor que vive con su hermano que pertenece a una orden religiosa. Hermano con ingresos superiores obligado al alimento entre parientes. Voto de pobreza que no le libera de la obligación de alimentos de la legislación civil.

(19) El TSJ de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sentencia de 24 de mayo de 1997. Ponente: Pedro MENESES VICENTE (LA LEY 13705/1997) recuerda que, «en materia de alimentos, rige siempre el principio de *reciprocidad* por manera que no cabe que una persona tenga obligación respecto a otra sin que esta la tenga respecto a aquella; amén de implicar una interpretación por demás torcida de la norma comentada que, como ya se dijo, aspira a eliminar la discriminación legal anteriormente existente entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y mal se puede eliminar una desigualdad creando otra, cual resultaría, según la tesis examinada, ya que entonces el hijo extramatrimonial adquiriría derechos alimenticios frente al matrimonial sin contraer una recíproca obligación, deviniendo así de mejor condición que este último, cuando la norma solo intenta su mutua equiparación».

(20) MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves, «El cumplimiento de la obligación de alimentos», en *La obligación legal de alimentos entre parientes*, edición número 1, Editorial LA LEY,

IV. CUANTIFICACIÓN DE LO INDISPENSABLE PARA LA VIDA

Para que nazca el derecho a recibir los alimentos, como hemos señalado, se requiere que concurren los requisitos necesarios consistentes en que el demandante carezca de lo indispensable para el sustento. La jurisprudencia ha cuantificado que los ingresos que tiene el actor por su pensión, aunque sean ligeramente inferiores al salario mínimo interprofesional, es suficiente para asegurar las necesidades vitales de una persona (AP de Madrid, Sección 14.^a, sentencia de 26 de noviembre de 2008). De ahí que no quepa el derecho a solicitar alimentos (21).

El alimentista puede ser un menor de edad a cargo de la madre quien ante sus escasos ingresos económicos y el reconocimiento de la deuda alimenticia y de su necesidad por medio, primero del padre que pasaba una pensión y luego tras su fallecimiento por los propios hermanos que continuaron pasándola pero en menor cantidad, quienes acreditan la necesidad del sustento (22). Tras el reconocimiento de la necesidad y el pago de la deuda alimenticia el juzgador independiza y relativiza la cuestión de los ingresos de la madre.

El derecho de alimentos entre hermanos también es actualizable conforme al IPC anual (23).

Madrid, 2002. Señala además que: «Piénsese en el caso en que la obligación recaiga sobre varios hermanos, y cada uno de ellos reclame su derecho a cumplir la obligación en especie, ¿con cuál de ellos deberá ir a vivir el alimentista para percibir la prestación a la que tiene derecho?; o lo que es igual, de entre todos los deudores, ¿a quién corresponde la elección?»

(21) La AP de Madrid, Sección 14.^a, sentencia de 26 de noviembre de 2008, recurso 232/2008. Ponente: Juan UCEDA OJEDA. Número de sentencia: 614/2008. Número de recurso: 232/2008 (LA LEY 262513/2008). Se desestima la demanda en reclamación de pensión de alimentos frente a la hermana de padre del actor, habida cuenta la diferente posición económica de ambos. Se requiere que concurren los requisitos necesarios para que nazca el derecho a recibir los alimentos, consistente en que el demandante carezca de lo indispensable para el sustento, y en el presente supuesto los ingresos que tiene el actor por su pensión, aunque sean ligeramente inferiores al salario mínimo interprofesional, es suficiente para asegurar las necesidades vitales de una persona, por cuanto tiene dinero suficiente para un sustento digno, a lo que hay que unir los ingresos que percibe la esposa del actor, sin que a ello sea óbice que haya acreditado que solicitó un préstamo que está actualmente amortizando, al no haberse acreditado la finalidad del mismo.

(22) AP de Las Palmas, Sección 4.^a, sentencia de 6 de febrero de 2001, recurso 693/2000. Ponente: Juan José COBO PLANA. Número de sentencia: 101/2001. Número de recurso: 693/2000 (LA LEY 31029/2001). Ante los ingresos insuficientes de la madre para atender las necesidades básicas del menor, los demandados han venido pagando determinadas cantidades a su madre para sufragar, entre otros gastos, los alimentos para su hermano menor... Se ha acreditado, por reconocimiento de los propios demandados en prueba de confesión, que el padre de Amado entregaba a la madre mensualmente la cantidad de 150.000 ptas. para el sustento del hijo común de ambos y que, fallecido aquel, los hijos, ahora demandados, siguieron remitiendo a la madre la misma cantidad, rebajándola a 40.000 ptas. mensuales posteriormente.

Pues bien, lo que se acaba de exponer supone un reconocimiento, primero por parte del padre del actor y después por sus hermanos ahora demandados, de que el mismo necesitaba la cantidad de 150.000 ptas. para subsistir, con independencia de si la madre tenía o no ingresos.

(23) AP de Las Palmas, Sección 4.^a, sentencia de 6 de febrero de 2001, recurso 693/2000. Ponente: Juan José COBO PLANA. Número de sentencia: 101/2001. Número de recurso: 693/2000 (LA LEY 31029/2001) reconoce la necesidad de actualización del derecho de alimentos, «cantidad que se verá incrementada anualmente con arreglo al IPC».

V. LA JURISPRUDENCIA Y LA DEUDA ALIMENTICIA SURGIDA DE OTRAS FIGURAS

Puede que el derecho de alimentos se constituya como una obligación dispuesta en testamento por los causantes de las partes (padres) por la que los hermanos de la discapacitada deben contribuir al sostenimiento de sus necesidades y habitación. Obligación de facilitar al alimentista lo indispensable para su subsistencia, estableciendo el juzgador la fijación de una determinada cantidad de dinero por cada uno de los codemandados (24) o a través de una cesión (25).

Puede que no haya derecho de alimentos y lo que exista sea un contrato verbal entre hermanos a los auxilios necesarios para la prestación estricta de alimentos (AP de Madrid, Sección 9.^a, sentencia de 16 de marzo de 2009) (26).

O que el derecho de alimentos forme parte de una carga impuesta por la madre esencia de una donación onerosa (STS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de septiembre de 2006) (27).

(24) La AP de Madrid, Sección 11.^a, sentencia de 27 de diciembre de 2007, recurso 517/2007. Ponente: Jesús GAVILÁN LÓPEZ. Número de sentencia: 1067/2007. Número de recurso: 517/2007 (LA LEY 316174/2007). Los recurrentes alegan incongruencia de la sentencia de Primera Instancia. La AP entiende que la adecuación entre el suplico y el objeto del pleito no debe estar constituido por el hecho exclusivo y excluyente de facilitar habitación a la demandante, sino alimentos, en el concepto de facilitar al alimentista lo indispensable para su subsistencia, antes apuntado, de ahí que la fijación de una determinada cantidad de dinero por cada uno de los codemandados, integre tanto el suplico como el objeto del procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda de reclamación de la prestación de alimentos, y la AP de Madrid confirmó la resolución recurrida.

(25) RDGRN de 19 de abril de 1999 (LA LEY 9876/1999) deniega la inscripción de la escritura por falta de tracto sucesivo, de la escritura otorgada el 5 de diciembre de 1990, en Novelda, donde don José María G. cedió a cambio de alimentos a doña Carmen y doña Rosario C. B., por mitades indivisas entre ellas, dos fincas, entre ellas la que se había adjudicado en la disolución de condominio.

(26) La AP de Madrid, Sección 9.^a, sentencia de 16 de marzo de 2009, recurso 136/2008. Ponente: José Luis DURÁN BERROCAL. Número de sentencia: 138/2009. Número de recurso: 136/2008 (LA LEY 44662/2009). Obligación del demandado de abonar la deuda reclamada, que no trae causa en una obligación legal de alimentos, sino que deriva de un contrato verbal concertado entre los hermanos accionantes y su demandado hermano en orden a ingresar a su anciana madre en determinada residencia, sufragando los correspondientes gastos satisfaciendo los actores, además de la suma acordada otra cantidad, a fin de completar la parte correspondiente al demandado, quien se negó a pagarla, sin que conste causa que justifique el impago. Se estima íntegramente la demanda de reclamación de deudas impagadas con base en contrato verbal.

(27) STS Sala Primera, de lo Civil, de 1 de septiembre de 2006, recurso 4176/1999. Ponente: Antonio SALAS CARCELLER. Número de sentencia: 817/2006. Número de recurso: 4176/1999. LA LEY 99325/2006. Donación por una madre a uno de sus hijos de la mitad indivisa de dos fincas a cambio de la obligación de darle asistencia y cuidados durante toda la vida, y con la condición de que al disolverse la comunidad existente entre el donatario y sus hermanos, se adjudicase aquel por entero la finca de mayor tamaño en pago de sus derechos. Su incumplimiento no puede significar la pérdida de los derechos del donatario de adquirir definitivamente lo donado cuando por su parte había cumplido aquello a lo que personalmente se obligó, que era prestar alimentos a su madre —donante— y hermanos.

Supuesto parecido se recoge en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 20 de agosto de 1906 (LA LEY 26/1906): «...Las indicadas cláusulas que se insertaban eran referentes: la primera, a los alimentos que debía dar el donatario

Cuestión diferente a la tratada es el reconocimiento a favor del demandante de un derecho de casa diferente del derecho de alimentos entre parientes que no puede obligar al demandante a sustituirlo por una renta o pensión vitalicia (28).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- LACRUZ Y SANCHO: *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, 2.^a ed., revisada y puesta al día por RAMS ALBESA, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág. 24 y sigs.
- MAGRO SERVET, Vicente: «El nuevo contrato de alimentos en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de modificación del Código Civil; los alimentos entre parientes y los reclamados para los hijos menores», en *Diario La Ley*, núm. 6019, Sección Doctrina, 17 de mayo de 2004, Año XXV, Ref. D-110, Editorial LA LEY. LA LEY 910/2004.
- MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves: «El cumplimiento de la obligación de alimentos», en *La obligación legal de alimentos entre parientes*, edición núm. 1, Editorial LA LEY, Madrid, 2002.
- MUÑOZ GARCÍA, Carmen: «Reflexiones acerca de las sanciones por incumplimiento de las obligaciones alimenticias, contractuales y legales», en *Diario La Ley*,

al donante, en equivalencia a la reserva de usufructo que exige el artículo 634 del Código Civil; la segunda, a iguales alimentos a favor de los hermanos del donatario don Joaquín y doña Leonor, y al pago que el mismo donatario se obligaba a efectuar de las legítimas maternas de ambos hermanos, así como de la parte que por igual concepto le faltaba cobrar a doña Juana Dominica Susperregui, según lo establecido en las operaciones divisorias de los bienes relictos al fallecimiento de doña Celedonia Susperregui, y la devolución, en su caso, de la dote de su esposa...».

(28) La AP de Huesca, sentencia de 28 de diciembre de 2007, recurso 253/2007. Ponente: Gonzalo GUTIÉRREZ CELMA. Número de sentencia: 286/2007. Número de recurso: 253/2007 (LA LEY 297247/2007) indica que en el presente supuesto no estamos ante una obligación legal de prestar alimentos entre parientes, en la que el alimentante quiera hacer uso de la opción prevista en el artículo 149 del Código Civil, sino ante *el reconocimiento, en la institución de heredero del demandado, del derecho de casa en favor del actor, para ser atendido en todas sus necesidades, sano y enfermo, siempre que trabaje para la casa en tanto pudiese, con la previsión, caso de que fuera incapaz para el trabajo*, conforme a la correspondiente calificación de la Seguridad Social, de que debería traer a la casa la pensión que por este concepto obtenga o al menos el 70 por 100 de la misma, según el propio tenor de la institución de heredero de 3 de noviembre de 1976.

El propio título expresa la forma en la que el derecho debe ser ejercido, en la casa, sin dar a ninguno de los interesados la facultad unilateral de alterar la asistencia en casa con el pago de una pensión como la solicitada por el actor; quien no ha pedido que el demandado cumpla con la indicada obligación de atenderle en casa, cuya existencia nadie ha puesto en duda, sino la sustitución de dicha obligación por otra distinta lo cual, al propio tiempo, hace que ningún sentido pueda tener el entrar a analizar si es el demandado quien ha estado incumpliendo u obstaculizando de algún modo la indiscutida obligación de la institución hereditaria o es el actor quien, con su propia conducta y modo de vida, no ha hecho nada por integrarse en la familia en cuya casa, no obstante, dispone de una habitación, cuyas limitaciones no vienen tanto de la estructura misma de la habitación sino del acopio de objetos que el actor hace en ella.

El actor es muy libre de integrarse en la casa o llevar su propia vida independiente con sus propios recursos, pues tiene su pensión, pero creemos que no puede obligar al demandado a transformar el derecho de casa en una pensión económica, por lo que procede estimar el recurso del demandado.

núm. 7313, Sección Doctrina, 4 de enero de 2010, Año XXXI, Ref. D-1, Editorial LA LEY. LA LEY 20881/2009.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES ANALIZADAS (por orden cronológico)

TRIBUNAL SUPREMO

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 2 de diciembre de 1983. Ponente: Rafael PÉREZ GIMENO. LA LEY 42645-NS/0000.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 13 de abril de 1991. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. LA LEY 2070-JF/0000.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 23 de febrero de 2000, recurso 433/1995. Ponente: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA. Número de sentencia: 151/2000. Número de recurso: 433/1995. LA LEY 5702/2000.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 1 de septiembre de 2006, recurso 4176/1999. Ponente: Antonio SALAS CARCELLER. Número de sentencia: 817/2006. Número de recurso: 4176/1999. LA LEY 99325/2006.

AUDIENCIAS

- AP de Barcelona, Sección 17.^a, sentencia de 22 de mayo de 2000, recurso 450/2000. Ponente: Victoriano DOMINGO LOREN. Número de recurso: 450/2000 (LA LEY 105050/2000).
- AP de Málaga, Sección 6.^a, sentencia de 27 de diciembre de 2000, recurso 490/2000. Ponente: José Javier Díez NÚÑEZ. Número de sentencia: 918/2000. Número de recurso: 490/2000 (LA LEY 236901/2000).
- AP de Las Palmas, Sección 4.^a, sentencia de 6 de febrero de 2001, recurso 693/2000. Ponente: Juan José COBO PLANA. Número de sentencia: 101/2001. Número de recurso: 693/2000 (LA LEY 31029/2001).
- AP de Madrid, Sección 20.^a, sentencia de 25 de julio de 2006, recurso 244/2005. Ponente: Ramón Fernando RODRÍGUEZ JACKSON. Número de sentencia: 353/2006. Número de recurso: 244/2005 (LA LEY 173622/2006).
- AP de Madrid, Sección 10.^a, sentencia de 20 de septiembre de 2007, recurso 743/2006. Ponente: Ana María OLALLA CAMARERO. Número de sentencia: 426/2007. Número de recurso: 743/2006 (LA LEY 200969/2007).
- AP de Madrid, Sección 11.^a, sentencia de 27 de diciembre de 2007, recurso 517/2007. Ponente: Jesús GAVILÁN LÓPEZ. Número de sentencia: 1067/2007. Número de recurso: 517/2007 (LA LEY 316174/2007).
- AP de Huesca, sentencia de 28 de diciembre de 2007, recurso 253/2007. Ponente: Gonzalo GUTIÉRREZ CELMA. Número de sentencia: 286/2007. Número de recurso: 253/2007 (LA LEY 297247/2007).
- AP de Madrid, Sección 14.^a, sentencia de 26 de noviembre de 2008, recurso 232/2008. Ponente: Juan UCEDA OJEDA. Número de sentencia: 614/2008. Número de recurso: 232/2008 (LA LEY 262513/2008).
- AP de Madrid, Sección 9.^a, sentencia de 16 de marzo de 2009, recurso 136/2008. Ponente: José Luis DURÁN BERROCAL. Número de sentencia: 138/2009. Número de recurso: 136/2008 (LA LEY 44662/2009).

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

- STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 6 de julio de 1999, recurso 5966/1998. Ponente: Felipe SOLER FERRER. Número de recurso: 5966/1998. Jurisdicción: SOCIAL (LA LEY 106512/1999).
- TSJ de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sentencia de 24 de mayo de 1997. Ponente: Pedro MENESES VICENTE (LA LEY 13705/1997).

RESOLUCIONES

- RDGRN de 20 de agosto de 1906 (LA LEY 26/1906).
- RDGRN de 19 de abril de 1999 (LA LEY 9876/1999).

RESUMEN

**DERECHO DE ALIMENTOS
HERMANOS**

La obligación de alimentos entre hermanos es una obligación familiar derivada y sobrevenida por su vinculación familiar basada en la solidaridad familiar. Está inspirada en el principio constitucional de igualdad ante la ley. Se equipara el derecho de alimentos entre toda clase de hermanos, siendo uno de sus caracteres esenciales la reciprocidad. Se requiere además del vínculo, la existencia de un estado de necesidad en el alimentista, y la capacidad económica en el alimentante, y existe, desde el momento mismo en el que nace la necesidad del alimentista.

ABSTRACT

**RIGHT TO MAINTENANCE
SIBLINGS**

The obligation to provide sibling maintenance is a derivative, supervening family obligation due to the family tie based on family solidarity. It is inspired by the constitutional rule of equality before the law. A comparable right to maintenance exists amongst all manner of siblings, and one of the essential traits of the right is reciprocity. In addition to the tie, the requirements are that the recipient must be in a state of need and the provider must be economically capable of providing maintenance. The right exists as of the exact time when the recipient enters the state of need.

1.3. Derechos reales

LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LOS TÍTULOS RELATIVOS A BIENES INMUEBLES ECLESIASTICOS

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Antonio de Nebrija*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. BREVE REFERENCIA A LOS REQUISITOS DEL ORDENAMIENTO CANÓNICO PARA LA ENAJENACIÓN.—III. PRESUPUESTOS PARA LA INSCRIPCIÓN: 1. LA PREVIA MODIFICACIÓN JURÍDICO-REAL. 2. TRACTO SUCESIVO. 3. FORMA PÚBLICA.—IV. ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL: 1. LEGALIDAD DE LAS FORMAS EXTRÍNECAS. 2. CAPACIDAD DE LOS OTORGANTES. 3. VALIDEZ DE LOS ACTOS DISPOSITIVOS.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Los bienes inmuebles eclesiásticos que se encuentran en España pueden inmatricularse en el Registro de la Propiedad, a través del procedimiento especial previsto en el artículo 206 LH. Si una vez inmatriculados se produce cualquier acto de disposición de derechos reales sobre los mismos, su titularidad eclesiástica y su ubicación en España, hace que entren en juego dos ordenamientos distintos, con diferentes requisitos, como son el ordenamiento canónico, y el ordenamiento civil (y registral) español.

Por eso, cuando se presente un título que recoja un acto de disposición sobre este tipo de inmuebles, el Registrador deberá acudir a ambos ordenamientos para ver si se cumplen los requisitos exigidos por los dos.

Esto se debe a que el ordenamiento canónico se aplica en Derecho español, y la legislación civil recibe las normas canónicas en aquellos aspectos en los que sean concurrentes como Derecho estatutario.

La especial relación entre ambos ordenamientos no ha sido pacífica, sino que existen distintas posturas doctrinales en torno a la misma, si bien, nosotros desde aquí entendemos que su relación se explica siguiendo en este punto la tesis defendida por NAVARRO VALLS (1). Este autor con base en los artículos IV y XXXV del anterior Concordato de 1953, llega a la conclusión de la aplicación en España del Derecho Canónico como estatutario, y niega su incorporación en bloque a nuestro ordenamiento.

El artículo IV del Concordato establecía un amplio reconocimiento de las distintas instituciones eclesiásticas para el ordenamiento español, en cuanto a su capacidad y personalidad jurídica, a la vez, que en su párrafo tercero establecía que la gestión ordinaria y extraordinaria de los bienes eclesiásticos correspondía

(1) NAVARRO VALLS, R., «La licencia en la enajenación canónica y el Derecho español», en *Ius Canonicum*, 10, 1970, págs. 303-391.

a las autoridades competentes de la Iglesia (2). Es decir, en este artículo concordatario se daba gran facilidad de actuación y reconocimiento a las distintas instituciones y asociaciones de la Iglesia, en cuanto a sus bienes y en el ámbito propio de actuación, reconociendo que se rigen por sus estatutos particulares.

A la vista de este artículo, y con la correcta interpretación que ha de hacerse del artículo XXXV, NAVARRO VALLS concluye que: «el control preventivo de la licencia que el ordenamiento canónico prescribe para la ordenada gestión de los bienes eclesiásticos... supone una disposición de carácter estatutario cuando esas personas morales eclesiásticas entran en el campo del Derecho Civil y en situación de paridad con los demás entes morales, privados o públicos. Dicha norma estatutaria deberá ser respetada y tenida en cuenta, no porque el Derecho estatal le haya dado una cualificación especial frente a los demás derechos peculiares, sino porque el mero hecho de ser Derecho peculiar ya es título suficiente, siempre que no contradiga las disposiciones del Derecho Común Civil» (3). De esta forma, si los entes eclesiásticos, con reconocida personalidad jurídica para el ordenamiento español se someten en sus estatutos a la legislación canónica, en cuanto a su regulación jurídica y sus actuaciones, esa legislación canónica influye e interfiere en el ordenamiento civil, «no por la propia fuerza de las normas canónicas (que forman parte de un ordenamiento extraño y distinto al estatal), sino por el valor de todo estatuto como derecho peculiar en el tráfico normal de las relaciones contractuales».

Por lo tanto, el ordenamiento canónico se recibe como Derecho estatutario al que hay que acudir cuando el supuesto que se deba regular entre en su ámbito de actuación y competencia, en cuyo caso deberá aplicarse antes que el Derecho Civil patrio. Pero, no se puede olvidar, como también afirma NAVARRO VALLS, que habrá que procurar la publicidad de estas normas estatutarias de las distintas personas eclesiásticas, pues no siempre son conocidos, y por tanto puede verse perjudicado por las mismas un tercero que las ignore.

Compartimos esta tesis de NAVARRO VALLS, y entendemos, que, hoy también, y con base en el Acuerdo ente el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 1979, debe llegarse a la misma interpretación de que el Derecho Canónico se aplica en nuestro ordenamiento como Derecho Estatutario. Apoyan o refrendan esta tesis el propio artículo I, apartados 3 y 4 del Acuerdo 1979 (4),

(2) El artículo IV del Concordato de 1953 reconocía la personalidad jurídica y la plena capacidad para adquirir, poseer y administrar bienes de todas las instituciones y asociaciones religiosas existentes en España a la entrada en vigor de ese Concordato, y también se reconocían las entidades de igual naturaleza que sean posteriores erigidas y aprobadas por las autoridades eclesiásticas competentes, siempre que dicha erección sea comunicada oficialmente a las autoridades españolas. Igualmente el párrafo tercero afirmaba que «la gestión ordinaria y extraordinaria de los bienes pertenecientes a entidades eclesiásticas o asociaciones religiosas, y la vigencia e inspección de dicha gestión de bienes corresponderán a las autoridades competentes de la Iglesia».

(3) NAVARRO VALLS, R., «La licencia en la enajenación canónica y el Derecho español», *ob. cit.*, pág. 386.

(4) Artículo 1. Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos:

3. El Estado reconoce la personalidad jurídica civil de la Conferencia Episcopal Española, de conformidad con los estatutos aprobados por la Santa Sede.

4. El Estado reconoce la personalidad jurídica civil y la plena capacidad de obrar de las órdenes, congregaciones religiosas y otros institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas y de las asociaciones y otras entidades y fundaciones religiosas que gocen de ella en la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo.

así como los artículos 37 y 38 del Código Civil, relativos a las personas jurídicas y su capacidad (5).

La jurisprudencia también lo ha entendido en este sentido, como por ejemplo, la RDGRN de 21 de enero de 1932, que así aplicó el Derecho Canónico, afirmando que las «asociaciones religiosas pueden libremente someterse en sus estatutos a las leyes canónicas en cuanto a su regulación jurídica, conforme a su condición y dentro de aquellos límites de la ley nacional que debe salvaguardar siempre el Estado», y concluía la resolución afirmando que «es indudable la capacidad plena con que se otorgaron las escrituras tanto por el Derecho Civil como por el canónico». Es decir, como un determinado ente eclesiástico remite en sus estatutos al Derecho Canónico para su regulación interna, este debe ser aplicado también, como estatutario y tenerse en cuenta para el Derecho Civil español.

La STS de 6 de junio de 1959, siguiendo esta tesis, afirmaba que «por el artículo 37 del Código Civil viene a reconocerse, según su interpretación, que la capacidad de derecho de las Comunidades religiosas debe regirse por las disposiciones canónicas que regulan la vida jurídica, como entidades que se desenvuelven y funcionan en el seno de la Iglesia». De igual forma, la STS de 11 de marzo de 1967 se acoge a los artículos 37 y 38 del Código Civil, por los que se permite que las Asociaciones se rijan por sus estatutos y por lo concordado por ambas potestades en lo referente a la enajenación de bienes.

Por último, confirmando esta tesis, nos encontramos con las Resoluciones RRDGRN de 2 y 11 de mayo de 1957, 18 de noviembre de 1960, o las SSTS de 16 de junio de 1954, 22 de noviembre de 1963 y 2 de marzo de 1967. Todas ellas abogan por la recepción del Derecho Canónico como estatutario.

Existe, también, una línea jurisprudencial contraria que aboga por la recepción del Derecho Canónico como Derecho Internacional que forma parte de nuestro ordenamiento: en este sentido, la STS de 16 de noviembre de 2006, y sentencias anteriores como SSTS de 2 de mayo de 1961, de 12 de noviembre de 1963 y 7 de diciembre de 1965, que se manifestaban a favor de la recepción en bloque del ordenamiento canónico que se aplica por encima del civil en todo lo que este no regula.

Las órdenes, congregaciones religiosas y otros institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas que, estando erigidas canónicamente en esta fecha, no gocen de personalidad jurídica civil y las que se erijan canónicamente en el futuro adquirirán la personalidad jurídica civil mediante la inscripción en el correspondiente registro del Estado, la cual se practicará en virtud de documento auténtico en el que conste la erección, fines, datos de identificación, órganos representativos, régimen de funcionamiento y facultades de dichos órganos. A los efectos de determinar la extensión y límites de su capacidad de obrar, y por tanto de disponer de sus bienes, se estará a lo que disponga la legislación canónica, que actuará en este caso como derecho estatutario.

Las asociaciones y otras entidades y fundaciones religiosas que, estando erigidas canónicamente en la fecha de entrada en vigor del presente acuerdo, no gocen de personalidad jurídica civil y las que se erijan canónicamente en el futuro por la competente autoridad eclesiástica podrán adquirir la personalidad jurídica civil con sujeción a lo dispuesto en el ordenamiento del Estado, mediante la inscripción en el correspondiente registro en virtud de documento auténtico en el que consten la erección, fines, datos de identificación, órganos representativos, régimen de funcionamiento y facultades de dichos órganos.

(5) Para el desarrollo de los argumentos que sostienen hoy en día esta postura, véase GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La inscripción de los actos de disposición sobre los bienes inmuebles eclesiásticos en el Registro de la Propiedad», en *RGDCCE, Iustel*, núm. 25, enero de 2011, págs. 1-51.

No obstante, aunque las sentencias se manifiesten en un sentido u otro, lo que queda claro, después de su examen, es que el Derecho Canónico y sus disposiciones y controles específicos a la hora de enajenar bienes inmuebles, van a ser de aplicación necesaria en nuestro ordenamiento, y por tanto, el Registrador los deberá tener en cuenta a la hora de calificar un acto de disposición sobre los mismos.

II. REQUISITOS CANÓNICOS PARA LA ENAJENACIÓN

El Código Canónico (CIC), dedica los cánones 1291-1294 a establecer los presupuestos y requisitos necesarios para la enajenación de los bienes inmuebles eclesiásticos.

En estos artículos se establecen una serie de requisitos o controles de validez y legalidad que hay que cumplir para llevar a cabo un acto de disposición sobre los mismos.

La razón de ser de estas limitaciones o controles es que los bienes eclesiásticos por su naturaleza y fines deben permanecer en el patrimonio de la Iglesia, por lo que su enajenación debe limitarse y estar controlada.

Estos controles solo serán necesarios cuando los bienes eclesiásticos pertenezcan al patrimonio estable de la Iglesia, y además su valor exceda del mínimo fijado por la correspondiente Conferencia Episcopal en cada país (c. 1291).

Pero cuando un bien inmueble cumpla estas características, y se pretenda llevar a cabo un acto de disposición sobre el mismo, el CIC establece los siguientes controles:

1. Controles para la validez de la enajenación: la licencia (c. 1291). Siempre que se pretenda enajenar un bien eclesiástico que cumpla con los presupuestos antes dichos, necesitará que se otorgue la preceptiva licencia de enajenación por el superior jerárquico del ente que pretende disponer o enajenar. La falta de esta licencia dará lugar a la invalidez del acto (c. 1291). Por lo tanto, dicha licencia es un requisito de validez y no solo de eficacia. Consecuentemente, y según lo que hemos dicho *supra* I, el registrador siempre deberá examinar si se ha otorgado y en la debida forma y cumpliendo sus requisitos.
2. Requisitos para la licitud de la enajenación. Distinto del anterior requisito de validez, el c. 1293 establece los requisitos necesarios para que el acto de enajenación sea lícito. Estos requisitos son: la causa justa de dicha enajenación, la previa tasación de la cosa hecha por peritos y otra serie de cautelas previstas por la autoridad eclesiástica que pretenden evitar que esa enajenación produzca daño a la Iglesia. Estos requisitos no afectan a la validez del acto —como sí ocurre con la licencia—, y solo se exigen cuando la cosa que se va a enajenar excede de la cantidad mínima fijada por la Conferencia Episcopal, como ya se ha dicho, y por tanto, necesitan licencia de enajenación.

Solo un acto de disposición que reúna estos requisitos es canónicamente válido y lícito, mientras que en el ordenamiento español, todos ellos no son necesarios. ¿Debe el Registrador, en su función calificadora, examinar si se cumplen estos requisitos?

Como ya hemos dicho que el ordenamiento canónico se aplica como Derecho estatutario, la respuesta será siempre que sí, que el Registrador deberá examinar

tanto los requisitos civiles y registrales como los canónicos antes de practicar el asiento correspondiente.

De este modo, cuando las licencias para la enajenación y los otros requisitos de licitud, sean exigidos por el ordenamiento canónico, deberán ser también exigidos en el ordenamiento civil, al tener que acudir a las normas canónicas en los supuestos que queden dentro de su ámbito de aplicación. Consecuentemente, su falta deberá acarrear la invalidez o ilicitud del acto que determina el CIC, siendo también inválido para el Derecho Civil español, y no debería, entonces, inscribirse en el Registro.

III. PRESUPUESTOS PARA LA INSCRIPCIÓN

Si, como acabamos de decir, cuando se lleve a cabo un acto de enajenación sobre un determinado bien eclesiástico, el Registrador deberá examinar si se cumplen los requisitos que exige la Ley Hipotecaria, pero también, deberá comprobar que el acto se ha sometido estrictamente a las disposiciones del Derecho Canónico, en todos aquellos aspectos a los que se extiende el ámbito de la calificación registral (art. 18 LH), debemos analizar ahora todos aquellos aspectos que debe someter a calificación el registrador.

La inscripción de los actos de disposición sobre bienes eclesiásticos se practicará conforme a lo establecido en la Ley Hipotecaria, cumpliendo, en primer lugar, los presupuestos necesarios para toda inscripción, y posteriormente, llevando a cabo la calificación registral sobre todos los extremos requeridos por ambos ordenamientos.

Vamos a centrar el análisis de los requisitos registrales cuando se trate solo de la inscripción de actos de disposición sobre bienes eclesiásticos que pertenezcan a entes de la organización oficial de la Iglesia, pues los de pertenencia al resto de personas jurídico-públicas (órdenes, congregaciones, institutos de vida consagrada), haría muy prolijo este examen.

Analizamos, ahora, los presupuestos necesarios para la inscripción, que son: a) la previa modificación de la situación jurídico-real, b) el cumplimiento del tracto sucesivo, y c) la necesidad de forma pública o auténtica del documento que se presenta a inscripción. Presupuestos que, por tanto, también deben cumplirse en la inscripción de actos de enajenación sobre inmuebles eclesiásticos.

1. LA PREVIA MODIFICACIÓN JURÍDICO-REAL

Para poder practicar el asiento correspondiente, es necesario que la modificación jurídico-real que se pretende llevar al Registro, ya se haya producido en la realidad extra-registral.

Esto es consecuencia de que nuestro sistema registral es de inscripción declarativa, lo que implica que la inscripción supone simplemente un *plus* de eficacia para los derechos reales, que se hacen oponibles *erga omnes* a través de su inscripción, pero, en modo alguno, significa que esta sea necesaria para su constitución.

Los derechos reales en Derecho Civil español nacen, se modifican y extinguen con independencia del Registro, a través del sistema de título y modo, que recoge el artículo 609 del Código Civil.

Luego, y a diferencia de los sistemas de inscripción constitutiva, esta no es elemento de constitución de los derechos reales. Los derechos reales nacen fuera

y antes de su inscripción registral, por eso deben estar perfectamente formados cuando lleguen al Registro, que se «limita» a darles publicidad frente a terceros.

En resumen, para la inscripción de un acto de disposición sobre un inmueble eclesiástico, en primer lugar, es necesario que dicho acto ya se haya producido, y en consecuencia que la modificación jurídico-real correspondiente ya se haya realizado. El registro da publicidad a la misma, pero no es elemento necesario para su constitución.

2. TRACTO SUCESIVO

El principio del tracto sucesivo es un principio registral formal, que ordena que solo se practicará una inscripción cuando el que aparezca como otorgante del derecho que se pretende inscribir sea el último titular registral (art. 20 LH).

Este principio pretende obtener un historial concatenado de la finca, sin solución de continuidad, de forma que se puedan seguir todas las vicisitudes reales que recaen sobre ella a través de su historia registral.

Si el que aparece como otorgante del acto de disposición sobre un bien eclesiástico no fuera el último titular registral —no estuviera ese bien o derecho inscrito a su nombre— el Registrador denegará la inscripción solicitada por falta de tracto. Por eso, en el caso que estudiamos es importante que las inscripciones de los inmuebles eclesiásticos estén bien hechas, a favor de la persona jurídico-canónica pública correspondiente, y habrá que comprobar que la persona física que actúa en su nombre tenga la representación necesaria para ello. Pero es la persona jurídico-pública la que, efectivamente, realiza el acto de disposición, y no su representante, ya que como dice el artículo 20, párrafo 4.º LH: «no será necesaria la previa inscripción o anotación —de los derechos que se transmiten— a favor de los mandatarios, representantes, liquidadores, albaceas y demás personas que con carácter temporal actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes». Es decir, los derechos que se transmiten deben estar inscritos a favor de la entidad eclesiástica correspondiente y no a favor de su representante, cumpliéndose así el tracto.

En este sentido, la RDGRN de 14 de diciembre de 1999 afirma que los bienes eclesiásticos no pueden inscribirse, a favor de la Iglesia católica, «sin más especificaciones, pues se trata esta de una expresión que se emplea para referirse compendiosamente a todas las diferentes entidades eclesiásticas (tanto a la Santa Sede, diócesis, parroquias, Conferencia Episcopal española y circunscripciones territoriales propias de la organización jerárquica de la Iglesia, como a las órdenes, congregaciones, fundaciones, asociaciones y otras entidades nacidas en el seno de la Iglesia católica, pero que no forman parte de la organización territorial de esta)». Es por ello necesario determinar cuál de las diversas personas jurídicas que la integran es el titular registral del bien que se pretende enajenar, pues de otra forma no se da cumplimiento ni al principio de especialidad registral, ni al de tracto sucesivo, si estuviera mal inscrita (6).

(6) Sobre los principios registrales de tracto, especialidad, fe publica, así como los presupuestos registrales y la calificación del registrador, se puede ver, entre otros, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil, III, bis. Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003; y GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, t. III, ed. Civitas, Madrid, 2003.

3. FORMA PÚBLICA

El último presupuesto para la inscripción de un derecho en el Registro de la Propiedad es la necesidad de que se recoja en un documento público.

El artículo 3 LH y el 33 RH exigen que los títulos formales que recogen las modificaciones jurídico-reales que se pretenden inscribir sean públicos o auténticos. Esta exigencia de forma pública es consecuencia del principio de legalidad registral, que pretende conseguir —junto con la calificación por el Registrador— que todos los derechos que se inscriben sean ciertos y existan en la realidad, tal y como se inscriben en el Registro.

Los documentos públicos o auténticos pueden ser de tres clases: notariales, judiciales y administrativos.

Los actos de disposición sobre bienes eclesiásticos deberán reflejarse documentalmentemente en una escritura pública, otorgada por el ente eclesiástico correspondiente en favor del adquirente del derecho que se transmita o establezca. Por lo tanto, el requisito o presupuesto de forma pública se cumplirá mediante su otorgamiento.

Esta exigencia de forma pública alcanza siempre a dichos actos de disposición y, por ser realizados por entidades de la Iglesia católica, no se les exime de este requisito ni para la inscripción, ni cuando dicha forma sea requisito *ad solemnitatem*, según las normas civiles. En este sentido, la STS de 16 de julio de 2004 afirma que: «no existe norma jurídica alguna que dispense a la Iglesia católica de cumplir las prescripciones de las leyes civiles en cuanto a la adquisición del dominio»; no bastando, en este caso concreto, el acta de la Junta de la Asociación en la que se acordaba donar un Centro parroquial, y la certificación del inventario del patrimonio diocesano, que aunque tengan la consideración de documento público, no son la escritura pública que exige el artículo 633 del Código Civil como requisito constitutivo de la donación de inmuebles que están inscritos en el Registro.

La exigencia de forma pública también se extiende a otros documentos auténticos canónicos que se inscriben en el Registro de la Propiedad, que son los documentos pontificios, a los que se refiere el artículo 35 RH. Son documentos cuya finalidad es acreditar que se cumplen con determinados requisitos propios del Derecho Canónico que afectan a los actos y negocios sobre inmuebles que deben inscribirse. El documento pontificio más frecuente a efectos registrales es la autorización que emite la Santa Sede para los actos de enajenación o gravamen de inmuebles eclesiásticos, cuando la cuantía de los mismos excede del tope máximo previsto por la Conferencia Episcopal, para la necesidad de licencia. Estos documentos pontificios tienen directamente la consideración de documentos auténticos sin necesidad de estar legalizados, tal y como establece el propio artículo 35 RH. Sin embargo, son documentos complementarios, pero no los que recogen la propia modificación jurídico-real, que será una escritura pública conforme a lo que ya se ha dicho.

Otro documento público eclesiástico que se inscribe en el Registro son las certificaciones a las que se refiere el artículo 206 LH, mediante las que se lleva a cabo la inmatriculación de un bien inmueble eclesiástico a través de la certificación emitida por el diocesano correspondiente. Pero esta inmatriculación no supone un acto de disposición propiamente dicho del bien eclesiástico, sino solo su incorporación al Registro, como soporte registral de los futuros actos de modificación real sobre los mismos. Por eso, es la escritura pública el documento

público necesario para inscribir esos actos de disposición tal y como venimos afirmando (7).

IV. ÁMBITO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

El principio de legalidad registral, además de exigir la forma pública en los documentos que se presentan a inscripción, tiene su otra manifestación en la calificación que de dichos documentos realiza el Registrador.

El Registrador está obligado a calificar, a examinar, los documentos que se presentan a inscripción con el fin de determinar que son lícitos y válidos; en definitiva, perfectos, para que lo que luego publique el Registro pueda ser tenido como cierto, en aras a la presunción de exactitud registral (art. 38 LH).

La calificación registral está recogida en el artículo 18 LH, y en el mismo se establece que el ámbito de dicha calificación se extiende «a la legalidad de las formas extrínsecas», para todos los documentos que se presenten a inscripción, notariales, administrativos y judiciales. Pero, si se trata de escrituras públicas, el registrador debe calificar, además, «la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro».

Es decir, la calificación de los documentos que contienen actos de disposición sobre inmuebles eclesiásticos, al tratarse de escrituras públicas, alcanzará a los tres aspectos que se acaban de describir, y siempre teniendo en cuenta las disposiciones civiles y canónicas.

1. LEGALIDAD DE LAS FORMAS EXTRÍNSECAS

El Registrador deberá analizar:

- La competencia del funcionario autorizante del documento. En el caso de nuestro trabajo, al tratarse de escrituras públicas, deberá comprobar que el Notario autorizante de la misma es competente para ello.
- Además, deberá cotejar que se cumplen todos los requisitos de formalización de los documentos. Es decir, aquellos requisitos formales que pueden incidir en la validez del acto, tal y como dispone el artículo 98 RH. En concreto, para las escrituras públicas deberá comprobarse que se han otorgado según lo que establece el Reglamento Notarial al efecto (arts. 156 y sigs). Serían faltas formales apreciables por el Registrador, por ejemplo, la falta de firma del Notario autorizante, la falta de alguna formalidad complementaria como la falta de un poder de representación u otro documento complementario.

Además, en relación a la calificación de los títulos que contengan los actos de disposición sobre bienes inmuebles, el Registrador deberá comprobar que dichos actos han sido otorgados con todas las formalidades específicas que necesiten.

(7) Sobre las peculiaridades de la inmatriculación de bienes inmuebles eclesiásticos a través del artículo 206 LH, véase GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «La certificación administrativa como medio inmatriculador de bienes eclesiásticos», en *Anuario Jurídico Villanueva*, Madrid, 2010.

En concreto, deberá comprobar que se cumplen los controles para la licitud de la enajenación que, tal y como establece el c. 1293, y como ya se ha explicado, son la existencia de una causa justa, la previa tasación del inmueble que determinará la necesidad o no de la correspondiente licencia para la enajenación, y la existencia de otras cautelas previstas por la autoridad, como la exigencia de que se otorguen o presten ciertas garantías, que aseguren la licitud de la enajenación.

Estos controles que establece el c. 1293, son requisitos de licitud del acto, no de validez, por lo que entran dentro de la calificación de la legalidad de las formas extrínsecas, por parte del Registrador, y solo serán necesarios en aquellos actos de disposición que necesiten licencia de enajenación, por superar su valor, la cantidad mínima fijada por la Conferencia Episcopal.

2. CAPACIDAD DE LOS OTORGANTES

En segundo lugar, al tratarse de una escritura pública lo que se presenta a inscripción, el Registrador debe examinar si los otorgantes del acto de disposición tienen capacidad suficiente para ello.

El artículo 38.2 del Código Civil establece que lo relativo a la capacidad necesaria de la Iglesia católica para adquirir y poseer bienes de toda clase se regirá en este punto por lo acordado por ambas potestades, es decir, hay que remitirse en este punto al Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede.

Y en este punto habrá que analizar si los entes eclesiásticos que llevan a cabo los actos de disposición están legitimados para hacerlo realmente, lo que implica que tengan reconocida su personalidad jurídica canónica en el ordenamiento español, y además, que actúen a través de representante, quien deberá tener poder suficiente para enajenar.

a) *Personalidad jurídica*

El Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos, de 3 de enero de 1979, entre el Estado español y la Santa Sede, reguló el reconocimiento de la personalidad jurídica de la Iglesia católica y sus entes, en los siguientes términos, y distinguiendo los siguientes supuestos, y entes:

1. Entes de la organización oficial de la Iglesia

Estos entes oficiales de la Iglesia tienen reconocida la personalidad jurídica civil, directamente, en cuanto la tengan canónica y así la notifiquen a los órganos competentes del Estado (art. I. 2.º Acuerdo).

Entre estos entes oficiales se encuentran las diócesis, parroquias y otras circunscripciones territoriales que la Iglesia organice libremente, como pueden ser vicarías, arciprestazgos, y en general, toda entidad inserta en la estructura de la Iglesia católica que tenga como base un territorio.

La notificación a los órganos competentes del Estado, normalmente a la Dirección General de Asuntos Religiosos, es suficiente para que se reconozca su plena capacidad jurídica, sin ser necesario que se inscriban en el Registro de Entidades Religiosas, como por el contrario, sí es necesario para otros entes eclesiásticos (RDGAR de 11 de marzo de 1982).

2. Órdenes, Congregaciones religiosas y otros Institutos de vida consagrada

El artículo I.4 del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos distingue varios supuestos en relación al reconocimiento de su personalidad jurídica y capacidad de obrar.

a) Se reconoce directamente la personalidad jurídica de los entes mencionados (órdenes, congregaciones y otros institutos de vida consagrada), que ya la tuvieran en el momento de aprobarse dicho Acuerdo.

Sin embargo, tal y como dispone la Disposición Transitoria 1.^a del Acuerdo, deberán inscribirse en el correspondiente Registro del Estado, en el plazo más breve posible, de forma que transcurridos tres años desde la entrada en vigor del Acuerdo, solo podrán justificar su personalidad mediante certificación de tal Registro, sin perjuicio de que pueda practicarse la inscripción en cualquier tiempo. El Registro en el que deben inscribirse es el Registro de Entidades Religiosas (RER).

En este sentido, hay que subrayar, como ya lo afirmó la STS de 6 de octubre de 1997, que la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas no condiciona en modo alguno la adquisición de la personalidad jurídica de estos entes eclesiásticos, sino que la certificación del registro estatal es simplemente el medio de acreditar, de probar, dicha personalidad. La citada sentencia, si bien con relación a asociaciones y fundaciones religiosas a las que se aplica este mismo régimen, declaró que deben inscribirse en el Registro estatal, pues «solo podrá justificarse su personalidad jurídica por certificación de ese Registro, sin perjuicio de poder inscribirse en cualquier tiempo». La sentencia continúa afirmando que «esta norma no priva de personalidad jurídica a los que no se inscriban, pero el único modo de acreditarlo es por esa certificación, que otorga validez y eficacia frente a terceros de los actos y negocios que realice, sin que su falta de inscripción suponga exención de responsabilidades civiles. Los negocios realizados son válidos y eficaces *inter partes*, aun cuando no se ha inscrito». De igual modo, la RDGRN de 25 de junio de 1992 afirma que la forma de acreditar la personalidad jurídica de una entidad eclesiástica, y por tanto su existencia, es la oportuna certificación registral.

En consecuencia, y tal y como afirma GÓMEZ GÁLIGO (8): «al no desaparecer la personalidad civil de los entes en caso de omitir la inscripción, los actos realizados antes de practicarse, aunque hayan transcurrido tres años desde la entrada en vigor del Acuerdo, son civilmente válidos, aunque pesa sobre ellos la limitación de la prueba hasta que lleven a cabo la inscripción».

b) Si, por el contrario los mencionados entes estuvieran erigidos canónicamente en el momento de la entrada en vigor del Acuerdo, pero no gozaren de personalidad jurídica civil, o ni siquiera estuvieran erigidos canónicamente, la adquisición de la personalidad queda sujeta a la correspondiente inscripción en el Registro del Estado (RER) (art. I. 4.º Acuerdo).

En dicha inscripción, tal y como sigue disponiendo el párrafo 4.º del artículo I del Acuerdo, deberá constar: La declaración de erección, los fines, los datos de identificación y los órganos de representación y el régimen de funcionamiento y facultades de tales órganos.

En estos casos, el reconocimiento de la personalidad jurídica pasa por su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, cuya certificación ya no solo

(8) GÓMEZ GÁLIGO, F. J., *Derecho Hipotecario, Temario de oposiciones a Registros*, Ed. Carperi, Madrid, 2007.

será medio de acreditarla, sino requisito necesario para demostrar la validez de los actos realizados por estos entes eclesiásticos.

Por último, el Acuerdo establece que, a los efectos de determinar la extensión y límite de su capacidad de obrar y, por tanto, disponer de sus bienes, se estará a lo que disponga la legislación canónica, que actuará como Derecho estatutario (último inciso del núm. 4 del art. 1). Es decir, que no obstante estar sujeto el reconocimiento a la capacidad de obrar de estos entes, en estos casos, a la inscripción, la extensión y límites de su capacidad de obrar, no se rige por normas estatales, sino por las normas de Derecho Canónico, tal y como ya se explicó en los epígrafes anteriores.

3. Asociaciones y otras entidades y fundaciones religiosas

El artículo I.4, párrafo tercero, se refiere al reconocimiento de personalidad jurídica de las asociaciones y otras entidades y fundaciones religiosas.

Con respecto a estas, hay que hacer la misma distinción que hemos hecho para las órdenes, confesiones e Institutos de Vida Consagrada, según gozaran ya de personalidad jurídica civil a la entrada en vigor del Acuerdo, en cuyo caso se les reconoce directamente, o no la tuvieron, o ni siquiera estuvieran erigidas conforme al Derecho Canónico, en cuyo caso será necesario para su reconocimiento la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas.

Puede aplicarse aquí, todo lo que se acaba de explicar para las órdenes, congregaciones e Institutos de Vida Consagrada.

En cualquier caso, y de forma general, podemos concluir que la personalidad jurídica de los diferentes entes eclesiásticos debe acreditarse siempre a través del certificado de su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas (art. 5 LOLR y 2 RD 142/1981 sobre organización y funcionamiento del RER).

b) *Representación*

Las personas jurídico-canónicas, además de tener personalidad jurídica, deben actuar a través de sus representantes, tal y como ya hemos dicho. Quién sea este queda determinado por las disposiciones de Derecho Canónico.

El régimen y funcionamiento de los órganos de representación de los entes eclesiásticos, con expresión de sus facultades y los requisitos de su válida representación deben constar obligatoriamente en el Registro de Entidades Religiosas [arts. 3.2.d) RD 142/1981]. Además, como añade VALERO (9), «deberán acreditarse con certificado del mismo salvo que el Notario los transcriba», y por eso, continúa este autor, «en el certificado constará si el representante legal necesita previo acuerdo de algún órgano, lo cual depende de las Constituciones, Estatutos o reglamento de cada Entidad».

Corresponde que analicemos ahora a quién corresponde dicha representación, y cómo debe acreditarse.

(9) VALERO, A., «Requisitos para la enajenación de bienes de entes eclesiásticos», en *Cuaderno del Seminario Hernández Crespo*, núm. 6, abril-junio de 2005, y «Caso práctico», Madrid, BCNR, núm. 118.

1. Representación de la Iglesia y entidades eclesiásticas

La representación de la Iglesia corresponderá a quien sea competente por razón del lugar y de la materia. Como norma general, y siguiendo en este punto a AZPEITIA, la representación de la Iglesia corresponde normalmente «al Obispo o al Vicario general en Sede plena, y al Vicario capitular en Sede vacante, con o sin autorización de la Santa Sede, según la importancia del acto y tratándose de bienes de determinada Iglesia, a sus Párrocos o Rectores, con autorización del ordinario de la Diócesis o sin ella, según la cuantía, con consideración también, como norma de elemental prudencia, a la cuantía que determina el Código canónico».

2. Representación de las Comunidades y Asociaciones Religiosas

Por otra parte, los órganos de representación de las Asociaciones, Fundaciones y otras comunidades religiosas se establecerán en sus respectivos Estatutos o Constituciones.

Por lo general, la facultad de representación se atribuye a los superiores de cada comunidad o asociación, pero ven limitadas o sometidas sus facultades de disposición a la aprobación o autorización de sus propios Consejos, o capítulos, además de quedar sometidos a todos los controles y requisitos que el Derecho Canónico establece para dichos actos según su objeto y cuantía (10).

3. Acreditación de la representación

Si la persona que ostenta la representación de la entidad eclesiástica consta inscrita como tal en el Registro de Entidades Religiosas, la certificación del mismo será suficiente para probar dicha representación, pero, tal y como afirma VALERO, al no ser obligatoria dicha inscripción [art. 3.2.e) RD 142/1981], si no se encuentra inscrita, se plantea el problema de cuál es el documento válido para su acreditación, tal y como a su vez afirma la RDGRN de 25 de junio de 1992.

En concreto, en esta resolución se afirma que no basta para acreditar la representación de una entidad religiosa la comparecencia de quienes dicen ser sus únicos miembros, sino que con independencia de que ello sea o no así, será necesario acompañar documento fehaciente del que resulte su régimen de funcionamiento y sus órganos representativos con expresión de sus facultades, así como los documentos que acrediten la válida designación de las personas que han de desempeñarlos.

Cuál sea ese documento fehaciente genera ciertas dificultades en la práctica.

En determinados casos, no será necesario presentar documento alguno para acreditar la representación cuando esta resulte probada por notoriedad; es decir, cuando, por ejemplo, y como dice RUANO ESPINA (11) es el propio Obispo quien

(10) Véase en este punto a lo explicado al hablar de la licencia de enajenación, así como a lo que afirma GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Derecho Hipotecario. Temario de oposiciones a Registros», *ob. cit.*

(11) RUANO ESPINA, L., «Titularidad e inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes inmuebles (culturales) de la Iglesia», en *RGDCDEE*, Iustel, núm. 14, mayo de 2007, pág. 25.

actúa en nombre de la diócesis. Así lo ha corroborado la jurisprudencia en la SAP de Murcia de 11 de octubre de 2000, que consideró acreditado por notoriedad la representación del Obispo de Cartagena en un contrato de obra.

En otros, según afirma VALERO (12), si se trata de Entidades Diocesanas, será suficiente el Certificado del Obispo respectivo que habrá que aportar de forma individual en cada enajenación. Si se trata de Entidades no Diocesanas será necesario aportar el certificado del Instituto Pontificio para las Entidades de Vida Consagrada, siempre que la firma de su representante esté legitimada por el Nuncio en España ante la Santa Sede. Por último, este autor considera que los documentos pontificios que recoge el artículo 35 RH pueden aplicarse en este supuesto, como documentos fehacientes o auténticos que acrediten la representación legal de un ente eclesiástico.

En cualquier caso, y como resumen de los distintos supuestos previsto, RUANO ESPINA (13) afirma que, en principio, será el administrador de cada persona jurídica quien ostente las facultades de representación (c. 1279.1), pero tendrá que acreditar su condición muchas veces mediante la escritura de fundación o los Estatutos de la persona jurídica, o mediante la certificación de la autoridad eclesiástica que lo nombró.

Cuando se trate de actos de disposición de los bienes eclesiásticos de pertenencia a la Iglesia Universal, como esta se encuentra formada por la Conferencia Episcopal y los entes oficiales, su personalidad jurídica civil se reconoce directamente si ya la tenían canónica, y basta con que la notifiquen a la Dirección General de Asuntos Religiosos. En consecuencia, el Registrador, al calificar su personalidad jurídica, le bastará con comprobar tal notificación. En cuanto a la representación de estas personas jurídicas, unas veces se hará por notoriedad —el Obispo del lugar—, y en otras, mediante la certificación de la autoridad eclesiástica que nombró al representante, pues normalmente estos entes eclesiásticos no están inscritos en el Registro de Entidades Religiosas.

La calificación del Registrador sobre este extremo se facilita entonces.

3. VALIDEZ DE LOS ACTOS DISPOSITIVOS

Este es el último aspecto que debe calificar el registrador al examinar las escrituras que recogen actos de disposición sobre bienes inmuebles eclesiásticos, para proceder o no a su inscripción. Es decir, para lograr esa inscripción deberán cumplirse todos los requisitos de validez del acto que contiene la escritura.

Además de los requisitos civiles de validez del acto, esto es, que el acto o negocio de disposición tenga consentimiento, objeto y causa —lícitos— (art. 1261 CC), amén de que revista la forma adecuada si esta se exigiera *ad solemnitatem*, y que no contravenga ninguna norma imperativa, ni los límites de la autonomía de la voluntad de las partes del artículo 1255 del Código Civil, será necesario que el acto de disposición se otorgue con la preceptiva licencia del c. 1291.

Como ya hemos dicho, la licencia es un requisito de validez del acto de disposición, necesario cuando el valor del inmueble supere el mínimo establecido por la Conferencia Episcopal al efecto; por eso, el Registrador debe comprobar que tal

(12) VALERO, A., «Requisitos para la enajenación de bienes de entes eclesiásticos», *ob. cit.*

(13) RUANO ESPINA, L., «Titularidad e inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes inmuebles (culturales) de la Iglesia», *ob. cit.*, pág. 26.

licencia se ha emitido, y además de forma correcta, por el sujeto adecuado, y con las formalidades previstas. No podemos olvidar que esta licencia de enajenación se requiere para todos los actos de enajenación en sentido amplio, no solo la transmisión de la propiedad o constitución de gravámenes, sino también en todos aquellos que supongan una disminución patrimonial de la persona jurídica (c. 1295).

Para practicar la correspondiente inscripción del acto de disposición, el Registrador deberá comprobar la existencia de la licencia —cuando fuera necesaria—, y en caso de que falte, deberá denegar la inscripción de la escritura solicitada, pues el Registro no convalida los actos nulos (art. 33 LH), y estos, consecuentemente, deben quedar fuera del Registro.

Esto es así porque la ausencia de la preceptiva licencia tendrá como consecuencia la nulidad del acto de enajenación, no solo para el Derecho Canónico (c. 1291), sino también para el ordenamiento civil. RUANO ESPINA (14) resume perfectamente esta idea, con las siguientes palabras: «en España, la nulidad canónica del acto provoca la nulidad civil cuando se trate de bienes de la Iglesia católica, de la Conferencia Episcopal, de las circunscripciones territoriales y de los Institutos de Vida Consagrada, en virtud del artículo 38 del Código Civil y del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos que, como ya hemos indicado, otorga eficacia jurídica en el ámbito civil a las normas canónicas relativas a las citadas personas jurídicas. Respecto a las restantes entidades eclesiásticas —asociaciones y fundaciones erigidas en personas jurídicas públicas—, para que se siga este efecto enervante de la validez del negocio deberán constar expresamente las normas canónicas en su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas».

Como consecuencia, el Registrador deberá examinar, primero, si era necesaria la licencia, para después comprobar que se ha otorgado conforme a lo preceptuado en el CIC.

a) *Objeto de la licencia: Actos de enajenación que requieren licencia*

La licencia de enajenación solo es necesaria como requisito de validez en aquellos actos en los que el valor del bien supere el límite mínimo establecido por la Conferencia Episcopal.

Al tratarse en este trabajo de los actos de enajenación sobre bienes inmuebles, bienes de elevado valor patrimonial, casi siempre requerirán de la preceptiva licencia.

La Conferencia Episcopal en su LXXXVII Asamblea Plenaria de 20 a 24 de noviembre de 2006, acordó modificar el artículo 14.2 del Decreto General de la Conferencia, sobre los topes mínimo y máximo que pueden autorizar los Obispos para la enajenación de los bienes eclesiásticos, según el c. 1292. Este acuerdo se aprobó por el Decreto de 7 de febrero de 2007, que entró en vigor el 30 de mayo de 2007. Los nuevos límites que se establecieron son: mínimo en 150.000 euros y el máximo en 1.500.000 euros (15).

Por lo tanto, el Registrador deberá examinar, en primer lugar, si el valor del inmueble está entre esos límites para ver si es necesaria o no la licencia del Obispo, y en consecuencia:

(14) RUANO ESPINA, L., «Titularidad e inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes inmuebles (culturales) de la Iglesia», *ob. cit.*, pág. 24.

(15) Véase en Nota Legislativa, en *BCNR*, núm. 136, junio de 2007, pág. 1659.

- Si el valor no supera el límite mínimo (150.000 euros), esta no será necesaria, y el representante legal correspondiente puede actuar sin la misma, aunque se necesitará autorización del Obispo Diocesano.
- Si el valor del bien está entre 150.000-1.500.000 euros será necesaria la licencia otorgada por el órgano que corresponda, normalmente del Obispo Diocesano con el consentimiento del Consejo de Asuntos Económicos y del Consejo de Consultores.
- Si el inmueble supera los 1.500.000 euros, la licencia tendrá que ser otorgada por la Santa Sede, con el requisito de traducción y testimonio del Nuncio u Obispo (STS de 6 de julio de 1976 y RDGRN de 3 de febrero de 1939, entre otras); extremo que también deberá comprobar el Registrador en cumplimiento de su función calificadora de la validez del acto (16).

b) *Sujeto de la licencia*

El Registrador deberá comprobar que la licencia ha sido otorgada por el sujeto correspondiente, el superior jerárquico que corresponda según quien sea el titular de los bienes, y conforme a lo que establecen los cc. 1291-1294.

De este modo, el Registrador deberá comprobar que la licencia ha sido otorgada o por la Santa Sede (si excede del límite máximo), o por el Obispo correspondiente, con la autorización del Consejo de Asuntos Económicos (CAE) y del Colegio de Consultores (CC).

En cualquier caso, y tal y como establece la RDGRN de 25 de septiembre de 2007, no es necesario que el sujeto que concedió la licencia siga en su cargo en el momento de hacerse esta efectiva, pues «ningún canon exige que la autoridad concedente de la licencia deba seguir ostentando tal condición en el momento de hacerse efectiva la enajenación. Es perfectamente posible que, concedida una licencia o autorización por una determinada autoridad y no estando aquella sometida a plazo de caducidad, sea ejercitada por otra persona que le haya sucedido en el cargo o que supla sus funciones».

Como resumen y conclusión de todo lo que hemos dicho en este epígrafe, los especiales requisitos necesarios para poder inscribir en el Registro de la Propiedad español actos de enajenación (venta, donación, constitución de usufructo, de servidumbre, de hipoteca, etc.), sobre bienes inmuebles eclesiásticos pertenecientes a los entes oficiales de la Iglesia Universal, además de los generales civiles y registrales para toda inscripción, son:

1. Que la modificación jurídico-real que se pretenda inscribir, consecuencia de un acto de enajenación cualquiera, esté recogida en una escritura pública.
2. Que el bien inmueble al que afecta esté previamente inscrito a nombre de la persona jurídica concreta (ente oficial de la Iglesia), que realiza el acto de enajenación, sin que sea suficiente la inscripción, sin más, a nombre de la Iglesia católica. Por lo tanto, inscripción previa a nombre de la diócesis, parroquia o Conferencia Episcopal que sea el transmitente.

(16) No se puede olvidar que los bienes de los Institutos religiosos tienen su propio límite fijado por la Santa Sede, o por la Conferencia Episcopal, aunque sus actos de disposición no se analicen propiamente en este trabajo. En este sentido, VALERO, A., «Requisitos para la enajenación de los bienes eclesiásticos», *ob. cit.*, afirma que, por ejemplo, la Compañía de Jesús, en España, tiene fijado por la Santa Sede un límite superior de 1.000.000 euros.

3. Que se cumplan los controles establecidos para la licitud del acto enajenatorio. Es decir, que el Registrador aprecie la justa causa del mismo, que se haya realizado la previa tasación del inmueble y que se compruebe si existen y se cumplen con otras garantías que el transmitente haya establecido para asegurar la enajenación.
4. Que el otorgante del acto tenga personalidad jurídica. Al tratarse de entes oficiales de la Iglesia católica, al registrador, para comprobar esta, le bastará comprobar que se notificó a la Dirección de Asuntos Religiosos el reconocimiento automático de su personalidad civil; pues a estos entes se les reconoce la civil, en cuanto que tenían personalidad canónica.
5. Que se acredite la representación de la persona que actúa en nombre de la persona jurídico-pública. Al tratarse de entes oficiales de la Iglesia Universal, esto se hará por notoriedad o mediante la certificación de la autoridad eclesiástica que nombró al representante.
6. Que se aporte la licencia de enajenación —requisito de validez del acto— cuando sea necesaria; es decir, cuando el valor del bien se encuentre entre 150.000 y 1.500.000 euros. Esta licencia la concederá el Obispo Diocesano con la autorización del Consejo de Asuntos Económicos (CAE) y del Colegio de Consultores (CC).
7. Si el inmueble superase el valor de 1.500.000 euros, será necesario presentar la licencia concedida por la Santa Sede, que se aportará al Registro, como documento auténtico que es, reconocido en el artículo 35 RH.

Si se cumplen todos estos requisitos, el Registrador emitirá una calificación favorable y practicará el asiento de inscripción solicitado.

Como vemos, la inscripción de estos peculiares actos de disposición conlleva una calificación registral más prolija que la de un acto enajenatorio sometido únicamente al ordenamiento civil. Por eso, consideramos relevante el examen que se acaba de realizar, pues excede a los dictámenes del Derecho Hipotecario, y nos lleva a concluir que, en estos supuestos, el ámbito de la calificación registral es más extenso, o alcanza a más extremos que si se tratara de un acto de disposición «civil».

El Registrador debe, en consecuencia, examinar y aplicar el ordenamiento canónico, a la hora de practicar una inscripción en el Registro de la Propiedad. No puede limitar ni los medios de calificación ni el estricto ámbito a las disposiciones civiles y folios registrales, como es lo normal en su función calificadora.

V. CONCLUSIONES

1. La inscripción en el Registro de la Propiedad de los derechos reales que recaen sobre inmuebles se rige por las normas civiles e hipotecarias establecidas en la Ley y Reglamento Hipotecario. Para que se practique una inscripción, deberán cumplirse todos los requisitos que allí se establecen; pero, como consecuencia de la aplicación del Derecho Canónico como estatutario, cuando se pretenda inscribir un acto de disposición sobre un inmueble eclesiástico, deberán, además, cumplirse con todos los requisitos y controles que el Derecho Canónico establezca.
2. De esta forma, la calificación del registrador, a la hora de practicar la inscripción de un acto de disposición sobre un inmueble eclesiástico, es más amplia, pues se extiende a examinar o comprobar el cumplimiento

- de los requisitos canónicos de enajenación. De forma que si estos no se cumplen, el Registrador deberá rechazar la inscripción solicitada.
3. La calificación del Registrador ante la solicitud de inscripción de un acto de disposición de un bien eclesiástico perteneciente a la Iglesia universal, deberá extenderse a los siguientes aspectos —amén de los propiamente registrales—:
 - a) Examen de los controles establecidos para la licitud del acto enajenatorio, establecidos en el c. 1293.
 - b) Comprobar que el otorgante del acto tenga personalidad jurídica. Al tratarse de entes oficiales de la Iglesia católica, al registrador, para comprobar esta, le bastará comprobar que se notificó a la Dirección de Asuntos Religiosos el reconocimiento automático de su personalidad civil; pues a estos entes se les reconoce la civil, en cuanto que tenían personalidad canónica.
 - c) Comprobar que se acredite la representación de la persona que actúa en nombre de la persona jurídico-pública. Al tratarse de entes oficiales de la Iglesia universal, esto se hará por notoriedad o mediante la certificación de la autoridad eclesiástica que nombró al representante.
 - d) Existencia de la licencia de enajenación —requisito de validez del acto— cuando sea necesaria.
 - e) Licencia concedida por la Santa Sede cuando sea necesaria.
 4. En definitiva, la inscripción de estos concretos actos de disposición amplían, en cierto modo, la función calificadoradora del Registrador y sus medios de calificación. El ejercicio correcto de la función calificadoradora implica, entonces, una perfecta coordinación entre el ordenamiento civil y canónico, y supone una igualdad de efectos jurídicos entre ambos ordenamientos, a estos efectos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. III, Ed. Civitas, Madrid, 2003.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J.: *Derecho Hipotecario. Temario de oposiciones a Registros*, Ed. Carperi, Madrid, 2007.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: «La inscripción de los actos de disposición sobre los bienes inmuebles eclesiásticos en el Registro de la Propiedad», en *RGDCDEE, Iustel*, núm. 25, enero de 2011, págs. 1-51.
- «La certificación administrativa como medio inmatriculador de bienes eclesiásticos», en *Anuario Jurídico Villanueva*, Madrid, 2010.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil, III, bis. Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003.
- NAVARRO VALLS, R.: «La licencia en la enajenación canónica y el Derecho español», en *Ius Canonicum*, 10, 1970, págs. 303-391.
- RUANO ESPINA, L.: «Titularidad e inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes inmuebles (culturales) de la Iglesia», en *RGDCDEE, Iustel*, núm. 14, mayo de 2007.
- VALERO, A.: «Requisitos para la enajenación de bienes de entes eclesiásticos», en *Cuaderno del Seminario Hernández Crespo*, núm. 6, abril-junio de 2005, y «Caso práctico», Madrid, *BCNR*, núm. 118.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- RRDGRN de 21 de enero de 1932, 3 de febrero de 1939, 2 y 11 de mayo de 1957, 18 de noviembre de 1960, 25 de junio de 1992, 14 de diciembre de 1999, 25 de septiembre de 2007, y RDGAR de 11 de marzo de 1982.
- SSTs de 16 de junio de 1954, 6 de junio de 1959, 2 de mayo de 1961, 12 de noviembre de 1963, 22 de noviembre de 1963, 7 de diciembre de 1965, 2 de marzo de 1967, 11 de marzo de 1967, 6 de julio de 1976, 6 de octubre de 1997, 16 de julio de 2004, 16 de noviembre de 2006 y SAP de Murcia, de 11 octubre de 2000.

RESUMEN

CALIFICACIÓN REGISTRAL BIENES ECLESIASTICOS

La especial relación entre el ordenamiento jurídico-civil español y el canónico, que se inserta en aquel, como derecho estatutario, hace que cuando se presenten a inscripción títulos que regocen actos de disposición sobre bienes inmuebles eclesiásticos, la calificación del Registrador deba tener en cuenta los especiales requisitos que el ordenamiento canónico establece para la validez de estas disposiciones. Es decir, el ámbito de calificación registral se amplía.

ABSTRACT

SCRUTINY FOR REGISTRATION ECCLESIASTICAL PROPERTY

There is a special relationship between Spanish civil law and canon law, which is inserted within civil law, as statutory law. Because of this special relationship, when titles containing acts disposing of church-owned real property are submitted for registration, the registrar's scrutiny of the title must take into account canon law's special requirements in order for such disposals to be valid. In other words, the scope of the scrutiny is wider.

1.4. Sucesiones

EL CONTENIDO DE LA SUSTITUCIÓN PUPILAR Y CUASI PUPILAR O EJEMPLAR: EL PATRIMONIO DEL MENOR DE CATORCE AÑOS E INCAPACITADOS

por

MARÍA FERNANDA MORETÓN SANZ

*Profesora Contratada Doctora
del Departamento de Derecho Civil de la UNED*

SUMARIO: I. APUNTES PANORÁMICOS SOBRE LA SUSTITUCIÓN PUPILAR Y CUASI PUPILAR O EJEMPLAR.—II. LA SUSTITUCIÓN PUPILAR Y EJEMPLAR O CUASI PUPILAR COMO VÍAS PARA EVITAR LA SUCESIÓN INTES-TADA: 1. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA SUSTITUCIÓN PUPILAR Y DE LA CUASI PUPILAR O EJEMPLAR COMO SUSTITUCIONES DIRECTAS EN CUANTO QUE EL SUSTITUTO PERCIBE LA

HERENCIA SIN INTERVENCIÓN DE PERSONA ALGUNA. 2. EL MOMENTO CRONOLÓGICO DE LA DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD EN LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR Y LA DENOMINADA POR HERNÁNDEZ GIL, TESIS LITERAL O RIGORISTA: SU CARÁCTER PREVIO AL TESTAMENTO Y LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 15 DE FEBRERO DE 1932, 10 DE DICIEMBRE DE 1929 Y 21 DE ABRIL DE 1928. 3. LA RECTIFICACIÓN DE LA TESIS RIGORISTA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 12 JUNIO DE 1956, SOBRE EL REQUISITO DE LA DECLARACIÓN DE INCAPACITACIÓN Y SU MOMENTO TEMPORAL: PROCEDE ANTES O DESPUÉS DEL TESTAMENTO, PERO SIEMPRE EN EL MOMENTO DE LA EFICACIA DE LA SUSTITUCIÓN. 4. OTRA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA CUASI PUPILAR DISCUTIDA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 18 DE JULIO DE 1998.—III. EL OBJETO DE LA SUSTITUCIÓN PUPILAR Y EJEMPLAR O CUASI PUPILAR: SU ALCANCE AMPLIO COMPRENDE EL PATRIMONIO ENTERO DEL SUSTITUIDO: 1. TESIS RESTRICTIVA: LA SUSTITUCIÓN PUPILAR SE CIRCUNSCRIBE EXCLUSIVAMENTE A LOS BIENES QUE ASCENDIENTE SUSTITUYENTE DEJA AL DESCENDIENTE SUSTITUIDO Y LAS ARGUMENTACIONES DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 20 DE MARZO DE 1967. 2. LA RDGRN, DE 6 DE FEBRERO DE 2003: LOS EFECTOS DE UNA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. 3. LA RATIFICACIÓN DE LA TESIS EXTENSIVA O AMPLIA: EL ÁMBITO DE LA SUSTITUCIÓN PUPILAR Y CUASI PUPILAR SE EXTIENDE AL CONJUNTO DE LOS BIENES HEREDITARIOS DEL MENOR O INCAPAZ SUSTITUIDO Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 14 DE ABRIL DE 2011.—IV. LOS SUSTITUTOS DESIGNADOS POR EL SUSTITUYENTE HEREDAN AL SUSTITUIDO, NO AL SUSTITUYENTE: LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 6 DE FEBRERO DE 1907, 26 DE MAYO DE 1997 Y LA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2008.—V. INDICACIONES CONCLUSIVAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. APUNTES PANORÁMICOS SOBRE LA SUSTITUCIÓN PUPILAR Y CUASI PUPILAR O EJEMPLAR

La institución de las sustituciones en el Derecho Común —prevista en el Código Civil en el Libro III, Capítulo II, *De la herencia*. Sección tercera, *De la sustitución*, arts. 774 a 789— recoge una pluralidad de supuestos en los que, originariamente, se pretendía evitar que, a falta de heredero, el testamento se declarase ineficaz (1). Y por lo que interesa a estas líneas, conviene tener en cuenta que, bajo idéntica nomenclatura se incluyen figuras con funcionamiento y finalidad diferentes.

De lo dicho se sigue que a los efectos pretendidos en el trabajo, resulte imprescindible diferenciar la noción específica de sustitución testamentaria aplicada a la pupilar y ejemplar, de la vulgar, prevenida esta última en el artículo 774 en los siguientes términos: «puede el testador sustituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él, o no quieran, o no puedan aceptar la herencia. La sustitución simple, y sin expresión de casos, comprende las tres expresadas en párrafo anterior, a menos que el testador haya dispuesto lo contrario» (2).

(1) Vid. GÓMEZ DE LA SERNA y MANUEL MONTALBÁN, *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, Tomo II, Madrid, 1865, pág. 33.

(2) Sobre las sustituciones, en general, vid., ALBALADEJO GARCÍA, *Sustituciones hereditarias*, Oviedo, 1956.

Para aclarar dichas diferencias entre una y otra, compendia con claridad ALBALADEJO que: «sustitución (en el sentido de vulgar) significa que el testador instituye un heredero subordinadamente a otro. Sustitución (en el sentido de pupilar o ejemplar) significa que el testador instituye heredero en una herencia que no es la suya, es decir, que testa por otro, nombrando un heredero para este y no para sí. La denominación de sustituciones para unas instituciones de heredero en estas condiciones del segundo supuesto, se debe al caso, pensado como usual, de que el sustituyente —a la vez de nombrar un heredero para el sustituido— instituya a este heredero suyo» (3).

De modo que la sustitución vulgar presenta la característica subjetiva de poder ser dispuesta por cualquier persona en su testamento y «a cualquiera persona a quien quisiera hacerla» (4), frente a la pupilar y ejemplar o cuasi pupilar, en que el sustituyente será el ascendiente del menor de catorce años o del incapacitado, el sustituido, el menor de catorce años o el incapacitado y, por último, el sustituto será el heredero que haya sido designado por el sustituyente, dada la imposibilidad de hacerlo por sí del menor de catorce o del incapacitado (5).

El sustrato común al que atiende la sustitución pupilar y la ejemplar o cuasi pupilar, es la prohibición prevenida en el artículo 663 del Código Civil, por cuanto veda la posibilidad de disponer por testamento al menor de catorce años —excepto el ológrafo para el que se requiere la mayoría de edad— así como al que, habitual o accidentalmente, no se hallare en su cabal juicio (6). En síntesis, las previsiones sobre la falta de capacidad para testar, así como el régimen jurídico dispuesto para las sustituciones pupilares, confieren de lógica interna al sistema testamentario (7).

Por su parte y a falta de ulteriores precisiones, el contenido patrimonial de las determinaciones hereditarias tiene distinto alcance en función de la categoría institucional utilizada por el testador. Así, en las sustituciones hereditarias o de herencia, el objeto dependerá de la modalidad elegida por el causante a la hora de disponer sus bienes.

En las líneas siguientes se destacará que, pese a la escasa presencia jurisdiccional en la materia, lo cierto es que tanto doctrinal como jurisprudencialmente, no reina un pacífico consenso en la totalidad de sus extremos. Uno de los puntos sobre los que ha habido disputa en la sustitución pupilar y ejemplar, es si el sustituyente dispone o no de la totalidad de los bienes del sustituido.

En principio, ambas sustituciones afectan a la totalidad del caudal relicto que cualquiera de los sustituidos pudiera dejar al fallecer. Como ya se ha apuntado,

(3) ALBALADEJO GARCÍA, «Comentario a la Sección 3.ª, artículos 774 al 789»; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs 1915 a 1938.

(4) ESRICHE, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, Valencia, 1838, pág. 630.

(5) Vid., LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, VII, Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2010, 6.ª ed., pág. 113 y sigs.; ROCA SASTRE, *Derecho de Sucesiones, I*, Barcelona, 1995, 2.ª ed., pág. 473 y sigs.

(6) Acerca de la adecuación del testamento evacuado en intervalo lúcido y la era constitucional, vid., BERCOVITZ (Coord.), *Comentarios a las reformas del Código Civil (desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Madrid, 1993.

(7) Dicha lógica interna es especialmente destacada por mi maestro LASARTE ÁLVAREZ, pese a las inmediatas dudas que le suscita el reconocimiento de capacidad para testar a partir de los catorce años (*op. cit.*, pág. 49).

esta tesis es coherente con la finalidad de evitar la apertura de la sucesión abintestato de los menores de catorce años o de las personas incapacitadas, si bien, dada su controversia, nos detendremos específicamente en el objeto y contenido de la institución que se estudia en el presente trabajo.

En cuanto a la causa inspiradora de cada institución, mucho habría que analizar, ya que v.gr., en la fideicomisaria, la determinación testamentaria *si sine liberis decesserit* se refiere a la eventualidad de que el primer llamado o heredero fiduciario fallezca sin descendencia, en cuyo caso, será llamado sucesivamente otro que conservará los bienes vinculados. Si el fiduciario tuviese descendencia, el patrimonio vinculado del fiduciario pasará en su momento al fideicomisario quien, como heredero, podrá disponer libremente de los bienes conservados para él por su progenitor.

De lo dicho se sigue que la finalidad perseguida en esta sustitución ordenada bajo condición de tener descendencia, es que ciertos bienes pasen a los nietos del disponente y futuros herederos fideicomisarios (8). Por su parte, la sustitución pupilar «instituida originariamente para libertar a los pupilos de las asechanzas de sus mas inmediatos parientes, que llamados a la tutela y á la herencia podían atentar á la vida del que al llegar a la pubertad tenía derecho de testar, mas bien que sustitucion es una institucion de heredero, o si se quiere, es el testamento del hijo, habiendo la ley permitido al padre que la hiciera en su nombre» (9).

II. LA SUSTITUCIÓN PUPILAR Y EJEMPLAR O CUASI PUPILAR COMO VÍAS PARA EVITAR LA SUCESIÓN INTESADA

1. EL SUPUESTO DE HECHO DE LA SUSTITUCIÓN PUPILAR Y DE LA CUASI PUPILAR O EJEMPLAR COMO SUSTITUCIONES DIRECTAS EN CUANTO QUE EL SUSTITUTO PERCIBE LA HERENCIA SIN INTERVENCIÓN DE PERSONA ALGUNA

Si aislamos el supuesto de hecho contemplado por una sustitución y otra, la pupilar procede ante la eventualidad de que el menor de catorce años fallezca intestado, situación ante la cual sus ascendientes podrán nombrarle sustituto (10); su ordenación jurídica básica está establecida en el artículo 775 que declara: «los padres y demás ascendientes podrán nombrar sustitutos a sus descendientes menores de catorce años, de ambos sexos, para el caso de que mueran antes de dicha edad».

Pupilar porque procede del latín *pupillus*, diminutivo de *pupus* niño, referido al hijo o hija en edad pupilar; sustitución antiguamente autorizada en exclusiva al padre y, que como se ha visto en el artículo que se acaba de transcribir, la codificación amplió subjetivamente y de forma expresa tanto al padre como a la madre y a los «demás ascendientes» (11).

(8) Vid., MORETÓN SANZ, «El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit*: igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva», en *RCDI*, 723, 2010, págs. 550 a 568.

(9) GÓMEZ DE LA SERNA y Manuel MONTALBÁN, *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, cit., pág. 35.

(10) Vid. LASARTE ÁLVAREZ, *op. cit.*, pág. 109.

(11) «Sustitución pupilar es aquella que hace directamente el testador á sus hijos legítimos impúberos, que están bajo su patria potestad y no han de recaer por su muerte

Ejemplar «porque se ha introducido a imitación y ejemplo de la pupilar» (12), sustitución que «responde a razones naturalmente distintas pero muy parecidas, permitiendo a los ascendientes designar sustituto en nombre de aquellos descendientes que, aunque hayan superado la edad para testar, se encuentren incapacitados para hacerlo atendiendo a sus condiciones psíquicas» (13). En cuanto al precepto que recoge su ordenamiento jurídico básico es el 776 al disponer: «el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental», sigue el segundo párrafo: «la sustitución (...) quedará sin efecto por el testamento hecho en intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón».

Por tanto, sustitución pupilar y ejemplar, son dos vertientes de una misma institución testamentaria. Son disposiciones dirigidas a evitar que el sustituido o persona imposibilitada para testar muera por imperativo legal sin testar y deba, por tanto, abrirse la sucesión *ab intestato*.

En cuanto a los dos supuestos de hecho son recogidos en la Sexta Partida, en el Título V: *de cómo pueden ser establecidos otros herederos en los testamentos, en lugar de los que y fueren puestos primeramente; a que dizen en latín, substitutos en los siguiente términos*: «Otra substitution y a, a que llaman en latín pupillaris; que quier tanto dezir, como establecimiento que es fecho tan solamente al moço que es menor de catorze años, o a la moça que es menor de doze años. E otra manera y a de substitution, que es llamada en latín exemplaris; que quier tanto dezir, como establecimiento otro de herederos, que es fecho a semejança del que es fecho al huerfano. E puedenlo fazer los padres e los abuelos, a los que descenden dellos, quando son locos o desmemoriados, estableciendoles otros por herederos, si murieren en la locura» (14).

2. EL MOMENTO CRONOLÓGICO DE LA DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD EN LA SUSTITUCIÓN EJEMPLAR Y LA DENOMINADA POR HERNÁNDEZ GIL TESIS LITERAL O RIGORISTA: SU CARÁCTER PREVIO AL TESTAMENTO Y LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 15 DE FEBRERO DE 1932, 10 DE DICIEMBRE DE 1929 Y 21 DE ABRIL DE 1928

Corresponde ahora plantear la renovación y sustitución de una línea jurisprudencial por otra distinta y es un caso paradigmático la materia que nos ocupa, por cuanto las escasas ocasiones en que el Tribunal Supremo se ha ocupado de ella, no han tenido una línea constante. Así, la determinación de incapacidad y el momento exacto de su declaración no han sido cuestiones pacíficas hasta bien entrado el siglo XX.

Por otra parte y no habiendo sido discutido el extremo sobre origen o causa de la incapacitación, pese a que la institución se refería a lo que hoy podría subsumirse en el grupo de las enfermedades mentales y no de la discapacidad intelectual (15), física o sensorial, los sucesivos epígrafes obviarán este supuesto

en la de otro. Nadie sino el padre puede hacer esta sustitución» (TAPIA, *Febrero novísimo, tomo primero*, Valencia, 1828, pág. 428).

(12) ESRICHE, *op. y loc. cit.*

(13) LASARTE ÁLVAREZ, *op. y loc. cit.*

(14) LÓPEZ, *Las siete Partidas del muy noble rey Don Alfonso el Sabio*, Tomo III, Madrid, 1844, pág. 65.

(15) Con todo, recuérdese que las previsiones del propio Código en materia de testamento de persona con discapacidad visual y el del sordo (arts. 695, 706, 709), así como el

y se centrarán en las controversias suscitadas en torno a la declaración judicial de incapacidad del sustituido y la cronología de su determinación.

Con todo y a la vista de lo impecable de sus argumentos, se ha de coincidir con ALBALADEJO en la teórica imposibilidad de la sentencia de incapacitación de privar al enajenado de capacidad de testar en un momento de lucidez (16), si bien ofrece ciertas resistencias la superación práctica del juicio de capacidad que habrá de soportar el incapacitado a la hora de otorgar testamento, dadas las obligaciones del fedatario público (17).

En su andadura codificada, la intelección del artículo 776 no ofrecía dudas sobre la insuficiencia de la declaración acerca del estado mental del descendiente, sustitutiva de la que figura en su tenor literal. Recuérdese que dice este precepto, en su primer párrafo: «el ascendiente podrá nombrar sustituto al descendiente mayor de catorce años, que, conforme a derecho, haya sido declarado incapaz por enajenación mental»; para seguir en el segundo: «La sustitución de que habla el párrafo anterior quedará sin efecto por el testamento del incapacitado hecho durante un intervalo lúcido o después de haber recobrado la razón».

Sobre el particular, declaraba HERNÁNDEZ GIL que la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de abril de 1928, encontraba varios elementos de fundamentación, siendo básico el de la interpretación hermenéutica del «haya sido» del artículo 776.1 del Código Civil recién transcrito. A este argumento se añadían otros más lábiles acerca de sus antecedentes históricos y analógicos, poniéndose en evidencia el rigor formalista que presidía las resoluciones del Tribunal Supremo. A mayor abundamiento ha de traerse a colación que en el sustituido, en el caso de autos, la causa de incapacitación concurría ya desde el momento de su nacimiento, y su expediente de incapacitación había sido iniciado doce días después de la redacción del testamento, por el tutor testamentario.

La consolidación de esta doctrina jurisprudencial correría a cargo de la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de diciembre de 1929, por cuanto exigía que «cuando se ordena la sustitución, el sustituido ha de haber cumplido los catorce años, de igual manera que tiene que haber sido declarado incapaz» (18).

Poco después otra resolución tendría la oportunidad de refrendar los planteamientos anteriores: se trata de la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 1932, que ventilaba una sustitución ejemplar dispuesta por la madre, quedando circunscrita en autos la cuestión a si se ajustó a derecho o no la declaración que la madre hizo sobre el estado de salud de su descendiente.

Son sus términos exactos: «la única cuestión a resolver en el presente recurso, dado el texto del artículo 776 del Código Civil que se invoca en el testamento otorgado por doña Amalia en 27 de julio de 1900, para establecer por

artículo 760.1 de la LEC 2000 impone lo siguiente: «la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763».

(16) Vid. ALBALADEJO GARCÍA, *Comentario a la Sección 3.ª, artículos 774 al 789*, cit., págs 1906 y 1907.

(17) Vid. GÓMEZ GARZÁS, «El juicio notarial de capacidad: especial referencia al deterioro cognitivo en la demencia tipo Alzheimer y otros trastornos afines», en *La protección de las personas mayores*. LASARTE ÁLVAREZ (Dir.), Madrid, 2007, pág. 216 y sigs. y la bibliografía allí citada.

(18) HERNÁNDEZ GIL, «La declaración judicial de incapacidad en la sustitución ejemplar», en *Obras completas*, 4, Madrid, 1989, pág. 896.

su cláusula decimocuarta una sustitución ejemplar, es la de si, con arreglo a la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en sentencias de 21 de abril de 1928 y 10 de diciembre de 1929, fue o no declarada conforme a Derecho y con anterioridad a dicha disposición *mortis causa* la incapacidad por enajenación mental del sustituido don Luis, hijo de la testadora y de don José, que premurió a aquella».

En síntesis, ni basta que el progenitor haga una declaración sobre el estado de su descendiente, ni caso de que dicha declaración exista es suficiente, toda vez que es requisito esencial la concurrencia de una determinación formal de incapacidad.

Dice así la resolución: «es indudable que ordenada por la testadora la sustitución ejemplar rigiendo el Código Civil, para su eficacia jurídica se precisaba haberse hecho con anterioridad al testamento la declaración conforme a Derecho de la incapacidad por enajenación mental del sustituido, ya que así lo ordena el artículo citado y lo corrobora la jurisprudencia invocada, y es lo cierto que esa declaración no tuvo lugar hasta el 2 de enero de 1906, o sea, cerca de seis años después de la disposición *mortis causa*, revelando los propios términos de la resolución judicial ser la primera vez que se dictaba, ya que en ella no se hace referencia a ninguna otra, no pudiendo menos de ser así porque esa declaración impuesta por el Código, para garantizar la existencia de la incapacidad no dejándola a la apreciación de los ascendientes, no estaba prevenida en la legislación anterior, aun cuando ya entonces se exigía para el nombramiento del curador ejemplar encargado de la administración de los bienes y dirección de las personas incapacitadas que el Juez del domicilio de estas proveyese previa justificación cumplida, deduciéndose de todo lo expuesto que la Sala sentenciadora no infringió el mencionado artículo 776, en los diferentes casos que contiene el número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y antes por el contrario lo aplicó rectamente al declarar nula y sin efecto legal la sustitución ejemplar establecida por no haberse obtenido conforme a dicho precepto, en vigor al otorgarse el testamento, la declaración previa en el mismo establecida».

En definitiva, la esencia de la tesis rigorista sostenía que la incapacitación del sustituido habría de haber sido pronunciada antes del otorgamiento de la disposición testamentaria, o en su defecto, la sustitución ejemplar resultaría ineficaz (19).

(19) Con todo, conviene contemporizar el sentido de estos pronunciamientos judiciales con el debate jurídico sobre la situación jurídica de los «alienados». Así vid., el texto de la Real Orden de 23 de julio de 1925, que abordaba el problema del diagnóstico y su asistencia y advertía, asimismo, que la legislación del momento no solo estaba anticuada sino en desacuerdo con las tendencias científicas de la época. Describía un panorama desolador en donde los afectados estaban privados de todos sus derechos: «en la tristeza de sus patios pasan los días en plena inactividad... Cárceles y presidios alojan locos presos y presos locos, que de ambas modalidades existen ejemplos...». En este sentido, el Real Decreto de 1925 perseguía que la Comisión para la renovación y control de los ingresos psiquiátricos formulase las reformas necesarias para la asistencia y la enseñanza de la Psiquiatría (MORETÓN SANZ, «La inacabada reforma psiquiátrica española: cuestiones sobre internamientos psiquiátricos no voluntarios y la ausencia de control judicial en los ingresos geriátricos», en *Comunitania*, 1, 2011, pág. 79).

3. LA RECTIFICACIÓN DE LA TESIS RIGORISTA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 12 JUNIO DE 1956, SOBRE EL REQUISITO DE LA DECLARACIÓN DE INCAPACITACIÓN Y SU MOMENTO TEMPORAL: PROCEDE ANTES O DESPUÉS DEL TESTAMENTO, PERO SIEMPRE EN EL MOMENTO DE LA EFICACIA DE LA SUSTITUCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 1941, inició la rectificación del anterior rumbo jurisprudencial y, tal y como afirma la doctrina, dicha línea fue consolidada por la de 12 de junio de 1956 (20). De sus Considerandos, donde se transcribe la redacción literal de las disposiciones testamentarias, puede desprenderse la preocupación del progenitor por el destino que tras su fallecimiento pudiese tener su hijo enfermo mental. De esta inquietud se ordena la obligación de atender a este último, por parte tanto de su otro hijo como a los descendientes de este, caso de que el hijo enfermo sobreviviese al sano. Apréciase, como después se verá, que en el supuesto de hecho de fondo del asunto resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de abril de 2011, el testador también impone a herederos sustitutos la condición, o más exactamente un modo, relativa a la asistencia y auxilio del sustituido.

El caso de autos se remonta al testamento partición otorgado el 10 de marzo de 1921: «en el que después de adjudicar a su otro hijo don Benigno T. H. los bienes que estimó oportuno, le impone la “obligación de tener en su compañía a su hermano Jesús, cuidándolo en la forma en que su padre lo viene haciendo, sin que por ningún concepto se pueda mandar al manicomio, ni sacarlo de la casa matriz mientras viva, y esté en el estado de enajenación mental en que actualmente se encuentra. Si don Benigno T. no cumpliera lo indicado, quedará sin efecto la adjudicación en su favor de las fincas que describe, quedando solamente con derecho a su legítima estricta”; y después de hacer la adjudicación de bienes a su hijo Jesús, dispone el testador que, “si su otro hijo Benigno cumple la obligación ya indicada, de cuidar, asistir y tener en su compañía a su hermano Jesús, le sustituirá a este en su herencia, y si Jesús muere demente, sin haber tenido o aprovechado algún intervalo lúcido para disponer de sus bienes. Si Jesús sobrevive a su hermano Benigno, sustituirá en la herencia de aquel los hijos de Benigno, siempre que cumplan las condiciones impuestas a su padre, o sea, la de tener a Jesús en su casa y compañía, cuidándolo o asistiéndolo sin mandarlo al manicomio. Si los hijos de Benigno no cumplieran esta obligación, podrá hacerlo la hermana de Jesús, doña Isolina T. H., la cual cumpliendo lo dicho respecto a Benigno y sus hijos, y en defecto de estos, sustituirá a su hermano Jesús, en todo lo heredado por este, si muere sin hacer testamento”».

Por tanto y en buena lógica, calificada la disposición testamentaria como sustitución ejemplar modal, toda vez que se impone en la disposición testamentaria gratuita la carga de «tener al demente en casa de aquel a quien se le confía su cuidado, de alimentarle y no llevarlo al manicomio», corresponde la revisión del cumplimiento de los requisitos formales de la sustitución.

En este sentido, la declaración judicial de incapacidad no es uno de los presupuestos esenciales o, para ser más precisos, la fecha de dicha resolución judicial ha de ser previa al momento en que la sustitución despliegue sus efectos. Dice, al respecto que la «declaración de incapacidad del sustituido no constituye

(20) Vid. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pág. 385 y sigs. HERNÁNDEZ GIL, *op. y loc. cit.* En contra de la rectificación de la tesis rigorista, se pronunciaría antes de la STS de 1956, VÁZQUEZ GUNDIN, «La sustitución ejemplar», en *RCDI*, 1942, 166, págs. 145 a 169.

una solemnidad testamentaria, y puede hacerse antes o después del testamento siempre que proceda al momento de la efectividad de la sustitución, como enseña la doctrina de esta Sala en su sentencia de 10 de junio de 1941, cuya doctrina hay que reiterar, porque como la misma expresa, ninguna razón jurídica o de conveniencia social indica la procedencia y necesidad de privar a los ascendientes de la facultad de nombrar sustituto al descendiente enajenado mental, mientras no haya sido declarada judicialmente la incapacidad, y así en el presente caso, si no se declaró en ningún momento tal incapacidad del enajenado mental sustituido la sustitución podrá ser ineficaz por no haber producido efecto, pero en modo alguno nula como se postula, porque al instituir la no se vulneró ningún precepto».

Adicionalmente la sentencia advierte que cuando la Sala interpretó que la disposición de última voluntad y partición de bienes solo podía afectar a los que por la misma se distribuían, se ajustó a derecho, toda vez que para acreditar que pretendía afectar a la totalidad de sus bienes, debería haber acreditado la parte recurrente haber sido otra la voluntad del testador. De modo que si constan unos bienes determinados en el testamento partición, única y exclusivamente a esos bienes y derechos afectará, y para que puedan imputarse involucrados otros distintos o la totalidad de los bienes, así habrá de acreditarse por la parte a quien interese dicha evidencia.

4. OTRA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA CUASI PUPILAR DISCUTIDA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 18 DE JULIO DE 1998

La sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 1998 dictada, siendo Ponente MORALES MORALES, concreta el siguiente supuesto práctico de sustitución ejemplar: «1.º Con fecha 10 de junio de 1950, ante el Notario de Santiago de Compostela, don Manuel Pardo de Vera (núm. 597 de su protocolo), doña Verónica, viuda de don José Ignacio, de ochenta y tres años de edad, otorgó testamento abierto, en el que, además de instituir como herederos suyos a sus cuatro hijos don Tomás, señorita Lorenza, don Íñigo y don Alfredo (lo que aquí no interesa en absoluto, pues no constituye objeto litigioso) hizo uso (en la cláusula séptima) de la sustitución llamada cuasi pupilar o ejemplar (art. 776 CC) con respecto a su incapacitada hija Lorenza. La referida cláusula séptima (cuya correcta interpretación, nos anticipamos a decir ya, constituye el tema nuclear y prácticamente único del proceso al que se refiere este recurso) expresa textualmente lo siguiente: “Séptima: en atención al estado de incapacidad mental ya declarado de su hija Lorenza y de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de febrero de 1997 y otras y con la doctrina, nombra, por herederos de su dicha hija, en terceras partes iguales, a los tres hermanos de la misma: don Tomás, don Íñigo y don Alfredo; reconoce que antes de su incapacitación había regalado a don Tomás el reloj de pared que está en el Salón de Billar de la casa domicilio del expresado don Tomás y debe mantenerse en su posesión y propiedad; ordena que el (*sic*) mismo don Tomás comience adjudicándole la mitad, perteneciente ya concretamente a Lorenza, del Palacio de Fefiñanes con todo lo accesorio e inherente a dicha mitad en huerta, corral y demás dependiente, según le pertenece aquella por la citada escritura de 17 de enero último; ordena también que este se valore prescindiendo de su valor artístico, histórico e incluso de afección, como ya se ha hecho al tasarlo y adjudicarlo en la citada escritura de 17 de enero último, y si se entendiese que haciéndolo así, significaría una ventaja o

diferencia favorable a dicho adjudicatario, se entenderá igualmente que tal diferencia tendrá carácter de legado a su favor; y ordena asimismo que al distribuir los muebles se haga ello de forma que los retratos a que se refiere la cláusula cuarta queden en el Palacio de Fefiñanes y perduren en él. Si alguno de los tres herederos hubiere fallecido antes que su hermana le representarán por estirpes sus respectivos descendientes legítimos, y, en su defecto se dará el derecho de acrecer. Y lo que dispone en la cláusula primera respecto a la sepultura y traslado del cadáver de la testadora, se entenderá dispuesto respecto del de su hija Lorenza". 2.º La testadora doña Verónica falleció el día 4 de marzo de 1957».

Sigue la sentencia: «por tanto, dicha cláusula testamentaria (...) ha de ser entendida, bien en el sentido de que la testadora no dispone de nada, en concepto de legado, en favor de su hijo don Tomás (por la antes dicha imposibilidad de su cumplimiento), bien en el sentido de que lo que, en realidad, ha querido legarle en todo caso (pese a lo que parece desprenderse de la literalidad de la repetida cláusula) es el mayor valor artístico, histórico e incluso de afección de dicha mitad del palacio, cuya última interpretación ya sí es aplicable a cualquiera de las hipótesis particionales que puedan presentarse en la práctica (existencia o no existencia de otros bienes hereditarios, además de la mitad del palacio, que se supone siempre existente), por lo que forzosamente hemos de inclinarnos por entender que esta fué la verdadera voluntad de la testadora (pese a la literalidad, repetimos, de la expresada cláusula testamentaria)». De modo que sí procede la casación por la interpretación ilógica y absurda realizada por el Tribunal de instancia, siendo competencia del Tribunal Supremo dictar lo que proceda en sustitución de dicha resolución, siendo lo declarado lo siguiente: «procede convocar a Junta a todos los herederos de doña Lorenza (las estirpes de don Tomás, don Íñigo y don Alfredo) para que, por mayoría, acuerden el nombramiento de un Administrador de la antes referida mitad del Palacio de Fefiñanes con todo lo accesorio e inherente a dicha mitad en huerta, corral y demás dependencias, cuya administración se mantendrá en tanto permanezca indivisa la herencia de la causante doña Lorenza».

III. EL OBJETO DE LA SUSTITUCIÓN PUPILAR Y EJEMPLAR O CUASI PUPILAR: SU ALCANCE AMPLIO COMPRENDE EL PATRIMONIO ENTERO DEL SUSTITUIDO

1. TESIS RESTRICTIVA: LA SUSTITUCIÓN PUPILAR SE CIRCUNSCRIBE EXCLUSIVAMENTE A LOS BIENES QUE ASCENDIENTE SUSTITUYENTE DEJA AL DESCENDIENTE SUSTITUIDO Y LAS ARGUMENTACIONES DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 20 DE MARZO DE 1967

El entendimiento restrictivo, compartido por LACRUZ BERDEJO, CASTÁN y SÁNCHEZ ROMÁN, implica, como advierte LASARTE ÁLVAREZ (21), que el sustituyente solo puede disponer en la sustitución pupilar o ejemplar, de los bienes que el sustituido haya podido heredar del ascendiente.

La disputa trae causa de la cristalización legal de la figura y de la disparidad de situaciones que se integran en ella. Así y como indica SERVAT, el Cardenal MANTICA en sus «Conjeturas», escritas a mediados del siglo XVI, señalaba a las sustituciones como terreno abonado a la elasticidad de estas denominadas

(21) *Op. cit.*, pág. 112.

conjeturas (22). En este sentido, no es difícil apreciar que buena parte de las dificultades interpretativas de las disposiciones testamentarias traen causa de los plurales perfiles de la realidad conflictiva que el testador, por cierto, pretende ordenar para después de su muerte.

La discutida sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de marzo de 1967, no ratificada por otra posterior, fue dictada siendo Ponente TABOADA ROCA, en el asunto de fondo don Juan M. H., don Florentino M. H. y doña Josefa B. H., representados por un Procurador, mediante escrito de fecha 7 de febrero de 1964, dirigido al Juzgado de 1.ª Instancia de Olivenza, dedujeron demanda contra doña Julia R. V., sobre liquidación de bienes gananciales. El Juez de 1.ª Instancia dictó sentencia desestimando la demanda, sin hacer expresa imposición de costas. Apelada la sentencia, la Audiencia la confirmó, sin hacer especial imposición de costas de la apelación. Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por los motivos que se reflejan en los considerandos que se transcriben. El Alto tribunal desestimó la casación interpuesta.

En el primero de sus Considerandos, la resolución dice: «que aunque la cuestión objeto del pleito de que dimana este recurso parece reducirse a un simple problema de interpretación de cláusula testamentaria, para determinar si tal cláusula comprende solo los bienes que fueron de la testadora o abarca también a los que el incapaz haya adquirido por otros medios, sin embargo ello no es así, puesto que, como cuestión previa exige que se precise si cuando el ascendiente instituye por heredero a un descendiente incapaz por enajenación mental y le designa sustituto para el supuesto en que llegue a fallecer sin haber recobrado la razón ni otorgado testamento válido, pasan a dicho sustituto no solo los bienes que le dejó aquel ascendiente, sino también cuantos se hayan incorporado al patrimonio del incapaz por cualquier título legal; es decir, si por tratarse de la sustitución que el derecho histórico denominaba cuasi pupilar o ejemplar, el testamento del causante del incapaz viene a sustituir el testamento de tal incapaz y lleva consigo el tránsito de todo el patrimonio de este al sustituto, o, por el contrario, únicamente el de los bienes que le dejó el instituyente; si este problema, tan importante y sugestivo, se resuelve de acuerdo con esta segunda tesis, ya resulta superfluo el tratar de la cuestión de la interpretación de la cláusula testamentaria, porque, fuere cual fuere la letra de la misma e incluso la intención de la testadora, nunca podría tener mayor alcance que el de comprender solamente los bienes que fueron de la aludida testadora».

Sigue el segundo Considerando: «el Derecho Romano, para evitar los inconvenientes que se derivan del fallecimiento abintestato, y fundándose en la incompatibilidad de las sucesiones testamentaria y legítima y en la unipersonalidad de la patria potestad y del *pater familias*, creó la figura jurídica de la sustitución, en sus varias formas, y si bien en cuanto a la llamada pupilar estaban conformes todos los textos en que por virtud de ella el *pater familias* otorgaba testamento por su hijo impúber y le nombraba heredero de todos los bienes de este, que habían de pasar al sustituto si se producía el evento previsto, en cambio, con respecto a la llamada sustitución cuasi pupilar o ejemplar, no existía esa misma unanimidad de opiniones».

En definitiva y «aunque nuestra legislación de Partidas recogió aquellas tradiciones jurídicas-romanas, lo cierto es que a partir de la publicación del Ordena-

(22) Vid. SERVAT, «Conjeturas en materia de sustituciones, según la doctrina del Cardenal Mantica», en *RCDI*, 282, 1951, págs. 802 y sigs.

miento de Alcalá, que admitió la compatibilidad de las sucesiones testamentarias y *abintestato*, y de las Leyes de Toro, se establece un derecho, que pudiéramos llamar nacional, que culmina con la promulgación del vigente Código Civil, en cuyo artículo 670 se proclama el principio fundamental de que el testamento es un acto personalísimo y que su formación no podrá dejarse, en todo o en parte, al arbitrio de un tercero, ni tampoco la designación de las personas que hayan de suceder cuando varios sean instituidos nominalmente (...). Que contra esta norma general y absoluta del Derecho Civil Común únicamente se pueden admitir las derogaciones que de manera expresa y terminante se establecen en el propio Código, a saber: a) la contenida en el artículo 671, cuando haya que repartir cantidades dejadas en general a una clase determinada, y b) la consignada en el artículo 831, que permite al cónyuge superviviente distribuir, a su prudente arbitrio, entre los hijos comunes, los bienes del difunto, si ello se pactó en las correspondientes capitulaciones matrimoniales; fuera de estos casos, en las regiones sometidas al Derecho Civil común no puede formarse testamento por otra persona (...). Que si, pues, con arreglo a nuestro Derecho Sucesorio, no puede otorgarse testamento por otro sino en los casos taxativamente dispuestos por la Ley, se comprende que en el caso de la sustitución ejemplar el sustituto no debe heredar más que los bienes que el ascendiente le haya dejado a su descendiente incapaz, incluso con sus accesiones y sustituciones, si las hubo, pero no los demás bienes que dicho incapaz haya adquirido por otros conceptos, los cuales deben seguir el cauce previsto para la sucesión legítima».

2. LA RDGRN, DE 6 DE FEBRERO DE 2003: LOS EFECTOS DE UNA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Corresponde ahora ventilar el contenido de la Resolución de 6 de febrero de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña María Ángeles Cucarella López, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Carballo, don Hermes Rego Valcarce, a inscribir una escritura de partición y adjudicación de herencia. En el recurso gubernativo interpuesto por doña María Ángeles Cucarella López, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Carballo, don Hermes Rego Valcarce, a inscribir una escritura de partición y adjudicación de herencia se confirma la negativa. Para ello dice sustentarse la DRGRN en los artículos 670, 775 y 776 del Código Civil y las sentencias del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 1907, 10 de diciembre de 1929, 10 de junio de 1941, 20 de marzo de 1967, 20 de mayo de 1972 y 26 de mayo de 1997. De modo que en este supuesto la Dirección confirma la negativa del Registrador y, con ello, entiende aplicable la tesis restrictiva por lo que la sustitución ejemplar atañe, exclusivamente, a los bienes que el ascendiente que ha ejercitado la sustitución ha dejado al sustituido.

En este sentido, los antecedentes de la Resolución recogen las apreciaciones del fedatario, quien afirma: «se considera que la interpretación acerca de la sustitución ejemplar más acorde a la “realidad social” actual es la que limita el alcance de la sustitución ejemplar a los bienes que el demente sustituto hubiere recibido del sustituyente, y ello en base a: 1) Perspectiva histórica; 2) Que admitir la tesis “amplia” llevaría a que cualquier ascendiente puede privar al padre o a la madre de la parte de libre disposición del hijo; bastando para ello con que haga un testamento en el que se designe sustituto del demente a otra persona; 3) Que para que la sustitución ejemplar quede sin

efecto es preciso, según el segundo párrafo del artículo 776 del Código Civil que el demente otorgue testamento (...)».

A la vista de lo anterior, la DGRN se adhiere a los argumentos del Registrador y dice: «1. El único problema que plantea el presente recurso es el de dilucidar si la sustitución ejemplar o cuasi pupilar comprende todos los bienes del incapaz, como mantiene la recurrente, o solo los dejados a este por el sustituyente como sostiene el Registrador. 2. Como dice el Registrador en un concienzudo informe sobre la materia, desde una perspectiva histórica la sustitución ejemplar comprendía todos los bienes del incapaz, pues no era más que un atributo de la patria potestad dirigido a evitar —pues se consideraba, en cierto modo, una ignominia—, el fallecimiento intestado del sustituido. Por ello, Las Partidas, al recoger esta institución del Derecho Romano, establecían una serie de prevenciones y prioridades acerca de las personas que podían ordenar la sustitución, la preferencia entre ellas y los favorecidos por la misma exigiendo, además, que el sustituido fuera instituido heredero por el sustituyente. Sin embargo, en el Código Civil, como consecuencia de su distinta idea sobre la sucesión intestada, y los principios liberales de la época de su redacción, cambia el criterio sobre el concepto y ámbito de las sustituciones pupilar y ejemplar: Se resalta el carácter personalísimo del testamento, prohibiendo el testamento por comisario (art. 670), y se suprimen todas las disposiciones que el Derecho hasta entonces vigente establecía para el caso de pluralidad de sustituyentes, lo que revela la concepción de que dicha sustitución solo tiene por objeto los bienes dejados al sustituido incapaz, ya que, en dicho caso, no cabe la concurrencia de diversas sustituciones, por abarcar cada una de ellas a distintas masas patrimoniales (...). 3. La tesis anteriormente expuesta es la más claramente seguida por la Jurisprudencia. Descartadas las sentencias de 6 de febrero de 1907 (por tratarse de un testamento anterior al Código Civil), y las de 10 de diciembre de 1929 y 10 de junio de 1941, que se centran en el momento en que es necesario que se produzca la incapacitación, y la última de las cuales expresamente indica que no entra en el alcance de la sustitución ejemplar, la primera sentencia que abordó el problema fue la de 20 de marzo de 1967, que declaró palmariamente que estas sustituciones solo abarcan los bienes dejados por el sustituyente al sustituido. Las sentencias posteriores no han desvirtuado esta doctrina jurisprudencial, pues, si bien en las de 20 de mayo de 1972 y 26 de mayo de 1997, se afirma que los artículos 775 y 776 son excepciones al artículo 670 (todos ellos del Código Civil), en la primera de ellas se trata claramente de un *obiter dictum*, y en la segunda, en el fondo, también lo es, pues el tema de fondo es la declaración de nulidad de la venta de los bienes del incapaz, realizada sin cumplir los requisitos legales».

En buena lógica, si el propio Tribunal Supremo no está vinculado por su jurisprudencia que no es sino «fuente» complementaria del ordenamiento jurídico, nada cabe objetar a que la DGRN decida adscribirse a la entonces nueva dirección que el Alto tribunal había dejado anunciada en la sentencia de 20 de marzo de 1967. En definitiva, no es tanto que se ajuste a una u otra línea jurisprudencial, sino que la argumentación del Registrador se basa en la interpretación sociológica de las normas aplicables al caso.

3. LA RATIFICACIÓN DE LA TESIS EXTENSIVA O AMPLIA: EL ÁMBITO DE LA SUSTITUCIÓN PUPILAR Y CUASI PUPILAR SE EXTIENDE AL CONJUNTO DE LOS BIENES HEREDITARIOS DEL MENOR O INCAPAZ SUSTITUIDO Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 14 DE ABRIL DE 2011

Lo dicho hasta ahora se ve ratificado por la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de abril de 2011 dictada, siendo Ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ, en la que se desestima el recurso de casación interpuesto y se concluye que la tesis aplicable al contenido y alcance de la sustitución pupilar o ejemplar es la amplia en cuanto se extiende tanto a lo que el sustituido pudiera recibir del sustituyente, como del íntegro patrimonio del que fuese titular el menor de catorce años o el enajenado.

Dice la sentencia que: «en el desarrollo del motivo, lo que se impugna es simplemente el contenido de la sustitución ejemplar, que había impuesto doña Berta en su testamento de 7 de junio de 1994, en estos términos literales: “De conformidad a lo dispuesto en el artículo 776 del Código Civil, sustituye ejemplarmente a su hijo Segismundo por sus primos don Clemente, don Agapito, doña Dulce y doña María Rosa, sustituyéndolos vulgarmente en los casos prevenidos por el Código Civil, por los descendientes que dejaren y si alguno falleciese sin sucesión acrecerá su porción a los supervivientes”».

Con claridad la sentencia despeja la cuestión controvertida, declarando que «la sustitución tanto pupilar como ejemplar, comprende el patrimonio entero de sustituido —hijo menor o incapaz— y no solo el recibido del sustituyente, lo cual podría hacerse sencillamente mediante la sustitución fideicomisaria. El alcance amplio del contenido de la sustitución ejemplar ha sido mantenido por la sentencia, la primera, de 6 de febrero de 1907, que es reiterada por la de 26 de mayo de 1997, que dice: “Esta Sala tiene declarado desde la sentencia de 6 de febrero de 1907, que la sustitución ejemplar consiste en un nombramiento de heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquel...”. La anterior sentencia plantea directamente la cuestión del contenido y se pronuncia a favor del amplio, que comprende todo el patrimonio del sustituido incapaz. Lo que es reiterado por la sentencia de 7 de noviembre de 2008, que plantea el problema en estos términos: “El núcleo central del mismo es si en la sustitución ejemplar, el ascendiente hace testamento por el sustituido incapaz, por lo que los sustitutos designados por aquel heredan a dicho sustituido, o heredan al ascendiente respecto de los bienes que deja al sustituido incapaz”. Y lo resuelve en los mismos términos que la sentencia anterior, de 26 de mayo de 1997, a la que se remite y afirma que comprende todo el patrimonio del sustituido y, así, los sustitutos heredan a este, no al sustituyente. La sentencia de 20 de mayo de 1972, dice explícitamente que la sustitución tanto pupilar como ejemplar, constituyen una excepción al artículo 670 del Código Civil que proclama, con carácter general, el carácter personalísimo del testamento y reitera lo ya declarado por las sentencias anteriores de 2 de diciembre de 1915, 10 de diciembre de 1929 y 10 de junio de 1941. Así, los herederos sustitutos heredan todos los bienes del causante, incapacitado, don Segismundo, porque son sus herederos, no son herederos de doña Berta (abstracción hecha de la sustitución fideicomisaria de residuo). Esta otorgó testamento en lugar de su hijo don Segismundo, incapacitado, exactamente como prevé y lo menciona en su testamento, el artículo 776 del Código Civil. Reiterando esta concepción amplia del contenido de la sustitución ejemplar, debe ser rechazado este motivo del recurso de casación».

IV. LOS SUSTITUTOS DESIGNADOS POR EL SUSTITUYENTE HEREDAN AL SUSTITUIDO, NO AL SUSTITUYENTE: LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 6 DE FEBRERO DE 1907, 26 DE MAYO DE 1997 Y LA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2008

Ambas sentencias se remiten a la de 6 de febrero de 1907, en la que se desestima el recurso de casación interpuesto, toda vez que todos los motivos alegados parten del supuesto de la nulidad del testamento de un incapaz causante de la herencia, en el entendido de que fue la madre quien en el ejercicio de las facultades conferidas por el Código Civil y en nombre de su hijo, otorgó testamento por él.

El Considerando primero de la resolución advierte que: «dada la facultad otorgada por la ley al ascendiente para testar por y en nombre del descendiente, para el caso en que, siendo este incapaz, muera en tal estado, es manifiesto que cuando existe, como en el caso del presente recurso, un testamento otorgado por la madre en sustitución de su hijo por causa de su incapacidad, no se puede estimar que este haya muerto intestado para los efectos prevenidos en el artículo 960 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque tal testamento produce los mismos efectos que si hubiera sido otorgado por el causante de la herencia, sin perjuicio de discutir en el juicio correspondiente su validez absoluta o su extensión y eficacia, sin que mientras tanto y prejuzgando dicha cuestión sea lícito proceder como si no existiera».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 1997, dictada siendo Ponente GARCÍA VARELA, sobre una sustitución ejemplar declara que quien nombra al heredero del incapaz es, precisamente, el sustituyente. Dice así: «en efecto, esta Sala tiene declarado desde la sentencia de 6 de febrero de 1907, que la sustitución ejemplar consiste en un nombramiento del heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquel; quién opera la sustitución y, por consiguiente, nombra heredero del incapaz, es el sustituyente y, en la coyuntura del debate, este, don Luis Manuel, verifica la nominación en favor de su segunda esposa doña María Esther y, si hubiese fallecido, en el de los herederos legítimos de esta; asimismo, no hay duda que el testador, al llamar a los herederos legítimos de su segunda esposa en la hipótesis reseñada, sabía sin duda quienes eran, pues estaba casado en segundas nupcias con la hija de su hermana doña Silvia, de manera que al llamar a la estirpe abintestato de su consorte, estaba designando a la suya propia, pues solo tenía como descendiente al hijo incapaz, por confundirse la de su hermana con los herederos abintestato de su referida consorte; en definitiva, don Plácido efectuó la sustitución sin dejación de las precisiones sucesorias a eventualidad alguna, cuando la posibilidad de que hubiera comisionado a doña María Esther para que esta, nombrada heredera por él, a su vez designara a los del incapaz, constituiría, de un lado, delegación de la facultad de testar, y de otro, la consumación de un testamento por comisario, si se hubiera efectuado, que son actos prohibidos por el Código Civil».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 2008, dictada siendo Ponente GULLÓN BALLESTEROS declara que el sustituto designado en la disposición testamentaria ejemplar por el sustituyente, hereda al sustituido, coincidiendo con otras viejas resoluciones judiciales, por lo que es el sustituyente quien hace testamento por el sustituido.

Son sus términos: «se fundamenta en que el padre de la actora, don Carlos Alberto, ordenó en su testamento notarial una sustitución ejemplar respecto a

su hijo don Salvador, que se hallaba incapacitado judicialmente. Le asignó en la cláusula quinta el derecho de habitación vitalicia sobre el piso n de la casa que atribuía a su hija Mari Luz, derecho de habitación compartido con su hija Regina, mientras permaneciesen solteros. En la misma cláusula atribuyó también a su hijo Salvador la finca denominada D, y el usufructo vitalicio de la mitad del negocio de fabricación de muebles, con el taller, mostradores, maquinarias, género y existencias. En la cláusula séptima dispuso: El testador, teniendo en cuenta que su hijo Salvador es incapaz, por tanto, no podrá disponer de sus fincas, le sustituye por sus hermanos Joaquín, Mari Luz, Estela y Diana, por partes iguales, o por los que le sobrevivan. Don Salvador falleció el 14 de noviembre de 1994, mucho después de que lo hiciera su padre don Carlos Alberto, lo que quiere decir que le heredó, no siendo obstáculo para ello su incapacidad, pues la misma no supone más que una restricción a su capacidad de obrar, no a su capacidad jurídica, que deriva de sus atributos como persona (...). La sustitución ejemplar ordenada por don Carlos Alberto significa que dispuso por testamento en lugar del sustituido, por lo que los sustitutos heredaron de este, no del citado don Carlos Alberto, y por eso la actora fue preterida intencionalmente, pues si bien la nombró heredera universal, en la partición testamentaria que hizo en el mismo testamento no le atribuyó ningún bien, y a los otros hermanos sí, nombrados también herederos universales (...). El núcleo central del mismo es si en la sustitución ejemplar, el ascendiente hace testamento por el sustituido incapaz, por lo que los sustitutos designados por aquel heredan a dicho sustituido, o heredan al ascendiente respecto de los bienes que deja al sustituido incapaz (...) la doctrina de esta Sala contenida en la sentencia de 26 de mayo de 1997, que dice (Fundamento Jurídico segundo): "...esta Sala tiene declarado desde la sentencia de 6 de febrero de 1907, que la sustitución ejemplar consiste en un nombramiento del heredero del incapaz por el sustituyente y su finalidad es la evitación de la sucesión intestada de aquel; quien opera la sustitución y, por consiguiente, nombra heredero del incapaz, es el sustituyente".

V. INDICACIONES CONCLUSIVAS

No cabe duda de que la materia de las sustituciones está llena de controversia y de disputas doctrinales y jurisprudenciales. En particular, las poco frecuentes ocasiones con la que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse, no ha dictado una única línea jurisprudencial, antes bien, se ha caracterizado por plurales tesis y distintas interpretaciones sobre su intelección.

En estas líneas destinadas al análisis esencial de la sustitución pupilar y la ejemplar o cuasipupilar, se ha evidenciado que son dos vertientes de una misma institución testamentaria, por lo que bien cabe definirla como figura testamentaria compleja. Ambas son disposiciones dirigidas a evitar que el sustituido o persona imposibilitada para testar muera por imperativo legal sin testar y deba, por tanto, abrirse la sucesión *ab intestato*; pupilar una porque procede del latín *pupillus*, autorizada tanto al padre como a la madre y a los «demás ascendientes»; ejemplar, la otra, en tanto en cuanto se ha introducido a imagen y semejanza de la pupilar, con la finalidad de que los ascendientes puedan designar sustituto a los descendientes que, aunque hayan superado la edad para testar, su estado mental le impida hacerlo.

De nuevo y como principio inspirador del Derecho Sucesorio, habrá de perseguirse la materialización de la voluntad del testador, si bien en estos dos singulares

supuestos también habrá de atenderse a lo que pudiese ser la protección de la persona desfavorecida que bajo la nomenclatura de sustituido, incluye a menores de catorce años o a mayores de catorce incapacitados judicialmente. Y si se han de ser protegidos los intereses de estos últimos, no es tanto por la disposición de sus bienes en actos de última voluntad suscritos por sus ascendientes-sustituyentes —que también—, sino por el respeto de sus derechos y obligaciones por todos los operadores jurídicos involucrados en el Derecho Sucesorio.

Por otra parte, ha sido destacada la controversia doctrinal y jurisprudencial en torno al alcance de la sustitución pupilar y ejemplar, en tanto en cuanto, la RDGRN de 6 de febrero de 2003, se adscribe a las tesis restrictivas y entiende que estas disposiciones testamentarias se limitan a los bienes que los sustituyentes hayan transmitido al sustituido. En buena lógica, si el propio Tribunal Supremo no está vinculado por su jurisprudencia que no es sino «fuente» complementaria del ordenamiento jurídico, nada cabe objetar a que la DGRN decida adscribirse a la entonces nueva dirección que el Alto Tribunal había dejado anunciada en la sentencia de 20 de marzo de 1967. En definitiva, no es tanto que se ajuste a una u otra línea jurisprudencial, sino que la argumentación del Registrador se basa en la interpretación sociológica de las normas aplicables al caso.

Empero ciertos sectores habían señalado que el sentido de la Resolución no parecía especialmente conciliable con la protección del patrimonio de las personas con discapacidad; finalmente y por el momento, la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de abril de 2011, cierra este capítulo, por cuanto se inclina decididamente por la concepción amplia en la que se comprende todo el patrimonio del sustituido incapaz.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada a nota a pie de página:

- ALBALADEJO GARCÍA: «Las sustituciones fideicomisarias puras, a término y condicionales: sus límites, aceptabilidad o repudiabilidad», en *RDP*, 1979, pág. 519 y sigs.
- «Comentario a la Sección 3.^a, artículos 774 al 789», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, y BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 1915 a 1938.
- ALONSO MARTÍNEZ: «Capítulo cuarto de: El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales», recogido en LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, VII, Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2010, 6.^a ed., pág. 130 y sigs.
- CÁMARA LAPUENTE: «Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 1998: Interpretación del testamento: prevalece la voluntad real del testador sobre el tenor literal de una cláusula contradictoria; legado (prelegado) o adjudicación particional. Herencia indivisa: administración de la herencia. Sustitución ejemplar. Incongruencia», en *CCJC*, 49, 1999, págs. 67 a 92.
- DÍAZ ALABART: *El fideicomiso de residuo. Su condicionalidad y límites*, Barcelona, 1981.
- ESRICHE: *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense*, Valencia, 1838.
- GÓMEZ DE LA SERNA y Manuel MONTALBÁN: *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, Tomo II, Madrid, 1865.

- HERNÁNDEZ GIL: «La declaración judicial de incapacidad en la sustitución ejemplar», en *Obras completas*, 4, Madrid, 1989.
- LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA: *Elementos de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Bosch editor, Barcelona, 1988, reimpresión de 1992.
- LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil*, VII, *Derecho de Sucesiones*, Madrid, 2010, 6.^a ed.
- LÓPEZ: *Las siete Partidas del muy noble rey Don Alfonso el Sabio*, Tomo III, Madrid, 1844.
- LÓPEZ LÓPEZ: «Notas acerca de la naturaleza jurídica de las sustituciones pupilar y ejemplar en el Código Civil español», en *ADC*, 1958, pág. 3 y sigs.
- PÉREZ GIMÉNEZ: «Las sustituciones pupilar y ejemplar en la persona del ascendiente de línea diferente a la de procedencia de los bienes, ¿excluyen la aplicación de la reserva lineal del artículo 811 del Código Civil?», en *AC*, 38, 2003, pág. 1033 y sigs.
- ROCA-SASTRE: *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona, 1995, 2.^a ed.
- «El fideicomiso *si sine liberis decesserit* y el Código Civil», en *RCDI*, 1956.
- VÁZQUEZ GUNDÍN: «La sustitución ejemplar», en *RCDI*, 1942, 166, págs. 145 a 169.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

STS de 6 de febrero de 1907.
 STS de 21 de abril de 1928.
 STS de 10 de diciembre de 1929.
 STS de 15 de febrero de 1932.
 STS de 10 de junio de 1941.
 STS de 12 de junio de 1956.
 STS de 20 de marzo de 1967.
 STS de 20 de mayo de 1972.
 STS de 7 de febrero de 1997.
 STS de 26 de mayo de 1997.
 STS de 18 de julio de 1998.
 STS de 7 de noviembre de 2008.
 STS de 14 de abril de 2011.
 RDGRN de 6 de febrero de 2003.

RESUMEN

SUSTITUCIÓN PUPILAR Y CUASI PUPILAR O EJEMPLAR

En este estudio se abordará el tratamiento jurisprudencial y doctrinal de alguno de los aspectos más controvertidos de las sustituciones pupilar y cuasi pupilar o ejemplar. Sabido es que el contenido patrimonial de las determinaciones hereditarias tiene distinto alcance en función de la categoría institucional

ABSTRACT

SUBSTITUTION OF A MINOR AND EXEMPLARY SUBSTITUTION OR SUBSTITUTION OF A MENTALLY ILL HEIR, DEVISEE OR LEGATEE

This is a study of how case-law and legal thought deal with one of the most-controversial aspects of the substitution of a minor and exemplary substitution (or the substitution of a mentally ill heir, devisee or legatee). In particular, it is a

utilizada por el testador. En particular, en las sustituciones hereditarias o de herencia, el objeto dependerá de la modalidad elegida por el causante a la hora de disponer sus bienes. Específicamente, y pese a cierta resistencia doctrinal y jurisprudencial, en la pupilar y ejemplar, el sustituyente (progenitor o titular de la representación legal) dispone de la totalidad de los bienes del sustituido (menor de catorce años o incapacitado), de modo que en principio, ambas sustituciones afectan a la totalidad del caudal relicto de los sustituidos. En suma, la finalidad perseguida en la sustitución pupilar y ejemplar es evitar la apertura de la sucesión abintestato de los menores de catorce años o de las personas incapacitadas judicialmente y afecta a los bienes relictos del patrimonio del que fuesen titulares.

well-known fact that the scope of the assets covered by instructions concerning heirs varies depending on the institutional category used by the testator. In the substitution of heirs or legacies, the object will depend on the means chosen by the decedent when deciding on the disposal of his or her assets. Specifically, despite certain resistance from legal thought and case-law, in the substitution of a minor and in exemplary substitution, the substitute (parent or legal representative) may dispose of all the assets of the person substituted (child under 14 years of age or incapacitated person). Therefore, in theory, both types of substitution affect the entire estate left to the persons substituted.

1.5. Obligaciones y Contratos

LA TRANSACCIÓN Y EL ARBITRAJE: CONTRATOS PARA EVITAR O PONER TÉRMINO A CONFLICTOS YA INICIADOS

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogada

Doctorando en Derecho

SUMARIO: I. LA TRANSACCIÓN: 1. CONCEPTO Y ELEMENTOS ESENCIALES. 2. NATURALEZA JURÍDICA Y CLASES. 3. CONSTITUCIÓN: A) *Elementos personales*. B) *Elementos reales*. C) *Elementos formales*. D) *Efectos*.—II. EL ARBITRAJE: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PRINCIPALES MODIFICACIONES DE LA LEY DE REFORMA DE LA LEY 60/2003, DE ARBITRAJE. 3. EL CONVENIO ARBITRAL: A) *Concepto y naturaleza*. B) *Clases*. C) *Constitución*. D) *Efectos*.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA TRANSACCIÓN

Vamos a estudiar en este trabajo dos modalidades contractuales encuadrables dentro de lo que CASTÁN denomina «contratos dirigidos a la eliminación de una incertidumbre jurídica», y que se caracterizan por tener como objetivo suprimir

y dirimir una controversia surgida o que va a surgir entre las partes como consecuencia de una determinada relación jurídica existente entre ellas (1). Se trata de dos instituciones conocidas como «transacción» y «arbitraje» que pasamos a analizar.

1. CONCEPTO Y ELEMENTOS ESENCIALES

El concepto legal de la transacción lo encontramos en el artículo 1809 del Código Civil: «La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación del pleito o ponen término al que había comenzado». Por lo tanto, el contrato de transacción presupone una controversia y las partes realizan mutuas concesiones con la finalidad de evitar o terminar un pleito. Por ello la transacción es un medio de dirimir conflictos, al igual que el arbitraje, pero a diferencia de este son las partes del conflicto las que llegan a un acuerdo que ponga fin a la situación controvertida.

Para que exista transacción se necesita la concurrencia de los siguientes elementos esenciales:

1. La existencia de una relación jurídica incierta o litigiosa, en relación con ello nos podemos plantear en qué debe consistir la controversia para poder resolverla acudiendo a la transacción y, en mi opinión, debemos interpretarla como la existencia de una disparidad entre las pretensiones de las partes motivada por una distinta interpretación de la relación jurídica controvertida, descartando la necesidad de una situación de duda subjetiva sobre la titularidad de los derechos que se pretenden (2). La incertidumbre no procede de un estado de duda sobre cada una de las pretensiones divergentes, sino que está motivada por la oposición de pretensiones y desavenencia entre las partes (3).

(1) Como señala Silvia BARONA VILAR en el ámbito propio de solución de conflictos pueden señalarse tres escalas:

1. La autotutela, que es la forma más primitiva de resolver un litigio, consistente en «tomarse la justicia por su mano», convirtiéndose así el interesado, en juez in re propia e interviniendo desde su egoísmo y parcialidad. Esta manifestación de tutela está prohibida salvo excepciones basadas en la legítima defensa y estado de necesidad.

2. La autocomposición que, partiendo del juego de la autonomía de la voluntad, permite que las partes compongan su conflicto, ya entre ellas, ya con intervención de un tercero cuya decisión no es vinculante para las partes. Encuentran aquí su acomodo algunas actividades que cada vez tienen más aceptación, como las llamadas de «mediación», que consiste en el recurso a un tercero ajeno al conflicto que asume la función de reunir a las partes y ayudar a resolver sus desacuerdos, bien sea un juez, un abogado, etc.

3. La heterocomposición se da cuando el conflicto se somete a un tercero, quedando las partes sometidas al cumplimiento de lo que ese tercero decida. Se presentan aquí dos modalidades: la vía judicial y la vía arbitral.

Así visto, la transacción es una forma de «autocomposición», como el arbitraje lo es de «heterocomposición», en «Naturaleza jurídica del arbitraje», en *Comentarios a la ley de arbitraje*, coordinado por Silvia BARONA, 2004, pág. 60.

- (2) Véase GULLÓN BALLESTEROS, A., «La transacción», en *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, Tomo XLIII, *Contratos sobre litigios*, vol. II, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1964, pág. 30.

- (3) La STS de 3 de mayo de 1958 (RJA 2479) señaló que: «...la transacción versa sobre una cuestión dudosa, lo que ha de entenderse, no por el valor racional de la duda, sino

2. La intención de los contratantes de sustituir la relación dudosa por otra cierta e incontestable. Es el llamado *animus transigendi* que caracteriza este contrato.
3. Las recíprocas concesiones de las partes a través de las cuales las partes pretenden superar el conflicto. De ahí que se afirme que la causa de la transacción consiste en eliminar la relación jurídica incierta, lo cual se logra por medio de mutuas renunciaciones y reconocimientos (4) y, así las partes en conflicto «evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado», *ex* artículo 1809 del Código Civil.

La misma línea sigue el criterio jurisprudencial existente en la materia que admite la existencia de transacción cuando: «...mediante recíprocas concesiones se elimina el pleito o la incertidumbre de las partes sobre una relación jurídica y su finalidad es eliminar el pleito o evitar su provocación, que es tanto como la incertidumbre de las partes sobre una relación jurídica, ya que no exige rigurosamente la amenaza de un pleito inminente, sino solo su posibilidad, que aparece en cuanto media desacuerdo entre las partes, que fuera susceptible de provocarlo» (5); cuando las partes celebran el contrato: «...para poner fin a una relación jurídica incierta (*res dubia*) y por lo tanto al conflicto de intereses que entre los otorgantes existía respecto a la naturaleza del título» (6); se conecta: «...no solo con el supuesto de poner fin a un pleito comenzado, sino asimismo al de buscar una fórmula, dando, prometiendo o reteniendo, que evite su revocación futura...» (7). Se configura así la finalidad de poner término a una relación jurídica incierta (*res dubia*) como la causa de la transacción (8).

Ambas partes reciben y dan «alguna cosa», término que no debemos entender en sentido estricto, sino comprendiendo cualquier tipo de prestación, incluidas las de hacer o no hacer; las partes se sacrifican y obtienen algo a cambio, de ahí su carácter bilateral y oneroso, las concesiones que se hacen pueden consistir en recíprocas renunciaciones parciales lo que conlleva a su vez reconocimientos parciales, o en la renuncia por parte de una de ellas de sus pretensiones a cambio de una contraprestación.

Las concesiones recíprocas no tienen que ser necesariamente equivalentes, las cuales pueden tener importancia y valor desigual y, de acuerdo con el criterio jurisprudencial, tampoco es necesario que tengan un contenido patrimonial, ya que se admite la validez del convenio transaccional cuando los sacrificios son de orden moral (9).

por su valor real, nacido de la contradicción de juicio de las partes, cualquiera que sea el fundamento con que respectivamente se contradicen o disienten».

(4) GULLÓN, *ob. cit.*, pág. 35.

(5) STS de 8 de marzo de 1962 (RJA 1229).

(6) STS de 14 de mayo de 1982 (RJA 2572).

(7) STS de 18 de septiembre de 1984 (RJA 4899).

(8) STS de 20 de diciembre de 2001 (RJA 352).

(9) Véanse las SSTs de 14 de marzo de 1955 (RJA 765), 30 de septiembre de 1989 (RJA 69729), 4 de abril de 1991 (RJA 2634), 6 de diciembre de 1993 (RJA 8618), y 30 de junio de 2001 (RJA 4982).

2. NATURALEZA JURÍDICA Y CLASES

Ha sido muy discutido doctrinalmente si la transacción tiene naturaleza declarativa o si tiene alcance novatorio, de manera que se produzca la extinción de la relación jurídica, sustituyéndola por otra nueva. La tradición romanista fundada en el Derecho justiniano y el viejo aforismo *transigere est alienare* otorgaba a la transacción naturaleza traslativa, con la consecuencia de producir efectos novatorios y de servir de título a la usucapión y a la acción publiciana. Actualmente la mayoría de la doctrina (10) considera que la transacción pura tiene un carácter meramente declarativo, no constitutivo o traslativo de derechos, si bien en la práctica presenta una naturaleza mixta ya que a los pactos puramente declarativos se añaden otros de clara trascendencia novatoria; este criterio se encuentra confirmado con carácter jurisprudencial por la RDGRN de 6 de diciembre de 1947, según la cual: «La transacción como contrato, implica un acuerdo de voluntades entre las partes para zanjar las diferencias existentes entre ellas y evita que surja un pleito o pone fin al que había comenzado; cuando es pura tiene un carácter declarativo de la propiedad, no traslativo ni constitutivo de derechos, goza de la autoridad de la cosa juzgada».

En definitiva, para los autores partidarios de la teoría declarativa, que me parece la más acertada, la transacción no crea derechos, sino que su función se ciñe a la fijación convencional de los mismos por obra de las partes, que declaran con un valor vinculante de la extensión que ha de darse a la fuente de la relación jurídica controvertida. La transacción viene a ser una nueva fuente de la relación, no en el sentido de que sustituye a la primitiva, sino que coexiste con ella aclarándola. Los derechos y obligaciones de las partes no tienen su causa en la transacción en sí, sino en la fuente primaria que ha sido completada, de esta manera la relación jurídica se presenta como cierta e incontrovertida (11).

(10) PELÁEZ, Francisco J., «Para la inmensa mayoría de la doctrina moderna es declarativa, fundada (según los pandectistas alemanes y buena parte de los autores del mismo país) en que en ella no hay intención recíproca de transferir o adquirir la propiedad y, lo que se renuncia no es la cosa o derecho, sino la pretensión», en *La transacción: Su eficacia procesal*, Bosch, Casa Editorial, S. A., 1987, pág. 93.

(11) Por su parte, GULLÓN propone un nuevo enfoque de la concepción declarativa: «La teoría clásica del acto declarativo solo veía en la transacción su aspecto negativo, su no creación de derechos, su referirse a otros anteriores. De ahí que envolviese ficticiamente la idea de la declaratividad con la idea de la retroactividad. Como en la partición, el reconocimiento de deuda, la sentencia. Ahora bien: conviene separar ambas ideas, porque la retroactividad no va implícita en la declaratividad, sino en el reconocimiento. En este solo se comprueba o constata un acto anterior. Vive de este y para este. Por tanto, sus efectos son retroactivos, datados del derecho reconocido. El reconocimiento no introduce más novedad que el propio reconocer. Por eso la transacción se hacía retroactiva y quedaba ayuna de efectos positivos. Miraba al pasado y no al futuro. Pero los derechos transigidos no necesitan confirmación ni reconocimiento, sino liberación del obstáculo de la pretensión contraria. El acto declarativo, además de permitir el ejercicio del derecho, suele precisar sus cualidades y contornos, determinar su alcance: se pone o se suprime una condición, se recortan su vigencia y efectos. La impronta constitutiva es una determinación. El derecho, en algo impreciso, se fija y concreta. Es un efecto constitutivo y complementario, de alcance dispositivo», en *La transacción. Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, Tomo XLIII, Madrid, 1964, pág. 71.

Moxó RUANO (12) prefiere la concepción de la transacción como un negocio ni declarativo ni constitutivo, sino más bien «determinativo», ubicándolo así en una categoría general de contratos llamados de «reglamentación» o «regulación» o «especificación», en la que también se encuentran los contratos de partición, división, regulación de comunidad, relaciones de vecindad, estatutos de sociedades, etc.

En definitiva, la causa fundamental de la transacción es poner fin a una situación de conflicto sin necesidad de acudir a los Tribunales: lo que CARNELUTTI llama «composición de la litis».

En la jurisprudencia no encontramos una formulación tan clara como se pretende hacer a nivel teórico, hay varias sentencias que se limitan a declarar que la transacción «sustituye una relación jurídica dudosa por otra cierta», «que su designio es poner fin a la incertidumbre», entre otras SSTs de 9 de marzo de 1948, 30 de marzo de 1950, 14 de mayo de 1952, 20 de abril de 1955, 3 de mayo de 1958 y 26 de junio de 1969, si bien no aclaran cómo se realiza la sustitución: si por extinción de la relación primitiva o por nacimiento de una nueva que ocupa el puesto de la antigua, es decir, estas sentencias simplemente dejan claro que al transigir la situación originaria se extingue quedando sustituida por una nueva.

En cuanto a las CLASES DE TRANSACCIÓN, la doctrina reconoce diversas clases, siendo las más comunes las siguientes:

A) *Propia e impropia*

La propia es aquella llevada a efecto por los mismos contratantes y la define el artículo 1809 del Código Civil. La segunda se da cuando, sin reunir los requisitos del arbitraje, se encomienda a un tercero. La jurisprudencia ha declarado que la intervención de ese tercero no afecta a la esencia y naturaleza de la transacción, ya que tal intervención ni está prohibida por la Ley ni se sujeta a formalidades especiales (13).

B) *Pura y compleja*

La transacción puede ser pura o compleja según tenga por objeto las mismas prestaciones controvertidas o se involucren bienes y servicios distintos a los controvertidos.

(12) MOXÓ RUANO, «Notas sobre la naturaleza de la transacción», en *Revista de Derecho Privado*, 1950, pág. 688.

(13) La sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 1968, se refiere al supuesto de transacción impropia, al encomendar a un tercero las divergencias sobre el saldo definitivo de unas obras: «...por lo que la estipulación concertada en aquellos documentos escapa de los límites dentro de los cuales el compromiso se configura en nuestro Derecho positivo, para asemejarse más bien al llamado arbitraje al que alude el artículo 1477 del Código Civil y, sobre todo a la transacción impropia que reconoce la sentencia de 20 de octubre de 1952 en la que la intervención de un tercero no afecta para nada a su esencia y naturaleza». Esta clase de transacción ha sido reconocida con anterioridad en sentencias de 25 de abril de 1902, 10 de marzo de 1912, 20 de octubre de 1952, y 20 de octubre de 1962, entre otras.

ALBADALEJO (14) señala que cabe calificar a la transacción de pura si las recíprocas concesiones de las partes recaen sobre los derechos controvertidos, es la que define el artículo 1809 del Código Civil. Será compleja cuando para llegar a un acuerdo se compensa a una de ellas (o a ambas) con cosas o derechos extraños a la controversia; en definitiva, las partes sacrifican algo distinto de sus pretensiones.

C) *Judicial y extrajudicial*

La transacción puede ser judicial o extrajudicial, según que trate de poner fin a un pleito ya comenzado o evitar que se inicie uno nuevo.

El artículo 1816 *in fine* del Código Civil presume una bipartición en la transacción diciendo: «No procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial». Algunos autores han querido ver confirmada la mencionada distinción en el artículo 1809 del Código Civil, entendiendo que de la definición legal se desprende que la transacción puede tener una doble finalidad: evitar la provocación de un pleito o poner término al que había comenzado.

Como señala GÓMEZ ORBANEJA (15), la transacción judicial no entra en juego sino en el segundo supuesto: tiene que haber un pleito comenzado. Ello es condición necesaria pero no suficiente. En la inmensa mayoría de los pleitos en los que hay transacción, el contrato es extrajudicial: suelen pedir las partes de acuerdo, la suspensión para negociar el contrato y una vez celebrado este, o dejan que caduque la instancia, o bien desisten de la demanda o de la acción, o bien ponen en conocimiento del juez la transacción».

La LEC regula la transacción judicial diciendo en su artículo 19 que: «los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero». Lógicamente ese acuerdo transaccional habrá de tener acceso a los autos para que pueda calificarse de transacción judicial.

3. CONSTITUCIÓN

A) *Elementos personales*

La transacción se celebra entre los sujetos que son parte de la relación jurídica controvertida, por sí mismos y en su propio nombre o por sus representantes legales o voluntarios. Cuando la transacción se celebre por un representante voluntario no es suficiente un poder general de representación, ya que el artículo 1713.2 del Código Civil exige para ello poder expreso.

Los requisitos de capacidad para transigir son los mismos que para enajenar en base a la máxima romanista *transigere est alienare*, si bien la doctrina ha matizado esta equiparación entre transigir y enajenar, señalando que el término

(14) Vid. ALBADALEJO, *Derecho Civil*, Tomo II, vol. II, Barcelona, 1977, pág. 439.

(15) GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, vol. I, Madrid, 1979, pág. 406.

alienare significa disponer, de manera que los sujetos de la transacción deben tener la libre disposición sobre el derecho objeto de transacción.

Así GULLÓN (16) señala que el aforismo *transigere est alienare* puede ser cierto, «siempre y cuando interpretemos con arreglo a la técnica jurídica que el *alienare* significa disposición, ya que la salida de un derecho de nuestro patrimonio y su entrada en otro, es el máximo acto de disposición que puede hacerse, pero no son términos sinónimos o con el mismo contenido, enajenación y disposición. Así pues, tendríamos que cuando nuestro Código se refiere a enajenación, lo que está indicando es que quiere ver en el transigente la capacidad de disposición sobre el derecho, objeto de la misma».

Las reglas sobre capacidad para transigir recogidas en los artículos 1810 a 1812 del Código Civil se refieren a supuestos específicos.

Así el artículo 1810 del Código Civil señala: «Para transigir sobre los bienes y derechos de los hijos bajo patria potestad se aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos», lo que nos remite al artículo 166 del Código Civil, que exige en general, causa justificada de utilidad o necesidad y licencia judicial con audiencia del Ministerio Fiscal.

Por su parte, el menor emancipado podrá transigir por sí solo en las materias no sujetas a las limitaciones del artículo 323 del Código Civil y necesitará en los demás casos el complemento de capacidad de los padres o del curador.

El artículo 1811 del Código Civil dice: «El tutor no puede transigir sobre los derechos de la persona que tiene en guarda, sino en la forma prescrita en el presente Código», en relación con el artículo 271.3 del Código Civil, que exige al tutor la autorización judicial para «transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado».

Por último, las personas jurídicas de interés público y base corporativa (corporaciones que tengan personalidad jurídica conforme al art. 1812 CC) pueden transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar de acuerdo con su normativa propia.

B) *Elementos reales*

El objeto de la transacción es la situación o relación jurídico-material controvertida. Esto es así en todo caso: «Tanto en el de la transacción pura y simple, en el que el causal de las recíprocas concesiones se refiere al ámbito de la misma situación o relación jurídica discutida, como en el de la transacción mixta o compleja, en la que el término objetivo se amplía, al poder consistir las recíprocas concesiones en dar, prometer o retener cada una de las partes también alguna cosa ajena a la situación controvertida, aunque con el propósito funcional de superar la contienda sobre esta» (17).

La inseguridad del presupuesto transaccional no puede referirse nunca, como señala la sentencia del TS de 6 de noviembre de 1965, al elemento objetivo de la relación. La doctrina general sobre el objeto del contrato, que también es aplicable a la transacción, establece que la transacción ha de recaer sobre un objeto cierto que sea materia del mismo, el cual ha de ser real o posible, lícito y determinado o susceptible de determinación.

(16) GULLÓN, *ob. cit.*, pág. 86.

(17) Vid. LUNA, «La ineficacia de la transacción», en *Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, Tomo XXIII, Madrid, 1980, págs. 114 y 115.

CASTÁN afirma que pueden ser materia de este contrato todos los derechos controvertidos o dudosos, siempre que por ser de interés privado y estar en el comercio de los hombres sean susceptibles de disposición y de renuncia por los particulares. Por razón de esta regla general de libre disponibilidad, el artículo 1814 del Código Civil excluye como objeto de transacción el estado civil de las personas, las cuestiones matrimoniales y los alimentos futuros, aunque también podríamos añadir la legítima futura, la herencia futura, los derechos de la personalidad, los derechos de uso y habitación y, en general cualquier otra materia indisponible.

La STS de 28 de mayo de 1992 declaró que: «en aquellas contiendas en las que está comprometido el interés u orden público, las partes no son absolutamente dueñas de poder disponer a través de la conciliación de los derechos o intereses en conflicto. Pues bien, dentro del estándar «orden público» hay que reputar hoy incluidas las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales».

Conviene hacer algunas puntualizaciones sobre la prohibición establecida en el artículo 1814 del Código Civil. Con relación al estado civil de las personas, no puede ser objeto de transacción por ser materia de orden público, sin embargo es posible transigir sobre las consecuencias de naturaleza patrimonial que puedan derivarse del mismo. La STS de 13 de septiembre de 1966, con cita de la sentencia de 17 de junio de 1944, señala que: «...si bien no se puede transigir sobre el estado civil de la persona, el ámbito de aplicación del precepto no se extiende a las consecuencias de naturaleza puramente patrimonial que de tal estado puedan derivarse, que revisten carácter privado y que no afectan al orden ni al interés público».

Respecto a las cuestiones matrimoniales, proponemos una interpretación restrictiva considerando dentro de la prohibición la transacción sobre el vínculo matrimonial, no así las cuestiones puramente patrimoniales.

Con relación a los alimentos, hay que indicar que se refiere a los que tienen origen legal (STS de 3 de marzo de 1967), y no pueden ser objeto de transacción los futuros ni el derecho mismo a exigirlos, pero sí las pensiones alimenticias atrasadas y no satisfechas ex artículo 151.2 del Código Civil. También puede ser objeto de transacción la cuantía en que hayan de prestarse los alimentos cuando haya nacido el derecho a exigirlos, si bien en el caso de que hayan cambiado las condiciones de alimentista y/o alimentante, la transacción celebrada no impedirá que pueda revisarse dicha cuantía (STS de 25 de noviembre de 1985).

También por tratarse de materia disponible, el artículo 1813 del Código Civil permite la transacción que recaiga sobre la indemnización por los daños derivados de un delito a cambio de la renuncia al ejercicio de la acción civil correspondiente, sin que ello suponga la extinción de la acción penal.

C) Elementos formales

No se establece ningún requisito formal entre las normas reguladoras del contrato de transacción por lo que habrá de estarse a las reglas generales de los artículos 1278 y 1280 del Código Civil. Todo ello sin perjuicio de los requisitos formales que para su validez y eficacia exijan los contratos que se derivan de la transacción y de otros efectos de la escritura pública, como los ejecutivos, traditorios y de acceso al Registro.

El TS se ha pronunciado sobre la innecesariedad de forma en la transacción: así la STS de 29 de abril de 1966 (RJA 2170) señala que: «la naturaleza contractual

de la transacción viene proclamada por el artículo 1809 del Código Civil y su finalidad esencial no es otra que la de dirimir divergencias entre las partes, en la forma y modo que convengan quienes la conciertan, sin que en ningún precepto del ordenamiento legal se impongan para su existencia y validez, requisito alguno relativo a la forma, pues de lo prevenido en el Capítulo I, Título XIII, Libro IV del Código Civil, solo se infiere que en algunos supuestos podrá ser necesario el otorgamiento de escritura pública y, siempre conveniente el empleo de la forma escrita, pero sin que sea óbice a su eficacia el hecho de que se hayan convenido verbalmente, en tanto y cuanto no concurren todos los elementos necesarios para la existencia de los contratos en general y la circunstancias legales específicas reguladoras de la transacción» (18).

En relación con la interpretación de la transacción, el artículo 1815 del Código Civil contiene una norma específica referida a la determinación del objeto y, limita los efectos de la transacción a los objetos expresados determinadamente en ella o que por una inducción necesaria de sus palabras deban reputarse comprendidos en la misma. La renuncia general de derechos se entiende solo de los que tienen relación con la disputa sobre la que ha recaído la transacción. Es frecuente la cláusula transaccional en cuya virtud las partes hacen constar que renuncian a cualquier reclamación o indemnización por daños y perjuicios que pudieran corresponderles en relación con la cuestión debatida.

D) *Efectos*

El artículo 1816 del Código Civil señala que: «La transacción tiene para las partes la autoridad de cosa juzgada; pero no procederá la vía de apremio sino tratándose del cumplimiento de la transacción judicial».

En base al tenor literal de este artículo, la transacción se asimila a una sentencia, ya que «tiene la autoridad de cosa juzgada». La equiparación con la sentencia ha sido cuestionada por la doctrina y la jurisprudencia porque la transacción por su naturaleza contractual produce los efectos propios de todo contrato: desde su perfección las partes quedan obligadas al cumplimiento de lo expresamente pactado y a las demás consecuencias conforme a la ley, los usos y la buena fe; su eficacia se despliega en el ámbito de las partes y de sus causahabientes, pero no es oponible frente a terceros; evita o pone término a un litigio, pero es susceptible de impugnación por vicios del consentimiento (art. 1817 CC) o resolución por incumplimiento; también puede declararse su nulidad de oficio y no es título ejecutivo, salvo que se trate de una transacción homologada judicialmente (19).

(18) En el mismo sentido se pronuncian las SSTs de 11 de marzo de 1991 (RJA 2211), y 30 de junio de 1996 (RJA 6079).

(19) La STS de 30 de enero de 1999 afirma: «En relación con la eficacia de cosa juzgada que el artículo 1816 del Código Civil atribuye a la transacción entre las partes, declaró la sentencia de 26 de abril de 1963 que: «ha de entenderse e interpretarse en el sentido de que una vez acordada la transacción, no será lícito exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre generó el pacto transaccional, sino que será este, y solo él, quien regula las relaciones futuras ínsitas en la materia transigida, bien integren esta la ratificación, modificación o extinción de todas o alguna parte de aquellas o la creación de otras distintas, y por ende, los efectos de la cosa juzgada se manifestarán en el absoluto respeto a la nueva

La fuerza ejecutiva o «vía de apremio» es inherente a la transacción judicial. La transacción extrajudicial solamente la tendrá cuando se haya otorgado en escritura pública (art. 517.4 LEC), ya que los demás documentos a los que la ley procesal atribuye fuerza ejecutiva no son susceptibles de acoger una transacción.

El incumplimiento de lo pactado en la transacción faculta a las partes para solicitar la resolución por incumplimiento, con el consiguiente nacimiento de la cuestión litigiosa, salvo en la transacción judicial, ya que al equiparse a la sentencia es irrevocable, a diferencia del ámbito extrajudicial en el que existe reciprocidad de prestaciones y donde carece de sentido acudir a un procedimiento extrajudicial para ejecutar lo que se convino (STS de 11 de junio de 1987).

El contrato de transacción está sujeto a las mismas causas generales de invalidez que afectan a todo contrato, por lo tanto es anulable por falta de capacidad de obrar plena y por concurrir alguno de los vicios de la voluntad que invalidan los contratos. Así el artículo 1817.1 del Código Civil se remite al artículo 1265 del Código Civil para disponer que la transacción puede impugnarse cuando el consentimiento prestado por alguno de los que transigen está viciado por error, dolo, violencia o falsedad de documento.

La doctrina tradicionalmente ha venido distinguiendo entre el *error in caput controversum* y el *error in caput non controversum*, el primero recae sobre la cuestión controvertida e incierta que se solventa con la transacción, y el segundo recae sobre circunstancias o elementos de la relación jurídica que se han dado por supuestos y luego resultan ser inexactos. La opinión mayoritaria entiende que cuando el error recae sobre el punto o cuestión controvertida, no cabe anular la transacción por error, en cambio sí cabe impugnarla cuando concierne a una cuestión no discutida y transigida.

La jurisprudencia no distingue entre *error in caput controversum* o *in caput non controversum* a la hora de apreciar la ineficacia de la transacción por esta causa. En los casos de transacción sobre indemnización por daños, donde con frecuencia se alega el error, simplemente se afirma que es ineficaz si la situación tomada como base firme no corresponde a la realidad y la incertidumbre nació sin conocimiento de la situación verdadera. Este es el criterio que sigue nuestra jurisprudencia en SSTs de 27 de mayo de 1982, 23 de febrero de 1995 y 20 de diciembre de 2000, entre otras.

Los dos artículos siguientes tratan de defender la eficacia de la transacción frente a posibles supuestos que pudieran afectarla, así el artículo 1818 del Código Civil señala que: «El descubrimiento de nuevos documentos no es causa para anular o rescindir la transacción, si no ha habido mala fe», y el artículo 1819 del Código Civil dice: «Si estando decidido un pleito por sentencia firme, se celebra transacción sobre él por ignorar la existencia de la sentencia firme alguna de las partes interesadas, podrá esta pedir que se rescinda la transacción. La ignorancia de una sentencia que pueda revocarse, no es causa para atacar la transacción».

En opinión de GULLÓN BALLESTEROS (20), la transacción otorgada por las partes, sabiendo que hay sentencia firme, es nula por falta de causa, ya que no hay

situación y en el escrupuloso cumplimiento de las obligaciones fijadas en la transacción, pero sin que esto quiera decir que tales obligaciones, en orden a su cumplimiento o incumplimiento, se rijan por normas distintas a las establecidas con carácter general, ya que eso requeriría un precepto legal de excepción que la ley no establece, ni se deduce de sus preceptos», doctrina reiterada en sentencias de 20 de abril de 1989, 29 de noviembre de 1991 y 6 de noviembre de 1993.

(20) Vid. GULLÓN BALLESTEROS, *ob. cit.*, pág. 41.

incertidumbre jurídica. Si bien como señala GOMÁ SALCEDO (21), es de suponer que lo que quiere decir este autor es que será nula como tal transacción, sin negar la eficacia de un negocio jurídico querido por las partes y al que habrá que buscar una causa diferente. Sin embargo, aun así parece admisible que las partes no se conformen con la decisión judicial y prefieran sustituirla por otra que les parezca más acomodada a sus intereses, lo que entra dentro de lo que llamamos «renovatio contractus» o «negocio de fijación».

II. EL ARBITRAJE

1. INTRODUCCIÓN

Es la segunda modalidad de lo que antes hemos denominado «contratos dirigidos a poner fin a una incertidumbre jurídica», su nombre clásico procede del Derecho romano *compromittere*, que lo llamó así porque al ser este contrato en aquel ordenamiento un simple pacto carente de acción, las partes habían de reforzar su eficacia obligándose ambas conjuntamente a pagar una multa o prestación si no acataban el laudo (22).

En la actualidad el arbitraje ha visto revitalizado su papel e importancia, ello puede venir motivado por la rapidez que aporta, frente a la lentitud del proceso y sus elevados costes, razones que han facilitado su auge y potenciación hasta el punto de que en los últimos años asistimos a una proliferación de regulaciones en la materia, no solo a nivel interno sino también a nivel supranacional.

La expansión del arbitraje se ha visto favorecida por los Estados y las instituciones comunitarias, que ven en estos medios de resolución de conflictos el cauce adecuado para aliviar la sobrecarga de trabajo de los tribunales.

ALMAGRO NOSETE (23) se refiere al arbitraje como una institución netamente procesal, que no se confunde con el proceso jurisdiccional estatal y necesitado de una tutela jurisdiccional propia y diferenciada donde el proceso arbitral y el proceso jurisdiccional, ambos declarativos, coinciden y se unifican en el proceso jurisdiccional de ejecución.

El arbitraje se encuentra regulado en la Ley de 26 de diciembre de 2003, que deroga la anterior de 1988, con esta Ley se ha perseguido fundamentalmente basar el régimen jurídico español de arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de junio de 1985: «teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional». Reconoce la Exposición de Motivos que esta Ley no responde plenamente a los cánones tradicionales de nuestro ordenamiento, pero cree que su aceptación facilitará las relaciones con operadores pertenecientes a áreas económicas con las que España mantiene activas y crecientes relaciones comerciales.

El ámbito de aplicación de la Ley se determina con carácter territorial. Como señala su artículo 1, se aplica a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del te-

(21) GOMÁ SALCEDO, J. E., *Instituciones de Derecho Civil, Común y Foral*, Tomo II, ed. Bosch, 2005, pág. 852.

(22) Vid. SOHM, Rodolfo, *Instituciones de Derecho Privado romano. Historia y sistema*. Traducción española, 1936, pág. 416.

(23) ALMAGRO NOSETE en su manual de *Derecho Procesal*, Tomo I, *Proceso Civil*, vol. II, ed. Trivium, Madrid, 1996, págs. 342 a 344.

ritorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de que algunos de sus preceptos [forma, medidas cautelares, ejecución forzosa, *exequátur*] se apliquen también a los arbitrajes cuyo lugar radique en el extranjero (24)] y, dejando a salvo lo establecido en tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje.

Cuando estaba terminando de redactar este artículo, he visto que el Congreso ha dado luz verde a la Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional de la Administración General del Estado, que entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el *BOE*, por lo que voy a exponer brevemente las líneas básicas de la nueva normativa.

La finalidad de la nueva norma es impulsar los sistemas alternativos de resolución de conflictos o controversias, reduciendo así la carga de trabajo de los tribunales a la vez que los costes. También otorga mayor rapidez y conformidad con la resolución por laudo, al haber sido dictado por árbitros designados por las partes. Con la reforma se pretende potenciar el uso del arbitraje y reforzar la posición internacional de España como corte de arbitraje, sobre todo en relación con los países iberoamericanos.

2. PRINCIPALES MODIFICACIONES DE LA LEY DE REFORMA DE LA LEY 60/2003, DE 23 DE DICIEMBRE, DE ARBITRAJE

Las principales ideas de la nueva regulación podemos enumerarlas como sigue:

1. Las funciones de apoyo y control judicial del arbitraje se atribuyen a las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, que incluye el nombramiento judicial de los árbitros, el conocimiento de la acción de anulación del laudo y el *exequátur* de laudos extranjeros, que hoy corresponden a los Juzgados de primera instancia y de lo Mercantil. Por lo tanto, se eleva el nivel de los órganos judiciales que realizan tales funciones y se potencia la uniformidad de criterio, lo que redundará en una mayor previsibilidad de las decisiones. Internacionalmente esta medida es valorada muy positivamente, ya que atribuir las decisiones jurisdiccionales derivadas del arbitraje, en especial el reconocimiento de laudos extranjeros a tribunales superiores, supone elevar de rango la institución arbitral.
2. Se modifica el tratamiento judicial de la existencia de una cláusula arbitral, la cual deja de ser una falta de jurisdicción o competencia que haya de ponerse de manifiesto mediante declinatoria, para tratarse como una excepción procesal, cuya tramitación resulta más funcional para los arbitrajes tanto nacionales como internacionales.

(24) La Ley opta por lo que ella misma llama «sistema monista», en virtud del cual se aplican los mismos preceptos al arbitraje internacional y al interno. Como señala su Exposición de Motivos: «...esta ley parte de la base de que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno y viceversa. La Ley Modelo, dado que se gesta en el seno de la CNUDMI/UNCITRAL, está concebida específicamente para el arbitraje comercial internacional; pero su inspiración y soluciones son perfectamente válidas en la mayoría de los casos para el arbitraje interno».

3. Se incluye también la posibilidad de arbitraje en el ámbito societario en materia de impugnaciones sociales, reconociendo el arbitraje estatutario para las sociedades de capital.
4. Se refuerza tanto la capacidad, la responsabilidad y las incompatibilidades de los árbitros, así como el papel de las instituciones arbitrales en aras a potenciar su independencia y la transparencia de su labor. La reforma respeta el régimen de los arbitrajes de consumo, a las que las previsiones de la Ley de Arbitraje se aplican tan solo supletoriamente.
5. Se introducen modificaciones de carácter formal en los laudos, haciendo explícito que el árbitro podrá dejar constancia expresa en el laudo de su voto a favor o en contra, en los laudos desaparece la mención a los votos particulares y se pasa a exigir en todo caso la motivación de los mismos.
6. Se simplifica la tramitación de la acción de anulación de los laudos definitivos y se incorpora como novedad una solución rápida a los supuestos de extralimitación parcial del laudo.
7. Se incorporan las entidades públicas a los sistemas alternativos de resolución de controversias con renuncia a cualquier otra vía jurisdiccional o administrativa. A través de una Disposición Adicional bajo el título «Controversias jurídicas en la Administración General del Estado y sus Organismos públicos», se establece un procedimiento arbitral para resolver las controversias entre la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos. Este procedimiento será de aplicación a las sociedades mercantiles estatales y fundaciones del sector público estatal con sus organismos de tutela o matrices.
Quedan fuera de este procedimiento las cuestiones de naturaleza penal, responsabilidad contable, conflictos de atribuciones y las cuestiones derivadas de las actuaciones de la Intervención General del Estado.
8. Por último, se modifica la vigente regla de nulidad del convenio arbitral en caso de concurso de acreedores por la de su vigencia, sin perjuicio de que el juez del concurso pueda anularlo en caso de perjuicio para los acreedores.

3. EL CONVENIO ARBITRAL

A) *Concepto y naturaleza*

El convenio arbitral es el acuerdo por virtud del cual las partes de una relación jurídica determinada, contractual o no contractual, manifiestan su voluntad de someter las cuestiones litigiosas surgidas o que puedan surgir de aquella relación a la decisión de uno o más árbitros, con el propósito de resolver la controversia jurídica existente entre ellas. Este acuerdo puede manifestarse a través de un contrato independiente de la relación jurídica origen de la controversia o bien como cláusula de un contrato principal *ex* artículo 9.1 LA.

En cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje se han defendido las tesis contractualista y jurisdiccional, ya que si bien desde ambas posturas se reconoce su origen en la autonomía de la voluntad, dotan de un componente jurisdiccional al arbitraje la eficacia del laudo y las garantías del procedimiento arbitral en el que quedan al margen de la voluntad de las partes los principios esenciales del proceso. La mayoría de los autores consideran que se trata de un contrato, opinión que comparto, aunque no faltan quienes resaltan el aspecto marcadamente

jurisdiccional de esta figura, en este sentido la STC de 4 de octubre de 1993 indica que su naturaleza es la de ser «un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil».

Entre ambas teorías se situó la llamada Teoría Mixta, iniciada por CARNELUTTI y seguida por PRIETO-CASTRO y RAMOS. Para sus partidarios el arbitraje es un equivalente jurisdiccional a través del que se pueden obtener los mismos objetivos que los perseguidos por la jurisdicción civil y señalan que si bien la institución arbitral es un negocio de derecho privado, su desarrollo ulterior requiere una actividad jurisdiccional conducente a la obtención del laudo.

Como señala XIOL RÍOS (25), «frente a posiciones iniciales que defendían el carácter del arbitraje como un equivalente jurisdiccional, la doctrina y la jurisprudencia han ido evolucionando, subrayando la naturaleza contractual del arbitraje, sin perjuicio de admitir el carácter jurisdiccional de sus efectos como elemento esencial de la institución dentro del marco legal».

Por su parte, LORCA NAVARRETE (26) sostiene la naturaleza eminentemente procesal de esta institución al señalar: «pese a la existencia de dos teorías básicamente contrapuestas y las mixtas (la llamada naturaleza jurisdiccional del arbitraje de un lado y de otro la contractual) lo que importa es la actividad que resuelve la cuestión litigiosa. Esta actividad es la que se corresponde con la existencia de un debido proceso sustantivo arbitral a partir de la cual se puede establecer la más variada sofisticación de técnica procedimental. Por ello el resultado final es procesal (sustantivo) y técnico formal a la vez (procedimental). La función que asume el árbitro es procesal pero no jurisdiccional».

Asimismo se ha señalado que la elección por el legislador del término *convenio arbitral* en lugar de *contrato de arbitraje* no tiene ninguna trascendencia jurídica (27), ya que lo importante es determinar si son aplicables con carácter subsidiario a dicho convenio las reglas generales de los contratos, lo cual se afirma en atención a su naturaleza contractual. La expresión «convenio arbitral» engloba tanto el acuerdo independiente de las partes de someter a la decisión de uno o más árbitros las controversias derivadas de una relación jurídica determinada como la cláusula incorporada a un contrato. En este último caso, se consagra la autonomía de la cláusula arbitral o, como indica la Exposición de Motivos, la regla de la separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, regla que se recoge en el artículo 22.1 LA al disponer que el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considera un acuerdo independiente y la nulidad del contrato declarada por los árbitros no conlleva por sí sola la nulidad del convenio arbitral.

La autonomía de la cláusula arbitral incorporada a un contrato se debe a la distinta finalidad que tienen una y otro. Se trata de dos declaraciones de voluntad con diferente alcance, por lo que se califica de contrato independiente que tan solo formalmente aparece unido a otro.

(25) XIOL RÍOS, J. A., *El arbitraje y los Tribunales de Justicia*. Ponencia de 9 de febrero de 2007 en el Club Español del Arbitraje.

(26) LORCA NAVARRETE, A., «Algunas propuestas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje», en *Diario La Ley*, 2003.

(27) Díez PICAZO, L., *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, coordinados por Julio González Soria, ed. Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 101.

B) *Clases*

De derecho y de equidad

En el arbitraje de Derecho, los árbitros han de ajustarse en el laudo a las normas jurídicas, mientras que en el de equidad resuelven según su saber y entender. En la Ley de 1988 se daba preferencia al arbitraje de equidad, ya que el arbitraje de Derecho solo procedía cuando las partes optaban por él expresamente. En cambio, en la Ley de 2003 se ha invertido la presunción ya que como tipifica el artículo 34.1: «Los árbitros solo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello».

Nacional e internacional

El arbitraje puede ser nacional o internacional. Tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes (28).
- b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a este, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que esta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.
- c) Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

El arbitraje interno se desarrolla bajo una cobertura constituida por la ley estatal que corresponda, mientras que para el arbitraje internacional el artículo 34.2 establece: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas».

El artículo 46 regula el *exequátur* de laudos extranjeros, entendiéndose por tales los pronunciados fuera del territorio español y se remite al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras hecho en Nueva York en 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

(28) Si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; y si una parte no tiene ningún domicilio, se atenderá a su residencia habitual. Como señala la Exposición de Motivos, con esta norma se pretende evitar la confusión que la pluralidad de domicilios de una persona podría causar a la hora de determinar si un arbitraje es internacional o no.

Directo o indirecto

En el arbitraje directo, las partes encomiendan a un árbitro la solución de la controversia, mientras que en el indirecto delegan esta función en una institución o se acogen a un reglamento a través del cual se actúa el mecanismo arbitral; como nos indica el artículo 4, cuando la ley deja a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esta facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte una decisión.

C) *Constitución*

a) Elementos personales

Los sujetos otorgantes del convenio arbitral son las partes de la relación jurídica de la que hayan surgido o puedan surgir controversias que quedan sometidas por virtud del convenio a arbitraje.

En cuanto a la capacidad de las partes para celebrar el convenio arbitral, la LA no contiene ninguna norma sobre esta cuestión, sin embargo y dado que el convenio arbitral tiene naturaleza contractual, se exige la capacidad general para contratar *ex* artículo 1263 del Código Civil. Considero que las partes pueden celebrar el convenio arbitral por medio de representante, pero siempre con mandato expreso.

En el caso de que el convenio arbitral se celebre por un menor emancipado, su eficacia queda supeditada al complemento de capacidad *ex* artículo 323 del Código Civil, es decir, necesita el consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, el de su curador. De la misma manera para someter a arbitraje controversias que afecten a los bienes y derechos del menor sometido a patria potestad, se entiende necesaria la previa autorización judicial. Con relación al tutor, el artículo 271.3 del Código Civil dice que el tutor necesita autorización judicial para someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviera interesado.

Además de los requisitos de capacidad, el artículo 2.1 de la LA establece como requisito de legitimación que las partes tengan la libre disposición sobre las materias controvertidas o susceptibles de controversia.

b) Elementos reales

El convenio arbitral tiene por objeto alguna o todas las controversias surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales y siempre que recaigan sobre materias de libre disposición conforme a derecho.

La controversia objeto del convenio arbitral puede ser actual o futura, es decir, determinable, pero surgida de una relación jurídica determinada que puede dar lugar a controversias y, en previsión de ello someten su solución a arbitraje. Lo importante es que la relación jurídica no esté absolutamente indeterminada, siendo nulo el convenio arbitral en el que se someten a arbitraje todas las controversias que surjan de relaciones jurídicas futuras, nulidad que está justificada por suponer dicho acuerdo una renuncia a la tutela judicial efectiva establecida en el artículo 24 de la CE.

Ha suscitado muchas discusiones la validez de la cláusula estatutaria de una sociedad mercantil que somete a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales,

esta cuestión se plantea porque la regulación de esta materia tiene carácter imperativo, de donde derivaría su indisponibilidad y, por tanto, su exclusión del arbitraje. La jurisprudencia admite la validez de la cláusula arbitral inserta en los estatutos sociales, así la STS de 18 de abril de 1988 señala: «La posibilidad de incluir una cláusula de convenio arbitral en los estatutos de una sociedad mercantil, los cuales quedan integrados en el contrato, es indudable pese a que en los últimos tiempos ciertas posiciones doctrinales lo han discutido. La validez de la cláusula estatutaria que contiene el convenio arbitral que mantiene claramente esta Sala, también ha sido compartida por la RDGRN, de 19 de febrero de 1988: ...si se configura como estatutario (el convenio arbitral) y se inscribe, vincula a los socios presentes y a los futuros. El convenio arbitral inscrito configura la posición de socio, el complejo de derechos y obligaciones que configuran esa posición, en cuyo caso toda novación subjetiva de la posición de socio provoca una subrogación en la del anterior, aunque limitado a las controversias derivadas de la relación societaria». Con relación al inconveniente derivado de la imperatividad, sigue diciendo: «Esta Sala estima que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales, sin perjuicio de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo. Se tienen en cuenta varios argumentos: la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de *ius cogens*, pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales no empuja el carácter negocial y, por tanto dispositivo, de los mismos».

En el mismo sentido, la STS de 30 de noviembre de 2001, admite la validez de la cláusula de los estatutos de una sociedad por la que se someten a arbitraje las cuestiones litigiosas que pudiera provocar la interpretación y aplicación de los estatutos, incluyendo cuestiones sobre disolución y liquidación de la sociedad. También la STS, de 26 de julio de 2003, entiende que es válido el convenio arbitral celebrado para someter a arbitraje las controversias que pueden surgir entre los socios.

La Ley de Reforma de la Ley de Arbitraje que se acaba de aprobar incluye muy acertadamente, a mi entender, la posibilidad de arbitraje en el ámbito societario en materia de impugnaciones sociales, reconociendo el arbitraje societario para las sociedades de capital; para ello introduce dos nuevos artículos 11 bis y 11 ter, diciendo el primero, bajo la rúbrica de arbitraje estatutario: «1. Las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen. 2. La introducción en los estatutos sociales de una cláusula de sumisión a arbitraje requerirá la mayoría legal reforzada del artículo 199.b) de la Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. 3. Los estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales por los socios o administradores quede sometida a la decisión de uno o varios árbitros, encomendándose la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a una institución arbitral».

c) Elementos formales

La LA requiere la constancia de la voluntad de las partes del conflicto de someterlo a arbitraje manifestada en el convenio arbitral. Esta finalidad está

presente en la regulación de los requisitos formales del convenio arbitral y deben interpretarse de conformidad con este criterio antiformalista que la Ley ha consagrado, tal y como se expresa en el apartado III de la Exposición de Motivos cuando afirma que: «...la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a los requisitos de forma».

Una manera de constatar la voluntad de las partes es la constancia por escrito del convenio arbitral, como se infiere del artículo 9.3 de la LA al establecer que el convenio arbitral deberá constar por escrito, entendiéndose por tal no solo un documento firmado por las partes, sino también un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo. También se considera cumplido este requisito cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo (29).

Esta forma escrita se ha interpretado como requisito de validez del convenio arbitral, de manera que su falta es causa de anulación del laudo. Este requisito de forma escrita se ha justificado en la finalidad de garantizar que las partes tengan conciencia de que voluntariamente han sometido su conflicto a arbitraje, si bien también se ha señalado que la forma escrita funciona como medio de prueba y su conveniencia reside en el hecho de que la agilidad en la resolución de la controversia debe ser una de las características esenciales del arbitraje (30).

El convenio arbitral puede presentarse como un contrato independiente o como cláusula incorporada a un contrato, pero si este contrato es de los considerados como de adhesión, la interpretación del convenio arbitral se ajustará a las normas que rigen la interpretación de los contratos de adhesión. Se consagra también la validez de la llamada cláusula arbitral «por referencia», es decir, la que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo.

De todo lo dicho, cabe afirmar que la Ley de Arbitraje, lo que exige es la forma escrita del consentimiento de las partes. Si bien autores como GÓMEZ JENÉ (31) plantean dos supuestos en los que, pese a faltar dicho requisito, se puede afirmar la validez del convenio arbitral. El primero de ellos es aquel en que una de las partes de un contrato recurre al arbitraje de forma unilateral y la otra no contesta posteriormente. Así entendido, la ausencia de consentimiento escrito de las partes determinaría la inexistencia del convenio arbitral, no obstante hay que tener en cuenta que cuando en atención a las circunstancias del caso concreto se tenga la certeza, de que la parte que no contestó posteriormente conocía la existencia

(29) Como vemos, si bien es necesario que el medio empleado debe dejar constancia documental del convenio arbitral, ello no significa que siempre tenga que ser escrita, sino que también se considera cumplido este requisito de forma cuando aquel conste y sea accesible para su ulterior consulta en un soporte electrónico, óptico o de otro tipo, lo que puede implicar una constancia verbal. De ahí que autores como DIEZ PICAZO señalen que la ley introduce una posible excepción a la regla general de forma escrita y que en tal caso, no se plantearía un problema de validez, sino de autenticidad del soporte, en *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, coordinados por Julio GONZÁLEZ SORIA, Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 107.

(30) BERCOVITZ, RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Arbitraje, Ley 36/1988, de 5 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 72.

(31) GÓMEZ JENÉ, M., *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, coordinados por David Arias Lozano, Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 86-88.

del convenio arbitral, debe admitirse la validez de este. El segundo de los casos se plantea con respecto a la validez del convenio arbitral que forma parte de un documento gestionado por una sociedad de mediación. La constatación de que las partes tuvieron voluntad de someterse a arbitraje puede alcanzarse si esa forma de contratar es la habitual en las relaciones comerciales de las partes o se adecúa a los usos comerciales del sector implicado.

Finalmente indicar que el arbitraje puede también instituirse por testamento para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia *ex* artículo 10 de la Ley de Arbitraje (32).

D) *Efectos*

El convenio arbitral tiene un efecto negativo consistente en la expulsión de los Tribunales del Estado y un efecto positivo que se basa en el despliegue del procedimiento arbitral.

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 (33), así se infiere del artículo 11 de la Ley de Arbitraje.

La Ley de reforma de la misma añade un párrafo segundo a este artículo diciendo que el plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los quince primeros días del plazo para contestar a la demanda en las pretensiones que se tramiten por el procedimiento del juicio ordinario, o en los quince primeros días posteriores a la citación para la vista, para las que se tramiten por el procedimiento del juicio verbal.

Con relación al primero de los efectos señalados, la vigente Ley de Arbitraje no exige que en el convenio arbitral se exprese la obligación de cumplir la decisión arbitral, exigencia que establecía la derogada LA y que fue criticada por ser innecesaria, ya que dicha obligación queda implícita e integrada en el consentimiento contractual.

En realidad las partes no tienen obligaciones en sentido estricto por haber sometido sus controversias a arbitraje, salvo la de pagar costas, sino que tienen más bien facultades o cargas que la Ley de Arbitraje otorga o impone respectivamente. Así están facultadas para impugnar el convenio arbitral, renunciar al arbitraje, hacerlo valer por medio de declinatoria, solicitar la adopción de medidas cautelares, encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a una institución arbitral, determinar el procedimiento de recusación de los árbitros y el procedimiento al que deben ajustarse, la clase de arbitraje, el plazo para dictar laudo y la anulación del laudo, entre otras.

(32) Esta disposición lleva implícita la clásica de «prohibición de la intervención judicial en la testamentaria» dentro de los límites que la ley establece. Vid. VERDERA SERVER, R., *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinados por Silvia Barona, 2004, pág. 426.

(33) Pero no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a este concederlas. Como señala la Exposición de Motivos, es un corolario del denominado efecto negativo del convenio arbitral, que impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje. De esta manera, la intervención judicial en los asuntos sometidos a arbitraje ha de limitarse a los procedimientos de apoyo y control, expresamente previstos por la ley.

El efecto negativo de impedir el conocimiento judicial de las controversias sometidas a arbitraje no deriva de forma automática del convenio arbitral, ya que su existencia y validez no evita que una de las partes interponga demanda ante la jurisdicción ordinaria sobre la misma controversia sometida a arbitraje ni tampoco obliga al juez a que se abstenga de oficio de conocerla. La falta de jurisdicción del tribunal ante el que se interpuso la demanda podrá hacerse valer a instancia de parte en forma de excepción a través de la declinatoria. Si el tribunal estimase la declinatoria por haberse sometido la cuestión a arbitraje, lo declarará mediante auto y se sobreerá el proceso en base a lo dispuesto en el artículo 65.2 LEC.

III. BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO, M.: *Derecho Civil*, Tomo II, vol. II, Barcelona, 1977.
- ALMAGRO NOSETE: *Derecho Procesal*, Tomo I, Proceso Civil, vol. II, ed. Trivium, Madrid, 1996.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje, Ley 36/1988, de 5 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 1991.
- *Tratado de Contratos*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 3717 a 3829.
- BONACHERA VILLEGAS, R.: *Los arbitrajes especiales*, Thomson Reuters, ed. Aranzadi, 2010.
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.: «Naturaleza y ámbito del arbitraje en la Ley 60/2003. Asistencia judicial al arbitraje», en *Diario La Ley*, año XXVIII, núm. 6745, 2007.
- COLLANTES GONZÁLEZ, J. L.: *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, Palestra Editores, 2007.
- CUCARELLA GALIANA, L. A.: *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje)*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004.
- DÍEZ PICAZO, L.: *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, coordinados por Julio González Soria, ed. Aranzadi, Navarra, 2004.
- GÓMEZ JENÉ, M.: *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, coordinados por David Arias Lozano, Aranzadi, Navarra, 2005.
- GÓMEZ ORBANEJA: *Derecho Procesal Civil*, vol. I, Madrid, 1979.
- GÓMEZ SALCEDO, J. E.: *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*, Tomo II, ed. Bosch, 2005, págs. 844-874.
- GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L.: *El control judicial del arbitraje*, ed. La Ley, Madrid, 2008.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: «La transacción», en *Tratado Práctico y Crítico de Derecho Civil*, Tomo XLIII, *Contratos sobre litigios*, vol. II, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1964.
- LÓPEZ BARBA, E.: *El contrato de transacción. Su resolución por incumplimiento*, ediciones Laborum, Murcia, 2001.
- LÓPEZ MEDEL, J.: «Acceso al Registro de la Propiedad de las cláusulas, convenios y laudos arbitrales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 679, 2003.
- LORCA NAVARRETE, A.: «Algunas propuestas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje», en *Diario La Ley*, 2003.
- MOXÓ RUANO: «Notas sobre la naturaleza de la transacción», en *Revista de Derecho Privado*, 1950.
- PELÁEZ, FRANCISCO, J.: *La transacción: Su eficacia procesal*, Bosch, Casa Editorial, S. A., 1987.

PERALES VISCASILLAS, P.: *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*, Thomson Civitas, editorial Aranzadi, 2005.

SOHM, R.: *Instituciones de Derecho Privado romano. Historia y sistema*, traducción española, 1936.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

STS de 25 de abril de 1902.
STS de 10 de marzo de 1912.
STS de 17 de junio de 1944.
STS de 9 de marzo de 1948.
STS de 30 de marzo de 1950.
STS de 14 de mayo de 1952.
STS de 20 de octubre de 1952.
STS de 14 de marzo de 1955.
STS de 20 de abril de 1955.
STS de 3 de mayo de 1958.
STS de 8 de marzo de 1962.
STS de 20 de octubre de 1962.
STS de 6 de noviembre de 1965.
STS de 29 de abril de 1966.
STS de 13 de septiembre de 1966.
STS de 3 de marzo de 1967.
STS de 10 de junio de 1968.
STS de 26 de junio de 1969.
STS de 14 de mayo de 1982.
STS de 27 de mayo de 1982.
STS de 18 de septiembre de 1984.
STS de 11 de junio de 1987.
STS de 18 de abril de 1988.
STS de 20 de abril de 1989.
STS de 30 de septiembre de 1989.
STS de 25 de noviembre de 1985.
STS de 11 de marzo de 1991.
STS de 4 de abril de 1991.
STS de 29 de noviembre de 1991.
STS de 28 de mayo de 1992.
STS de 6 de noviembre de 1993.
STS de 6 de diciembre de 1993.
STS de 23 de febrero de 1995.
STS de 30 de junio de 1996.
STS de 30 de enero de 1999.
STS de 20 de diciembre de 2000.
STS de 30 de junio de 2001.
STS de 30 de noviembre de 2001.
STS de 20 de diciembre de 2001.
STS de 26 de julio de 2003.
RDGRN de 6 de diciembre de 1947.
RDGRN de 19 de febrero de 1988.

RESUMEN

TRANSACCIÓN
ARBITRAJE

En este trabajo vamos a analizar dos modalidades contractuales encuadrables dentro de lo que Castán denomina «contratos dirigidos a la eliminación de una incertidumbre jurídica» y que se caracterizan por tener como objetivo suprimir y dirimir una controversia surgida o que va a surgir entre las partes como consecuencia de una determinada relación jurídica existente entre ellas. Primero se analiza la transacción aludiendo a su concepto, naturaleza jurídica y clases, así como a su constitución y sus efectos y, en segundo lugar, estudiamos el arbitraje cuyo papel e importancia se ha visto revitalizado en la actualidad, analizando su concepto, naturaleza, régimen jurídico y efectos, así como los criterios jurisprudenciales sentados en la materia.

ABSTRACT

TRANSACTION
ARBITRATION

This paper analyses two types of contracts that may be placed within the framework of what Castán terms «contracts intended to eliminate a point of legal uncertainty». Such contracts are characterised by their objective, which is to quash and settle a controversy that has arisen or will arise between the parties as a consequence of a certain legal relationship existing between them. First, the transaction is analysed. The concept of the transaction, the legal nature of the transaction, the classes of transactions and the creation and effects of transactions are discussed. Second, arbitration (a procedure whose role and importance have now been revitalised) is studied. The concept, nature, laws and effects of arbitration and the criteria case-law has established concerning arbitration are analysed.

1.6. Responsabilidad Civil

LA OBJETIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS
ADMINISTRACIONES: ACOSO ESCOLAR, CAUSA ADECUADA Y DAÑO
MORAL EN CENTROS DOCENTES

por

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho Civil de la UNED

y

PATRICIA LÓPEZ PELÁEZ

Profesora Titular de Universidad de Derecho Civil de la UNED

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO: LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.—II. NEXO CAUSAL Y SUPUESTOS DE ACOSO EN LA EDUCACIÓN PÚBLICA: AGRESIONES DENTRO Y FUERA DEL CENTRO Y CULPA *IN VIGILANDO*, *IN ELIGENDO* O *IN ORGANI-*

ZANDO: 1. REQUISITOS PARA EL NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LA CONTINUIDAD DEL NEXO CAUSAL Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 3.^a), DE 20 DE DICIEMBRE DE 2004. 2. LA APRECIACIÓN DE CONTINUIDAD DEL NEXO CAUSAL EN VÍA CIVIL: ACOSO EN UN CENTRO PRIVADO Y RECLAMACIÓN DE DAÑOS MORALES EN LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN CIVIL), DE 18 DE DICIEMBRE DE 2008. 3. LA TEORÍA DE LA CAUSA EFICIENTE, PRÓXIMA O VERDADERA DEL DAÑO Y LA RELACIÓN DE SERVICIO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS (SALA DE LO CONTENCIOSO), DE 23 DE MARZO DE 2001, Y LA INADECUACIÓN O IRRELEVANCIA DE LA CAUSA. 4. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA EN UN SUPUESTO DE AGRESIONES Y ACOSO SUFRIDO POR UN ESTUDIANTE DENTRO Y FUERA DEL CENTRO Y HORARIO ESCOLAR: LA FORMULACIÓN NEGATIVA DE LA ADECUACIÓN CAUSAL O LA IRRELEVANCIA DE LA CAUSA EN CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO (SALA DE LO CONTENCIOSO), DE 8 DE FEBRERO DE 2011.—**III. CUESTIONES SOBRE LA RESARCIBILIDAD JUDICIAL DE LOS DAÑOS MORALES Y EL CONTROL TEMPORAL DEL ALUMNADO:** 1. RESARCIBILIDAD DEL DAÑO MORAL DIMANANTE DE UNA SITUACIÓN DE ACOSO: SU APRECIACIÓN EN INSTRUCCIÓN Y AUDIENCIAS. 2. LA RESPONSABILIDAD Y LA LIMITACIÓN TEMPORAL: EL CONTROL O VIGILANCIA DEL ALUMNADO CUANDO ESTÉN DESARROLLANDO ACTIVIDADES ESCOLARES, EXTRAESCOLARES Y COMPLEMENTARIAS.—**IV. PEREGRINAJE DE JURISDICCIONES Y DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO* EN VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA:** 1. CUESTIONES PREVIAS SOBRE LA INDETERMINACIÓN DEL ORDEN COMPETENTE. 2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXIGIDA EN LA JURISDICCIÓN DE MENORES ES UNA RESPONSABILIDAD *EX DELICTO*: LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VITORIA-GASTEIZ, DE 27 DE MAYO DE 2005. 3. LA RESPONSABILIDAD *EX DELICTO* ANTE EL SUICIDIO DE UN MENOR VÍCTIMA DE ACOSO ESCOLAR: LA CONDENA DE LOS PADRES DE LOS NIÑOS ACOSADORES EN VÍA CONTENCIOSA-ADMINISTRATIVA PARA EVITAR EL PEREGRINAJE DE JURISDICCIONES Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO, DE 8 DE FEBRERO DE 2011.—**V. REFLEXIONES FINALES.**—**VI. BIBLIOGRAFÍA.**—**VII. ANEXO JURISPRUDENCIAL.**

I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO: LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Sabido es que el sistema vigente hasta el año 1991, convertía al profesorado en responsable personal de los daños ocasionados por su alumnado en el tiempo que estuviesen bajo su custodia. En particular, el dictado originario del Código Civil decía: «son, por último, responsables los maestros o directores de artes y oficios respecto a los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices, mientras permanezcan bajo su custodia». Era unánime la necesidad de reforma de este sistema, cuestión que sería abordada por la Ley 1/1991, de 7 de enero, de modificación de los Códigos Civil y Penal, en materia de responsabilidad civil del profesorado (1).

(1) Vid. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2010, 14.^a ed., pág. 323; LASARTE ÁLVAREZ, LÓPEZ PELÁEZ y MORETÓN SANZ, *La responsabilidad civil en el ámbito de los centros docentes*, Madrid, 2007, pág. 47 y sigs. En el sentido indicado, ÁNGEL YÁGUEZ resaltaba que dicha modificación era «consecuencia del clamor que entre los docentes se había venido levantando a causa de las responsabilidades que podían contraer

De modo que, tras la reforma del Código Civil de 7 de enero de 1991, el artículo 1903 establece que: «Las personas o entidades que sean titulares de un Centro Docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias». Por tanto, la responsabilidad basculó del profesorado como individuo a la organización, es decir, hacia la persona o entidad «Titular» del centro docente, abandonándose la *culpa in vigilando* toda vez que, como advertía la propia Exposición de Motivos, las normas derogadas habían sido «concebidas en momentos en que existía una relación de sujeción del alumno al profesor, en términos que hoy no se producen en el discurrir diario de la vida docente».

Por su parte, y en apretada síntesis, conviene recordar que si el daño controvertido ha acaecido en el ámbito del servicio público educativo, jurídicamente la cuestión se ventilará por el sistema prevenido por el Derecho Público, basado en el artículo 106 de la Constitución, así como por el articulado correspondiente de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En suma, hayan concurrido a la producción del daño sujetos privados o no, al perjudicado (o sus representantes legales caso de que aquel sea menor) se le abre la vía administrativa y, tras ella, el correspondiente recurso contencioso-administrativo ante este orden jurisdiccional, demandando a la Administración y, si procede, a los particulares implicados y a la compañía aseguradora (2). En este caso, aplicará el Tribunal los artículos correspondientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, supletoriamente, las normas de Derecho Civil (3).

por daños causados por sus alumnos durante el tiempo de actividades escolares o paraescolares; en noviembre de 1988 se concertó un acuerdo el Ministerio de Educación y Ciencia y los sindicatos, encaminado a resolver, entre otros, ese problema de la responsabilidad civil de los docentes» («Comentario al artículo 1903», PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 2003 y 2004).

(2) Téngase en cuenta lo prevenido en los artículos 139.1 y 145.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como la esencia de lo dispuesto en el artículo 106 de la Constitución: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos».

(3) Vid. MORETÓN SANZ, TEJEDOR MUÑOZ y RUIZ JIMÉNEZ, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de junio de 2000. La responsabilidad civil de los Centros Docentes», en *BFD*, 16, 2000, pág. 241 y sigs.

II. NEXO CAUSAL Y SUPUESTOS DE ACOSO EN LA EDUCACIÓN PÚBLICA: AGRESIONES DENTRO Y FUERA DEL CENTRO Y CULPA *IN VIGILANDO*, *IN ELIGENDO* O *IN ORGANIZANDO*

1. REQUISITOS PARA EL NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LA CONTINUIDAD DEL NEXO CAUSAL Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 3.^a), DE 20 DE DICIEMBRE DE 2004

Es doctrina reiterada en la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, la concurrencia simultánea de tres presupuestos para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de la Administración y, por tanto, obligación de resarcir a la víctima:

- a) El daño o lesión patrimonial antijurídica, injustificable y evaluable;
- b) que sea consecuencia objetiva, directa y exclusiva del funcionamiento normal o anormal de la Administración, y
- c) en tercer lugar, la concurrencia de relación de causalidad entre el primero y el segundo de los requisitos, sin que exista fuerza mayor (4).

La consideración y ruptura de este nexo causal es uno de los extremos que, en buena lógica, la parte demandada pretenderá acreditar, ya que caso de que así se evidencie, no procederá el resarcimiento instado por el actor. Así, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a de lo Contencioso-Administrativo), de 20 de diciembre de 2004, aprecia la continuidad de dicho vínculo causal entre una primera caída del menor y otra posterior en el tiempo. En este sentido, declara probado que el hijo de los recurrentes, al intentar huir de unos compañeros que le asediaban, cayó por un desnivel ocasionándose algún tipo de lesión que le impidió asistir a clase durante todo el curso académico. No constan datos de dicha lesión ni sobre el tratamiento médico a que se vio sometido. Al inicio del nuevo curso escolar, sufrió una nueva caída al subir la escalera del mismo centro; no consta que en esta caída hubiera ninguna influencia externa ni de terceras personas.

En virtud de lo anteriormente expuesto, dice la sentencia: «debe concluirse frente a lo argumentado por la Sala de instancia que la primera caída ocurrida en el Centro Escolar el 1 de octubre de 1992, al tratar de huir el menor de unos compañeros que pretendían hacerle una novatada, *es imputable a la Administración educativa por no haber prestado los profesores la debida atención, vigilancia y cuidado para evitar la persecución de la que el joven fue objeto por parte de otros alumnos cuando se encontraban en el propio Instituto (...)* Como consecuencia de esa primera caída a que nos venimos refiriendo, el menor Juan Ramón resultó con unas lesiones de las que no quedó debidamente curado que fueron las que determinaron la segunda caída que sufrió, al haberle fallado la pierna no restablecida cuando subía por las escaleras del Centro (...) En definitiva pues, las lesiones y secuelas ocasionadas al menor, a las que luego nos referiremos, tienen su origen en la primera caída al ser perseguido por sus compañeros de Instituto que no fue evitada por los responsables del Centro y que le generó unas lesiones y fallos en la pierna derecha que fueron los que determinaron la segunda caída que le agudizó las lesiones padecidas. Debe pues considerarse la existencia de un nexo causal que comporta la responsabilidad

(4) Entre muchas otras, vid., las SSTs (Sala 3.^a), de 2 de febrero de 1988, 3 de abril de 1990, 13 de octubre de 1990, 21 de marzo de 1991 y 18 de enero de 1995.

de la Administración y consiguientemente la estimación del motivo de casación articulado» (5).

2. LA APRECIACIÓN DE CONTINUIDAD DEL NEXO CAUSAL EN VÍA CIVIL: ACOSO EN UN CENTRO PRIVADO Y RECLAMACIÓN DE DAÑOS MORALES EN LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (SECCIÓN CIVIL), DE 18 DE DICIEMBRE DE 2008

Cuando la reclamación se plantea en vía civil, por haber ocurrido los hechos en un Colegio de naturaleza privada, es evidente que también resulta de aplicación la necesaria presencia del nexo causal.

Así en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Civil), de 18 de diciembre de 2008, sobre el recurso de apelación interpuesto por los padres de un menor víctima de hostigamiento contra el colegio privado, en procedimiento ordinario, declara sobre el nexo causal entre los daños y la falta de diligencia de la entidad escolar: «debe concluirse necesariamente que el Colegio demandado no agotó todas las medidas de precaución a su alcance, para evitar un hecho dañoso como el que se produjo, y del que tenía evidentes indicios como sostuvo en sus conclusiones el informe del Defensor del Menor. Lo que es deducible de lo manifestado por el testigo D. S. sobre la notoria situación de mal trato de Miguel, en la clase en la que se encontraba, en la que ya otros menores también habían sido molestados, como su propio hijo, quien tuvo que superar con tan solo once años, por sí solo, el problema. No existe en autos prueba alguna de la adopción de especiales medidas de vigilancia, control o previsión respecto de los agresores y el agredido, del cual el testigo confirmó que era el más molestado (...). En virtud de lo dispuesto en el párrafo quinto del artículo 1903 del Código Civil, en modo alguno el Centro ha acreditado que agotó todas las medidas de vigilancia y precaución tendentes a evitar una agresión como la que se produjo, y de todo lo hasta ahora expuesto se deduce que no adoptó medida ninguna al respecto, ni siquiera con posterioridad, pues vista la grabación, la agresión no tuvo como respuesta castigo alguno, sino tan solo un ultimátum exigiéndoles respeto, so pena de expulsión».

Añade la resolución que: «Atendiendo a lo acontecido y probado, e incardinándolo en la preocupación que socialmente existe sobre el maltrato entre alumnos en los Colegios, que afecta a un número nada despreciable de escolares, que se constituyen en víctimas, agresores y espectadores de violencia entre sus iguales, que como de todos es conocido tiene a veces consecuencias fatales para los menores. Y siguiendo las directrices de la Conferencia de Utrecht, febrero de 1997, que ratificó como necesario y urgente, que en los centros educativos europeos se implementen y lleven cabo medidas de prevención de la violencia escolar, este Tribunal considera que el Centro docente demandado no ha empleado la diligencia exigible, en la prevención y evitación del daño causado a Miguel, en sus dependencias, implantando las medidas necesarias para prevenir y evitar la violencia escolar que sufrió Miguel. (...) En consecuencia concurriendo el nexo causal entre este daño moral causado al menor y la omisión de la diligencia de-

(5) Vid., el comentario de esta resolución en MORETÓN SANZ, «La responsabilización del acosador ante la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: propuestas desde el derecho para la investigación de las fórmulas educativas basadas en la convivencia, responsabilidad y ciudadanía», en *El acoso escolar y la incidencia en la comunidad educativa*, Madrid, 2007, pág. 258 y sigs.

bida por parte del Centro, por falta de atención, vigilancia, cuidado y respuesta inmediata y contundente, es evidente. Por lo que además de una imputación subjetiva, natural, ante el resultado producido, el daño moral, este resulta imputable objetivamente a la falta de cuidado, vigilancia por parte del Centro».

En virtud de lo expuesto, la Audiencia estima el recurso de apelación interpuesto por los progenitores contra la sentencia de 7 de noviembre de 2007, del Juzgado de Primera Instancia, número 1 de Alcobendas, Madrid, revoca dicha resolución y condena al Colegio al pago de 30.000 euros en concepto de daño moral.

3. LA TEORÍA DE LA CAUSA EFICIENTE, PRÓXIMA O VERDADERA DEL DAÑO Y LA RELACIÓN DE SERVICIO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ASTURIAS (SALA DE LO CONTENCIOSO), DE 23 DE MARZO DE 2001, Y LA INADECUACIÓN O IRRELEVANCIA DE LA CAUSA

Por su parte y para la aclaración de la visión jurisprudencial de esta teoría, conviene tener presente el dictado de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Contencioso), de 23 de marzo de 2001, por cuanto aborda en especial la necesaria acreditación del nexo causal, entre el daño y la relación de servicio, deteniéndose en la teoría de la causa adecuada, eficiente, próxima o verdadera del daño. Pese a que el supuesto controvertido resulta ajeno al acoso moral, lo cierto es que sistematiza con rigor la inadecuación de la condición, su irrelevancia y su valor como mero elemento del daño acaecido por el encadenamiento extraordinario de circunstancias.

En resumidas cuentas, esta teoría que, como recuerda LACRUZ BERDEJO se formularía inicialmente de modo positivo, para más adelante enunciarla, tal y como hace la sentencia, de modo negativo. Es decir, «el daño debe ser reconducido a aquellos antecedentes apropiados para producirlo, según el curso natural de las cosas: adecuada es la causa que, normalmente, lleva consigo siempre un daño de la especie considerada, por oposición a las causas que no comportan el daño sino por consecuencia de circunstancias extraordinarias». En su virtud si en un principio esta teoría se formulaba en positivo, posteriormente y con más cautela, se dictó de forma negativa, por lo que «una condición es inadecuada, y por tanto irrelevante, cuando, de acuerdo con su naturaleza general, fue completamente indiferente para la aparición de determinados daños, y solo devino una condición del daño a consecuencia de un encadenamiento extraordinario de circunstancias» (6).

Declara la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 23 de marzo de 2001, que «las circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado nos conducen necesariamente a examinar si en los hechos ha existido la concurrencia del necesario nexo causal entre el actuar de la Administración y las lesiones de la recurrente, consecuencia de su caída. El concepto de relación causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normativamente no como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de

(6) LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Obligaciones*, vol. I. *Parte General, Delito y cuasidelito*, Barcelona, 1985, 2.^a ed., pág. 525.

hechos y condiciones que pueden ser autónomas entre sí o dependientes unas de otras, dotadas sin duda de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces que hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final y la doctrina administrativa tratando de definir que sea relación causal a los efectos de apreciar la existencia, o no, de responsabilidad para las Administraciones Públicas, se inclina por la *tesis de la causalidad adecuada que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que solo en el primer caso si el resultado corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a esta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar*. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto una *conditio sine qua non*, esta es un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición, por sí sola, no basta para definir la causalidad adecuada, sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado tomando en consideración todas las circunstancias del caso, esto es, que existe una adecuación objetiva entre el acto y el evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y solo cuando sea así, dicha condición adquiere la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima o verdadera del daño, quedando así excluidos, tanto los actos indiferentes como las inadecuadas e inidóneas y las absolutamente extraordinarias» (7).

4. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA EN UN SUPUESTO DE AGRESIONES Y ACOSO SUFRIDO POR UN ESTUDIANTE DENTRO Y FUERA DEL CENTRO Y HORARIO ESCOLAR: LA FORMULACIÓN NEGATIVA DE LA ADECUACIÓN CAUSAL O LA IRRELEVANCIA DE LA CAUSA EN CIRCUNSTANCIAS EXTRAORDINARIAS Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO (SALA DE LO CONTENCIOSO), DE 8 DE FEBRERO DE 2011

Partiendo de los hechos declarados probados en la vía penal, «resulta claro afirmar que el alumno José Francisco sufrió agresiones y vejaciones por parte de una serie de compañeros de clase que, a su vez, eran los miembros de su cuadrilla de amigos. Ha de tenerse presente que cualquier efecto dañoso que

(7) En este caso en particular y aplicando esta doctrina al caso enjuiciado: «que si bien la Administración demandada señala no hay nexo causal entre el funcionamiento del servicio público asistencial prestado en la Residencia Mixta de Gijón y la caída sufrida por doña María Inmaculada y su posterior fallecimiento, tal afirmación no puede ser compartida por esta Sala. Del examen del expediente administrativo se extrae cómo doña María Inmaculada había caído repetidamente, en fechas anteriores a su fallecimiento, así al folio 47 se hace constar: “7-2-96, se comunica a la familia que doña María Inmaculada se cayó”. 13-2-96, se llama a la tutora (amistad) que cayó. 7-3-96, se llama a la señora que cayó; siendo así que, considerando que la caída, de cuyas consecuencias lesivas deriva el fallecimiento, se produjo el día 9 de marzo, conlleva a estimar que debieron adoptarse medidas tendentes a prevenir el riesgo que, finalmente, concluyó en el fallecimiento de doña María Inmaculada, constando igualmente en el informe del médico forense que la misma presentaba “cicatriz de 4x4 en área correspondiente a ángulo mandibular derecho. Cicatriz submentoniana de 2x9 cm, aproximadamente, de dirección transversal. Vendaje bilateral de ambos pies de finalidad antiescore. Existe hematoma antiguo en fase de resolución que ocupa la mayor parte de la región molar derecha y mejilla del mismo lado”. Es pues evidente la existencia del nexo causal negada por la Administración».

se producía en su centro escolar no conlleva necesaria y automáticamente el deber de declarar la responsabilidad de la Administración, sino que para ello es necesario que se den, en el supuesto de que se trate, todos y cada uno de los requisitos legalmente establecidos (incluido el correspondiente nexo causal). Asimismo, añadiremos que la tendencia a una objetivación propia del instituto de la responsabilidad no puede, sin embargo, llegar a concebir el servicio público como el centro de imputación automática de cualesquiera hechos que acaezcan en el área material de aquel, ni pueden tampoco elevar la debida diligencia de los servidores públicos a un cuidado total sobre las personas que se encuentran en el recinto del servicio y de las conductas, de tipo que sean, que aquellos desarrollen dentro de él. Siendo de aplicación en la concurrencia del nexo causal, la teoría de la causalidad adecuada, esta puede definirse (así, sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de diciembre de 1995) como que “la concurrencia del daño sea de esperar en la esfera del curso normal, es necesario que la causa del daño resulte normalmente idónea para determinar el resultado, atendiendo a las circunstancias del caso”. A efectos de valorar las conductas susceptibles de determinar responsabilidades por negligencia, es decir, *culpa in vigilando, in eligendo* o *in organizando*, por parte del IES Talaia BHI (Equipo Directivo, Profesores de 4.º de la ESO y Profesores de Guardia), hemos de partir, en base a los hechos recogidos anteriormente derivados de decisiones de la jurisdicción penal, de que cuando José Francisco fue agredido en el interior del Instituto, las mismas tuvieron lugar fundamentalmente en los intervalos de clase, es decir, con ausencia de profesores en el aula, no siendo testigo de ello ningún profesor ni de forma directa ni indirecta, sin que nadie lo revelara. Lo cierto es que la Sala considera que la actuación de los responsables del centro fue absolutamente diligente. (...) Con ello, ha de concluirse que desde el primer suceso (el día 13 de septiembre) hasta que se produce la reacción, lógica, de la Jefa de Estudios, apenas transcurren cuatro días y tal actuación comienza desde el mismo momento que se tiene noticias del problema. De ahí que la Sala considera totalmente diligente la actuación del centro escolar, habiéndose de tener en cuenta que los problemas de José Francisco no se producen solo, ni siquiera fundamentalmente en el centro, sino también fuera de él, como ya se ha indicado al recoger los hechos declarados probados por la jurisdicción penal. Todo ello lleva a que la Sala pueda afirmar que no existe nexo causal entre la actuación de la Administración demandada y el trágico final de José Francisco, por lo que la pretensión de responsabilidad patrimonial deducida en el escrito de demanda no podrá prosperar».

El trágico resultado de todas estas circunstancias extraordinarias descritas en la resolución judicial, sustentan la absolución de la Administración, resolviéndose en la causa la responsabilidad *ex delicto*. En este sentido, los padres del menor fallecido y como herederos, deberán recibir la suma de 10.000 euros por cada uno de los menores condenados, cantidades que habrán de ser sufragadas por los padres. En definitiva, los progenitores de los acosadores son responsables civiles de la condena por los delitos contra la integridad moral cometidos por sus hijos.

III. CUESTIONES SOBRE LA RESARCIBILIDAD JUDICIAL DE LOS DAÑOS MORALES Y EL CONTROL TEMPORAL DEL ALUMNADO

1. RESARCIBILIDAD DEL DAÑO MORAL DIMANANTE DE UNA SITUACIÓN DE ACOSO: SU APRECIACIÓN EN INSTRUCCIÓN Y AUDIENCIAS

Como es sabido, daño moral será aquel que afecte a los bienes o derechos inmateriales de las personas y que no repercute, al menos de modo inmediato, en su patrimonio (8). De modo que a tenor de esta descripción, no ofrece resistencia incluir en este epígrafe el perjuicio dimanante de una situación de acoso escolar, tal y como ha sido ratificado por múltiples resoluciones judiciales.

En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 27 de mayo de 2005, declara que: «durante el curso 2001/2002, en concreto desde noviembre de 2001, la niña que cursaba segundo de ESO durante dicho año, fue objeto de diferentes actos de persecución física y moral, incluso constitutivos de infracciones penales, por parte de varios alumnos del centro al que acudía, encabezados por el menor J., dentro del colegio y en horario plenamente lectivo. El Juzgado de 1.^a Instancia, número 2 de Vitoria-Gasteiz, con fecha 1 de febrero de 2005, condena al centro educativo al pago a la perjudicada de 12.000 euros, con los correspondientes intereses, en concepto de indemnización por daño moral, al considerar que los órganos educativos y directivos del centro no actuaron con la diligencia e inmediatez que requerían la gravedad de las acciones realizadas, y la Audiencia Provincial de Álava, con fecha 27 de mayo de 2005, mantiene dicha condena».

Por su parte, la Audiencia Provincial de Ávila, en su sentencia de 22 de febrero de 2006, resuelve que «durante el curso escolar 2004/2005, en concreto desde marzo de 2005, el menor S fue objeto de persecución sistemática y premeditada por parte de su compañero de clase E, que tenía quince años, seguido por otros compañeros en algunos momentos. El propio Colegio instruyó un expediente académico contra el menor E, que concluyó con un mes de expulsión del colegio. Presentada la denuncia por la madre de S, el Juzgado de Menores de Ávila dictó sentencia con fecha 10 de noviembre de 2005, acordando la medida de libertad vigilada por tiempo de dieciocho meses para el menor E..., por comisión de un delito contra la integridad moral y dos faltas de lesiones. Recurrida dicha sentencia, la Audiencia Provincial de Ávila, con fecha 22 de febrero de 2006, desestima el recurso confirmando en su totalidad la sentencia inicial».

También reconoce este extremo el Juzgado de Menores de Bilbao, en su sentencia de 23 de noviembre de 2005: «Desde el inicio del curso escolar 2003/2004, el menor M, de quince años de edad, ha venido llevando a cabo un comportamiento de acoso, amenazas e injurias con relación a la menor S, tanto en el interior del centro como en el exterior, situación que se ha mantenido incluso después de abandonar el centro educativo, y habiendo incluso dispuesto la menor S... entre los días 28 de abril y 6 de mayo de 2005 de escolta policial. Como consecuencia, la menor S... presenta un trastorno adaptativo mixto, reactivo a la situación vivencial que atraviesa, lesión que ha precisado tratamiento médico, tardando seis meses en curar, y le resta como secuela estrés postraumático, si bien no se ha acreditado que dicha secuela sea definitiva. El Juzgado de Menores de Bilbao, con fecha 23 de noviembre de 2005, condena al menor

(8) Por todos, LASARTE ÁLVAREZ, *op. cit.*, pág. 349 y sigs., y bibliografía allí citada.

M... a una medida de dieciocho meses de libertad vigilada, con obligación de someterse a un programa destinado a controlar sus impulsos, y prohibición de acercarse a la menor S, su domicilio o los lugares que frecuenta, a una distancia inferior a 100 metros».

En definitiva y de forma independiente a la coexistencia o no de otros perjuicios patrimoniales de carácter material, las situaciones de maltrato físico, verbal o psicológico, así como la exclusión social, cuando se prolongan en el tiempo, se pueden traducir en daños físicos, emocionales y psicológicos susceptibles de integrar las partidas resarcitorias.

2. LA RESPONSABILIDAD Y LA LIMITACIÓN TEMPORAL: EL CONTROL O VIGILANCIA DEL ALUMNADO CUANDO ESTÉN DESARROLLANDO ACTIVIDADES ESCOLARES, EXTRAESCOLARES Y COMPLEMENTARIAS

Desde la perspectiva civil, la responsabilidad estará limitada temporalmente. Es decir, como se ha dicho, advierte el Código Civil en el párrafo quinto del artículo 1903, que los daños habrán de haberse ocasionado «durante los periodos de tiempo en que los mismos [alumnos menores de edad] se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias».

En buena lógica, habrán de indemnizarse los daños ocurridos en dichos momentos tanto si han sido ocasionados entre el alumnado, como si el perjudicado es un docente (9), o una persona ajena al centro docente. Adicionalmente, el centro indemnizará los daños que hayan ocasionado los alumnos solos, o con ayuda de otros alumnos, siempre que ocurran durante el tiempo en que están bajo el control y vigilancia del centro, y sin perjuicio de la responsabilidad personal de dichas personas si se les puede exigir.

La responsabilidad existe desde luego con relación a los daños causados durante los horarios de clase, de recreo, comedor, excursiones y visitas culturales o de ocio, e incluso durante el transporte escolar si lo lleva a cabo el propio centro. Es decir, tanto mientras se materializa la enseñanza en concreto, como durante las demás actividades normales en los centros. No obstante existen algunos periodos dudosos, como los momentos anteriores al inicio de la jornada escolar, si las puertas del colegio ya están abiertas para que los niños esperen y los padres puedan marcharse, o los posteriores al fin de dicha jornada, durante los cuales los niños permanecen en el recinto escolar a la espera de que sus padres los recojan (10).

(9) La sentencia del Tribunal Superior de Cataluña, de 19 de julio de 2002, resuelve un caso en que quien solicitó el resarcimiento en vía administrativa y le fue denegado fue una profesora; contra la denegación interpuso recurso contencioso-administrativo, admitido y sustanciado a su favor. Los hechos probados declaran que la profesora «tropezó» con el pie de uno de sus alumnos, y aunque la zancadilla no se demostró, sí quedó acreditado que los estudiantes no estaban en su lugar y que la profesora sufrió daños cuantificables.

(10) La sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de junio de 1999, no reconoce la responsabilidad del centro por un accidente ocurrido al acceder una menor al recinto exterior del colegio, en una cancela que separa el espacio exterior del colegio de la vía pública y con la que se pilla una mano, por entender que el personal del centro todavía no había asumido la vigilancia de los alumnos, y ser necesario que las lesiones se produzcan durante el tiempo en que los menores se hallan bajo dicha vigilancia para que nazca aquella responsabilidad.

Durante dichos periodos el recinto escolar puede permanecer abierto, sin vigilancia, a la espera de que el horario escolar empiece o los padres acudan a recoger a los niños, respectivamente; y esta práctica, frecuente, dirigida a evitar que los menores esperen en la calle con los peligros que esto supone, crea sin embargo una gran inseguridad en cuanto al tiempo durante el cual la responsabilidad es del centro docente, y no de los progenitores, puesto que no tienen una duración predeterminada, y además en dichos momentos es cuando se plantean muchas de las actividades de acoso que se detectan.

Son múltiples los interrogantes que se abren: ¿cuándo empieza y finaliza la jornada escolar?, ¿empieza o acaba con los horarios del colegio, o cuando los alumnos ocupan o abandonan las dependencias del centro? El Tribunal Supremo siempre ha mantenido que la responsabilidad empieza para el centro docente desde el momento de la entrada en él, y que se extiende hasta la salida, si bien resuelve casuísticamente en función de las circunstancias, habiéndose referido incluso en algunas ocasiones a la «suficiente flexibilidad que demande el caso» (11).

En cuanto a la extensión espacial de la responsabilidad del centro, en principio los centros responden de los daños que se produzcan dentro de sus instalaciones, o en los lugares donde se desarrollen las actividades complementarias. No obstante, también responderán de los daños ocurridos durante la jornada escolar, pero fuera del ámbito espacial del centro, cuando el menor se encuentre en otros lugares precisamente por disposición de las personas que lo tenían bajo su guarda (12).

IV. PEREGRINAJE DE JURISDICCIONES Y DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO* EN VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. CUESTIONES PREVIAS SOBRE LA INDETERMINACIÓN DEL ORDEN COMPETENTE

Es de sobra conocido que los problemas surgidos en lo relativo a la jurisdicción competente cuando la Administración es codemandada (junto al personal dependiente, docentes y dirección), han sido provocados por la falta de unidad

(11) Es el caso de la sentencia de 3 de diciembre de 1991. En ella se establece que «la obligación de guarda de los padres renace desde el momento en que el centro escolar acaba la suya, lo que no ha de interpretarse de manera rígida, pues impondría con carácter general a los padres la obligación de recoger a los menores inmediatamente de acabada cada clase, cosa por completo absurda, sino con la suficiente flexibilidad que cada caso demande; si es habitual en el centro que los alumnos se queden en el patio de recreo un corto espacio de tiempo después de terminada la jornada lectiva, antes de ser recogidos o trasladarse a sus domicilios, es obligado deducir que los padres cuentan con que hasta entonces están vigilados por su personal; distinto hubiera sido si el centro tuviese establecido como norma el cierre inmediato de todas sus instalaciones, acabada la jornada, porque entonces sí estaban obligados los padres a prever este hecho y la guarda inmediata de sus hijos menores».

(12) Es el supuesto resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de diciembre de 1994, en la que se declara la responsabilidad del colegio, aún cuando los daños fueron sufridos por el menor en un edificio industrial completamente ajeno al mismo, porque precisamente se encontraba en un sitio en el que no debería estar por negligencia del centro al permitir su salida extemporánea.

del orden jurisdiccional que debía conocer en materia de responsabilidad extracontractual, el civil, el penal, el contencioso-administrativo y el social, cada uno de los cuales ha utilizado argumentos muy variados para aplicar su propia jurisdicción. Y así lo reconoce el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de junio de 2000 cuando afirma «que la presencia de dudas sobre la concreción del orden jurisdiccional correspondiente para sustanciar las reclamaciones en contra de la Administración, han sido propiciadas muchas veces por los propios Tribunales, con la argumentación de que no existe una clara delimitación competencial en este espacio, pues, frente a la generalidad del artículo 3.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se encuentra el alcance de la responsabilidad extracontractual contenida en el artículo 1902 del Código Civil, relativa a que el conocimiento del orden jurisdiccional civil, en materia de daños producidos por una Administración Pública, procede cuando esta no ha ejercitado potestades soberanas y la del orden contencioso-administrativo en caso contrario» (13).

Sobre el peregrinaje de jurisdicciones y la finalización de este conflicto gracias a las sucesivas reformas procesales, imputando en exclusiva al orden contencioso-administrativo cualesquiera cuestiones en que intervenga una Administración, el Auto de 1 de julio de 2008, dictado por la Sala especial de conflictos de competencia del Tribunal Supremo declara que: «de la regulación expuesta, se deduce el intento del legislador de no dejar resquicio alguno en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública que permita el conocimiento del asunto a otro orden jurisdiccional, razón por la que atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa tanto el conocimiento de las acciones directas (*dirigidas contra la Administración*) como las dirigidas contra cualquier otra entidad, pública o privada, aunque las mismas, solo de una forma indirecta, sean responsables, junto a la Administración, de los daños y perjuicios causados».

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXIGIDA EN LA JURISDICCIÓN DE MENORES ES UNA RESPONSABILIDAD *EX DELICTO*: LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VITORIA-GASTEIZ, DE 27 DE MAYO DE 2005

En lo que se refiere a la responsabilidad civil dimanante de la comisión por parte de un menor de una infracción penal, al perjudicado se le abren dos vías para reclamar los daños y perjuicios derivados de un ilícito criminal: la especial, derivada del delito, prevista en la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor, y la ordinaria o general del Código Civil.

En este sentido, resulta especialmente ilustrativa la sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, de 27 de mayo de 2005, por cuanto en un asunto civil entablado por los padres de un menor contra una cooperativa educativa, desestima el recurso interpuesto por dicha ikastola declarando firme e irrecurrible la sentencia del Juzgado de primera instancia por la que se condena al centro educativo a abonar 12.000 euros a dichos progenitores.

«La responsabilidad civil exigida en la Pieza de Responsabilidad Civil en la jurisdicción de menores es una responsabilidad *ex delicto*, puesto que así se dedu-

(13) Vid. MORETÓN SANZ, TEJEDOR MUÑOZ y RUIZ JIMÉNEZ, *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de junio de 2000. La responsabilidad civil de los Centros Docentes*, cit., págs. 248 y 249.

ce, entre otros, de los artículos 2 en relación con el artículo 1 de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor. El artículo 61 de dicho Cuerpo Legal ha establecido una responsabilidad solidaria de los menores y de sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, pero *no ha excluido la posibilidad de que también puedan ser responsables civiles de ese hecho criminal otras personas físicas o jurídicas*. Así, contempla expresamente el artículo 61.4 LORPM que se pueda aplicar el artículo 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común, lo que nos lleva a una eventual responsabilidad civil de las Administraciones Públicas (centros educativos públicos incluidos o la Administración educativa), e igualmente una responsabilidad civil de las aseguradoras que hubiesen asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas de los actos de los menores a los que se refiere la Ley especial (lo que eventualmente podría haber tenido su relevancia en este supuesto, pues probablemente, como suele ser habitual, la demandada puede tener un seguro que cubriría también los actos ilícitos cometidos por menores contra otros menores en el Centro escolar, pero como no lo desconocemos no avanzaremos por esta línea). Pero, también se ha de tener en cuenta que la Disposición Adicional Primera de la LORPM establece que tiene el carácter de norma supletoria, para lo no previsto expresamente en la citada Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal. En este sentido, *las normas que regulan la referida pieza contienen un reenvío al Código Penal, y más específicamente el artículo 62 LORPM*, sobre la extensión de la responsabilidad civil, remite al capítulo I del Título V del Libro I del CP (arts. 109 a 115 CP); el artículo 63 LORPM prácticamente reproduce el artículo 117 CP, y el artículo 61.4 LORPM, ya expuesto, recoge una previsión que se aproxima al artículo 121 CP con relación a las responsabilidades de las Administraciones Públicas. Y tal remisión específica al Código Penal de ciertas normas que regulan la pieza, junto con la consideración de derecho supletorio del Código Penal en el ámbito sustantivo y la catalogación de la responsabilidad penal de los menores como una responsabilidad penal *ex delicto* permite concluir que todos los preceptos del Código Penal que normativizan la responsabilidad civil derivada del delito son aplicables en la subjurisdicción penal de menores, y concretamente sería posible aplicar sin ninguna dificultad la responsabilidad contemplada en el artículo 120 CP, y específicamente la prevista en el apartado tercero, que prevé una responsabilidad de las personas jurídicas en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares. En base a las consideraciones expuestas, sería posible ejercitar en la citada pieza una acción contra el menor responsable y sus padres como responsables directos y solidarios y contra un Centro educativo privado o público como responsable civil subsidiario, al amparo de los artículos 120.3 y 121 CP. Esta es una posición que mantienen ciertos autores (la propia recurrente recoge esta opinión en el desarrollo del segundo motivo, pág. 14 del recurso), y algunos de ellos también han sostenido que dentro de la mención de “guardadores” que se recoge en el artículo 61.3 LORPM, también se incluye al Centro docente, puesto que durante la jornada lectiva ejerce funciones de guarda».

Los hechos declarados probados en el asunto penal evidenciaron una clara falta de diligencia del centro educativo, ya que «la niña, objeto del hostigamiento moral, puso en conocimiento de la tutora en varias ocasiones los tratos vejatorios y agresiones de todo tipo que estaba sufriendo, y esta no actuó con la diligencia debida, considerando la gravedad inherente a esos comportamientos plurales y prolongados en el tiempo, para no solo intentar erradicarlos, sino para lisa y llanamente evitarlos de manera absoluta y definitiva. En el ámbito

de la tutela de los derechos fundamentales de un niño, cuando como en el caso estaban siendo totalmente conculcados (derecho a la libertad, integridad física, dignidad, etc.), aunque estén en juego otros intereses o derechos de otros niños, no caben contemplaciones o consideraciones que toleren, en mayor o menor medida, estos comportamientos abusivos, entre otras razones porque tal tolerancia no es educativa para ningún niño».

3. LA RESPONSABILIDAD *EX DELICTO* ANTE EL SUICIDIO DE UN MENOR VÍCTIMA DE ACOSO ESCOLAR: LA CONDENA DE LOS PADRES DE LOS NIÑOS ACOSADORES EN VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA PARA EVITAR EL PEREGRINAJE DE JURISDICCIONES Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO, DE 8 DE FEBRERO DE 2011

En este supuesto y teniendo en cuenta que los progenitores del niño también interesaron la condena de los padres de los menores implicados en el acoso, dice la sentencia: «La primera consideración que debemos realizar en relación con esta acción se refiere a la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para su enjuiciamiento. En este sentido, ha de partirse del artículo 2.e) de la Ley 29/98 establece la competencia de este orden jurisdiccional para conocer de “la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación del que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo, aún cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad”. Se trata de un precepto que tiene por objeto evitar el denominado “peregrinaje de jurisdicciones”, procediendo a unificar; en este caso, en la jurisdicción contencioso-administrativa todos los procesos que se interpongan frente a alguna Administración Pública, aún cuando también se demande a particulares, que pueden también ser condenados, si procede, en este orden jurisdiccional».

Sigue la resolución afirmando que: «sentado lo anterior, en la demanda, tal y como hemos indicado, parte del contenido del artículo 1903 del Código Civil, antes citado, en relación con el artículo 1902, así como también de un párrafo que resulta revelador de la sentencia de la Audiencia Provincial de Gipúzkoa, de 15 de julio de 2005, y que es el siguiente: “la estructura familiar se ha revelado como un ámbito insuficiente para servir de marco de contención de los menores (vertiente preventiva) e inadecuado para transmitir un explícito mensaje de ‘responsabilización’ de los menores por la conducta de grave afección de la dignidad y la salud mental de José Francisco protagonizada (vertiente reactiva)”. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por otra parte, ha venido destacando (así, sentencia de 24 de enero de 2002) que la interpretación progresiva del artículo 1902 del Código Civil ha pasado de la necesidad de la prueba de la culpa a la inversión de la carga de la prueba y a una creciente objetivación, aplicando la doctrina del riesgo o yendo a soluciones cuasi objetivas. Lo cierto es que cabe imputar a los padres por los daños causados por los hijos, en base a lo expuesto con anterioridad en el artículo 1903 del Código Civil y, por otra parte, esta Sala hace suyo el párrafo de la sentencia de la Audiencia Provincial de Gipúzkoa, de 15 de julio de 2005, al que antes hicimos alusión. De ahí que los padres de los acosadores sean condenados civilmente a responder por lo realizado por sus hijos, hechos recogidos en la sentencia antedicha y en el Fundamento Jurídico 2.º de la presente. Desde el punto de vista de la indemnización que se fijará en favor de los padres de José Francisco, no cabe imputarles su suicidio por cuanto que fueron absueltos de

ese cargo en vía penal. Ahora bien, sí se les imputará el daño moral generado a José Francisco con sus acciones de acoso moral. Se trata, en realidad de un daño moral a percibir por los padres de aquel, como sus herederos. Se tratará de los condenados en el proceso penal como autores de un delito contra la integridad moral (Alejo, Desiderio, Fulgencio, Carmelo, Aureliano, Eulalio y Hipólito), respondiendo civilmente sus padres. La Sala, dada la gravedad de los hechos y del acoso sufrido por José Francisco, considera prudencial la suma de 10.000 euros por cada uno de los menores implicados».

V. REFLEXIONES FINALES

Los hechos narrados y declarados probados en las sentencias analizadas, cometidos por menores y susceptibles del reproche penal como infracción contra la integridad moral de otro compañero, llevan consigo la responsabilidad civil de sus progenitores, así como en su caso, la del Centro escolar donde se hayan producido parte o la totalidad de los hechos constitutivos de hostigamiento moral.

Procederá la condena de la Administración educativa en los supuestos en que se evidencia su falta de diligencia en la evitación de agresiones y vejaciones. De modo que, produciéndose la ruptura del nexo causal entre la actuación del Centro y el resultado dañoso, no ha lugar al resarcimiento a cargo de la Administración responsable. No sucederá nada diferente caso de que se demande al titular del Colegio sometido a régimen jurídico privado o concertado, por lo que, concursando dicho nexo procederá su condena.

En resumidas cuentas, la materia está presidida por una pluralidad de vías ante el concurso de distintos grados de implicación de instituciones, profesorado y progenitores; con todo, la cuestión de fondo no es otra que la falta de recursos de una sociedad incapaz, por el momento, de evitar conductas violentas de menores en edad escolar.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada a nota a pie de página:

- AGOUÉS MENDIZÁBAL: *El régimen jurídico de los centros docentes de educación no universitaria*, Granada, 2000.
- ÁNGEL YAGÜEZ: «Comentario al artículo 1903», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, BERCOVITZ, SALVADOR CODERCH (Dirs.): *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 2003 y sigs.
- CAMERO CASADO: «El nuevo escenario de la responsabilidad administrativa extracontractual», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 426, 2000.
- DÍAZ ALABART: «Responsabilidad de los Centros docentes públicos y de su profesorado por los daños causados por sus alumnos», en *Cuestiones sobre Responsabilidad Civil*. DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ (Coord.), Madrid, 2000, pág. 34 y sigs.
- DÍAZ ALABART y ASÚA GONZÁLEZ: *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Madrid, 2000.
- LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Obligaciones*, vol. I. *Parte General, Delito y cuasidelito*, Barcelona, 1985, 2.^a ed.
- LASARTE ÁLVAREZ: *Principios de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2010, 14.^a ed.

- (Dir.): *La protección jurídica del menor: aspectos teóricos y prácticos*, Madrid, 2010, 2.^a ed.
- LASARTE ÁLVAREZ, LÓPEZ PELÁEZ y MORETÓN SANZ: *La responsabilidad civil en el ámbito de los centros docentes*, Madrid, 2007.
- MORENO MARTÍNEZ: *Responsabilidad de centros docentes y profesorado por daños causados por sus alumnos*, Madrid, 1996.
- MORETÓN SANZ: «Residencias de mayores y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: nuevas perspectivas a la luz de la Ley española 39/2006, de Autonomía personal y atención a la dependencia», en *Derecho de Daños. Una perspectiva contemporánea*, Presentación de Carlos ROGEL VIDE, Perú, 2011, págs. 395 a 439.
- MUÑOZ MENDO: «Responsabilidad civil de titulares de centros docentes», en *Diario La Ley*, 7.231, 2009, pág. 8 y sigs.
- QUESADA SÁNCHEZ: «Responsabilidad civil de padres o tutores y de centros docentes: algunos supuestos fronterizos y polémicos», en *RCDI*, 715, págs. 2355 a 2439.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ: *Acoso escolar. Desde el mal llamado bullying hasta el acoso al profesorado*, Barcelona, 2006.
- RUIZ JIMÉNEZ: «La responsabilidad de los centros de enseñanza, sean estos públicos o privados, se extiende más allá de la sede del propio centro», en *RCDI*, 710, págs. 2539 a 2543.
- RUIZ JIMÉNEZ y TEJEDOR MUÑOZ: «La responsabilidad de los padres por los actos cometidos por los hijos», en *RCDI*, 713, 2009, págs. 1550 a 1559.
- VV.AA.: *El acoso escolar y la incidencia en la comunidad educativa*, Madrid, 2006.
- VV.AA.: *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas*, PONS DE LA FLOR, LESONGUI GUILLOT y YÁÑEZ VIVERO (Coords.), Madrid, 2009.

VII. ANEXO JURISPRUDENCIAL

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a), de 2 de febrero de 1988.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a), de 3 de abril de 1990.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a), de 13 de octubre de 1990.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a), de 21 de marzo de 1991.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a), de 18 de enero de 1995.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de diciembre de 1995.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de junio de 2000.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a) de 20 de diciembre de 2004.
- Auto del Tribunal Supremo (Sala especial de conflictos de competencia), de 1 de julio de 2008.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 23 de marzo de 2001.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 24 de septiembre de 2001.
- Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 19 de julio de 2002.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 8 de febrero de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 27 de mayo de 2005.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, de 27 de mayo de 2005.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, de 22 de febrero de 2006.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de diciembre de 2008.
Sentencia del Juzgado de Menores de Bilbao, de 23 de noviembre de 2005.

RESUMEN

**RESPONSABILIDAD CIVIL
EX DELICTO
RUPTURA DEL NEXO CAUSAL
TEORÍA DE LA CAUSALIDAD
ADECUADA**

Del inicial sistema de responsabilidad, fundado en la concurrencia de daño e ilícito civil, tanto el ordenamiento como la jurisprudencia se han inclinado hacia el fundamento objetivo de dicha obligación resarcitoria. Este tipo de responsabilidad civil, de carácter objetivo, se basa en idéntica concurrencia del daño, si bien causado sin culpa y con intención o no de infligir perjuicio. Con todo, sigue siendo presupuesto inexcusable el necesario concurso del nexo entre el daño y la actuación o servicio público en la que se ha ocasionado la lesión o perjuicio. Para determinar esta relación de causalidad, la jurisprudencia ha elaborado y aplicado casuísticamente diversos criterios, como el denominado de la causalidad adecuada o eficiente, donde la condición será irrelevante si hay un encadenamiento extraordinario de circunstancias. En estas líneas se revisará el hostigamiento o acoso de uno o varios estudiantes contra otro alumno o alumna, ocurrido en el seno de los centros docentes públicos y la aplicabilidad del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cuyas líneas básicas se sustentan en principios civiles.

ABSTRACT

**CIVIL LIABILITY
EX DELICTO
BREAKING OF THE CAUSAL NEXUS
THEORY OF ADEQUATE
CAUSALITY**

From the initial system of liability (founded on the attendance of damage and infraction of civil law), both legislation and case-law have pulled away, leaning instead toward an objective foundation for the obligation to provide compensation. This type of objective civil liability is based also on the attendance of damage, albeit damage caused without fault and with or without the intention to do harm. Even so, the necessary concurrence of the nexus between the damage and the public service or action where the injury or harm was done remains an inexcusable prerequisite. In order to trace out this causal relationship, case-law has created and casuistically applied various criteria, such as what is called «adequate (or efficient) causality», where the condition is irrelevant if there is an extraordinary chain of circumstances. The author applies these lines to the case of student harassment in public schools and reviews the applicability of the system whereby the public administration is held financially liable, a system whose basic lines rest on civil principles.

1.7. Concursal Civil

EL ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA. ENERVACIÓN DEL DESAHUCIO Y REHABILITACIÓN DEL CONTRATO AL AMPARO DEL ARTÍCULO 70 DE LA LEY CONCURSAL

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

Profesora Ayudante Doctora

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. ARRENDAMIENTO URBANO E INSTITUTO DE LA ENERVACIÓN. CONSIDERACIONES HISTÓRICAS. LA *RATIO* DEL ARTÍCULO 70 DE LA LEY CONCURSAL.—II. ACCIÓN DE DESAHUCIO EJERCITADA ANTES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO. CONSECUENCIAS DE ESTA DECLARACIÓN SOBRE AQUELLA.—III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 70 LC. RELACIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 47 Y 70 DE LA LEY CONCURSAL.—IV. PRESUPUESTOS PROCESAL Y SUBJETIVO DE LAS FACULTADES DE ENERVAR Y REHABILITAR.—V. REQUISITOS.—VI. EL PÁRRAFO 2.º DEL ARTÍCULO 70 LC.—VII. EFECTOS DE LA ENERVACIÓN Y LA REHABILITACIÓN Y VICISITUDES POSTERIORES DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL REHABILITADA.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. ARRENDAMIENTO URBANO E INSTITUTO DE LA ENERVACIÓN. CONSIDERACIONES HISTÓRICAS. LA *RATIO* DEL ARTÍCULO 70 DE LA LEY CONCURSAL (*)

La enervación (paralización) de la acción de desahucio, así como la rehabilitación del contrato de arrendamiento urbano ya resuelto por sentencia estimatoria de la acción de desahucio, son instituciones de antigua raigambre en el Derecho español. La razón de ser común a ambas instituciones es proteger la continuidad del arrendamiento evitando la resolución del contrato por impago de rentas y el desalojo de la vivienda, provocando perjuicios que podrían ser de alguna manera irreparables y desproporcionados al incumplimiento, sobre todo cuando el arrendatario se muestra dispuesto a abonar, aunque sea de forma tardía, las rentas que debiese en el momento de proceder a la enervación o rehabilitación (1). Hay que tener en cuenta que el impago de la renta puede obedecer a causas ajenas a la voluntad del arrendatario, como el desempleo. Superadas dichas causas, institutos como la enervación o la rehabilitación permiten al arrendatario continuar con el arrendamiento.

(*) El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación 931083 de la UCM, «Nuevas perspectivas del Derecho Civil», dirigido por el Catedrático don Joaquín Rams Albesa.

(1) HERRERO DE EGAÑA, F., y DE TOLEDO, O., «Artículo 70. Enervación del desahucio en arrendamientos urbanos», en *Proceso Concursal Práctico*. Fernández-Ballesteros, M. A. (Dir.), Editorial Iurgium, Madrid, 2004, pág. 372.

Ya el artículo 147 LAU 1964 reconocía ambos institutos, a diferencia de la LAU 1994 que solo reconocía la facultad de enervar (Disposición Adicional 5.^a-1 que modificó el art. 1563 de la LEC 1881).

En la LAU 1964 únicamente se preveía como límite a la enervación o rehabilitación el hecho de que una reiterada utilización de las mismas llevase a la aplicación del artículo 9 LAU, el cual se refería al abuso de derecho en el ejercicio de los derechos reconocidos en dicha Ley (2). En cambio, la LAU 1994 marcaba como límite a la facultad de enervar que se hubiera producido otra

(2) El texto del artículo 147 LAU 1964 era el siguiente:

«En los procesos a que se refieren los artículos 124 y 142, se tendrán en cuenta las reglas siguientes:

1.^a El demandado podrá enervar la acción si en cualquier momento anterior a ser notificado de la sentencia que no dé lugar a ulterior recurso, él u otra persona en su nombre, aunque obre sin su consentimiento, paga al actor o pone a su disposición en el Juzgado el importe de las cantidades en cuya ineffectividad se sustente la demanda y de las que en dicho instante debiere.

Solo cuando el pago o la consignación se realice hasta el mismo día señalado para el juicio y antes de su celebración, podrá este proseguirse por las costas, y en tal caso, si el demandado intentare acreditar el ofrecimiento de las rentas al actor con anterioridad a la presentación de su demanda, se admitirán otras pruebas procedentes en derecho, además de las que autoriza el párrafo segundo del artículo 1379 de la Ley procesal. Lo mismo se hará cuando, aun sin mediar el pago o la consignación, la acción se inspire en la falta de abono de las diferencias o participaciones a que se refieren los capítulos IX y X y el demandado impugne su legitimidad.

2.^a En los arrendamientos de vivienda, cualquiera que fuere su renta, y en los de local de negocio, si no excede de 12.000 pesetas anuales, podrá el demandado rehabilitar de plena vigencia el contrato y evitar el lanzamiento si hasta el momento mismo en que fuera a practicarse, él u otra persona en su nombre, aunque obre sin su consentimiento, paga al actor o pone a su disposición, depositándolo incluso en poder del encargado de ejecutar la diligencia, que en todo caso lo tomará y dará recibo, el importe de las cantidades que por principal debiera en dicho instante, el 25 por 100 del mismo y los intereses legales, a contar estos desde la fecha de la demanda, en las sumas vencidas, y desde el día en que el pago debió hacerse, en las pendientes.

En tales casos se suspenderá el lanzamiento, y de haberse hecho cargo el Juzgado de las sumas pagadas por el demandado requerirá al actor para que dentro del quinto día las reciba, procediendo a ingresarlas en el establecimiento correspondiente si transcurrido dicho plazo no lo hace.

Dentro de los diez días siguientes podrá el demandante instar que, de cuenta del demandado, se tasen las costas y gastos legítimos que con ocasión del juicio hubiere realizado. Practicada la tasación, de resultar su importe igual o superior al 25 por 100 depositado por el demandado, se le entregara al demandante; mas si fuere inferior, se reintegrará al demandado la diferencia, archivándose sin más las actuaciones, tanto en uno como en otro caso, sin perjuicio del derecho del actor a reclamar la diferencia ejercitando la oportuna acción personal.

Cuando el actor deje transcurrir los diez días sin instar la tasación, el Juzgado, de oficio y a cargo del demandado, liquidará las costas judiciales exclusivamente, y entregando a este último la diferencia, si la hubiere, archivará asimismo las actuaciones.

3.^a Cuando por la reiteración con que se haga uso del beneficio a que la precedente regla se refiere resulte aplicable el artículo noveno de la presente Ley, no tendrá efectos enervatorios la consignación efectuada, a cuyo fin el actor podrá, en el curso del litigio, alegar dicha reiteración y practicar prueba para acreditarla».

El texto del artículo 9 LAU 1964 era el siguiente: *«El ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley se acomodará a las reglas de la buena fe.*

Los Jueces y Tribunales rechazarán las pretensiones que impliquen manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho o constituyan medio para eludir la aplicación de una norma imperativa, que deberá prevalecer en todos los casos frente al fraude de ley».

anteriormente o que el arrendador hubiese requerido, por cualquier medio que permitiese acreditar su constancia, de pago al arrendatario con cuatro meses de antelación a la presentación de la demanda de desahucio y este no hubiese pagado las cantidades adeudadas al tiempo de dicha presentación. Podemos decir que la LAU 1994 endureció el régimen de la enervación por dicha razón y otras que pueden señalarse [el límite para enervar no es el «momento anterior a ser notificado de la sentencia que no dé lugar a ulterior recurso (LAU 1964), sino «algún momento anterior al señalado para la celebración del juicio» (LAU 1994, Disp. Adic. 5.^a)].

La LEC 2000 derogó el artículo 1563 LEC 1881 (redactado por la LAU 1994) y le sustituye por un artículo 22.4 que ha tenido sucesivas redacciones. El texto original era el siguiente: «4. Los procesos de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario terminarán si, antes de la celebración de la vista, el arrendatario paga al actor o pone a su disposición en el tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando el arrendatario hubiera enervado el desahucio en una ocasión anterior, ni cuando el arrendador hubiese requerido de pago al arrendatario, por cualquier medio fehaciente, con al menos cuatro meses de antelación a la presentación de la demanda y el pago no se hubiese efectuado al tiempo de dicha presentación». La Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo, modificó el segundo párrafo del artículo 22.4, reduciendo el plazo de cuatro meses a dos meses. Nuevamente, la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial modifica el artículo 22.4, esta vez su párrafo 1.º, en el siguiente sentido: «Los procesos de desahucio de finca urbana o rústica por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario terminarán mediante decreto dictado al efecto por el secretario judicial si, antes de la celebración de la vista, el arrendatario paga al actor o pone a su disposición en el Tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio. Si el demandante se opusiera a la enervación por no cumplirse los anteriores requisitos, se citará a las partes a la vista prevenida en el artículo 443 de esta Ley, tras la cual el Juez dictará sentencia por la que declarará enervada la acción, o en otro caso, estimará la demanda, habiendo lugar al desahucio» (3).

Finalmente, se modifica el apartado 4 del artículo 22 LEC y se añade el apartado 5, por el artículo 2.2 de la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios. El texto vigente del artículo 22.4 y 5 es, pues, el siguiente: «Los procesos de desahucio de finca urbana o rústica por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario terminarán mediante decreto dictado al efecto por el secretario judicial si, antes de la celebración de la vista, el arrendatario paga al actor o pone a su disposición en el Tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio. Si el demandante se opusiera a la enervación por no cumplirse los anteriores requisitos, se citará a las partes a la vista preveni-

(3) Redacción en vigor a partir del 4 de mayo de 2010.

da en el artículo 443 de esta Ley, tras la cual el Juez dictará sentencia por la que declarará enervada la acción o, en otro caso, estimará la demanda habiendo lugar al desahucio.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando el arrendatario hubiera enervado el desahucio en una ocasión anterior, excepto que el cobro no hubiese tenido lugar por causas imputables al arrendador, ni cuando el arrendador hubiese requerido de pago al arrendatario por cualquier medio fehaciente con, al menos, un mes de antelación a la presentación de la demanda y el pago no se hubiese efectuado al tiempo de dicha presentación.

5. La resolución que declare enervada la acción de desahucio condenará al arrendatario al pago de las costas devengadas, salvo que las rentas y cantidades debidas no se hubiesen cobrado por causas imputables al arrendador» (4).

Tanto el Anteproyecto de LC de 1983 (art. 180) y la Propuesta de Anteproyecto de LC de 1995 (art. 89), como la solución finalmente adoptada por la LC vigente (art. 70), han reconocido las facultades de enervar y rehabilitar los contratos de arrendamiento urbano de que fuese titular un concursado, reforzando la protección dispensada al arrendatario por la legislación especial de arrendamientos y por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El texto del actual artículo 70 LC (5) proviene del artículo 69 del Anteproyecto de LC, de 7 de septiembre de 2001, que pasó inalterado al Proyecto de LC publicado en el BOCG de 23 de julio de 2002 y que no sufrió ninguna transformación durante la tramitación parlamentaria, a pesar de que se propusieron algunas enmiendas. Interesa destacar la enmienda número 22 presentada en el Congreso de los Diputados por la señora Lasagabaster Olazábal (GMx). La enmienda era de adición, con el siguiente tenor:

«Se propone añadir una frase tras la expresión “declaración de concurso” de modo que el texto definitivo quedaría de la siguiente manera:

“La administración judicial podrá enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor con anterioridad a la declaración del concurso, respecto de los bienes inmuebles afectos a la producción o actividad del concursado, o que tuvieran un valor diferencial especial a considerar para la masa activa, así como rehabilitar (...)”.

La justificación que se daba para esta enmienda era que “si no existe beneficio para la masa activa, y solo un beneficio para el deudor, no se justifica imponer un especial sacrificio al arrendador”» (6).

(4) Téngase en cuenta que el párrafo 1.º del apartado 4 entró en vigor el 4 de mayo de 2010, según la redacción dada por la Ley 13/2009, por lo que hasta dicha fecha hay que entender que estuvo en vigor el texto original del artículo 22.4, párrafo 1.º *Vid.* Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 19/2009.

(5) Artículo 70 LC: «La administración concursal podrá enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor con anterioridad a la declaración de concurso, así como rehabilitar la vigencia del contrato hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento. En tales casos, deberán pagarse con cargo a la masa todas las rentas y conceptos pendientes así como las posibles costas procesales causadas hasta ese momento.

No será de aplicación en estos casos la limitación que establece el último párrafo del artículo 22 de la LEC».

(6) Esta enmienda fue reiterada en el Senado por la señora Boneta y Piedra (GMx), como enmienda número 12, no siendo tampoco aceptada.

La no admisión de esta enmienda es un argumento importante para sostener que el legislador no quiso limitar las facultades concedidas en el artículo 70 LC a la administración concursal, a los arrendamientos de inmuebles afectos a la actividad empresarial, *para facilitar la continuidad de la misma*, sino que también quiso extenderlas a los arrendamientos de viviendas, *pero siempre que exista un beneficio para la masa activa como explicaremos más adelante*.

Así pues, los artículos 68, 69 y 70 de la LC responderían al criterio del artículo 44 de la LC de que la declaración de concurso no interrumpa la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor. Hay que tener presente que el desahucio de alguno de los inmuebles arrendados puede dar lugar a una merma de los ingresos que van engrosando la masa activa del concurso, o incluso al cierre del negocio. Por el contrario, la continuidad de la actividad conserva el valor de la entidad concursada y facilita llegar a un convenio u obtener un mayor valor en la liquidación (7). Pero no es la continuidad empresarial la única razón para la rehabilitación del contrato de arrendamiento, sino que pueden perseguirse otros fines, entre ellos, la satisfacción del derecho de alimentos del concursado (*en concreto su necesidad de habitación, a través de la rehabilitación del arrendamiento de vivienda*).

II. ACCIÓN DE DESAHUCIO EJERCITADA ANTES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO. CONSECUENCIAS DE ESTA DECLARACIÓN SOBRE AQUELLA

Desde el ámbito del Derecho Procesal Común, podemos señalar que la acción de desahucio tiene por objeto recuperar la plena posesión de un inmueble cedido en arrendamiento o en precario. En el ámbito de los arrendamientos urbanos se caracteriza, además, por el presupuesto básico de la resolución del contrato locativo. Esta acción se sustancia a través de los trámites del juicio verbal (art. 250.1.1.º LEC). También cuando se acumule a la acción de reclamación de rentas o cantidades debidas (art. 438.3.3.ª LEC). La sentencia que recae en el juicio de desahucio por falta de pago, no produce efectos de cosa juzgada, dado que el procedimiento es sumario y de conocimiento limitado (art. 447.2 LEC). Como mecanismo de tutela del arrendatario, en el supuesto en que el fundamento de la acción de desahucio consista en el impago de la renta u otras cantidades debidas, se ha instaurado el instituto de la enervación (art. 22.4 LEC). En su virtud, la acción de desahucio deviene ineficaz. La resolución que declare enervada la acción de desahucio condenará al arrendatario al pago de las costas devengadas, salvo que las rentas y cantidades debidas no se hubiesen cobrado por causas imputables al arrendador (art. 22.5 LEC).

Ahora bien, si la acción de desahucio se ha dirigido contra un arrendatario que posteriormente deviene concursado, resultan de aplicación las reglas siguientes. El arrendatario que solicite el concurso voluntario, deberá acompañar a su solicitud los documentos señalados en el artículo 6.2 LC, indicándose en el número 4 que habrá de acompañarse la relación de acreedores (entre ellos, el arrendador), con expresión de su identidad, así como de

(7) La enajenación como un todo de la empresa localizada en uno o varios locales arrendados es posible dadas las previsiones del artículo 32 LAU y 148 y 149 LC.

la cuantía y el vencimiento de los respectivos créditos y las garantías reales o personales constituidas. *Si algún acreedor hubiera reclamado judicialmente el pago, se identificará el procedimiento correspondiente y se indicará el estado de las actuaciones.* En caso de concurso necesario, una vez declarado este, de acuerdo con el artículo 21.1.3.º LC se requerirá al deudor para que presente, en el plazo de diez días a contar desde la notificación del auto de declaración de concurso, los documentos enumerados en el artículo 6. Complementan estas disposiciones el artículo 42 LC. Se trata, pues, de facilitar a la administración concursal la información necesaria para que esta pueda actuar ante la acción de desahucio ejercitada.

Los efectos del concurso sobre las acciones judiciales que se hayan ejercitado antes de la declaración de concurso, contra el deudor, vienen regulados en el artículo 51 LC en relación con el artículo 98.1 LEC.

Centrándonos en los juicios de desahucio que se hubieran iniciado antes de la declaración de concurso (ya que este es el supuesto que contempla el art. 70 LC), el artículo 51 LC señala que: *«los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el artículo 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores».*

La acumulación podrá solicitarse por la administración concursal, antes de emitir su informe, o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores».

El artículo 8 de la LC atribuye al juez del concurso competencia exclusiva y excluyente para conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado. Existe, sin embargo, disparidad doctrinal en cuanto a si la acción de desahucio responde a dichas características. Se dice que la recuperación de la posesión de la vivienda arrendada al patrimonio que afecta es al del arrendador (8). Sin embargo, con más acierto, se ha advertido que esa acción afecta al patrimonio de arrendador y de arrendatario, pues se refiere al derecho de propiedad de aquel y al de arrendamiento de este. El juez del concurso, por lo tanto, tiene competencia para el conocimiento de este proceso (9). Por otro lado, el contrato de arrendamiento constituye un activo para la masa del concurso (art. 76.1 LC) de que indudablemente se verán privados los acreedores si el contrato se resuelve (10). Esta apreciación es exacta tratándose de un arrendamiento de local de negocio. En este sentido, entiende que la acción de desahucio tiene una trascendencia patrimonial para la masa

(8) MAGRO SERVET, V., «La intervención de la administración concursal en los juicios de desahucio iniciados contra el deudor en la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio», en *Diario la Ley*, núm. 5854, lunes, 22 de septiembre de 2003, págs. 3 y 4. CABALLERO GARCÍA, F., «Encuesta jurídica: Declaración de concurso y desahucio por falta de pago», en *www.sepin.es (SP/DOCT/4100)*.

(9) VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Comentario al artículo 70 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*. Córdón Moreno, F. (Coord.), Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor, 2004, pág. 541.

(10) SALELLES CLIMENT, J. R., «Comentario al artículo 70 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*. Sagraera Tizón, J. M.; Sala Reixachs, A.; Ferrer Barriendos, A. (Coords.), Editorial Bosch, S. A., 1.ª ed., Barcelona, 2004, pág. 863.

activa del concurso la SAP de las Islas Baleares (Sección 5.^a), de 30 de julio de 2007 (*JUR* 2008/52026) (11). Pero si esta apreciación puede no ser tan clara en el caso del arrendamiento de vivienda, hay que indicar que *el buen fin de la enervación que puede tener lugar en el seno del procedimiento de desahucio, ha de incidir sobre la relación de acreedores que conforman la masa pasiva del concurso: el arrendador por la enervación asume la condición de acreedor contra la masa*. Luego queda claro que la resolución de este juicio declarativo tiene trascendencia sustancial para la formación de la lista de acreedores, cumpliéndose así otro de los presupuestos exigidos por el artículo 51.1 LC en relación con el artículo 98.1 LEC para que proceda la acumulación (12). En cuanto a los restantes requisitos, (que el procedimiento se esté tramitando en primera instancia) queda excluida la acumulación de procesos singulares al proceso universal si se están sustanciando recursos interpuestos frente a la sentencia que ponga fin a la primera instancia. Finalmente, es claro que en el proceso declarativo pendiente el concursado es parte demandada (13).

(11) En el supuesto de autos, la subarrendadora de un local de negocio planteó un juicio de desahucio por falta de pago contra la subarrendataria (que previamente había sido declarada en concurso) ante el Juzgado de Primera Instancia. La sentencia de instancia estimó la demanda y la concursada apeló, solicitando la nulidad de lo actuado por falta de jurisdicción del Juzgado de 1.^a Instancia para conocer del litigio, ya que corresponde al Juez del concurso conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial dirigidas contra el patrimonio del concursado. La Audiencia considera que, en efecto, la acción tenía tal trascendencia pues uno de los principales activos de la concursada lo constituían los derechos de traspaso del local comercial subarrendado. Pero fundamentalmente atiende, para decretar la nulidad, a que no se notificó la demanda a la administración concursal, impidiendo que esta actuase según los artículos 51, 70, 61, 62 LC. La sentencia considera, pues, que aún planteada la acción de desahucio tras el concurso, la administración concursal hubiera podido ejercer las facultades del artículo 70 LC, sin verse afectada por una enervación anterior que había tenido lugar antes de la declaración de concurso. Y termina declarando la nulidad de las actuaciones desde la citación al acto del juicio, indicando que se debe en su caso ordenar la llamada al mismo de la administración concursal, a los efectos que procedan. Sea o no correcto interpretar que el artículo 70 LC puede ser utilizado respecto acciones que se interpongan tras la declaración de concurso, sea o no correcto el hecho de permitir la continuación del procedimiento ante el Juez de 1.^a Instancia, *lo que nos interesa destacar es que el Tribunal consideró que la acción de desahucio tenía trascendencia para el patrimonio del concursado*.

También entiende que la acción de desahucio es una acción civil con trascendencia patrimonial que se dirige contra el patrimonio del concursado, a la que se refieren los artículos 8.1.º LC y 86 ter. 1. 1.º LOPJ. SAN CRISTÓBAL REALES, S., *Las reformas en las acciones arrendaticias*, Editorial La Ley, 1.^a ed., marzo de 2010, pág. 108.

(12) SALELLES CLIMENT, J. R., «Comentario al artículo 70 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*, op. cit. loc. cit.

(13) BELLIDO, R., «Comentario al artículo 51 LC», en *Comentario de la Ley Concursal*. Rojo, A., y Beltrán, E. (Dir.), Tomo I, 1.^a ed., Editorial Civitas, Madrid, 2004, págs. 1005 y 1006. Como la LC guarda silencio acerca del procedimiento para decidir sobre la solicitud de acumulación, este se regirá por lo dispuesto en el capítulo segundo del Título III del Libro I de la LEC, con las especialidades establecidas en la legislación concursal (Disp. Final 5.^a LC y art. 98.3 LEC).

La acumulación de procesos declarativos singulares al proceso concursal no puede acordarse de oficio, siendo precisa la previa solicitud de parte (art. 98.2 LEC y art. 51.1.II LC) legitimada. Son partes legitimadas la administración concursal y cualquier parte personada en el concurso de acreedores, sea el deudor o un acreedor. Debe solicitar-

Esta solución, además, permite concentrar la litigiosidad del deudor en un mismo órgano judicial, lo que facilita la gestión de la administración concursal. A este respecto, interesa destacar la doctrina sentada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.^a), en el auto de 9 de octubre de 2009 (*JUR* 2009/490104), que coincide con lo expuesto hasta ahora:

Edificios Barcelona, S. A. había interpuesto demanda de juicio verbal de desahucio contra Decolletajes Servi, S. A., el 29 de octubre de 2008, admitida a trámite el 9 de diciembre de 2008. El 7 de noviembre de 2008, la mercantil arrendataria fue declarada en concurso. El Juzgado de Primera Instancia ante el que se había interpuesto la demanda de desahucio por auto de fecha 20 de febrero de 2009, declaró la falta de competencia objetiva del Juzgado para conocer del asunto, entendiendo competentes para su conocimiento los Juzgados de lo Mercantil. Contra dicho auto se interpuso recurso de apelación por la parte actora. La Audiencia estima el recurso y revoca el auto apelado, dejando el mismo sin efecto, debiendo el Juez *a quo* continuar el procedimiento por sus trámites. La fundamentación de la resolución de la Audiencia fue la siguiente:

«En el supuesto de autos, la demanda se presentó en fecha 29 de octubre de 2008, por lo que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 410 LEC, al haber sido posteriormente admitida, los efectos procesales de la litispendencia se producen desde aquella fecha ("desde la interposición de la demanda"), y desde aquel momento ha de considerarse que el procedimiento se encuentra pendiente. En consecuencia, es preciso acudir a lo dispuesto en el artículo 51.1 LC, referido a

se ante el tribunal que conoce del proceso universal y hacerse siempre al proceso universal, aunque los juicios a acumular sean más antiguos que el concurso de acreedores (art. 98.2 LEC).

La solicitud deberá realizarse por escrito, en el que se señalarán con claridad los procesos cuya acumulación se pide, el estado procesal en que se encuentran y las razones que justifican la acumulación, así como la indicación del tribunal ante el que está pendiente el proceso singular a acumular (arts. 81, 86 y 87 LEC).

La solicitud de acumulación no suspende el curso de ninguno de los procesos que se intentan acumular, aunque el tribunal deberá abstenerse de dictar sentencia en cualquiera de ellos hasta que se decida sobre la procedencia de la acumulación, suspendiéndose entretanto el plazo para dictar aquella resolución (arts. 81 y 88.1 LEC). La solicitud de acumulación no tiene efectos sobre el curso del proceso concursal, que continuará tramitándose normalmente, ya que, aunque después se admita la acumulación, el efecto no será la adaptación procedimental entre el proceso singular y el concursal sino la incorporación del primero al segundo para tramitarse en pieza separada por los cauces del incidente concursal (art. 192 LC), cualquiera que sea el interés económico de la demanda.

La solicitud de acumulación no puede resolverse por el juez del concurso de forma automática, sino que da lugar a un incidente que ante el silencio de la LC deberá tramitarse con arreglo a las normas generales de la LEC. Como el proceso singular a acumular (juicio de desahucio) y el proceso concursal, penden ante tribunales distintos, serán de aplicación los artículos 88 a 95 LEC.

Si se dicta auto desestimatorio de la acumulación, el juicio de desahucio se tramitará independientemente, continuando hasta que recaiga sentencia firme (arts. 85 y 95.2 LEC y 51.1.I LC). Si la acumulación se concede, el juez del concurso dispondrá lo necesario para que se continúe el juicio sin repetir actuaciones y permitiendo la intervención, desde ese momento, de las partes del concurso que no lo hubieran sido en el juicio acumulado (art. 192 LC) (cfr., *op. cit.*, págs. 1006 a 1009).

la “continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes”, que establece que “los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso (cual es el supuesto de autos, en que la declaración en concurso tuvo lugar el 9-11-08) se continuarán hasta la firmeza de la sentencia”, si bien podría procederse a la acumulación del desahucio al concurso (art. 51.1), mientras se encontrara en primera instancia, si así lo acuerda el juez del concurso por estimar que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores, acumulación que puede ser solicitada por la administración concursal o por cualquier parte personada, hasta el momento indicado, respectivamente, en el propio precepto, y sin perjuicio de las especialidades que respecto del desahucio en arrendamientos urbanos establece el artículo 70 de la Ley Concursal ... que despliega todos sus efectos aún cuando el procedimiento se siga ante el Juzgado de 1.^a Instancia.

Ciertamente, la regulación contenida en los artículos 61.2 y 3 y 62.1 LEC resulta especialmente relevante respecto al desahucio por falta de pago de la renta (la declaración de concurso por sí sola no afectará a la vigencia del contrato de arrendamiento, siendo nula la cláusula del contrato que establezca la facultad de resolución o extinción por esta causa y puede el arrendador pedir la resolución del contrato tanto por incumplimiento anterior como posterior a la declaración del concurso), previendo el artículo 62.2 que la acción resolutoria “se ejercerá —futuro— ante el juez del concurso —lo que supone la existencia de un proceso concursal— y se sustanciará por los trámites del incidente concursal”, lo que, además, ha de ser puesto en relación con lo dispuesto en el artículo 50 (“Nuevos juicios declarativos”) y el citado 51. En definitiva, será competente para conocer del juicio de desahucio por falta de pago de la renta el juez del concurso, incluso por incumplimientos anteriores a la declaración del concurso, siempre que la demanda de desahucio se interponga una vez declarado el arrendatario en situación de concurso, *en otro caso conocerá del mismo el Juez de 1.^a Instancia ante el que ya se haya presentado la demanda hasta su firmeza y sin perjuicio de que por el Juez Mercantil se acuerde su acumulación al concurso*» (14).

Esta posición no implica impedimento alguno a que declarado el concurso, pueda procederse a la ejecución de la sentencia de desahucio recaída con anterioridad. De hecho, a tenor del artículo 80 LC, viene obligada la administración concursal a poner a disposición del arrendador que ha obtenido una previa sentencia *firme* de desahucio el inmueble objeto de contrato, por haber decaído previamente el título justificativo del uso del inmueble. Igualmente, el hecho de haber decaído el título justificativo del uso del inmueble, hace que ya no nos encontremos ante una ejecución dirigida contra el patrimonio del concursado, excluyendo la aplicación del artículo 55 LC. Por lo que podrá proceder la ejecución provisional de la sentencia no firme recaída antes de la declaración de concurso. Finalmente, la propia letra del artículo 70 LC que permite la rehabilitación de la vigencia del contrato hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento, supone igualmente que con posterioridad a la declaración de concurso puede ejecutarse una sentencia de desahucio. En este sentido se pronuncia el

(14) En cuanto al ejercicio de la acción de desahucio posterior a la declaración de concurso, cae fuera de los límites de nuestro trabajo y requiere un estudio especial, de la naturaleza del contrato de arrendamiento y su posible incardinación en los artículos 61 y 62 LC.

Auto del Juzgado Mercantil, número 2 de Madrid, de 30 de noviembre de 2004 (AC 2005/147) (15) (16).

(15) Por la entidad concursada Suprasport, S. L., se solicitó la acumulación al concurso de tres procesos de ejecución de sentencias de desahucio relativas a locales dedicados a su explotación mercantil y seguidos ante otros tantos Juzgados de 1.ª Instancia (y que parece estaban pendientes al declararse el concurso). El Juez de lo Mercantil deniega la acumulación sobre la base de la siguiente argumentación:

«Según el artículo 8 de la LC: "...La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias: ...3.º Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado...". Ahora bien, tal previsión legal no implica que el ejercicio de la potestad jurisdiccional atribuida al juez del concurso haya de actuarse o materializarse siempre —ni siquiera primordialmente a través de la acumulación al mismo del proceso ejecutivo que se encuentre en tramitación ante otro órgano, ni mucho menos a través de la continuación por parte del juez del concurso del trámite propio del proceso de ejecución en cuestión—. Contrariamente, lo que dicha atribución de jurisdicción implica es que a partir de la declaración de concurso corresponde en exclusiva al juez de este *adoptar las resoluciones que en cada caso resulten oportunas y ajustadas a la legislación concursal en torno al porvenir del propio proceso de ejecución afectado por dicha declaración, siendo variadas y dispersas las previsiones legales contenidas al respecto a lo largo del articulado de la Ley Concursal*.

Así, la acumulación al concurso del proceso de ejecución, como mecanismo a través del cual el juez de este habrá de ejercer la atribución de jurisdicción que el artículo 8-3.º contempla, es algo que aparece especialmente previsto, bajo determinados presupuestos, en los artículos 56 y 57 LC cuando se trata de *ejecuciones instadas por acreedores con garantía real o asimilados*...

Sin embargo, cuando el proceso de ejecución singular afectado por el concurso tiende a la *efectividad de un derecho de crédito distinto*, la atribución jurisdiccional del artículo 8-3.º no se concreta en acumulación de clase alguna, sino más bien en la suspensión de dicha ejecución y en un mandato al juez del concurso para que dé al crédito que se estaba ejecutando el tratamiento concursal correspondiente ... Así lo establece el artículo 55-2 LC...

Por el contrario, en la ejecución de una sentencia de desahucio no se tiende a la efectividad de derecho de crédito alguno. La de desahucio es una acción mixta que, sobre la base de una pretensión resolutoria de carácter personal fundada en el incumplimiento de sus obligaciones por parte de uno de los contratantes, aspira a brindar al demandante la recuperación de la posesión de la cosa arrendada, lo que hace que, especialmente en la fase ejecutiva, la pretensión adquiera una dimensión eminentemente —por no decir exclusivamente real—. De ahí que no le resulte aplicable la regla suspensoria del artículo 55-2 y sí, en cambio, la única norma especial que, en relación con los arrendamientos, contiene la LC, esto es, la norma prevista en su artículo 70 ... Pues bien, más allá del doble privilegio que este precepto otorga al concursado en relación con el arrendatario común (posibilidad de rehabilitación hasta el lanzamiento y dispensa de la limitación del último párrafo del art. 22 LECiv), no se contempla en la LC para el arrendatario otra especialidad distinta en la fase ejecutiva del proceso de desahucio, y, de hecho, resulta evidente que el propio sentido de ambos privilegios constituye un implícito —y desde luego elocuente reconocimiento de que, *no haciendo uso de ellos la administración concursal mediante la rehabilitación del contrato con cargo a la masa ante el Juzgado que conozca del desahucio, la ejecución del lanzamiento debe seguir adelante por sus propios trámites y sin suspensión de clase alguna*—.

(16) Si la demanda de desahucio fue anterior a la declaración de concurso y se acumuló a ella la de reclamación de rentas, dictándose sentencia estimatoria *anterior a la declaración de concurso*, el Juzgado de 1.ª Instancia, declarado este, no podrá ejecutar el pronunciamiento condenatorio a abonar la cantidad (art. 55 LC), porque este crédito, concursal, está sometido al juicio universal. Lo que debe hacer el propietario es comunicar dicho crédito a la Administración concursal, la cual deberá necesariamente incluirlo en la lista de acreedores por constar en sentencia (art. 86.2 LC).

Ahora bien, «en todo caso, la continuación de los juicios declarativos pendientes a través del procedimiento del incidente concursal [una vez acumulados] no debe implicar una pérdida sustancial de derechos procesales para los acreedores demandantes en aquellos (arts. 77.1 LEC, 51.2 y 3 LC y 24 CE)». Esta afirmación de BELLIDO formulada en términos generales, cobra particular importancia en el caso de acumulación al concurso de un juicio de desahucio, pues la aplicación estricta de lo dispuesto en el artículo 192 LC, pensamos que podría privar al arrendador de los beneficios procesales de la tramitación del juicio verbal de desahucio *spress*, recientemente incorporados a la LEC por la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios. Ello nos obliga a entender, teniendo en cuenta el principio general formulado por BELLIDO, que deberían hacerse las adaptaciones procesales oportunas, de manera que el arrendador no padezca una pérdida sustancial de derechos procesales (17).

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 70 LC. RELACIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 47 Y 70 DE LA LEY CONCURSAL

La doctrina se ha preguntado por el alcance de las facultades reconocidas en el artículo 70 a la administración concursal. Si se ostentan solo respecto de arrendamientos de finca urbana en que se ejerce una actividad empresarial o profesional, respecto de arrendamientos de fincas rústicas, arrendamientos de industria, etc.

En cuanto al arrendamiento de finca urbana destinada a vivienda, dada la posible vinculación del contrato de arrendamiento con la subsistencia del deudor persona física, si el inmueble objeto del contrato constituye su residencia habitual, ante el silencio del artículo 70 LC (*ubi lex non distinguit, nos non distinguere debemos*), puede rehabilitarse el contrato o evitarse el desahucio a los efectos de cumplir la obligación de prestación de alimentos al concursado establecida en el artículo 47 LC, siempre que la coyuntura patrimonial y el interés del concurso así lo aconsejen. Debería tratarse de la opción menos gravosa para la masa activa y no simplemente de mantener al concursado en su residencia habitual, cuando el arrendamiento de la misma pudiese ser sustituido por otro más modesto y económico (18). Ahora bien, como el derecho de alimentos se extingue con la

(17) BELLIDO, R., «Comentario al artículo 51 LC», en *Comentario de la Ley Concursal*, op. cit., pág. 1009. Por ejemplo, debería respetarse en el incidente concursal el derecho reconocido por el artículo 21.3 en relación con el artículo 437.3 de la LEC, ambos en su nueva redacción, según los cuales en la demanda en que se solicite el desahucio de finca urbana por falta de pago de rentas o por expiración legal o contractual del plazo, el demandante podrá anunciar que asume el compromiso de condonar al arrendatario todo o parte de la deuda y de las costas, condicionándolo al desalojo voluntario de la finca dentro del plazo que se indique por el arrendador, que no podrá ser inferior a quince días desde que se notifique la demanda. Si el arrendatario aceptase este ofrecimiento, la resolución que homologue la transacción declarará que, de no cumplirse con el plazo de desalojo establecido en la transacción esta quedará sin efecto, y que se llevará a cabo el lanzamiento sin más trámite y sin notificación alguna al condenado. Acumulado el juicio de desahucio al concurso, debería permitirse que el arrendatario concursado aceptase tal ofrecimiento, sujeto al régimen de los artículos 51.2 y 3 LC, y que el no cumplimiento con el plazo de desalojo determinara sin más el lanzamiento.

(18) FINEZ RATÓN, J., «Comentario al artículo 70 LC», en *Tratado Práctico Concursal*. PRENDES CARRIL, P. (Dir.), 1.ª ed., Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 755. MARCO ALCALÁ, L. A., «La rehabilitación de créditos y contratos en la nueva Ley Concursal», en

apertura de la fase de liquidación (art. 145.2 LC), la administración concursal, que en tal caso ostentará las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio del concursado (art. 145.1 LC), deberá adoptar respecto del contrato de arrendamiento los actos de administración o disposición necesarios para satisfacer el interés del concurso (art. 43.1 LC) (19). Probablemente, pedir la resolución en interés del concurso al amparo del artículo 61.2 LC (20).

SALELLES CLIMENT considera que como los artículos 8.1 y 27.2.c) LAU 1994 afirman el carácter inalienable del derecho de arrendamiento de viviendas, tal derecho sería inembargable de conformidad con el artículo 605.1 LEC, y por lo tanto, no integraría la masa activa del concurso (art. 76.2 LC). De modo que cualesquiera que fuesen los efectos sobre las facultades patrimoniales del deudor de la declaración de concurso, la administración y disposición del arrendamiento no quedarían afectadas por la intervención o suspensión que hubiera podido acordarse (art. 40.6 LC). De modo que la posibilidad de enervar la acción de desahucio o de rehabilitar la vigencia del contrato por la administración concursal, al amparo del artículo 70 LC debería afirmarse en relación con los arrendamientos de fincas urbanas distintas de la vivienda (21). No compartimos, sin embargo, esta opinión que nos parece que parte de un presupuesto erróneo. El arrendamiento de finca urbana con destino a vivienda *no es un derecho inalienable*. La LAU en sus artículos 8.1 y 27.2.c) no establece una prohibición de disponer incondicionada, sino que permite disponer condicionadamente, *siempre que lo autorice el arrendador*. *El derecho de arrendamiento no es pues absolutamente inalienable, sino que se puede ceder cumpliendo con los requisitos legales. «En caso de cesión —señala el art. 8.1— el cesionario se subrogará en la posición del cedente frente al arrendador»*. Muy distintos son los términos, por ejemplo, del artículo 525 del Código Civil: *«Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título»*. En este caso, sí que se cumple con el presupuesto de la declaración del bien como inalienable que exige el artículo 605 LEC, para considerar que el bien es inembargable. *El derecho, pues, del arrendatario de vivienda, integra la masa activa del concurso, y la administración concursal puede ejercitar respecto del mismo las facultades del artículo 70 LC*.

Como ya hemos indicado antes, el artículo 47 LC reconoce al concursado un derecho de alimentos con cargo a la masa activa, durante la tramitación del concurso, y que se extingue con la apertura de la fase de liquidación. Este derecho de alimentos es independiente de la consideración de ciertos bienes como inembargables (arts. 76.2 y Disp. Final 5.^a LC y arts. 606.1.º, 607 y 608 LEC), pero está supeditado a la concurrencia de un estado de necesidad por parte del

Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia, Tomo III, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2004, pág. 2915.

(19) MADRAZO, J., «Comentario al artículo 70 LC», en *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I. Rojo, A. y Beltrán, E. (Dir.), Thomson-Civitas, 1.^a ed., Madrid, 2004, pág. 1290.

(20) No obstante, como el presupuesto básico del derecho de alimentos en el concurso es el estado de necesidad, si el mismo subsistiera tras la liquidación, de modo que fuera imprescindible mantener el derecho de alimentos *para atender las necesidades mínimas del concursado y las de su cónyuge e hijos bajo su potestad*, entendemos que no procedería la extinción de tal derecho sobre la base de una aplicación equitativa de las normas, y que por lo tanto, podría darse el caso de que se continuase en el arrendamiento. Cfr., la nueva redacción que al artículo 145.2 LC da el Anteproyecto de 17 de diciembre de 2010, de reforma de la LC.

(21) SALELLES CLIMENT, J. R., «Comentario al artículo 70 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*, op. cit., págs. 857 y 858.

concurtido, en lo que converge la generalidad de la doctrina (22). Así pues, el patrimonio inembargable debe ser insuficiente para atender las necesidades vitales del concursado. El concepto de alimentos viene dado por el artículo 142 del Código Civil, al que remite tácitamente el artículo 47 LC (art. 4.3 CC), entendiéndose por tales todo lo que es indispensable para el sustento, *habitación*, vestido y asistencia médica. La exigencia de un estado de necesidad como fundamento del derecho de alimentos viene dada por la prioridad que tienen los acreedores sobre el patrimonio del deudor sobre la base del principio de responsabilidad patrimonial universal. Si bien no podemos avanzar, pues ello requeriría un estudio más pormenorizado, la regulación de este derecho de alimentos (si es preciso que el concurso haya sido voluntario para que se genere este derecho a favor del concursado, si lo pierde el concursado culpable, si la masa activa es subsidiaria respecto del deber de alimentos entre parientes, si es preciso que la masa activa sea superior a la masa pasiva para disfrutar de tal derecho, etc.), hemos de indicar que en la fijación de la concreta asignación por alimentos, su cuantía y periodicidad, deberán tenerse en cuenta circunstancias relativas al propio concursado y a su patrimonio, como el estado de necesidad, la capacidad de la masa, entidad de la masa pasiva, cargas familiares, condición social, circunstancias que se presentan para la calificación del concurso (arts. 164 y 165 LC), etc. Parecería que el artículo 47 LC solo se refiere a los alimentos que puede reclamar el concursado a la masa activa y al derecho de los alimentistas que haya sido reconocido judicialmente (arts. 47.2 y 3 LC). Sin embargo, una

(22) Si bien hay posiciones discrepantes. Así ORDUÑA, J., y PLAZA, J., «Comentario al artículo 47 LC», en *Comentario de la Ley Concursal*. Rojo, A., y Beltrán, E. (Dir.), Thomson-Civitas, pág. 954. Señalan estos autores que la cuestión más controvertida y que en cierto modo modula el régimen jurídico de esta obligación alimenticia especial es determinar *cuál es su fundamento y cómo se integra con la obligación legal de alimentos*. Se trata de atender a las necesidades ordinarias de sustento del propio concursado durante el periodo que media entre la declaración del concurso y su conclusión, salvo que se acuerde con anterioridad la apertura de la liquidación, *aún cuando no se halle en una auténtica situación de necesidad, si bien esta circunstancia podrá ser tenida en consideración a la hora de delimitar la concreta cuantía de los alimentos*. A favor de la concurrencia de un estado de necesidad: CUENA CASAS, M., «El derecho de alimentos en el concurso de acreedores», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 20, mayo de 2010 (2), págs. 68 a 77. De hecho, el Anteproyecto de Ley, de 17 de diciembre de 2010, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, da nueva redacción al artículo 47 LC en los siguientes términos:

«1. El concursado, persona natural que se encuentre en *estado de necesidad*, tendrá derecho a percibir alimentos durante la tramitación del concurso, con cargo a la masa activa, siempre que en ella existan bienes bastantes para atender sus necesidades y las de su cónyuge e hijos bajo su potestad.

Su cuantía y periodicidad serán, en caso de intervención, las que acuerde la administración concursal y, en caso de suspensión, las que autorice el juez, oídos el concursado y la administración concursal. En este último caso, el juez, con audiencia del concursado o de la administración concursal y previa solicitud de cualquiera de ellas, podrá modificar la cuantía y la periodicidad de los alimentos.

2. Las personas respecto de las cuales el concursado tuviere deber legal de alimentos solo podrán obtenerlas con cargo a la masa si no pudieren percibirlos de otras personas legalmente obligadas a prestárselos, previa autorización del juez del concurso, que resolverá sobre su procedencia y cuantía. La obligación de prestar alimentos impuesta al concursado por resolución judicial dictada con anterioridad a la declaración de concurso se satisfará con cargo a la masa activa en la cuantía fijada por el juez del concurso, teniendo en cuenta al exceso la consideración de crédito concursal ordinario».

interpretación correctora del artículo 47 en relación con el artículo 84.2.4.º LC, lleva a incluir entre los alimentos del concursado los debidos a las personas que tiene a su cargo y dependen económicamente de él (por lo menos, cónyuge en situación de normalidad matrimonial e hijos bajo patria potestad (23). De ahí que hayamos señalado antes, entre las circunstancias a tener en cuenta para la determinación de los alimentos del concursado, las cargas familiares (24).

El derecho de alimentos a favor del concursado nace con la declaración de concurso, pero la fijación de la cuantía y periodicidad de los alimentos será fijada una vez que la administración concursal haya aceptado su cargo. En todo caso, se procederá a la mayor brevedad, a iniciativa del concursado o de la propia administración concursal. El artículo 47 LC indica que la cuantía y periodicidad de los alimentos serán, en caso de intervención, las que acuerde la administración concursal y, en caso de suspensión, las que autorice el juez, oídos el concursado y la administración concursal. Nada dice la Ley sobre la forma que debe revestir el acuerdo de los administradores ni sobre su posible impugnación en caso de discrepancia, remitiéndose a los criterios generales. Lo normal es que una vez tomado el acuerdo por mayoría, se haga constar en acta. En caso de discrepancia entre los propios administradores o entre estos y el concursado, se notificará esta circunstancia al juez, para que decida la cuantía y periodicidad de los alimentos por auto.

En los casos de suspensión, el juez citará y llamará a su presencia tanto al concursado como a los administradores concursales, a fin de que se pronuncien sobre los extremos relativos a la cuantía y periodicidad, decidiendo el juez sobre estos extremos en forma de auto (25).

Es en este contexto de decisión de la asignación por alimentos al concursado, cuando la administración concursal debe tomar la decisión de enervar la acción de desahucio o rehabilitar la vigencia del contrato de arrendamiento de vivienda que constituyese la residencia habitual del concursado y su familia.

No obstante hay que tener en cuenta que la enervación o rehabilitación van a suponer un beneficio para el concursado que excede de la estricta cobertura de su derecho de alimentos, en lo referente al pago de rentas y conceptos *pendientes* y costas que estén causadas, *al momento de la declaración de concurso (pues es solo a partir de dicho instante cuando se genera el derecho de alimentos del concursado). Por eso es imprescindible, que la operación de enervación o rehabilitación, valorada en conjunto no suponga un perjuicio para el concurso y constituya mejor opción que el lanzamiento, tratamiento concursal del crédito del arrendador, e inclusión en la asignación por alimentos del concursado de la parte relativa a la habitación.*

(23) Cfr. en la nota anterior la nueva redacción que para el artículo 47.1 LC propone el Anteproyecto de reforma de la LC, de 17 de diciembre de 2010.

(24) ¿Hay que entender en este caso que la masa activa es subsidiaria, de modo que si existiesen otras personas legalmente obligadas a prestar alimentos al cónyuge e hijos del concursado dependientes económicamente del mismo, dichas personas deberían alimentarlos con preferencia? Aunque nuestras conclusiones son por el momento provisionales, ya que la cuestión requiere un estudio detallado en un trabajo específico, pensamos que no parece conveniente entender que la masa activa sea subsidiaria. Tal solución, aparte de no venir determinada por el artículo 47 LC, no se compaginaría bien con la naturaleza especial que reviste el derecho de tales alimentistas, cuyo derecho deriva no de los artículos 142 y sigs. del Código Civil, sino del matrimonio (art. 68 CC) y de la patria potestad (art. 154 CC). En tales casos, la obligación de alimentos es una carga legal y presenta una mayor intensidad que los alimentos de los artículos 142 y sigs. del Código Civil.

(25) ORDUÑA, J., y PLAZA, J., «Comentario al artículo 47 LC», *op. cit.*, págs. 955 y 956.

Si las circunstancias imponen una modificación de la prestación alimenticia a favor del concursado ello puede afectar al arrendamiento rehabilitado, conduciendo a una resolución en interés del concurso (art. 61.2 LC).

IV. PRESUPUESTOS PROCESAL Y SUBJETIVO DE LAS FACULTADES DE ENERVAR Y REHABILITAR

De acuerdo con el artículo 70 LC resulta imprescindible para poder hacer uso de las facultades de enervar y rehabilitar por parte de la administración concursal que la acción de desahucio se haya ejercitado antes de la declaración de concurso. La fecha de presentación de la demanda, siempre que sea posteriormente admitida, determinará la fecha de ejercicio de la acción. Por lo que la fecha de presentación de la demanda deberá ser anterior a la fecha del auto declaratorio del concurso.

El artículo 70 no precisa nada sobre los supuestos de resolución del contrato de arrendamiento en los que procedería la enervación o rehabilitación, pese a ser muy diversas las causas que pueden dar lugar a la resolución del arrendamiento (art. 27 LAU 1994). Para solventar este silencio hay que tener presente que el supuesto fundamental tenido en cuenta por el legislador a la hora de regular la enervación en el Derecho Procesal Común era la resolución por incumplimiento de la obligación del pago del precio pactado. Por lo tanto, la acción de desahucio, en este caso, debe tener por fundamento, únicamente, el impago de la renta o cantidades asimiladas a la renta (26). En este sentido se pronuncia el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Málaga, de 24 de abril de 2006. Esta solución es la más acorde con el requisito necesario que recoge el artículo 70 LC de que se paguen con cargo a la masa todas las *rentas y conceptos pendientes* (27). En todo caso, procederá el ejercicio de la facultad enervatoria, se haya solicitado exclusivamente por el arrendador la resolución del contrato (desahucio) o acumuladamente la reclamación de rentas (28).

En cuanto al presupuesto subjetivo de las facultades de enervar y rehabilitar del artículo 70 LC, o sea el sujeto legitimado para ello, aunque algunos autores plantean que no se entiende la legitimación exclusiva de la administración concursal al margen de la incidencia de la declaración de concurso en las facultades patrimoniales del arrendatario concursado (art. 40 LC) y al margen de lo previsto en el artículo 51 LC, sobre continuación de los procedimientos en tramitación al declararse el concurso, hay que indicar que el régimen sentado por el artículo 70 LC es coherente con lo establecido en los artículos 68 y 69 LC, en los que la rehabilitación de créditos y de contratos de adquisición de bienes con precio aplazado se confía igualmente a la administración concursal. Es a la administración concursal a la que corresponde valorar el interés del concurso. Y prueba de ello es que en idéntica línea se encuentra el artículo 155.2 LC. Todos estos casos tienen en común una decisión trascendental de la que puede derivarse la continuidad o no de la actividad empresarial, con relación a la cual el legislador

(26) Sobre qué cantidades diversas de la renta pueden fundamentar la acción de desahucio, remitimos a la doctrina y jurisprudencia desarrollada al respecto.

(27) MORENO SÁNCHEZ, y MORALED A., «La rehabilitación de los contratos bilaterales declarado el concurso. Análisis de los artículos 68, 69 y 70 de la LC», en *Revista de Derecho Patrimonial*, año 2009-2, núm. 23, pág. 125.

(28) Cfr. SALELLES CLIMENT, J. R., «Comentario al artículo 70 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*, op. cit., pág. 862.

ha considerado más correcto excepcionar el régimen del artículo 40 LC y dejar la decisión a la responsabilidad de la administración concursal (arts. 43.1, 35 y 36 LC). Por otro lado, a diferencia de lo indicado en el artículo 61.2 o del silencio del artículo 62.3, en el artículo 70 se alude específicamente a la administración concursal como única apta para enervar el desahucio. Finalmente, lo preceptuado en el artículo 70 LC implica una restricción de las facultades procesales del concursado, que se justifica en el interés superior del concurso (29). Frente a las reglas generales establecidas en el artículo 51 LC, la contenida en el artículo 70 LC es una regla especial, de aplicación preferente (30). En este sentido, la administración concursal no debe solicitar autorización del juez de lo mercantil para enervar la acción de desahucio, ni del deudor y puede enervar incluso en contra de la opinión del concursado o de las demás partes personadas en el concurso (sin perjuicio de la facultad de impugnación a que nos referiremos después), si bien debería oírlos, aunque nada diga al respecto la Ley. La decisión de la administración concursal debe basarse en un juicio económico sobre la conveniencia de la enervación o rehabilitación, juicio que no puede ser impugnado, dado que los actos de administración no son impugnables por razones de oportunidad (art. 192.3 LC). Puede actuar *motu proprio* o a instancia del concursado, siempre en beneficio del concurso. Como ha señalado la doctrina, el conflicto que pueda plantearse entre esta iniciativa del concursado y el poder de decisión de la administración concursal, ha de resolverse atendiendo al régimen de responsabilidad establecido (art. 36.1 LC). Es decir, la decisión de no enervar no es impugnable por el concursado que solicita la enervación. Únicamente la administración concursal quedará sujeta al régimen de responsabilidad. Si es impugnable la decisión de enervar, en los términos que indicaremos después.

Ahora bien, lo dicho conviene fundamentalmente en el caso de que la enervación o rehabilitación se ejerciten respecto de inmuebles afectos a la actividad empresarial o profesional del concursado. En el caso de que dichas facultades se ejerciten respecto de la residencia habitual del concursado, surge la duda de si, primero deberá decidir la administración concursal enervar o rehabilitar, y después, en función de tal decisión, fijarse los alimentos del concursado, o por el contrario, procede primero la fijación de los alimentos y después, en función de aquella decisión, ejercer la facultad de enervar o rehabilitar. *Parece que es prioritaria la decisión sobre los alimentos, pues es en función de los mismos que se va a proceder a la enervación o rehabilitación. Ahora bien, a la hora de decidir los alimentos deberá tenerse en cuenta el juicio de conjunto sobre si la operación de enervación o rehabilitación del arrendamiento es más favorable al concurso que permitir el lanzamiento y asignar una pensión alimenticia que cubra las necesidades de habitación. En todo caso, la decisión sobre los alimentos de la administración concursal (en caso de intervención) es recurrible ante el juez si hay oposición del concursado o de algún miembro de la administración concursal y la decisión del juez (en caso de suspensión), que oirá al concursado y a la administración concursal, también es recurrible. La decisión sobre los alimentos condicionará, pues, la posterior decisión por la administración concursal de enervar o rehabilitar, que actuará*

(29) GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., «Artículo 70 LC. Enervación del desahucio en arrendamientos urbanos», en *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, Tomo I, Editorial Dykinson, S. L., Madrid, 2004, págs. 765 y 766.

(30) MAGRO SERVET, V., «La intervención de la administración concursal en los juicios de desahucio iniciados contra el deudor en la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio», *op. cit.*, págs. 4 y 5.

motu proprio o a instancia del concursado, en beneficio del concurso, y sujeta a la decisión sobre los alimentos *que en última instancia ha podido adoptar el juez*. No obstante tal decisión de enervar o rehabilitar, es impugnabile, pues existen también otros legitimados, diversos de los legitimados en tema de alimentos, que pueden entender procedente manifestar su oposición a la enervación o rehabilitación.

V. REQUISITOS

El válido ejercicio de las facultades de enervar y rehabilitar exige el cumplimiento de dos requisitos materiales: el pago de todas las rentas y conceptos pendientes, y de las posibles costas procesales, y la asunción de los pagos futuros con cargo a la masa. Ambos responden, como ha indicado la doctrina, a exigencias de la tutela de la posición del arrendador sobre la base de los principios generales de la obligatoriedad de los contratos (art. 1091 CC) y del cumplimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas.

En cuanto al *pago de las rentas y conceptos pendientes*, la doctrina se ha planteado si existen diferencias entre el artículo 22.4 LEC y el artículo 70 LC. Con independencia de lo que la doctrina procesalista haya podido establecer en torno al artículo 22.4 LEC, entendemos que en el caso del artículo 70 LC, dada la especial protección dispensada al arrendatario concursado (rehabilitación y no juego de las limitaciones a la enervación del art. 22.4 LEC) el pago no debe limitarse a las rentas adeudadas, sino en general a todo lo que se deba y sea de cargo del arrendatario, también por otros conceptos: reparaciones (art. 21.4 LAU), desperfectos causados (art. 21.1 LAU), fianza de una o dos mensualidades de renta y sus incrementos (art. 36 LAU) y en general, todas las cantidades cuyo pago haya asumido contractualmente o legalmente corresponda pagar al arrendatario. Hay que tener en cuenta que iría contra el espíritu y finalidad de la norma imponer al arrendador la enervación y más aún la rehabilitación del contrato sin que de forma simultánea se diera cumplimiento a las obligaciones pendientes del arrendatario. Deben abonarse, pues, no solo las cantidades reclamadas en la demanda (o si no se ejercita acumuladamente la acción de reclamación de rentas, aquellas cuyo impago fundamenta el ejercicio de la acción de desahucio) sino las que adeude el arrendatario y le sean exigibles en el momento del pago enervador o rehabilitador. De ahí que la diligencia exigible a los administradores concursales (art. 35.1 LC) implique que deban dirigirse al arrendador al objeto de cuantificar los conceptos pendientes y así asegurar la validez de la enervación o rehabilitación (31).

En cuanto al *pago de las posibles costas procesales causadas hasta ese momento [de la enervación o rehabilitación]*, el Derecho procesal común (art. 22.4 LEC) no recogía expresamente ningún criterio en cuanto a la imposición de costas en caso de enervación, lo que motivó la existencia de dos posturas: la de quienes entendían que era aplicable el artículo 22.1, relativo a la satisfacción extraprocesal del actor, y que establecía la no imposición de costas, y la de quienes entendían que dicho criterio no era aplicable al caso de la enervación porque la rúbrica que encabezaba el artículo 22 calificaba el enervamiento de la acción de desahucio como *un caso especial* en relación con los supuestos de terminación del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto y porque los

(31) MADRAZO, J., «Comentario al artículo 70 LC», en *Comentario de la Ley Concursal*, op. cit., pág. 1291.

motivos que abonaban la no imposición de costas en los casos de allanamiento y de satisfacción extraprocésal no concurrían en el caso de enervamiento. En primer lugar, porque no se dicta una sentencia estimatoria de la pretensión y, en segundo lugar, porque el arrendador demandante no obtiene lo pretendido (el actor desea resolver el contrato, no cobrar la renta, por lo que la enervación no satisface extraprocésalmente su interés sino que supone un beneficio para el deudor basado en criterios distintos). La falta de identidad de *ratio* mostraría la inconveniencia de trasladar la solución prevista para aquellos supuestos al enervamiento. Por todo ello, la jurisprudencia menor mayoritaria y buena parte de la doctrina (32) proponían que en estos casos de enervación debía seguirse *el criterio general de imposición de costas al demandado, por ser quien con su impago injustificado había causado el pleito* [vid., en este sentido, entre otras, las SAP de Córdoba, Sección 2.ª, de 5 de marzo de 2002 (AC 2002, 459); Asturias, Sección 5.ª, de 13 de marzo de 2002 (JUR 2002/162230); La Coruña, Sección 4.ª, de 26 de febrero de 2003 (AC 2003/767); Palencia, de 28 de febrero de 2003 (JUR 2003/49155); Navarra, Sección 1.ª, de 5 de enero de 2004] (33). Este criterio es el que ha seguido la LC en su artículo 70. Ante un beneficio excepcional que se concede al arrendatario, y con mayor amplitud, al concursado, es justo que sea él quien pague las costas causadas por un incumplimiento previo suyo que dio lugar a la demanda de desahucio. El criterio del artículo 70 LC se ha visto confirmado por el nuevo apartado 5 introducido en el artículo 22 LEC por la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, que ha resuelto la problemática de las costas en los juicios de desahucio cuando se produce enervamiento, acogiendo ese criterio de la jurisprudencia y doctrina que hemos señalado antes, condenando la resolución que declare enervado el desahucio, *al arrendatario al pago de las costas devengadas, salvo que las rentas y cantidades debidas no se hubiesen cobrado por causas imputables al arrendador*. La norma procesal común sienta así un criterio que se combina perfectamente con el criterio del artículo 70 LC. *Queda claro, pues, dado el artículo 22.5 LEC, para el supuesto del artículo 70 LC, que no solo en el caso de rehabilitación, en el que la imposición de costas al arrendatario vendría dada por el criterio del vencimiento (art. 394 LEC) e incluiría las correspondientes a la ejecución, sino que también en el caso de enervación del desahucio, la administración concursal deberá abonar las costas causadas hasta ese momento*.

En cuanto a la *asunción de los pagos futuros con cargo a la masa*, aunque no venga exigido por el artículo 70 LC, se desprende del artículo 84.2.7.º LC. Además, como ha señalado la doctrina, atendiendo al espíritu y finalidad de la norma, esta presupone el cumplimiento y ejecución de la relación contractual arrendaticia cuya prosecución o reconstitución se procura respectivamente, mediante la enervación o la rehabilitación.

En lo relativo a la *forma* en que deberán ejercitarse estas facultades por la administración concursal, se requiere la adopción de una decisión previa por parte de la administración concursal (decisión aparte de la decisión sobre los alimentos), actúe de *motu proprio* o a instancia del concursado. Dicha decisión deberá consignarse en acta y transcribirse en el libro legalizado por el secretario del juzgado (art. 35.4 LC), ya que excede de la gestión ordinaria. Es imprescindible-

(32) Así HERRERO PEREZAGUA, J. F., «El desahucio de finca urbana por falta de pago y el pronunciamiento sobre costas», en *Actualidad Civil*, núm. 8, 2.ª quincena, abril de 2004, págs. 870 a 876.

(33) VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Comentario al artículo 70 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*, op. cit.

ble que la ejecución de los pagos futuros con cargo a la masa resulte factible, es decir, ha de responder a una posibilidad real y efectiva, con base en los recursos que integren la masa. De lo contrario, el arrendador resultaría injustamente perjudicado, al venir obligado a cumplir, frente a quien solo puede pagar en moneda de concurso (MADRAZO).

El artículo 70 no reconoce al arrendador una facultad de oposición, a diferencia de lo que ocurre en los artículos 68 y 69 LC. Pero el artículo 22.4 LEC, tras la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, señala: «*Si el demandante se opusiera a la enervación por no cumplirse los anteriores requisitos, se citará a las partes a la vista prevenida en el artículo 443 de esta Ley, tras la cual el Juez dictará sentencia por la que declarará enervada la acción o, en otro caso, estimará la demanda habiendo lugar al desahucio*». Dado lo dispuesto en el régimen común es incuestionable que, aunque no haya previsión legal expresa, a diferencia de lo dispuesto respecto de otras decisiones de la administración concursal (arts. 79 y 80 LC), la decisión de enervar o rehabilitar es susceptible de ser combatida a través de los trámites del incidente concursal (art. 192.1 LC). La demanda incidental deberá fundarse en la ausencia de alguno de los presupuestos o requisitos a que se sujetan las facultades de enervar o rehabilitar, o en que la ejecución de los pagos futuros con cargo a la masa no es factible, etc. En ningún caso la impugnación podrá basarse en razones de oportunidad (art. 192.3 LC). La legitimación activa corresponde al concursado, salvo que haya instado la enervación o la rehabilitación, al arrendador y al resto de acreedores concursales o contra la masa, todos los cuales pueden ostentar interés directo en la impugnación. La legitimación pasiva corresponde a la propia administración concursal, sin perjuicio de considerar parte demandada a cualesquiera otros que mantengan posiciones contrarias a la pretensión del actor, especialmente, el deudor que hubiera instado la rehabilitación (art. 193.1 LC) (34).

De acuerdo con el artículo 22.4 LEC, deberá hacerse el pago directo al actor o poner las cantidades a su disposición en el Tribunal (en la cuenta de consignaciones del Juzgado) o notarialmente (puesta a disposición notarial que además de implicar unos gastos es necesario acreditar ante el Juzgado). La forma más expeditiva, pues, parece la consignación judicial. Aunque el artículo 70 LC no hace referencia a que sea posible la consignación, es evidente que sí cabrá por tratarse de una forma más de realizar el cumplimiento de una obligación (art. 1176 y sigs. CC).

El pago no podrá diferirse en el tiempo, sino que se requiere la satisfacción inmediata de lo debido. Si esta no fuere posible, habría de afirmarse la procedencia del lanzamiento.

En cuanto al *tiempo* en que debe efectuarse la enervación o la rehabilitación, para nosotros es claro que el artículo 70 exceptúa para el concurso la regla del artículo 22.4 LEC de que la enervación tenga lugar *antes de la celebración de la vista* (35). El precepto señala que «*la administración concursal podrá enervar la acción de desahucio ejercitada contra el deudor con anterioridad a la declaración del concurso, así como rehabilitar la vigencia del contrato hasta el momento*

(34) MADRAZO, J., «Comentario al artículo 68 LC», en *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Rojo, A., y Beltrán, E. (Dir.), Thomson-Civitas, 1.ª ed., Madrid, 2004, págs. 1266 y 1267.

(35) El término final para proceder a la enervación, según el artículo 22.4 LEC, es el comienzo de la celebración de la vista del juicio verbal de desahucio, aunque no toda la doctrina es unánime al respecto.

mismo de practicarse el efectivo lanzamiento». Por lo tanto, en principio, el único presupuesto cronológico es que tales actuaciones se lleven a cabo *con anterioridad a la práctica del lanzamiento efectivo* (teniendo en cuenta además, que según el tenor literal de la Ley el momento definitivo no es el de dictarse la diligencia de lanzamiento, sino el de la efectiva práctica del mismo). Precizando aún más, no existen otras limitaciones temporales para el ejercicio de las facultades *más allá de las fijadas por el propio proceso*. Es decir, a diferencia de la rehabilitación de contratos de crédito y de adquisición de bienes con precio aplazado (en que el ejercicio de la facultad por la administración concursal debe producirse antes de que finalice el plazo para presentar la comunicación de créditos (art. 68 y 69 LC), no existe límite temporal de ejercicio de las facultades de enervar y rehabilitar. *El límite vendrá dado por la propia situación procesal. Antes de la sentencia que estime la acción de desahucio podrá enervarse la acción. Después de la sentencia y antes del efectivo lanzamiento, rehabilitarse el contrato resuelto*. Por otro lado, si bien los artículos 68 y 69 ponen un límite a la rehabilitación de contratos, que es el de los tres meses previos al concurso (en el sentido de que los contratos resueltos antes ya no pueden ser rehabilitados), aquí no existe tampoco tal limitación, de forma que podría darse la situación de que la acción de desahucio se hubiese iniciado en un momento muy anterior a la declaración de concurso. Lo único relevante para poder enervar o rehabilitar es que *no haya tenido lugar el lanzamiento antes de la declaración de concurso*. Se trata de un efecto más de la declaración de concurso, que fomenta el cumplimiento de la obligación de presentar concurso voluntario.

Lo que no es posible es rehabilitar un contrato de arrendamiento urbano extinguido por sentencia firme ya ejecutada con anterioridad a la declaración del concurso, aunque sea dentro del periodo de los tres meses a que se refieren los artículos 68 y 69 LC, para la rehabilitación de contratos de préstamo o de adquisición de bienes con precio aplazado.

Finalmente, indicar que el requisito temporal que establece la LC consiste no en que el proceso de desahucio esté aún pendiente en cualquiera de sus instancias cuando se declara el concurso, sin más, sino en que, dentro del proceso de desahucio iniciado antes de tal declaración, *todavía no se haya hecho efectivo el lanzamiento del arrendatario. Eso significa, dada la posibilidad de ejecución provisional de la sentencia de desahucio durante la pendencia de la apelación (art. 524 y sigs. LEC), que, si se ha consumado el lanzamiento del deudor por vía de ejecución provisional, antes de la declaración de concurso, será imposible rehabilitar el contrato por los medios establecidos en el artículo 70 LC (otra cosa será que la sentencia de apelación revoque la condena del juzgado)* (36).

VI. EL PÁRRAFO 2.º DEL ARTÍCULO 70 LC

Con el objeto de evitar un ejercicio abusivo de la facultad de enervar, el artículo 22.4.2.º establece unas limitaciones a dicha facultad. Señala: *«lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación cuando el arrendatario hubiera enervado el desahucio en una ocasión anterior, excepto que el cobro no hubiese tenido lugar por causas imputables al arrendador, ni cuando el arren-*

(36) GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., «Artículo 70 LC. Enervación del desahucio en arrendamientos urbanos», en *Comentarios a la legislación concursal*, op. cit., pág. 762.

dador hubiese requerido de pago al arrendatario por cualquier medio fehaciente con, al menos, un mes de antelación a la presentación de la demanda y el pago no se hubiese efectuado al tiempo de dicha presentación». El artículo 70.2.º LC por su parte indica: «no será de aplicación en estos casos [los descritos en el párrafo anterior] la limitación que establece el último párrafo del artículo 22 LEC». Desde la Ley 19/2009, el artículo 22 LEC tiene un apartado 5.º y último (relativo a las costas), por lo que habrá que entender hecha la referencia del artículo 70 LC, no a este apartado nuevo sino al que antes de la reforma era el último apartado del artículo 22 LEC, o sea, el párrafo 2.º del artículo 22.4.

VII. EFECTOS DE LA ENERVACIÓN Y LA REHABILITACIÓN Y VICISITUDES POSTERIORES DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL REHABILITADA

A consecuencia de la enervación, la causa de resolución del contrato queda subsanada y la relación contractual permanece vigente en los términos pactados. A consecuencia de la rehabilitación, la relación contractual recobra vigencia y eficacia en los términos concurrentes en el momento de la resolución, sin que sea preciso un consentimiento posterior de las partes. El renacimiento es un acto que se impone con carácter forzoso a arrendador y concursado.

A las obligaciones contraídas por el deudor común se superpone el deber de la administración concursal de satisfacer, con arreglo al régimen de pago de los créditos contra la masa, las rentas y demás cantidades cuyo pago corresponda al arrendatario. La administración concursal incurrirá en responsabilidad con arreglo al artículo 36 LC, si en el momento de adoptar la decisión de rehabilitar hubiera sido previsible que la masa fuera a resultar insuficiente o si viola el deber de satisfacer los pagos al vencimiento (art. 154 LC).

En caso de incumplimiento posterior a la enervación o rehabilitación, el arrendador podrá exigir el cumplimiento del contrato o instar el desahucio y resolverlo. Aunque tales facultades, a diferencia del artículo 69 LC, no se reconozcan expresamente, su existencia se considera incontrovertible dado que la rehabilitación no altera ni el contenido contractual ni el régimen jurídico del contrato (arts. 1091, 1124, 1256 y 1258 CC). Además, el ejercicio de las acciones en reclamación del pago de los créditos contra la masa está previsto en el artículo 154.2 LC y la facultad de resolución por incumplimiento es reconocida respecto de los contratos bilaterales vigentes al declararse el concurso (art. 62 LC). La acción de desahucio podrá ejercitarse ante el juez del concurso por los trámites del incidente concursal (arg. ex arts. 62.2 y 154.2 LC). Igualmente podrá ejercer la acción en reclamación del pago de las cantidades adeudadas, si bien no podrá promover ejecuciones para hacerlas efectivas hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación, o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos (art. 154.2 LC). Todo ello sin perjuicio de las acciones de responsabilidad que pudieran corresponder al arrendador frente a los administradores concursales.

Ejercitada la acción de desahucio, hay que pensar que no será posible una nueva enervación o rehabilitación (arg. ex art. 69.1 *in fine*). Además la exclusión de la aplicación del último párrafo del artículo 22 LEC está prevista para acciones de desahucio ejercitadas con anterioridad al concurso.

En el supuesto de incumplimiento del contrato por el arrendador, no se plantean cuestiones peculiares dentro del concurso. El concursado o la administración concursal, según corresponda (arts. 40 y 54 LC), podrán exigir el cumplimiento

del contrato o promover la resolución, en su caso, y ejercitar las acciones correspondientes (37).

Si el juez constata, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del concurso, de acuerdo con el artículo 92.7.º LC, su crédito contra la masa se transformará en crédito subordinado, pues aunque dicho precepto no se refiere expresamente al caso del artículo 70 LC, entra en su espíritu el referirse también al mismo, pues la finalidad de protección de los intereses del concurso, así como de sanción de una conducta contraria a la buena fe, que constituye la *ratio* del artículo 92.7.º LC también está presente en el caso de que se obstaculice el cumplimiento de un contrato de arrendamiento rehabilitado.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BELLIDO, R.: «Comentario al artículo 51 LC», en *Comentario de la Ley Concursal*. Rojo, A. - Beltrán, E. (Dir.), Tomo I, 1.ª ed., Editorial Civitas, Madrid, 2004.
- CABALLERO GARCÍA, F.: «Encuesta jurídica: Declaración de concurso y desahucio por falta de pago», en *www.sepin.es* (SP/DOCT/4100).
- CUENA CASAS, M.: «El derecho de alimentos en el concurso de acreedores», en *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 20, mayo de 2010 (2).
- FINEZ RATÓN, J.: «Comentario al artículo 70 LC», en *Tratado Práctico Concursal*. Prendes Carril, P. (Dir.), 1.ª ed. Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. M.: «Artículo 70 LC. Enervación del desahucio en arrendamientos urbanos», en *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal)*, Tomo I, Editorial Dykinson, S. L., Madrid, 2004.
- HERRERO PEREZAGUA, J. F.: «El desahucio de finca urbana por falta de pago y el pronunciamiento sobre costas», en *Actualidad Civil*, núm. 8, 2.ª quincena, abril de 2004.
- HERRERO DE EGAÑA, F., y DE TOLEDO, O.: «Artículo 70. Enervación del desahucio en arrendamientos urbanos», en *Proceso Concursal Práctico*. Fernández-Ballesteros, M. A. (Dir.), Editorial Iurgium, Madrid, 2004.
- MADRAZO, J.: «Comentario al artículo 68 LC», en *Comentario de la Ley Concursal*. Tomo I, Rojo, A., y Beltrán, E. (Dir.), Thomson-Civitas, 1.ª ed., Madrid, 2004.
- «Comentario al artículo 70 LC», en *Comentario de la Ley Concursal*, Tomo I, Rojo, A. y Beltrán, E. (Dir.). Thomson-Civitas. 1.ª ed., Madrid, 2004.
- MAGRO SERVET, V.: «La intervención de la administración concursal en los juicios de desahucio iniciados contra el deudor en la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio», en *Diario la Ley*, núm. 5854, lunes, 22 de septiembre de 2003.
- MARCO ARCALÁ, L. A.: «La rehabilitación de créditos y contratos en la nueva Ley Concursal», en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Tomo III, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2004.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A.: «La rehabilitación de los contratos bilaterales declarado el concurso. Análisis de los artículos 68, 69 y 70 de la LC», en *Revista de Derecho Patrimonial*, Año 2009-2, núm. 23.
- ORDUÑA, J., PLAZA, J.: «Comentario al artículo 47 LC», en *Comentario de la Ley Concursal*. Rojo, A.-Beltrán, E. (Dir.), Thomson-Civitas.

(37) MADRAZO, J., «Comentario al artículo 68 LC», en *Comentario de la Ley Concursal*, op. cit., págs. 1267 y 1268; MADRAZO, J., «Comentario al artículo 70 LC», en *Comentario de la Ley Concursal*, op. cit., págs. 1293 y 1294.

- SALELLES CLIMENT, J. R.: «Comentario al artículo 70 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*. Sagrera Tizón, J. M.^a; Sala Reixachs, A., y Ferrer Barriendos, A. (Coords.), Editorial Bosch, S. A., 1.^a ed., Barcelona, 2004.
- SAN CRISTÓBAL REALES, S.: *Las reformas en las acciones arrendaticias*, Editorial La Ley, 1.^a ed., marzo de 2010.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E.: «Comentario al artículo 70 LC», en *Comentarios a la Ley Concursal*. Cordón Moreno, F. (Coord.), Editorial Aranzadi, S. A., Cizur Menor, 2004.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- SAP de Córdoba, Sección 2.^a, de 5 de marzo de 2002 (AC 2002/459).
- SAP de Asturias, Sección 5.^a, de 13 de marzo de 2002 (JUR 2002/162230).
- SAP de La Coruña, Sección 4.^a, de 26 de febrero de 2003 (AC 2003/767).
- SAP de Palencia, de 28 de febrero de 2003 (JUR 2003/49155).
- SAP de las Islas Baleares (Sección 5.^a), de 30 de julio de 2007 (JUR 2008/52026).
- AAP de Barcelona (Sección 13.^a), de 9 de octubre de 2009 (JUR 2009/490104).
- AJM núm. 2 de Madrid, de 30 de noviembre de 2004 (AC 2005/147).

RESUMEN

ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA. CONCURSO DESAHUCIO. ENERVACIÓN Y REHABILITACIÓN

El artículo 70 LC prevé que la administración concursal podrá enervar la acción de desahucio ejercitada contra el arrendatario concursado antes de la declaración de concurso, así como rehabilitar el contrato hasta el momento mismo de practicarse el efectivo lanzamiento. Se pretende estudiar si estas facultades pueden ser ejercitadas por la administración concursal, no solo en el caso de que el bien arrendado sea sede o establecimiento de la empresa concursada, y por lo tanto, con vistas a facilitar la continuidad de la actividad empresarial, sino en el caso de que el bien arrendado sea la residencia habitual del arrendatario concursado, en relación con el derecho de alimentos que este tiene con cargo a la masa activa del concurso.

ABSTRACT

HOUSING LEASE. BANKRUPTCY UNLAWFUL DETAINER. IMPAIRMENT OF ENFORCEABILITY AND REINSTATEMENT

Article 70 of the Bankruptcy Act states that the receivers may impair the enforceability of unlawful detainer proceedings against a tenant involved in bankruptcy proceedings prior to the declaration of bankruptcy, and that the receivers may reinstate the lease up to the time of actual eviction. This paper endeavours to ascertain whether these faculties may be exercised by the receivers not only in the case where the leased property is the headquarters or establishment of a firm involved in bankruptcy proceedings (and therefore the faculties are exercised with a view to facilitating the continuity of business activity), but also in the case where the leased property is the customary leased residence of a person involved in bankruptcy proceedings, in connection with the person's right to maintenance drawn from the body of assets concerned in the bankruptcy proceedings.

2. MERCANTIL

LAS RESTRICCIONES A LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE ACCIONES EN LAS ADQUISICIONES INDIRECTAS

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Doctor en Derecho y Abogado

Socii mei socius, meus socius non est

(Ulpiano, D.17.2.20)

SUMARIO: I. LA DISCUSIÓN EN LA PROPIA SENTENCIA. SU VOTO PARTICULAR.—II. LA ADMISIBILIDAD DE LAS RESTRICCIONES A LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE ACCIONES EN SUPUESTOS DE ADQUISICIONES INDIRECTAS Y LA EXCLUSIÓN DE ACCIONISTAS EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS.—III. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD *VERSUS* PRINCIPIOS CONFIGURADORES DEL TIPO SOCIAL.—IV. EL MODELO FRANCÉS DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS).—V. EPÍLOGO.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA DISCUSIÓN EN LA PROPIA SENTENCIA. SU VOTO PARTICULAR

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de enero de 2011 (*JUR* 2001/76357), de la que ha sido ponente el Excmo. Señor Francisco MARÍN CAS-TÁN, se retoma el debate sobre la visión institucionalista o contractualista (1) del tipo social de la sociedad anónima.

Aunque mejor que retomarse dicha cuestión, consideramos que lo producido con dicho fallo judicial es la toma de postura por nuestro más Alto Tribunal a favor del carácter institucional y corporativo de la sociedad anónima, en detrimento de la mayor consideración que ha de merecer —en nuestra opinión—, el principio de la autonomía de la voluntad, también por qué no, en nuestro Derecho de Sociedades.

El caso resuelto por esta sentencia versa sobre una cláusula introducida en los estatutos sociales de una sociedad anónima, donde se preveía un derecho de rescate a favor de los accionistas en los supuestos en que varíe la composición accionarial de los mismos, es decir, cuando se produzca una adquisición indirecta de las acciones de la sociedad que estatutariamente intentaba prever dicho derecho de rescate.

La cláusula en cuestión era del siguiente tenor literal:

«Artículo 8 bis. *Los accionistas y en su defecto la Sociedad tendrán un derecho de rescate sobre las acciones de las que sean titulares aquellas sociedades que adquieran la condición de accionista al amparo del apartado b) previsto en el*

(1) Utilizando un símil bastante gráfico, Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (<http://derechomercantilespana.blogspot.com>) reseña esta sentencia del Tribunal Supremo de la siguiente forma: «Institucionalistas 1 – Contractualistas 0».

artículo 8, para el caso de que dichas sociedades por cualesquiera actos inter vivos modifiquen la composición personal de su censo de socios, de forma tal que dichos socios o quienes de ellos traigan causa, pierdan la posibilidad de ejercer la mayoría de al menos dos tercios (2/3) de los derechos de voto, dejándose en consecuencia de cumplir el aludido requisito.

No se considerará, a los efectos contemplados en el párrafo anterior, que se modifica el censo de socios de la sociedad propietaria de las acciones de Canteras de Santander, S. A., cuando aquellos por cualquier título transmitan sus acciones o participaciones sociales a ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del socio transmitente o en el supuesto de transmisiones mortis causa.

Para el ejercicio de este derecho de rescate, se seguirá el proceso establecido en el artículo 8 anterior, incluso en lo que se refiere a la valoración de las acciones, correspondiendo su inicio al órgano de administración de la Sociedad, a partir del momento en que tenga conocimiento de que se ha producido una transmisión de capital social que ha tenido como efecto uno de los supuestos previstos en el párrafo primero de este artículo.

El mismo derecho de rescate surgirá si, como consecuencia de la fusión o escisión de las sociedades que adquieran la condición de socio, las nuevas sociedades que nacieran de tales operaciones y que resultaren titulares definitivas de las acciones de Canteras de Santander, S. A., no fuesen controladas, en al menos dos tercios (2/3) de sus derechos de voto por personas que originariamente fuesen socias de Canteras de Santander, S. A. o que traigan causa de las mismas por derecho propio.

También surgirá el derecho de rescate en caso de disolución y liquidación de las sociedades que ostenten la condición de socio, pero solo frente a aquellos que como consecuencia de las operaciones de liquidación reciban en pago de su participación en el capital acciones de Canteras de Santander, S. A., salvo que se trate de personas físicas o jurídicas que originariamente fueron accionistas de Canteras de Santander, S. A. o traigan causa de quienes ostentaron tal condición.

En los casos de adquisición como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución, surgirá el mismo derecho de rescate, salvo que el adjudicatario definitivo de las acciones nominativas o participaciones sociales objeto de ejecución sea alguna de las personas previstas en el párrafo segundo de este artículo, o sea previamente accionista de Canteras de Santander, S. A.

No será ejercitable el derecho de rescate frente a las transmisiones de acciones de Canteras de Santander, S. A. que pudiera hacer la sociedad que adquiera la condición de socio al amparo del supuesto b) del artículo anterior, revertiendo su titularidad a los propios socios de las mismas, entre los que originariamente las transmitieron o a quienes de ellos traigan causa. No obstante si como consecuencia de efectuar alguna de dichas reversiones se dejara de cumplir el requisito de control de al menos los dos tercios (2/3) del derecho de voto, surgirá el derecho de rescate frente a aquellas acciones que queden bajo la titularidad de aludidas sociedades.

El órgano de administración de la Sociedad podrá, en cualquier momento, directamente o a instancias de cualquier accionista, exigir de las sociedades que adquieran la condición de socio la acreditación de estar cumpliendo el requisito previsto en el apartado b) del artículo anterior.

Asimismo las sociedades que adquieran la condición de socios en base a lo previsto en el supuesto del artículo anterior dentro de los tres (3) primeros meses de cada ejercicio acreditarán ante Canteras de Santander, S. A., que continúan cumpliendo el requisito de control de al menos dos tercios (2/3) de los derechos de voto.

El incumplimiento de la citada obligación facultará al órgano de administración de la sociedad para suspender de los derechos políticos de socio a la sociedad que

incurra en dicha falta, si después de requerida para su cumplimiento no procediera al mismo en el plazo máximo de quince (15) días».

Pese a las múltiples cuestiones que pueden analizarse del texto de la sentencia citada, lo que en este momento nos interesa es precisamente la que realmente conforma la auténtica problemática jurídica resuelta en la misma, es decir, la que como se establece en el propio Fundamento de Derecho cuarto, consiste en lo siguiente: «...la cuestión que realmente se plantea es si una sociedad anónima, sociedad capitalista por antonomasia, es compatible con una regulación estatutaria que acentúe la prevalencia del elemento personal, la identidad de sus socios, hasta el punto que la convierta en una sociedad esencialmente personalista».

O, dicho de otro modo, si la elección de la cláusula estatutaria debatida supone una desnaturalización del carácter abierto de la sociedad anónima, ya que con ella se produce la atención a un componente subjetivo en el accionariado de una sociedad anónima, impropia —según se desprende de la sentencia— del tipo configurador de la sociedad anónima.

Ciertamente, a la luz de esta sentencia, cabe volver a plantearse los límites que existen a la autonomía de la voluntad (más allá del art. 1255 del CC) en nuestro Derecho de Sociedades, y más concretamente los que pudieran venir por lo que se conoce como «elementos configuradores del tipo».

De nuevo, el tan debatido tema no resuelto satisfactoriamente a nuestro juicio, sobre la distinción entre la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, parece presidir el debate que nos ofrece esta sentencia del Tribunal Supremo.

Ni siquiera el legislador, en el reciente Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, nos descubre con claridad cuáles han de ser tales diferencias, aunque con las palabras que al respecto dedica en la Exposición de Motivos (que a continuación reproducimos por su interés en este asunto) se nos pone de manifiesto lo que anteriormente podría vislumbrarse en la introducción de este trabajo, es decir, el debate no ha perdido un ápice de su vigencia por lo que hemos de permanecer atentos a las próximas manifestaciones del mismo, que a buen seguro, continuarán produciéndose.

Dice la Exposición de Motivos del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, lo siguiente:

«IV. En el plano teórico la distinción entre las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada descansa en una doble característica: mientras que las primeras son sociedades naturalmente abiertas, las sociedades de responsabilidad limitada son sociedades esencialmente cerradas; mientras que las primeras son sociedades con un rígido sistema de defensa del capital social, cifra de retención y, por ende, de garantía para los acreedores sociales, las segundas, en ocasiones, sustituyen esos mecanismos de defensa —a veces más formales que efectivos— por regímenes de responsabilidad, con la consiguiente mayor flexibilidad de la normativa. No procede ahora hacer pronósticos sobre el futuro del capital como técnica de tutela de los terceros —tema que solo será posible afrontar adecuadamente en el marco supranacional de la Unión Europea—, pero sí interesa señalar que esa contraposición tipológica entre sociedades abiertas y sociedades cerradas no es absoluta, por cuanto que, como la realidad enseña, la gran mayoría de las sociedades anónimas españolas —salvo, obviamente, las cotizadas— son sociedades cuyos estatutos contienen cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones. El modelo legal subyacente no se corresponde con el modelo real, y esta circunstancia ha sido

tenida en cuenta por el legislador español y ha debido ser tomada en consideración a la hora de elaborar el texto refundido. Se produce así, en ese plano de la realidad, una superposición de formas sociales, en el sentido de que para unas mismas necesidades —las que son específicas de las sociedades cerradas— se ofrece a la elección de los particulares dos formas sociales diferentes, concebidas con distinto grado de imperatividad, sin que el sentido de esa dualidad pueda apreciarse siempre con claridad. De este modo queda sin respuesta la pregunta de cuál debe ser en el futuro la relación entre las dos formas principales de las sociedades de capital y la de si el tránsito de una a otra debe respetar los requisitos establecidos para la transformación o si se debe facilitar a través de técnicas más ágiles y sencillas. Más que una rígida contraposición por razón de la forma social elegida, la distinción esencial radicaría en tener o no la condición de sociedad cotizada. El importante papel de las sociedades cotizadas en los mercados de capitales hace necesaria una intervención pública en la actividad económica orientada por una parte a la protección al inversor y por otra a la estabilidad, eficiencia y buen funcionamiento de los mercados financieros.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la regulación de las sociedades cotizadas quedará sistematizada, por una parte, en este texto refundido, para recoger los aspectos económicos eminentemente societarios y, por otra, en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, donde aparece la regulación de la vertiente financiera de este tipo de sociedades, presidida fundamentalmente por el principio de transparencia para asegurar el buen funcionamiento de los mercados y la protección al inversor».

En función de lo expresado por el legislador, puede observarse solo como una de las diferencias tradicionalmente esgrimidas por la doctrina para distinguir a la sociedad anónima de la sociedad de responsabilidad limitada, es decir, el carácter abierto de aquella frente al carácter cerrado de esta, lo es solo en el «plano teórico».

El propio legislador reconoce que esa distinción tipológica entre sociedades abiertas y cerradas no es absoluta y que el modelo legal no se corresponde con la realidad ya que la gran mayoría de las sociedades anónimas españolas (salvo, obviamente las cotizadas), contienen cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones (2).

Además, el legislador conviene en expresar que más que establecer una diferencia tipológica en cuanto a sociedad anónima *versus* sociedad de responsabilidad limitada, la contraposición de formas sociales ha de realizarse desde el carácter cotizado o no de la sociedad, ya que en ellas, en función de la propia esencia de los mercados de capitales es donde realmente puede defenderse una intervención pública en la vida económica para garantizar entre otras cosas, la protección del inversor.

(2) Ha existido acuerdo en permitir la utilización de la sociedad anónima configurada con las características de una sociedad de responsabilidad limitada cerrada. Vid., por ejemplo, MASSAGUER, «La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista General del Derecho*, diciembre de 1994, pág. 12963; POLO Díez, *La concurrencia y selección de los tipos sociales en la reforma de las sociedades de capital. ¿Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada? La cuestión tipológica*, Madrid, 1992, pág. 160; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «La Sociedad de Responsabilidad Limitada en el sistema español de sociedades de capital», en *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, t. I. Madrid, 1996, pág. 7).

Por lo tanto, una primera aproximación a la sentencia analizada nos hace concluir que la *ratio decidendi* de la misma descansa en un modelo ideal y teórico distintivo entre las dos principales formas sociales, el carácter abierto o cerrado de las mismas, cuando la propia realidad jurídica ofrece otra perspectiva y es que los agentes del tráfico jurídico económico no tienen en cuenta dicha consideración a la hora de elegir el tipo social correspondiente.

Por tanto, más allá de la propia realidad existente, el presente fallo jurisprudencial está anclado en una distinción no solo teórica, sino ajena a la propia realidad social (criterio interpretativo de las normas, ex art. 3 del CC), descansando el mismo desde un plano excesivamente dogmático en cuanto al respeto de unos principios configuradores del tipo social, ciertamente difíciles de concretar, que no pueden servir como excusa a una grave restricción de la autonomía de la voluntad, cuando esta no contradice norma imperativa alguna, como creemos que sucede en el presente caso.

No ha de obviarse a este respecto que se ha afirmado sin discusiones la naturaleza contractual de los estatutos sociales, como, por ejemplo, se establece en la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 1995 (*RJ* 1995/4208), al razonarse al respecto que: *«ha de entenderse que el Estatuto Societario no es una norma jurídica como tal, de las previstas en el artículo 1.1.6 del Código Civil, cuyo quebranto dé acceso al recurso de casación. Su estructura de carácter convencional o contractual, sirve de regla de conducta a la sociedad y a sus integrantes»*, y que los criterios interpretativos para su correcto entendimiento también han sido expuestos por la jurisprudencia. De esta forma y a título ejemplificativo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 2001 (*RJ* 2001/514), estableció como criterio rector interpretativo el de la buena fe mercantil al decir que: *«Aunque, según reiterada jurisprudencia, los Estatutos constituyen la reglamentación necesaria para el funcionamiento corporativo de la sociedad y sus normas habrán de ser observadas por todos los socios, pues regulan preceptivamente la vida interna de la compañía en tanto no se opongan a disposiciones legales con valor de ius cogens, no cabe olvidar que deben interpretarse según las normas de la buena fe mercantil»*.

Pese a todo, la respuesta del Tribunal Supremo es la siguiente:

«...una sociedad anónima no puede tener una regulación estatutaria que la configure como esencialmente personalista o absolutamente cerrada por estar ello en contradicción con los principios configuradores de la Sociedad Anónima».

Es decir, entiende el Tribunal Supremo que una limitación a la libre transmisibilidad de acciones en casos de adquisiciones indirectas, convierte a la sociedad anónima en «esencialmente personalista», o «absolutamente cerrada», y que ello no es posible por vulnerar los principios configuradores de la sociedad anónima.

Afortunadamente, lejos de haber resultado una solución unánime la ofrecida por esta sentencia, la misma contiene un interesante y razonable voto particular formulado por el Excmo. Señor don Rafael Gimeno-Bayón Cobos, con el que coincidimos en su conclusión.

En dicho voto particular, lo que se analiza propiamente es: *«...si son posibles las limitaciones a la transmisibilidad indirecta de acciones en una sociedad anónima no cotizada, sin que ello atente a los principios configuradores de este tipo societario, aunque puedan comportar como efecto reflejo la exclusión de un socio»*.

Los argumentos de dicho voto particular son los siguientes:

(i) RESTRICCIONES A LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE LAS ACCIONES

Legalmente, es posible el establecimiento de dicha restricción cuando recaiga sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas en los estatutos sociales, siendo nulas las cláusulas que hagan prácticamente intransmisible la acción, según se recogía en el artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas y en el actual artículo 123 de la Ley de Sociedades de Capital.

De esta forma se afirma en el voto particular que la sociedad anónima «... pese a ser tipológicamente una sociedad “naturalmente” pero no “esencialmente” abierta, los socios pueden configurar una sociedad cerrada y controlar quién vaya a ser el nuevo socio siempre que las restricciones cumplan los requisitos fijados por la norma (...) Lo expuesto permite concluir que la norma reconoce como derecho inderogable de los accionistas “transmitir la acción” o como se afirma en gráfica expresión, el accionista no puede quedar “prisionero de sus títulos”. Dicho de otra forma, de la norma deriva que forma parte de las bases esenciales o principios configuradores de la sociedad anónima no cotizada la “transmisibilidad” de las acciones, pero que no dejan de ser más que simples mitos la “libre” transmisibilidad y la “irrelevancia subjetiva” de la identidad de los accionistas por tratarse de sociedades intuitu pecuniae».

(ii) ADMISIBILIDAD DE LAS RESTRICCIONES A LA TRANSMISIÓN INDIRECTA DE ACCIONES

Dicha admisibilidad puede concretarse tanto a través del cumplimiento de prestaciones accesorias estatutarias o a través de un derecho de adquisición forzosa, o incluso, mediante una obligación de transmitir.

De hecho, continua afirmando el voto particular: «...Más aún, si se tiene en cuenta que cabe restringir la transmisión de acciones a favor de personas jurídicas, en la realidad la limitación opera ampliando la transmisibilidad de las acciones, al situar a personas jurídicas con una determinada configuración subjetiva en el mismo plano que de sí una persona física que reuniese tales condiciones se trata-se, por lo que la prohibición de tales restricciones en la práctica provoca el efecto perverso de restringir la transmisibilidad de las acciones de la sociedad base a otras sociedades, ante el riesgo de que en la sociedad accionista entre socios distintos de los originarios y no vinculados a los históricos de la sociedad base».

(iii) LA VENTA FORZOSA Y LA EXCLUSIÓN DE SOCIOS

Los argumentos anteriores no contradicen ningún derecho del socio a permanecer como tal y a no ser excluido de la sociedad, como así lo demuestran casos, como la enajenación de las acciones del accionista moroso respecto de sus dividendos pasivos; el derecho de rescate en supuestos de adquisición por causa de muerte, o a consecuencia de un procedimiento administrativo o judicial; el incumplimiento de prestaciones accesorias estatutarias y el reconocimiento práctico del derecho de retracto.

(iv) LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA LEY DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Si se admite la venta forzosa en sociedades de responsabilidad limitada, ha de permitirse igualmente para la sociedad anónima.

(v) LAS ALTERNATIVAS TIPOLÓGICAS

Se afirma que: «...la realidad demuestra que las sociedades de responsabilidad limitada se han configurado tradicionalmente más como anónimas simplificadas y flexibles que como sociedades personalistas, viceversa, las sociedades anónimas, por razones de muy diversa naturaleza y para obtener distintos fines lícitos —entre ellos no perder su carácter esencialmente familiar— han incorporado con efectos satisfactorios para el tráfico la posibilidad de introducir elementos personalistas».

De esta forma, concluye su razonamiento el voto particular:

«Por ello entiendo que son lícitas las normas estatutarias que imponen una restricción positiva, dirigida a exigir, a modo de prestación accesorio para la permanencia en la sociedad, que se mantengan en la sociedad accionista las condiciones que permitieron su entrada en la misma sin restricciones, con independencia de que el tipo escogido se ajuste o no la estructura ideal de la sociedad anónima estrictamente capitalista, abierta y regida por el intuitus pecuniae, ya que en modo alguno vulneran las previsiones imperativas contenidas antes en la Ley de Sociedades Anónimas, y hoy en la Ley de Sociedades de Capital».

II. LA ADMISIBILIDAD DE LAS RESTRICCIONES A LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD DE ACCIONES EN SUPUESTOS DE ADQUISICIONES INDIRECTAS Y LA EXCLUSIÓN DE ACCIONISTAS EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

El establecimiento de cláusulas estatutarias limitativas de la libre transmisión de acciones en casos de adquisiciones indirectas, ha venido siendo admitido por nuestra doctrina mercantilista, no sin discusiones al respecto manifestadas principalmente en relación con las objeciones puestas a la posibilidad de configurar un derecho de exclusión de accionistas en la sociedad anónima, siendo también frecuentemente respaldadas por nuestra práctica jurídica y por la registral.

En el presente caso, hemos de tener presente que la cláusula estatutaria analizada en esta sentencia del Tribunal Supremo regulaba un derecho de rescate en casos de adquisiciones indirectas.

Es decir, no se trataba de un derecho de adquisición preferente sino de un derecho de rescate (modalidad de restricciones a la libre transmisibilidad de acciones) de carácter convencional mediante el cual lo que se persigue con el mismo no es impedir la transmisión, como ocurriría en los casos de autorización o en los de adquisición preferente, sino que su finalidad es obligar al accionista correspondiente ante el acaecimiento de las circunstancias previstas en la misma (ejemplo, cambio de control) a transmitir las acciones a favor del beneficiario de la restricción (por ejemplo, otro accionista), por lo que este derecho de rescate juega realmente como si de un supuesto de exclusión estatutaria se tratase.

PERDICES HUETOS (3) se refiere al respecto del siguiente modo: «A poco que se mire, estas cláusulas [de rescate] son equiparables desde un punto de vista funcional a supuestos de exclusión estatutarios; o más simplemente, estas cláusulas son un expediente técnico de arbitrar auténticos supuestos de exclusión. Tal vez esta apreciación lleve a pensar en su inidoneidad en ciertos ámbitos, como el de la sociedad anónima, sobre la base del socio a su derecho a seguir siéndolo; acaso tan

(3) Antonio B. PERDICES HUETOS: *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Editorial Civitas, 1997, págs. 249, 250 y 251.

solo en la sociedad limitada, se diría, tiene cabida tal posibilidad (art. 188.3 RRM). A nuestro juicio, sin embargo, en el actual estado de desarrollo de nuestra doctrina, las figuras de la exclusión y separación están ganando cada vez más terreno como elementos de la parte general del derecho de sociedades, con independencia de las peculiaridades que puedan presentar en cada tipo concreto. Si, por ejemplo, el socio de una sociedad colectiva o de responsabilidad limitada aceptó someterse a la obligación de transmitir a los otros sus participaciones en el momento de jubilarse, no se ve por qué debe ser distinta la consecuencia si la sociedad fuera una anónima (...). Por lo demás, este útil y en ocasiones imprescindible mecanismo lo es en nuestro derecho, donde ya eran conocidas en las sociedades anónimas laborales (arts. 10 y 11 LSAL 1986), y, donde, recientemente, han sido admitidas en el caso de las sociedades de responsabilidad limitada por el artículo 188.3 RRM (...).

Naturalmente, el papel de estas cláusulas no se agota en ser el mecanismo de cierre del sistema restrictivo en los casos de transmisiones involuntarias; nada obsta para que las partes puedan voluntariamente someterse a las mismas cuando así lo consideren de su conveniencia: por ejemplo, en los casos de sociedades profesionales donde la jubilación o la incapacidad fuerzan a quien las sufren a la transmisión de las acciones de la sociedad, o en el supuesto de que prevea esa transmisión para el caso de que el socio pase a ser administrador de una sociedad competidora (vid., art. 10 LSL y aunque parece un pacto no estatutario el previsto en el caso de la STS de 5-VII-1994, Ar. 6431), o en definitiva, en el caso de que se establezca que si el cónyuge *supérstite* adjudicatario de las acciones del fallecido vuelve a contraer matrimonio, vendrá obligado a transmitir las a los restantes socios pertenecientes a determinada familia. El sometimiento voluntario del socio al contenido de esta cláusula y su inmodificabilidad sin su consentimiento son, como se verá, razones de sobra suficientes para que su admisión en el derecho de sociedades sea tan clara como lo es la de una opción de compra condicionada en el derecho común. Por lo demás, su estructura y régimen jurídico es igual al de los casos legalmente previstos».

Si bien es cierto, que en un primer momento la atención a las cualidades o requisitos del accionista en cuestión quedan atendidas o cubiertas con el examen de lo que podríamos llamar «primer nivel», no es menos cierto que la alteración accionarial del accionista persona jurídica de la sociedad anónima base, puede ser enormemente relevante en determinadas situaciones.

De esta forma, pensemos en el siguiente ejemplo: Una sociedad anónima «A», con acciones nominativas, tiene como objeto social la explotación del negocio «X», y su accionariado está compuesto por personas físicas y otras jurídicas. Si como consecuencia de una desavenencia en su accionariado, la persona jurídica mayoritaria decide vender sus acciones de la sociedad anónima «A» a la sociedad «B», que se dedica al mismo género de actividades «X» en clara competencia con la sociedad anónima «A», lo lógico en bien del interés social (entendido este, como el interés de todos los socios y no el de la mayoría de los mismos), es que se pongan trabas a la entrada en el accionariado de la sociedad anónima «A» a la sociedad «B».

Como hemos adelantado anteriormente, la admisión de cláusulas estatutarias que restrinjan la libre transmisibilidad de acciones en supuestos de adquisiciones indirectas, ha sido contemplada afirmativamente por la doctrina. En España, a título de ejemplo, destaca la atención y el estudio que en su día dedicara al tema PERDICES HUETOS.

Este autor parte de la validez de dichas cláusulas incluso para la sociedad anónima, reconociendo la posibilidad que tienen los socios de que se tenga en

cuenta el accionariado de la correspondiente sociedad anónima, a través de la contemplación subjetiva de dicho accionariado. PERDICES afirma (4) que: «consentido el ingreso de una persona jurídica como socio en una sociedad cerrada, es tal sujeto el relevante a efectos restrictivos, y no las concretas personas que puedan llegar a integrarlo; es decir, que los beneficiarios de la restricción asumen como irrelevantes los cambios subjetivos o de control en aquella. Esta regla, repetida ya varias veces, formula un principio desde luego disponible a la previsión expresa de las partes, que pueden hacer contemplación expresa de la composición subjetiva de la partícipe como dato determinante tanto de su admisión como de su permanencia en la sociedad».

Coincidimos con dicho autor en que no debe albergar dudas la admisibilidad de establecer en los estatutos de una sociedad de responsabilidad limitada que la adquisición indirecta se pudiera configurar como una causa de exclusión pura con reducción de capital, o incluso operada mediante el trámite de venta forzosa (rescate) de las participaciones a quien haya determinado la sociedad (art. 188.3 del Reglamento del Registro Mercantil).

En cuanto a dicha posibilidad en la sociedad anónima, PERDICES opina lo siguiente (5):

«Más dudosa parece, en principio, la posibilidad de exclusión de un socio de una sociedad anónima en el caso de que nada se haya establecido en el contrato social. A nuestro juicio nada obsta a la previsión de cláusulas de exclusión expresa, pura o por medio de obligaciones de venta. Tan solo un pretendido derecho fundamental del socio a seguir siéndolo puede llevar a considerar desfavorablemente esta solución.

La intangibilidad del derecho del socio a permanecer en la sociedad tiene un origen contractual. En efecto, por la suscripción de la participación, un sujeto y sus sucesores han devenido partes de un contrato y este no puede ser disuelto respecto a una parte por la voluntad unilateral de las otras. El origen de la intangibilidad de la condición de socio se encuentra precisamente en el momento en que se concluye el contrato de sociedad. Pues bien, si en ese momento el socio admite limitar contractualmente su derecho en virtud de la aceptación de una cláusula estatutaria de rescate en el supuesto de cambio de control, no parece que deba haber duda sobre el tema. Entonces, la admisibilidad de la exclusión y su inocuidad respecto al derecho a permanecer como socios son resultado de la consideración del carácter convencional y contractual de la sociedad; nadie está legitimado para juzgar la bondad o no de lo decidido por los socios.

Que eso es así en las sociedades de personas, incluso en la limitada, resulta patente. Ningún inconveniente parece que deba haber entonces a que se siga idéntica solución en las sociedades anónimas que se acerquen a la configuración y a la racionalidad propias de las sociedades personalizadas. No se olvide en definitiva, que es el propio legislador quien permite la personalización de la sociedad anónima, hasta tal punto que solo las restricciones que hagan prácticamente intransmisible la acción son el límite máximo de la misma. Acaso una sociedad anónima pura, donde solo el *intuitus pecuniae* determine la aceptación de un socio hace extraña e innecesaria la posibilidad de exclusión —salvo falta de pago de dividendos pasivos, por supuesto—; pues bien, en aquellos casos donde son otros los requisitos que se prevén, es lógico que se hayan de tener en cuenta.

(4) *Op. cit.*, págs. 380 y 381.

(5) *Op. cit.*, págs. 383, 384 y 385.

En definitiva, y en breves palabras: si la Ley permite condicionar la entrada de un socio en una anónima a determinados requisitos o condiciones, del mismo modo debe permitir su exclusión cuando aquellos —especialmente cuando así se haya previsto estatutariamente— vengan a faltar. Por otro lado, la exclusión viene en no pocos casos a ser la única alternativa aceptable y eficiente frente a la disolución a que la entrada de un indeseable vendría seguro a producir».

En nuestra opinión, las anteriores reflexiones vienen dadas desde una visión acertadamente contractualista del problema. Una reflexión tipológica, no puede abonar tesis contrarias, ya que como hemos tenido oportunidad de comprobar el legislador (Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades de Capital) también permite la personalización de la sociedad anónima, puesto que considera que se trata de una sociedad naturalmente abierta en contraposición de la sociedad limitada que es esencialmente cerrada. Esto es, la desnaturalización del carácter abierto de la sociedad anónima y consiguiente *intuitus personae* de la misma se observa en la posibilidad —refrendada legalmente— de que puedan existir restricciones a la libre transmisibilidad de las acciones nominativas, con los citados requisitos del artículo 123 de la Ley de Sociedades de Capital (anterior art. 63 de la Ley de Sociedades Anónimas), siendo de la opinión que dicha restricción pueda arbitrarse mediante el establecimiento de un derecho de rescate convencional, que operara como un supuesto de exclusión establecido en los estatutos de una sociedad anónima.

De esta forma, considerado el derecho de rescate como un supuesto de exclusión, conviene al menos exponer someramente cuál es el tratamiento que se realiza sobre la posibilidad de la exclusión de accionistas en la sociedad anónima, para poder argumentar la admisión de este tipo de cláusulas (6).

En nuestra legislación, la exclusión de socios se ha configurado por esencia para las sociedades personalistas (vid. art. 218 del Código de Comercio), habiendo sido objeto de rechazo para las sociedades anónimas por parte de un importante sector doctrinal (7).

En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de septiembre de 1983 (RJ 7016), razona que: «...a diferencia de las Sociedades personalistas en que aparece regulada la posibilidad de exclusión del socio de la sociedad..., no se encuentra ningún precepto que regule esta materia con carácter general en la Ley de Sociedades Anónimas, lo que es completamente congruente con la esencia capitalista de esta clase de Sociedad, en donde la obligación fundamental del socio es la de aportar y desembolsar la suma a que se comprometió y de ahí solamente por incumplimiento de esta obligación social quepa su exclusión a voluntad del propio ente social (...) la ampliación de las causas de exclusión en una Sociedad de tipo capitalista ha de ser examinada

(6) Para una mayor extensión sobre el tema, con abundante bibliografía nacional y extranjera, puede consultarse: BONARDELL LENZANO y CABANAS TREJO, «Separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 12, 1998; PÉREZ RODRÍGUEZ, «La exclusión de socios en sociedades anónimas», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, 2005-2, núm. 25.

(7) Vid. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, Madrid, 1976, págs. 460 y 461; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios de Derecho Mercantil*, tomo II, 1978, págs. 698 y 699, y GARCÍA VILLAVARDE, *La exclusión de socios. Causas legales*, Madrid, 1977, págs. 244 a 255. En contra, RODRÍGUEZ-SASTRE, «Exclusión de un accionista de sociedad anónima», en *Revista de Derecho Privado*, t. LIX, 1975, págs. 473 y sigs.

con disfavor, máxime si se observa que la propia Ley, incluso en el supuesto de que el socio tuviere el carácter de Administrador social y realizase actos graves competitivos para la actividad social, puede ser cesado en su cargo (art. 83), pero no privado de su cualidad de accionista».

No obstante, como se ha puesto de manifiesto (vid. PÉREZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, págs. 236-237): «...En los últimos años, sin embargo, un sector de nuestra doctrina (8) está empezando a admitir ya que la exclusión es una institución aplicable a distintas formas asociativas y tipos sociales, desde las sociedades de personas de estructura simple —sociedad civil— a formas corporativas más complejas —Sociedad Anónima, Asociación—, tal y como sostiene también desde hace tiempo la doctrina extranjera».

Los principales argumentos que se han venido doctrinalmente ofreciendo para la admisión de la exclusión de accionistas en la sociedad anónima (vid. PÉREZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, págs. 242 y sigs.) son los que a continuación resumimos:

(i) LA EXCLUSIÓN POR JUSTOS MOTIVOS

Como expusiera GIRÓN TENA (9) al tratar sobre las causas de exclusión previstas en el artículo 218 del Código de Comercio por el incumplimiento del socio, debido a la época de redacción del mismo, donde aún no había madurado la doctrina de la exclusión social: «...Esa anticipación en el tiempo que supuso no contar con una visión sistemática de la posibilidad de evitar la extinción de la sociedad mediante la simple salida del socio en el que se diera cualquier causa disolutiva subjetiva fue precisamente la causante de que nuestro legislador mercantil solo contemplara la exclusión por incumplimiento de las obligaciones del socio».

De esta forma, se ha ido admitiendo doctrinalmente una ampliación de los supuestos de exclusión, más allá, del genérico contemplado en el artículo 218.7 del Código de Comercio, donde se tendría también como causa de exclusión: «no solo los incumplimientos del socio, sino también cualquier comportamiento o circunstancia personal suya que, a la luz de las circunstancias del caso, determine la puesta en peligro del fin común o de cualquier otro modo haga inexigible para los demás su permanencia en la sociedad (...) El fundamento legal ha de residenciarse en el artículo 1258 del Código Civil, que obliga a integrar el contrato no solo con lo expresamente establecido por las partes o por la ley, sino con lo que se deriva de la buena fe. Y la buena fe —o, si se prefiere, el deber de fidelidad en que se traduce en el Derecho de Sociedades— exige que los socios acepten ser excluidos sin disolución de la sociedad cuando en su persona concurren circunstancias que ponen en peligro la consecución del fin común» (10).

(8) Vid., por ejemplo, ALFARO ÁGUILA-REAL, «Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)», en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, Valladolid, 1998; VIERA GONZÁLEZ, «Las sociedades de capital cerradas y causas de separación y exclusión en la SA y en la SRL», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Thomson-Aranzadi, núm. 17, 2001-2; FERNÁNDEZ DEL POZO, «Greenmail y amortización no paritaria de acciones y de participaciones. Un examen crítico del estado de la cuestión en nuestra jurisprudencia», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Thomson-Aranzadi, 2003-2.

(9) GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, 1976, pág. 666.

(10) PAZ-ARES, *La sociedad colectiva: cambios de socios, separación y exclusión*. Rodrigo Uría-Aurelio Menéndez. Curso de Derecho Mercantil, Editorial Civitas, Tomo I, págs. 654 y 655, 1999.

Por tanto, somos de la opinión de que la exclusión por justos motivos debería ser aplicable no solo en las sociedades de base esencialmente cerrada o personalista, sino también en aquellas sociedades que como la anónima pueden alcanzar tal grado de personalismo, en virtud de los pactos y condiciones pactados en el contrato social.

(ii) LA POSIBILIDAD DE CONFIGURAR SOCIEDADES ANÓNIMAS CERRADAS

Ya nos hemos pronunciado anteriormente acerca del carácter «naturalmente» abierto de la sociedad anónima, y «esencialmente» cerrado de la sociedad limitada, de ahí que la posibilidad de pactar prestaciones accesorias, así como estipular restricciones a la libre transmisibilidad de acciones pueden suponer, evidentemente, un tránsito del teórico carácter abierto de la sociedad anónima, en general, al carácter cerrado de una sociedad anónima, en particular (11).

En este sentido, por ejemplo, ALFARO ÁGUILA-REAL (vid., *op. cit.*, pág. 108) razonaba diciendo que: «...si se admite la exclusión en Sociedades de Responsabilidad Limitada debería admitirse igualmente en Sociedades Anónimas, ya que en este subtipo de Sociedad Anónima también existe la necesidad de desprenderse de los socios entorpecedores o indeseables que impiden o ponen en peligro la consecución del fin social».

En este punto, resulta sumamente interesante a nuestro juicio, observar cómo de *lege data*, ya se regula el derecho de exclusión en sociedades que pueden adoptar la forma de sociedad anónima.

En este sentido, puede observarse el artículo 14 de la Ley 2/2007 de Sociedades Profesionales, donde con gran laxitud se prevé que: «*Todo socio profesional podrá ser excluido, además de las causas previstas en el contrato social, cuando infrinja gravemente sus deberes para con la sociedad o los deontológicos, perturbe su buen funcionamiento o sufra una incapacidad permanente para el ejercicio de su actividad profesional*» (12).

Es decir, de acuerdo con lo anteriormente establecido en una sociedad profesional que revista la forma de sociedad anónima se pueden regular cláusulas de exclusión estatutarias con carácter libre para los socios profesionales («además de las causas previstas en el contrato social»), de ahí que sirva de ejemplo, para la ausencia de justificación al rechazo propugnado acerca de la posibilidad de pactar cláusulas de exclusión estatutaria en una sociedad anónima. ¿Por qué en una sociedad anónima profesional sí, y en una sociedad anónima general, no? Se podría aducir, los especiales deberes que asisten a un socio profesional por razón de su propia naturaleza, sin embargo, el argumento sería absolutamente rechazable, cuando la propia norma a la que hemos hecho referencia, permite la libertad de pactos al respecto en el contrato social.

(11) Vid. ROJO, «La sociedad anónima como problema», en *¿Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada? La cuestión tipológica*, Madrid, 1992; GARRIDO DE PALMA, «La sociedad anónima, limitada familiar. La transmisión de acciones, de participaciones sociales y el cambio de socios en las mismas», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, T. II, Valencia, 1995.

(12) Para un tratamiento más extenso al respecto sobre este tipo societario particular, vid. ROSA GARCÍA PÉREZ, «Exclusión de socios profesionales», en *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales. Régimen Fiscal y Corporativo*. Thomson-Aranzadi, 2007, pág. 475 y sigs.; AURORA CAMPINS VARGAS, *La sociedad profesional*, Editorial Civitas, 2000, pág. 383 y sigs.

Otro ejemplo normativo lo podemos encontrar en el artículo 10 de la Ley 4/1997, de Sociedades Laborales, que expresamente prevé lo siguiente:

«Artículo 10. Extinción de la relación laboral.

1. *En caso de extinción de la relación laboral del socio trabajador, este habrá de ofrecer la adquisición de sus acciones o participaciones conforme a lo dispuesto en el artículo 7 y si nadie ejercita su derecho de adquisición, conservará aquel la cualidad de socio de clase general, conforme al artículo 6.*

Habiendo quienes deseen adquirir tales acciones o participaciones sociales, si el socio que, extinguida su relación laboral y requerido notarialmente para ello no procede, en el plazo de un mes, a formalizar la venta, podrá ser esta otorgada por el órgano de administración y por el valor real, calculado en la forma prevista en el artículo 8, que se consignará a disposición de aquel bien judicialmente o bien en la Caja General de Depósitos o en el Banco de España.

2. *Los estatutos sociales podrán establecer normas especiales para los casos de jubilación e incapacidad permanente del socio trabajador, así como para los supuestos de socios trabajadores en excedencia».*

Es decir, también cuando una sociedad laboral quede configurada bajo el tipo de la sociedad anónima se prevé un caso de exclusión de socios cuando estos hayan cesado en su relación laboral y no hayan procedido a la enajenación de sus acciones en la forma regulada.

En otros entes asociativos, igualmente vemos como el régimen de exclusión de socios, ha venido permitiéndose legislativamente. De esta forma podemos citar el artículo 64 de la Ley 1/1994, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca, que establece lo siguiente:

«Artículo 64. Efectos de la exclusión de un socio.

1. *El acuerdo de la Junta General por el que se excluye de la sociedad a un socio privará a este de su condición de tal y le otorgará el derecho al reembolso de las participaciones sociales, una vez extinguidas en su caso las obligaciones a cuyas garantías se hallaban afectadas.*

2. *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el Consejo de Administración acuerde la exclusión de un socio por haber incumplido la obligación garantizada y ser dudoso el recobro de la cantidad pagada por la sociedad, el importe del reembolso de las participaciones del socio excluido se destinará a cubrir el pago realizado por la sociedad en virtud de la garantía.*

Si el importe del reembolso excediera de la cantidad pagada por la sociedad, el exceso se destinará, en su caso, a una reserva para cubrir otras garantías otorgadas a favor del mismo socio que permanezcan vigentes.

3. *En todo caso, tanto el importe del reembolso de las participaciones como la responsabilidad del socio excluido por dicho importe, en relación con las deudas contraídas por la sociedad con anterioridad a la fecha del reembolso, se regirán por lo establecido para la separación en el artículo 29».*

Lo mismo ocurre en el artículo 16 de la Ley 12/1991, de Agrupaciones de Interés Económico, que prevé lo siguiente:

«Artículo 16. Pérdida de la condición de socio.

1. *La condición de socio se perderá específicamente cuando dejen de concurrir los requisitos exigidos por la Ley o por la Escritura para ser socio de la agrupación*

o cuando se declare su concurso, quiebra o suspensión de pagos. El socio cesante tendrá derecho a la liquidación de su participación de acuerdo con las reglas establecidas en la escritura y, en su defecto, en el código de comercio.

2. Quedan a salvo los supuestos generales de transmisión, separación o exclusión».

Por último, e igualmente, puede observarse el artículo 18.5 de la Ley General de Cooperativas, que dispone que:

«5. La expulsión de los socios solo procederá por falta muy grave. Pero si afectase a un cargo social el mismo acuerdo rector podrá incluir la propuesta de cese simultáneo en el desempeño de dicho cargo».

(iii) LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD COMO REMEDIO EXTREMO PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS SOCIALES Y EL DEBER DE FIDELIDAD DEL ACCIONISTA

En numerosas ocasiones (desafortunadamente) nos encontramos en la práctica como determinados socios que con su actitud contraria al interés social o fin común, provocan una situación de crisis en la empresa, por ejemplo, mediante la paralización de los órganos sociales (causa de disolución legalmente establecida para las sociedades anónimas y para las sociedades de responsabilidad limitada), con el único propósito de inducir con su actitud fraudulenta la disolución de la sociedad correspondiente y obtener o recuperar mediante la cuota de liquidación social el contravalor de la aportación social inicialmente efectuada, a costa de suponer dicho propósito individualista la disolución social.

En escenarios como el planteado, coincidimos con la doctrina en admitir la disolución social solo como último recurso y admitir la posibilidad de llevar a cabo la exclusión del socio que velando única y exclusivamente por sus intereses particulares lleva a la sociedad a la disolución. En estas situaciones, la exclusión social estaría más que justificada, pese a la ausencia de regulación positiva de la misma para estas situaciones en nuestra legislación de sociedades anónimas, en virtud de la aplicación de normas generales que proscriben la actuación contraria a las exigencias de la buena fe y el abuso del derecho (art. 7 CC), el fraude de ley (art. 6.4 CC), el principio de *pacta sunt servanda*, así como por la debida integración del contrato social (art. 1258 CC).

El deber de buena fe que tiene su correspondencia en el Derecho Societario en el deber de fidelidad del socio, así como en la persecución del interés social, no puede ser vulnerado mediante conductas contrarias al mismo que supongan la desaparición absoluta del fin común, mediante la disolución de una sociedad.

Estas consideraciones ya han sido puestas de manifiesto en nuestra doctrina cuando se ha evidenciado la preocupación por la desmesurada respuesta que ofrece nuestro Derecho de Sociedades en supuestos como el anteriormente planteado. De esta forma, ALFARO ÁGUILA-REAL (13) razona diciendo que: «...En este caso, imponer (por parte del legislador o por parte del socio minoritario) a los restantes la disolución de la sociedad constituye una respuesta desproporcionada y contraria a la función que corresponde genéricamente al Derecho contractual, ya que no se entendería por qué no puede limitarse la respuesta legal a “sacar” de la sociedad al socio que provoca la perturbación permitiendo a los demás con-

(13) Vid., *op. cit.*, pág. 98.

tinuar la persecución del fin común evitándoles la necesidad de disolver, liquidar y posteriormente reconstituir la sociedad sin el socio perturbador».

III. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD *VERSUS* PRINCIPIOS CONFIGURADORES DEL TIPO SOCIAL

Según hemos podido comprobar, el argumento principal de la sentencia analizada reside en que el derecho de rescate estatutario ante adquisiciones indirectas contradice los principios configuradores del tipo de la sociedad anónima, ya que la admisión de dicha cláusula estatutaria supondría —a juicio del Tribunal Supremo— una personalización de la sociedad anónima.

Ello supone que hayamos de atender el significado y alcance del referido concepto «principios configuradores» del tipo social para delimitar si desde una comprensión del mismo puede llegarse a la conclusión de la sentencia, lo cual, de nuevo adelantamos, no creemos posible sino es desde un desmesurado cerceamiento a la autonomía de la voluntad de los accionistas contratantes.

El tratamiento de la cuestión parte hoy en día del análisis del artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital (cuyos antecedentes son el art. 10 de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 12.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) que prevé lo siguiente:

«Artículo 28. *Autonomía de la voluntad.*

En la escritura y en los estatutos se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido».

La introducción en nuestro Ordenamiento Jurídico del concepto «principios configuradores» se produjo con la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, sin un adecuado o conveniente debate parlamentario (14), aunque el origen del concepto es de claro carácter doctrinal. Así, GIRÓN (15) se pronunciaba al respecto: «una particular configuración de la doctrina de la institución, en la que entra en juego no solo la estructura combinada y unitaria para la función prevista para cada tipo, sino la concepción de estas organizaciones como cauces dados en interés general. El apartamiento de estos criterios originaría ilicitud. El objetivo que cumplirían los principios configuradores dentro de este contexto es claro: frenar la deformación por vía de la libertad de pactos, pues la autonomía privada ha de cesar allí donde se detecta un fraude del sentido y función de los tipos legales».

(14) Para un mayor detalle, vid. Daniel ESPINA, *La autonomía privada en las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general*, Marcial Pons, 2003; PEÑAS MOYANO, «Tratamiento de la función, naturaleza, interpretación y límite de los estatutos de la sociedad anónima española en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 21, 2003.

(15) *Op. cit.*, pág. 89.

El concepto ha sido criticado por la abstracción del mismo, PAZ-ARES (16) se refiere al respecto diciendo que: «...la doctrina que se aproxima a ellos no es capaz de definirlos con precisión, y no es de extrañar, porque —como sucede en el paradigma del que traen causa— no se dejan definir. Las definiciones que se registran en la literatura son siempre ambiguas, imprecisas, oscuras. El resultado es la creación al amparo de los principios configuradores de un derecho doctrinal caracterizado por una elevada dosis de incertidumbre (según acreditan el gran número de disputas y dudas que suscita su interpretación entre los autores) y de arbitrariedad (que queda también evidenciada empíricamente por la diversidad de contenidos que se le asignan). Nada de esto debe sorprender, pues la ambigüedad, la imprecisión y la oscuridad son propiedad congénitas de las categorías del conocimiento intuitivo y, en esa medida, pertenecen al propio modo de ser —más metafísico que analítico— de los principios configuradores del tipo».

Como podemos ver, ni el concepto ni el abordamiento doctrinal del mismo, resultan lo suficientemente clarificadores a los efectos del propósito que nos hemos puesto. En nuestra opinión, los denominados principios configuradores del tipo no funcionan como un individualizado límite a la autonomía privada contractual, únicamente sometida inicialmente a la estructura y superior aplicación de la norma imperativa (17) y del Orden Público.

De esta forma, estos principios configuradores vendrían a funcionar como una especie de normativa rectora dentro del tipo social existente en nuestro Ordenamiento Jurídico, con el fin de adecuar la voluntad privada al contenido imperativo del Derecho Societario y al Orden Público (18).

(16) PAZ-ARES, ¿Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de Sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL).

(17) En cuanto al carácter imperativo de la normativa societaria, en el tema que nos ocupa, recientemente se ha expuesto lo siguiente, por A. VAQUERIZO, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Ángel Rojo-Emilio Beltrán (art. 28), t. I, Editorial Civitas, 2011, págs. 392 y 393: «Más controvertido resulta, sin embargo, el grado de imperatividad de las normas que disciplinan las relaciones internas de la sociedad, entre las que poseen especial relevancia aquellas que tratan de garantizar la efectividad de los derechos individuales de cada socio (...) Finalmente, resultan también controvertidas las cláusulas que restringen el derecho de adquisición preferente de los socios, así como las dirigidas a establecer mecanismos de valoración de las participaciones sociales que impidan al socio obtener el valor razonable con ocasión de su salida de la sociedad (...) En fin, en este mismo ámbito de las relaciones internas, se consideran igualmente imperativas las normas que reglamentan el funcionamiento de los órganos sociales».

(18) A. VAQUERIZO (*op. cit.*, págs. 394 y 395) define los principios configuradores del tipo del siguiente modo: «En realidad, los principios configuradores se pueden —y deben— identificar con las características o los rasgos estructurales básicos de la sociedad, que se pueden inducir del articulado de la Ley. En efecto, el carácter indisponible de esos principios se justifica por la necesidad de establecer por ley los elementos tipológicos esenciales e inalterables de cada una de los tipos sociales para permitir la adecuada identificación de cada uno de ellos en el tráfico, respondiendo así a la decisión de política legislativa de mantener el carácter tasado de las formas societarias, con el fin último de impedir que afloran organizaciones atípicas que puedan perturbar esa seguridad del tráfico o generar confusión respecto del derecho aplicable. La falta de concreción legal de estos principios plantea el problema de su determinación y de su extensión como límite a la libertad de pactos. Precisamente ello, se advierte, en general, la conveniencia de procurar una interpretación restrictiva de esos principios, en el sentido de no incurrir en la pretensión de fundamentar en ellos el carácter imperativo de normas que carecen de sí mismas de un contenido tipológico esencial. Al establecer los principios configuradores como límite de

Así, como gráficamente ha descrito PAZ-ARES, admitido el *numerus clausus* de los tipos sociales (19), la autonomía privada «no opera por fuera de los tipos legales, opera por dentro» (20), lo que implica, en nuestra opinión, que la misma no pueda quedar anulada por aplicación de unas supuestas características tipológicas, elevadas, por cierta doctrina y la sentencia analizada a categoría indisponible para las partes. Es decir, el supuestamente infranqueable carácter abierto de la sociedad anónima no puede ser elevado a categoría de principio configurador con el que limitar la autonomía contractual de las partes. Una forma de pensar así, no supone más que «sacralizar» un concepto al fin pretendido, que no es otro que el encorsetamiento a una estructura normativa y contractual indisponible para las partes del contrato de sociedad, completamente ajena a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada la norma a interpretar (art. 3 del CC y art. 28 de la LSC).

Si bien es cierto, en nuestra opinión, que desde la aparición de nuestras leyes societarias especiales en 1951 (LSA) y en 1953 (LSL), la intención del legislador, manifestada en sus Exposiciones de Motivos, pasando por la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 y por la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, ha sido la de establecer una especie de estanqueidad societaria entre ambos tipos sociales, la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada, basada en el carácter abierto de aquella y el cerrado de esta, lo que ha supuesto a juicio de cierto sector doctrinal, la existencia de un mayor grado de imperatividad en la sociedad anónima que en la sociedad de responsabilidad limitada, no es menos cierto, como hemos comprobado, que dicha pretendida estanqueidad ha venido siendo menguada tras ciertas reformas de nuestro Derecho de Sociedades (por ejemplo, sociedades profesionales) que suponen (al menos, en este aspecto que nos ocupa) un mayor grado liberalizador a dicho sentimiento restrictivo e imperativo-social.

De ahí, que coincidamos con PAZ-ARES (21) en que: «...Desde una perspectiva contractual, los principios configuradores del tipo son única y exclusivamente los principios derivados de la normativa imperativa de los tipos, y por tanto, no introducen un límite sustancialmente distinto del anteriormente examinado», debiendo cesar la autonomía contractual, en las citadas palabras de GIRÓN, «donde se detecta un fraude al sentido y la función de los tipos legales» (22).

la autonomía privada, la Ley hace referencia a aquellas normas que definen los rasgos organizativos fundamentales de las sociedades de capital».

(19) Vid., con carácter general, FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, *La atipicidad en Derecho de Sociedades*, 1977.

(20) PAZ-ARES, «La sociedad mercantil. Mercantilidad e irregularidad». Uría-Menéndez. *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2.ª ed., Thomson- Civitas, 2006, pág. 549.

(21) PAZ-ARES, *La sociedad mercantil. Mercantilidad e irregularidad...*, pág. 551.

(22) Por el contrario, A. VAQUERIZO (vid., *op. cit.*, pág. 394), opina lo siguiente: «El segundo de los límites a la autonomía de la voluntad se refiere a los denominados “principios configuradores” del tipo social. Se trata de un concepto jurídico escasamente determinado por la doctrina y la jurisprudencia, cuyo contenido interesa precisar. A este respecto, es evidente que los principios configuradores tienen un contenido distinto al de las leyes imperativas en general, ya que el artículo distingue ambos conceptos: los principios configuradores constituyen un límite a la autonomía privada que se señala inmediatamente después del límite representado por las leyes.

En ocasiones, estos principios configuradores se han identificado con el denominado “orden público societario”, mera especificación del límite general a la autonomía de la voluntad constituido por el orden público (art. 1255 CC). En el ámbito societario, el orden público estaría referido —más allá de la vinculación con los derechos y libertades contractuales

El esfuerzo dogmático en elaborar una categoría (principios configuradores) independiente y autónoma del carácter imperativo del tipo social correspondiente, aunque plausible, no nos ofrece mayor resultado.

Una visión institucionalista del tipo social no casa bien, a nuestro juicio, con el principio constitucional de libertad de empresa (art. 38 de la Constitución Española), dentro del cual ha de otorgarse un importante papel a la autonomía de la voluntad de las partes, cuando la misma no resulte contraria a normativa imperativa o al orden público, que en este campo, puede ser calificado como Societario. Razones de protección de los intereses de mercados institucionalizados y regulados por razones superiores a las de la elección de un tipo social, sí que justifican un arquetipo contractual societario limitado desde el punto de vista de la libertad contractual. Por ello, la cotización de la sociedad anónima en mercados organizados, sí puede implicar restricciones a la libre construcción del contenido de la relación jurídica compleja que supone la caracterización de accionista de una sociedad, donde los derechos y deberes del miembro de dicha relación jurídica han de ser contemplados no solo desde la suscripción al contrato social, sino desde bienes o intereses mayores propios de la economía de mercado.

No existe ninguna especialidad, fuera de las sociedades anónimas cotizadas, que haya de ser contemplada en nuestro Derecho Societario desde el recurso a los citados principios configuradores del tipo social, distinta de la prevista en nuestro Derecho general de sociedades (art. 1255 CC). Aspiraciones de otro tipo, no solo se pueden concebir desde un deseado arquetipo social impuesto por el legislador, sino desde posiciones particulares que continúan abonando especialidades rigurosamente dogmáticas dentro de nuestro Derecho General de Sociedades, ajenas a la creación de la estructura social y a la estipulación de relaciones jurídicas destinadas al fin común asociativo.

De esta forma, el derecho de exclusión societario y las restricciones a la libre transmisibilidad de acciones que pudieran suponer dicha exclusión, si son libremente acordada por las partes, son manifestaciones concretas de la relación jurídica social que conforman el haz de derechos y obligaciones de la posición de socio devenida del contrato social. Dicha expresión contractual se ha venido admitiendo de *lege data* en la gran mayoría de fenómenos asociativos propios de nuestro Derecho General de Sociedades, de ahí que no puedan existir justificaciones para no admitirlas dentro del contrato de sociedad anónima, cuando no exista vulneración de norma imperativas (por ejemplo, señalamiento de las causas de la restricción a la libre transmisión de acciones en los estatutos de la sociedad anónima con prohibición de las cláusulas que hagan prácticamente intransmisible la acción «el socio no puede ser prisionero de sus títulos»), ya que no alcanzamos a vislumbrar —por la inexistencia de la misma— ninguna razón de Orden Público que impidiera la adopción estatutaria de dichos recursos asociativos.

De ahí que los principios configuradores del tipo solo puedan servir como vehículo transmisor o canalizador de la imperatividad societaria y del orden

del socio (como sucede, por ejemplo, con la prohibición de aquellos pactos que supongan la obligación de quedar el socio indefinidamente vinculado a la sociedad)—. Esta idea de relacionar los principios configuradores con el orden público societario aparece, a veces, en las sentencias de los Tribunales (vid., entre otras, SSTs de 29-11-2007 y 30-5-2007). Sin embargo, como es evidente, el límite del orden público es un límite general de la autonomía privada (art. 1255 CC), plenamente operativo, aunque la Ley no contuviera referencia alguna a los principios configuradores».

público societario a la adecuada respuesta de nulidad de la cláusula estatutaria contraria bien a tal imperatividad o a dicho orden público societario.

Esta inexistencia de particularidad o de finalidad de los principios configuradores del tipo social distinta a la función tuitiva general que la norma imperativa tiene en el concreto tipo social, nos lleva a confirmar que el análisis de la cuestión no puede ser abordado sino desde los tradicionales límites de la autonomía de la voluntad que han de aplicarse *mutatis mutandi* de nuestro Derecho Patrimonial a nuestro Derecho General de Sociedades.

PAZ-ARES (23) desde su visión del concepto de autonomía privada en relación con la reconstrucción del derecho de sociedades, afirma lo siguiente: «El principio de autonomía privada se configura así con un doble alcance: atribuye a la voluntad de las partes poderes normativos para elaborar el derecho desde dentro (por los contratantes) y erige a esa misma voluntad de las partes, sea real o presunta, en criterio directriz de la elaboración del derecho desde fuera (por los legisladores, los jueces, los autores, etc.). No hace falta decir que una hipótesis de esta naturaleza entraña todo un programa de reconstrucción del derecho de las sociedades de capital: a) desde el punto de vista de los fines, supone que el derecho de sociedades tiene como objetivo básico la maximización de los objetivos de las partes (eficiencia); b) desde el punto de vista de su contenido, que ha de formularse por el legislador e interpretarse y extenderse por los intérpretes tratando de reflejar o reproducir las expectativas normativas de las partes (voluntad hipotética), y c) desde el punto de vista de sus pretensiones, que ha de ser moderado, es decir, consciente de que su fuerza de gobierno es intercambiable con otros mecanismos disciplinares provistos por el mercado ("ordenación privada")».

De esta forma, un intervencionismo legislativo y judicial de este tipo no puede ser fruto de acogida en el moderno Derecho General de Sociedades, que margine el ámbito de la autonomía privada en situaciones donde no existe una justificación, ni por razones de índole económica, ni por razones de protección de los intereses de las partes en el contrato de sociedad. O sea, la desviación de los principios configuradores del tipo social, la construcción de la sociedad anónima cerrada en este caso, ha de sustentarse desde una justificación de los intereses particulares en juego, pero sobre todo ha de pivotar sobre el fin común o interés social. Desde este prisma, una correcta justificación contractual de las causas que necesariamente han de preverse en los estatutos para la existencia de la restricción a la libre transmisibilidad de acciones, debe servir como justa ponderación de dichos intereses y tener como resultado, por tanto, la admisión de la restricción estatutaria analizada.

No obstante, no pretendemos que nuestras anteriores reflexiones sean consideradas como apuntes que pretenden reverdecer la concepción más liberal del contrato, para que al amparo de posturas excesivamente liberales, la ingeniería económica y jurídica propia de los agentes económicos en mejor posición sean sujetos de un producto o de un exagerado recurso al *laissez faire laissez passer*.

Una correcta interpretación del artículo 1255 del Código Civil no puede suponer ello, si coincidimos que este debe ser el límite natural a la autonomía de la voluntad de las partes impuesto por los principios configuradores del tipo social. Una adecuada «ordenación privada» por las partes del contrato de sociedad no puede ni debe conducirnos a una libertad absoluta de configuración del tipo social elegido, que desnaturalice el interés común social dirigido a la consecución del ánimo de lucro, causa del contrato de sociedad.

(23) Vid. PAZ-ARES, *¿Cómo entendemos...?*

Como dijo DE CASTRO, después de unas valiosísimas reflexiones sobre la concepción de la autonomía de la voluntad (24): «...Las reglas dispositivas no han sido puestas en las leyes a modo de modelo o ejemplo, que se deja al arbitrio de los contratantes el seguirlos o no seguirlos. En general, han sido recogidas como consecuencias naturales o típicas de cada clase de contrato. Responden a lo que se ha estimado normal según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido, de lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones. Lo indicado no quiere decir que los que contratan estén constreñidos a seguir el modelo legal; señalan que los pactos cláusulas y condiciones que se desvíen del mismo o lo contradigan habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces. Ineficacia que habría de darse cuando resulte del contrato un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes, en daño de las partes, que no pueda compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato (...).

Ante todo, que de lo expuesto no se infiere, ni cabe deducir una devaluación del principio de la autonomía de la voluntad; su valor sigue siendo indiscutible, como unido íntimamente al respeto debido de la libertad de la persona, y consecuentemente tampoco debería hablarse de una decadencia o muerte del contrato. Ni siquiera puede decirse con exactitud que se trate de una nueva concepción de la autonomía de la voluntad. El cambio que se advierte en la doctrina no es más que el resultado del relativo abandono de ciertos modernos perjuicios, del propio individualismo exaltado que inspiró el liberalismo del siglo XIX y el más reciente neoliberalismo que abandera la nueva *lex mercatoria*. El vacío así producido ha permitido advertir que la autonomía de la voluntad tiene límites inmanentes, los que fueran considerados naturales e indiscutibles por el Derecho Común.

Esto parece evidente, en cuanto desaparecen los prejuicios originados por la concepción liberal del contrato. Los pactos leoninos son necesariamente nulos. Conclusión que impone el artículo 1255 del Código Civil, adecuadamente interpretado. Las leyes a las que se refiere no son tan solo las expresas o claramente imperativas, sino también las llamadas dispositivas, en cuanto estas establecen la regulación normal de las relaciones contractuales y cuyo abandono a favor de uno de los contratantes requiere por ello, en cada caso, su especial justificación. La moral impone el calificativo de inmoral al pacto leonino. Interpretación del artículo 1255 que concuerda con el movimiento manifestado en las leyes, que van cambiando el sistema jurídico en la mayor parte de los países...».

En este caso concreto es el propio modelo legal el que permite la existencia de la restricción a la libre transmisión de acciones cuando se justifique la misma en la correspondiente cláusula estatutaria. La exigencia de dicha justificación, propia por otro lado, del poder dispositivo que concede el modelo legal restrictivo de la libre transmisibilidad de las acciones, supone una íntima conexión —a nuestro juicio— con la doctrina de la causa concreta y del propósito del negocio jurídico, requisito justificativo que se hace más presente y necesario si como en el modelo de cláusula estatutaria analizada en esta sentencia del Tribunal Supremo, puede desembocar en una exclusión del accionista correspondiente, no tipificada legalmente ni diseñada por tanto por el arquetipo social dictado por el legislador. Por tanto, en clave de dictados normativos dispositivos o imperativos,

(24) DE CASTRO, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», en *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro*, Centro de Estudios Registrales, t. II, págs. 1316 y 1321, 1997.

la inexistencia de un desequilibrio contractual que pudiese justificar la nulidad de la cláusula estatutaria analizada con el consabido resultado de exclusión, aceptada por las partes desde el mismo momento de perfección del contrato social, no puede suponer una ilicitud de la misma, al no ser contraria a los principios configuradores del tipo social.

Analizada la problemática desde la ausencia de imperatividad absoluta de la norma societaria que regula las restricciones a la libre transmisibilidad de acciones y la justificación del recurso a su utilización en función del carácter dispositivo de la misma, solo nos restaría acercarnos al Orden Público, o si se quiere «Orden Público Societario» como otro límite natural propio de la autonomía de la voluntad, y por tanto impuesto por los principios configuradores del tipo social.

De nuevo DE CASTRO (25) nos enseñó que existen dos clases de orden público, ya que: «El orden público jurídico se basa en normas extrapositivas, no expresadas en textos legales y su específica finalidad se centra en evitar que, por medio de la libertad de contratar, los órganos del Estado se encuentren obligados a imponer algo que repugne al buen sentido de lo justo o de la moral. De ahí que su eficacia sea negativa, la de declarar nulos ciertos convenios, los que por contrarios al orden público tiene un propósito, objeto o una causa ilícita. El orden público económico se exterioriza en mandatos legales imperativos, cuya ejecución y exigencia está encomendada a la Administración, la que actúa por delegación expresa o tácita, mediante el arbitrio de sus funcionarios, por reglamentos, órdenes e instrucciones. Se manifiesta con eficacia positiva, imponiendo haceres para establecer la prevista ordenación económica. La que puede tener motivaciones de interés general, pero también clasistas o a favor de ciertos particulares. En ocasiones cabe que origine la nulidad total de los convenios que la contradigan, en otros casos, la nulidad relativa o parcial, o bien su reforma o acomodación; pudiendo dar lugar a sanciones penales y multas administrativas» (26).

(25) Vid. DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones...*, págs. 1306 y 1307. En consecuencias prácticas sobre los dos conceptos de orden público, DE CASTRO razona que: «...Las diferencias señaladas se traducen en la distinta situación en que se halla el Juez, respecto de cada orden público. El orden público jurídico otorga al Juez un papel de protagonista, el de concretar e interpretar los criterios básicos de la moral, de las buenas costumbres y de lo justo, inmanentes o trascendentes, del sistema jurídico en vigor; los que vienen a limitar o moderar la libertad de los contratantes; ello corresponde a su estricto oficio de administrar justicia. En cambio, no le corresponde ser un experto en economía, ni adivinar, ni colaborar con las arcanas o abiertas intenciones de quienes manejan, para bien o para mal, la economía del país; todo ello es extraño al propio contenido judicial. Respecto al llamado orden público económico, el Juez habrá de limitarse a cumplir lo mandado expresamente por el legislador o por el funcionario en quien aquel delegue (interpretación estricta)».

(26) Más recientemente, se ha afirmado que el orden público económico es el conformado por la «constitución económica». De esta forma, Díez-PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I. Introducción. Teoría del Contrato*), 6.^a ed., Thomson-Civitas, 2007, pág. 54), expone lo siguiente: «En otro plano, es indiscutible que existe lo que con acierto se ha denominado constitución económica de una sociedad, que designa el marco jurídico fundamental de la actividad económica o, dicho de otro modo, el orden del proceso económico. Entendido de este modo, existe una constitución económica que está contenida dentro la constitución política. A esta idea responde el artículo 38 de la Constitución y la referencia a la libre empresa en el marco de una economía social de mercado. Sin embargo, existe también una «constitución económica» más profunda, que no se refleja necesariamente en la constitución política, pero que comprende un conjunto de principios y de líneas de inspiración sobre las cuales la actividad económica de la sociedad se desarrolla. Es a este conjunto de principios al que llamamos, en sentido estricto, orden público económico».

En este sentido, si hemos identificado la necesaria justificación de la actuación de las partes para aplicar correctamente la norma dispositiva, justificación que creemos se encuentra plenamente conectada con la doctrina de la causa concreta y del propósito del negocio jurídico (27), y cuya ausencia de justificación o contravención causal supondría la ilicitud de la misma si no se persiguiera así el interés común o fin social, creemos que con esta cautela se salva cualquier contradicción de la cláusula estatutaria analizada con el denominado orden público jurídico, por lo que el Juez en el análisis de la misma no puede hacerse valer de esta extrapositividad que le otorgaría gran margen de actuación en la calificación de la cláusula.

Por otro lado, no comprendemos que pueda alegarse como contraria al orden público económico la existencia de una cláusula que restrinja la libre transmisibilidad de acciones en una sociedad anónima en los supuestos de adquisiciones indirectas, aunque pudiera tener como resultado una exclusión del correspondiente socio, mediante el argumento general consistente en el carácter abierto de la sociedad anónima o que en esta no se ha previsto legalmente el modelo de exclusión del socio. Una correcta ponderación del principio de libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución Española y de la intervención del Estado en los asuntos económicos que se prevé en los supuestos del artículo 128 de la Constitución Española, no puede llevar a soluciones propuestas como la que recoge la cuestionada, por nosotros, sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2011 (28).

No existe, a nuestro juicio, ninguna infracción de principios constitucionales económicos, ni de ningún otro dictado legislativo, que pudieran justificar el rechazo judicial de una cláusula estatutaria similar con las cautelas apuntadas.

(27) Vid., sobre el particular, MORALES MORENO, «El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro», en *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Editorial Civitas, pág. 323 y sigs.

(28) A. VAQUERIZO (*op. cit.*, págs. 395 y 396), en relación con el pacto de restricciones a la libre transmisibilidad de acciones y en cuanto al convenio relativo a causas de exclusión diferentes a las legales, se pronuncia del siguiente tenor: «Por último, al margen de la incidencia de los principios configuradores sobre la libertad de pactos en general, la mención de estos principios como límite a la autonomía estatutaria suscita la cuestión del propio contorno delimitador de las formas sociales o, expresado en otros términos, del carácter más o menos rígido —o más o menos intercambiable— de los rasgos diferenciadores que las distinguen entre sí. Bajo este aspecto, la admisibilidad de la eventual asunción por vía estatutaria de elementos o rasgos legalmente previstos para una forma social distinta plantea algunas controversias que solo pueden resolverse desde una aproximación también, en cierto modo, casuística. En el ámbito de la sociedad anónima —y de la sociedad comanditaria por acciones— la posibilidad de incorporar elementos característicos de la sociedad limitada se halla, en algunos casos, expresamente prevista por la Ley, al permitir, por ejemplo, las cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de las acciones bajo ciertos límites, algo que pone de manifiesto el carácter polivalente de la función que cumple esta forma social en el tráfico. Pero, más allá de esta constatación, el carácter conforme o no a derecho de esta suerte de hibridación del tipo social por vía estatutaria requiere un análisis particular que, en todo caso, debe orientarse a partir de la interpretación restrictiva de los principios configuradores anteriormente indicada. Así, con carácter general, deben considerarse admisibles las cláusulas en virtud de las cuales se excluya, por ejemplo, la cooptación en el consejo de administración de la sociedad anónima, así como aquellas que establezcan causas de separación o exclusión de socios distintas a las previstas legalmente, y ello con independencia en este momento de la valoración que merezca su contenido concreto en cada caso particular».

Solo, como hemos dicho, desde el otorgamiento de un excesivo protagonismo a la intervención pública mediante un estricto e injustificado entendimiento del tipo de la sociedad anónima, por otro lado, contrario a las exigencias demandadas por los agentes económicos, pueden sostenerse tesis como la que preconiza esta sentencia del Tribunal Supremo, es decir, desde una concepción excesiva institucionalizada del fenómeno tipológico de la sociedad anónima, como corporación ajena a su también naturaleza contractual.

IV. EL MODELO FRANCÉS DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS)

Posiblemente una de las formas societarias más flexibles que conozcamos en nuestro entorno jurídico más cercano, sea la *société par actions simplifiée* (29) (sociedad por acciones simplificada) regulada en el Código de Comercio francés, frente al paradigma societario alemán que goza de mayor imperatividad, como es la *Aktiengesetz* (30).

En el campo que nos ocupa, el artículo L. 227-17 del Código de Comercio francés prevé expresamente un supuesto de exclusión estatutaria para los casos de cambio de control de una persona jurídica socia de la sociedad por acciones simplificada.

El texto reza literalmente del siguiente tenor:

«Article L. 227-17:

Les statuts peuvent prévoir que la société associée dont le contrôle est modifié au sens de l'article L. 233-3 doit, dès cette modification, en informer la société par actions simplifiée. Celle-ci peut décider, dans les conditions fixées par les statuts, de suspendre l'exercice des droits non pécuniaires de cet associé et de l'exclure.

Les dispositions de l'alinéa précédent peuvent s'appliquer, dans les mêmes conditions, à l'associé qui a acquis cette qualité à la suite d'une opération de fusion, de scission ou de dissolution».

Es decir, los estatutos pueden prever que aquellas sociedades socias cuyo control sea modificado deban, desde el propio momento de la modificación, informar a la Sociedad de Acciones Simplificadas (SAS). Esta podrá decidir, en las condiciones fijadas en estatutos, suspender el ejercicio de los derechos no pecuniarios de esta sociedad y excluirla. Esto también podrá aplicarse, en las mismas condiciones, a todo aquel que haya adquirido la calidad de socio mediante una operación de fusión, escisión o de disolución.

O sea, vemos como en un modelo tipológico ciertamente flexible, donde se deja gran ámbito a la autonomía de la voluntad de las partes, como es la sociedad por acciones simplificada francesa, encontramos un supuesto de hecho

(29) Sobre la sociedad por acciones simplificada francesa, puede verse el estudio de la misma realizada por LINDA NAVARRO MATAMOROS, *La libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno Derecho Europeo de Sociedades: La SAS francesa y su incidencia en el Derecho español*, Editorial Comares, 2009.

(30) De gran interés resulta el estudio introductorio realizado por EMBID IRUJO a la traducción de la Ley alemana de Sociedades Anónimas, de 6 de septiembre de 1965 (BGBI, I, pág. 1089), en su versión última llevada a cabo por el artículo 1 de la Ley de 31 de julio de 2009 (BGBI, I, pág. 2509), Marcial Pons, 2010.

análogo al planteado por la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de enero de 2011, aunque con una consecuencia jurídica distinta a la adoptada por el fallo de nuestro más Alto Tribunal.

La sociedad anónima simplificada francesa se enmarca pues dentro de un proceso flexibilizador del Derecho de Sociedades que se está llevando a cabo a nivel internacional, que permite como se ha dicho adaptar el tipo social correspondiente a las necesidades del tráfico jurídico y de los socios de la misma, y un claro ejemplo, de dicho aspecto flexibilizador, es la potenciación del ámbito de la autonomía contractual de los socios quienes gozan de una gran libertad para la configuración del tipo social a través de cláusulas estatutarias, como la analizada en el presente caso, es decir, incluso previéndose la posibilidad estatutaria que tienen los socios de articular un mecanismo de exclusión ante el cambio de control de la persona jurídica socia de la sociedad anónima simplificada.

V. EPÍLOGO

Decisiones como la que hemos tenido oportunidad de tratar al hilo de esta sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de enero de 2011, descansan en un excesivo dogmatismo e incorrecto —a nuestro juicio— entendimiento de la realidad jurídico-económica actual, que resulta tendente al abandono rigorista de concepciones estrictamente corporativistas e institucionalistas del contrato de sociedad anónima mediante la creación de sociedades anónimas con marcado carácter cerrado.

Como con acierto dijera en su día DE CASTRO (31) en sus reflexiones acerca del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas (que fuera antecedente de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951): «...El Anteproyecto parte de la creencia en unos principios connaturales a la “esencia” de la Sociedad Anónima, que hay que respetar y que es imposible contradecir.

La intangibilidad dogmática, la existencia de unos principios y de una esencia connatural a la Sociedad Anónima son afirmaciones que a un civilista le parecen restos de las ilusiones que creara antaño la concepción positivista del pandectismo. La Sociedad Anónima, figura jurídica moderna y artificial, carece de fundamento extrapositivo, y, lo mismo que ha sufrido grandes y fundamentales cambios en su estructura y funcionamiento, nada impide que pueda sufrir otros más profundos para adaptarla a nuevas necesidades económicas o políticas y que signifiquen una alteración de esencia y principios».

La referida carencia de fundamento extrapositivo de los principios alegados suponen, a nuestro entender, que la limitación de la autonomía de la voluntad que se pretende mediante el recurso a los mismos haya de coincidir con los tradicionales límites de la autonomía de la voluntad, como son la norma imperativa y el orden público, aplicables también en nuestro Derecho General de Sociedades.

De ahí que, para evitar que pactos como el analizado sean expulsados de la vida social estatutaria, o bien que solo puedan ser utilizados en el seno de acuerdos parasociales, con el problema existente en cuanto a la ejecución y oponibilidad de los mismos frente a la sociedad en cuestión, resultare conveniente *de lege ferenda*, abordar legislativamente cuestiones como la tratada y por los motivos expuestos.

(31) DE CASTRO Y BRAVO, «¿Crisis de la Sociedad Anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa de la sociedad anónima», en *La persona jurídica*, Editorial Civitas, 2.^a ed., 1984, pág. 55.

De hecho el panorama actual de la sociedad anónima en relación con la sociedad limitada, no resulta demasiado esperanzador. Así, según nota de prensa del Instituto Nacional de Estadística de 16 de mayo de 2011 (con datos provisionales a marzo de 2011), de las 9.313 sociedades mercantiles creadas en el mes de marzo, el 99,2 por 100 son limitadas y el 0,8 por 100 anónimas. De las 3.607 sociedades que amplían capital, el 90,2 por 100 son limitadas y el 9,7 por 100 anónimas. En marzo, el número de sociedades anónimas creadas disminuye un 6,4 por 100 en términos interanuales, mientras que el de limitadas aumenta un 6,8 por 100.

Ante las consideraciones expuestas y los resultados estadísticos citados, al margen de una valoración económica de los mismos ante el estado actual de crisis en que se encuentra inmersa la economía española, ¿estamos también asistiendo realmente a una crisis de la sociedad anónima?... *Qui prodest?*

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL: «Conflictos intrasocietarios (los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)», en *Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque*, Valladolid, 1998.
- BONARDELL LENZANO y CABANAS TREJO: «Separación y exclusión de socios en la sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, núm. 12, 1998.
- CAMPINS VARGAS: *La sociedad profesional*, Editorial Civitas, 2000.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios de Derecho Mercantil*, tomo II, 1978.
- DE CASTRO Y BRAVO: *¿Crisis de la Sociedad Anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa de la sociedad anónima. La persona jurídica*, Editorial Civitas, 2.^a ed., 1984.
- DE CASTRO: «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», en *Estudios Jurídicos del Profesor Federico de Castro*, Centro de Estudios Registrales, t. II, 1997.
- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I. Introducción. Teoría del Contrato*, 6.^a ed., Thomson-Civitas, 2007.
- EMBED IRUJO: *Traducción de la Ley alemana de Sociedades Anónimas de 6 de septiembre de 1965 (BGBI, I, pág. 1089)*, en su versión última llevada a cabo por el artículo 1 de la Ley de 31 de julio de 2009 (BGBI, I, pág. 2509). Marcial Pons, 2010.
- ESPINA: *La autonomía privada en las sociedades de capital: principios configuradores y teoría general*, Marcial Pons, 2003.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA: *La atipicidad en Derecho de Sociedades*, 1977.
- *La Sociedad de Responsabilidad Limitada en el sistema español de sociedades de capital. Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, t. I. Madrid, 1996.
- FERNÁNDEZ DEL POZO: «Greenmail y amortización no paritaria de acciones y de participaciones. Un examen crítico del estado de la cuestión en nuestra jurisprudencia», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Thomson-Aranzadi, 2003-2.
- GARCÍA PÉREZ: *Exclusión de socios profesionales. Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales. Régimen fiscal y corporativo*. Thomson-Aranzadi, 2007.
- GARCÍA VILLAYERDE: *La exclusión de socios. Causas legales*, Madrid, 1977.
- GARRIDO DE PALMA: «La sociedad anónima, limitada familiar. La transmisión de acciones, de participaciones sociales y el cambio de socios en las mismas», en

- Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, T. II, Valencia, 1995.
- GARRIGUES: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, Madrid, 1976.
- GIRÓN TENA: *Derecho de Sociedades*, 1976.
- MASSAGUER: «La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada», en *Revista General del Derecho*, diciembre de 1994.
- NAVARRO MATAMOROS: *La libertad contractual y flexibilidad tipológica en el moderno Derecho Europeo de Sociedades: La SAS francesa y su incidencia en el Derecho español*, Editorial Comares, 2009.
- PAZ-ÁRES: *La sociedad colectiva: cambios de socios, separación y exclusión*. Rodrigo URÍA-AURELIO MENÉNDEZ: *Curso de Derecho Mercantil*, I, Editorial Civitas, 1999.
- *La sociedad mercantil. Mercantilidad e irregularidad*. URÍA-MENÉNDEZ: *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2.^a ed., Thomson-Civitas, 2006.
- «Cómo entendemos y cómo hacemos el Derecho de Sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL).
- PEÑAS MOYANO: «Tratamiento de la función, naturaleza, interpretación y límite de los estatutos de la sociedad anónima española en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 21, 2003.
- PERDICES HUETOS: *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Editorial Civitas, 1997.
- PÉREZ RODRÍGUEZ: «La exclusión de socios en sociedades anónimas», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, 2005-2, núm. 25.
- POLO DÍEZ: *La concurrencia y selección de los tipos sociales en la reforma de las sociedades de capital, ¿Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada? La cuestión tipológica*, Madrid, 1992.
- RODRÍGUEZ-SASTRE: «Exclusión de un accionista de sociedad anónima», en *Revista de Derecho Privado*, t. LIX, 1975.
- ROJO: *La sociedad anónima como problema. ¿Sociedad anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada? La cuestión tipológica*, Madrid, 1992.
- VAQUERIZO: *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*. Ángel Rojo-Emilio Beltrán (art. 28), t. I. Editorial Civitas, 2011.
- VIERA GONZÁLEZ: «Las sociedades de capital cerradas y causas de separación y exclusión en la SA y en la SRL», en *Revista de Derecho de Sociedades*, Thomson-Aranzadi, núm. 17, 2001-2.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 1995 (RJ 1995/4208).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 2001 (RJ 2001/514).
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de enero de 2011 (JUR 2001/76357).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 16 de septiembre de 1983 (RJ 7016).

RESUMEN

SOCIEDAD ANÓNIMA
RESTRICCIONES A LIBRE
TRANSMISIBILIDAD DE ACCIONES

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de enero de 2011, se niega la validez de un derecho de rescate configurado en los estatutos de una sociedad anónima por contradecir los principios configuradores del tipo de la sociedad anónima, desde una rigidez dogmática y una visión institucionalista de la sociedad anónima en clara contradicción con el principio de autonomía de la voluntad social.

ABSTRACT

PUBLIC LIMITED COMPANY
SHARE TRANSFER RESTRICTIONS

The Supreme Court's ruling of 10 January 2011 denies the validity of a right of redemption as worded in a public limited company's articles of association on the grounds that the stated terms contradict the configuring principles of the concept of the public limited company. The position is one of dogmatic rigidity, taking an institutionalist view of the public limited company, in clear contradiction with the rule of corporate autonomy of will.

3. URBANISMO

LA AUSENCIA DE LA OCUPACIÓN DIRECTA EN LA LEGISLACIÓN DEL ESTADO Y SUS CONSECUENCIAS SOBRE SU INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

por

VICENTE LASO BAEZA

Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN INICIAL SOBRE LOS POSIBLES CONFLICTOS EN MATERIA URBANÍSTICA ENTRE LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y LA AUTONÓMICA.—II. LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA RECEPCIÓN LEGISLATIVA DE LA OCUPACIÓN DIRECTA DESDE SU ORIGEN HASTA LA ACTUALIDAD.—III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 17 DE MARZO DE 2009.—IV. LA INEXISTENCIA DE LA OCUPACIÓN DIRECTA EN LA LEGISLACIÓN DEL ESTADO Y SUS EFECTOS REGISTRALES.

I. CONSIDERACIÓN INICIAL SOBRE LOS POSIBLES CONFLICTOS EN MATERIA URBANÍSTICA ENTRE LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y LA AUTONÓMICA

Entre las notas que caracterizan la complejidad que desde hace ya años impera en el Derecho Urbanístico español, probablemente no sea la de menor importancia la que tiene su origen en la coexistencia en el territorio de ya prácticamente todas las Comunidades Autónomas de dos normas de carácter legal con una evidente incidencia directa sobre una misma materia, emanada una del ejercicio de poder legislativo del Estado y otra del propio de las Comunidades Autónomas, lo que plantea inmediatamente determinados e inevitables problemas interpretativos en aquellas cuestiones en las que uno y otro texto pudieran ofrecer soluciones divergentes.

Tal realidad obliga, por lo tanto, a prescindir de una visión aislada de la legislación autonómica, según no es inhabitual que ocurra en la práctica, y, al mismo tiempo, a tener presente el grado de condicionamiento que sobre la potestad legislativa del legislador autonómico emana de la legislación estatal.

En este sentido, por un lado, la contradicción entre una y otra norma puede tener lugar, como entendemos que ocurre en materia de ocupación directa (1),

(1) No interesa aquí tanto el estudio del régimen jurídico en su conjunto de la ocupación directa como las consecuencias que en el ámbito de su aplicación cabe considerar a la vista del hecho de que, como se desarrolla en este trabajo, hoy carezca de cobertura legal suficiente su utilización por no estar precisamente prevista en la legislación estatal, única constitucionalmente habilitada a tal fin. En cuanto a su régimen propio, nos remitimos, entre otros autores, a FERNÁNDEZ CANO, Antonio, «La ocupación directa de terrenos para dotaciones urbanísticas», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 140 y 141, y a LASO MARTÍNEZ, José Luis, y LASO BAEZA, Vicente, *El aprovechamiento urbanístico*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, cuyo capítulo VII se dedica en particular a este modo de obtención de terrenos dotacionales.

en el marco de una vulneración del régimen de competencias previsto por la Constitución al invadir uno de los poderes legislativos el campo ajeno, lo que en sí mismo constituiría un supuesto de inconstitucionalidad de la norma que así lo hiciera. Pero también, por otro lado, la prevalencia de la norma estatal podría venir justificada, en el caso de que existieran dos normas en conflicto sin reproche recíproco de ilegitimidad previa (2), por sobrepasar el legislador autonómico el marco establecido por el estatal respecto de las materias propias de la legislación básica de su competencia o, en su caso, de las condiciones básicas a que se refiere el artículo 149.1.1 de la Constitución, las cuales aparecen como normas delimitadoras de los ámbitos competenciales del Estado y de las Comunidades Autónomas.

A este respecto, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 173/1998, de 23 de julio, sobre la Ley Vasca de Asociaciones, hizo referencia a que: «el artículo 149.1.1 CE, más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione —mediante, precisamente, el establecimiento de unas condiciones básicas uniformes— el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales».

Lo anterior supone que las condiciones básicas constituyen el denominado canon de constitucionalidad competencial al amparo del cual necesariamente ha de ser interpretada la legislación autonómica, para lo cual, cuando es el Tribunal Constitucional el que ha de enjuiciar la conformidad de una norma autonómica con una norma de condiciones básicas, debe verificar con carácter preliminar, como ha manifestado en las SSTC 48/1988, de 22 de marzo, y 192/2000, de 13 de julio, «si la propia norma estatal es conforme con el orden constitucional de competencias: esto es, si prima facie tiene cobijo en los límites formales y materiales del artículo 149.1.1 CE y —complementariamente—, si no contiene una injerencia o restricción de la competencia autonómica».

En suma, como resaltó la STC 61/1997, de 20 de marzo: «la exclusividad competencial de las Comunidades Autónomas sobre urbanismo no autoriza a desconocer la competencia que, con el mismo carácter, viene reservada al Estado por virtud del artículo 149.1 CE. Procede, pues, afirmar que la competencia autonómica en materia de urbanismo ha de coexistir con aquellas que el Estado ostenta en virtud del artículo 149.1 CE, cuyo ejercicio puede condicionar, lícitamente, la competencia de las Comunidades Autónomas sobre el mencionado sector material», lo cual supone que: «la competencia autonómica exclusiva sobre urbanismo ha de integrarse sistemáticamente con aquellas otras estatales que, si bien en modo alguno podrían legitimar una regulación general del entero régimen jurídico del suelo, pueden propiciar, sin embargo, que se afecte puntualmente a la materia urbanística».

Así, ante la hipótesis de que existiera contradicción y por entender que las normas básicas cumplen la función de «salvaguardar unos mínimos uniformes en todo el territorio nacional en aras de un interés general que define la propia norma básica» (3), cabría admitir, en caso de verse sobrepasadas por el legisla-

(2) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Ed. Thomson-Civitas, 2006, pág. 347 y sigs.

(3) ALONSO MÁS, María José, en el trabajo «La prevalencia del Derecho del Estado y la inaplicación judicial de las leyes autonómicas: el caso de las cesiones de aprovechamiento en suelo urbano», en *Revista de Administración Pública*, núm. 161, pág. 305 y sigs.

dor autonómico, la prevalencia de la regulación estatal. En tales situaciones se ha sostenido la incongruencia de mantener la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas legislativas de las Comunidades Autónomas por oponerse a una norma básica del legislador estatal a la que inicialmente, antes de su modificación, se adaptaba plenamente, por lo que propugna más bien que «bastaría que su aplicabilidad quedara desplazada» manteniendo «la prevalencia del Derecho del Estado pero sin que ello implique nulidad por incompetencia de las normas autonómicas, anteriores o posteriores a las bases».

De esta manera se aplicaría la doctrina sostenida por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en su sentencia de 20 de noviembre de 2002 cuando afirma que: *«las relaciones entre leyes de contenido opuesto y que en principio parecen aplicables a un caso pueden ser: de sucesión temporal, que da lugar a la derogación; de validez de una e invalidez de otra; o de simple conflicto aplicativo. En este último caso, simplemente se trata de la selección de la norma aplicable, que determina la aplicación de una de ellas y el desplazamiento de la otra; es decir, su no aplicación en el caso concreto, lo que en modo alguno supone su pérdida de vigencia o su invalidez»*. Lo que supone la aplicación de la cláusula de prevalencia prevista en el artículo 149.3 de la Constitución como *«norma de conflicto para casos concretos que no se pueden resolver atendiendo a criterios de validez o de sucesión temporal de normas»*.

Ocurre por lo tanto, en este segundo supuesto que se viene tratando, lo que en último término afirma la autora citada en el sentido de que la cláusula de prevalencia *«solo opera un efecto de desplazamiento de la norma no prevalente en el caso concreto, precisamente porque su validez y su vigencia no quedan afectadas»*. Posición no necesariamente alejada de la mantenida por Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT (4), el cual, refiriéndose a esta última noción de función constitucional, entiende que la no acomodación de la norma autonómica a la estatal, siendo esta constitucional, determinaría su invalidez aunque no por extralimitación competencial, lo que mantiene a la cláusula de prevalencia como norma de conflicto y no como norma de competencia.

Pues bien, al amparo de las consideraciones precedentes expuestas de modo sintético, resulta prioritario, para afrontar el análisis de la cuestión anunciada, partir de que la STC 61/1997, de 20 de marzo, tuvo un relevante pronunciamiento en relación con la ocupación directa en cuanto se refiere a los aspectos competenciales en orden al ejercicio de la potestad legislativa, pronunciamiento cuyo alcance, en unión del contenido en la STC 164/2001, de 11 de julio, que avaló la Disposición Derogatoria única de la citada Ley 6/1998, de 13 de julio, se ha llegado a reflejar en la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 2009 (Ar. 3083), de la que trae causa el presente comentario.

De acuerdo con ello, la eventual existencia en esta materia de una contradicción entre la legislación del Estado y la Autonómica, ya venga dada por una invasión o extralimitación competencial del ámbito legislativo ajeno ya por incurrir en un exceso o desbordamiento en cuanto a la referida legislación básica o condiciones básicas, ha de resolverse bien reconociendo la primera circunstancia bien otorgando prevalencia a la que en cada caso corresponda, lo que, como seguidamente veremos, en relación con la ocupación directa debe mantenerse a favor del Estado, que es el habilitado constitucionalmente para contemplarla,

(4) GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, «Relaciones entre leyes: jerarquía, competencia y función constitucional», en *Revista de Administración Pública*, núm. 113.

ya que al haber suprimido la ocupación directa impide su mantenimiento en la legislación autonómica, aunque fuera como mero reflejo de la previsión estatal, lo que, a su vez, suscita la cuestión sobre la procedencia y efectos de los actos administrativos de ocupación directa a tal efecto adoptados, también en el ámbito registral.

Bajo este planteamiento inicial, que realmente se hace inevitable ante la complejidad del actual sistema urbanístico, es como procede contemplar la recepción que, desde su inicial previsión en la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, ha venido teniendo la ocupación directa en el ordenamiento urbanístico y su contemplación a la luz de la doctrina que sobre ella ha mantenido el Tribunal Constitucional y, finalmente, en la sentencia de 17 de marzo de 2009, el Tribunal Supremo.

II. LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA RECEPCIÓN LEGISLATIVA DE LA OCUPACIÓN DIRECTA DESDE SU ORIGEN HASTA LA ACTUALIDAD

El recorrido por el tratamiento legislativo de la ocupación directa desde sus orígenes hasta las últimas iniciativas legislativas, incluidas las que en este momento se encuentran en fase de tramitación, permite reflejar con claridad el punto final al que se ha llegado con la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 2009, destacando no obstante también los puntos más importantes que le han ido conformando, los cuales pueden ser identificados con los siguientes:

- a) Siendo la ocupación directa un modo coactivo de obtención de los suelos afectos a redes públicas (5), el cual en esencia consiste en que tal obtención se produce anticipadamente sin que, por lo tanto, el titular del suelo reciba de modo simultáneo y por subrogación real el suelo de resultado, suelo cuya recepción se remite a un proceso reparcelatorio por realizar y, en caso de fracasar este, a su conversión en metálico bajo el modelo de la expropiación y, razonablemente, también, según su consideración como vía de hecho (6), bajo estos mismos caracteres se produce su introducción en el ordenamiento urbanístico a través del artículo 52 del Reglamento de Gestión Urbanística, de 25 de agosto de 1978.
- b) La introducción en el Reglamento de Gestión Urbanística, que olvidó que el artículo 113 de la Ley del Suelo de 1976 dispuso que el pago del justiprecio en las expropiaciones solo cabía por permuta con otras par-

(5) Tal es su sentido básico, el cual, no obstante, requeriría de ciertos matices que impone la legislación autonómica por razón de las peculiaridades que las distintas leyes han ido paulatinamente introduciendo.

(6) Si la ocupación directa permite la obtención anticipada de suelos afectos a dotaciones públicas de modo coactivo porque el propietario afectado retiene sus derechos urbanísticos concretados en el aprovechamiento generado por sus suelos a fin de recibir un suelo de resultado en el que culminar el proceso edificatorio, parece claro que la ruptura de este equilibrio, directamente configurado desde la Ley, no puede en ningún caso perjudicarle de tal modo que su frustración, ya sea porque no haya iniciativa para afrontar la gestión ya por al modificación o anulación del planeamiento, debe razonablemente equipararse a un supuesto de vía de hecho, lo que permitiría la aplicación de la doctrina sentada al efecto por el Tribunal Supremo, entre otras en sentencias de 19 de diciembre de 1996, 17 de febrero de 1997 y 30 de junio de 1997, según la cual el importe del justiprecio ha de incrementarse en caso de vía de hecho en un 25 por 100.

celas de acuerdo con el expropiado, se realiza, no obstante, sobre la base de una conexión directa entre la ocupación de los terrenos y el proceso reparcelatorio, lo que así resulta de que, como decía su artículo 52.1, la ocupación podía tener lugar «una vez se haya iniciado el procedimiento de reparcelación o compensación en el polígono en el que ... hayan de hacer efectivos sus derechos los propietarios afectados por los sistemas generales». Es decir, se establecía un vínculo directo entre la ocupación y la reparcelación que, aunque no eliminaba del todo los riesgos de frustración del proceso entendido desde el lado pasivo del propietario del suelo ocupado y en todo caso prescindía del previo acuerdo con él, sí, al menos, los reducía notablemente al simultanearse en el tiempo la pérdida del suelo y el inicio del procedimiento que permitía la recepción del suelo respectivo en correspondencia con el ocupado.

- c) Sucesivamente, es con la Ley 8/1990 con la que la ocupación directa recibe ya carta de naturaleza, lo que tiene lugar bajo el mismo modelo señalado, si bien sin la conexión indicada más atrás por ser suficiente, como decía su artículo 59, la determinación de «*los aprovechamientos urbanísticos susceptibles de adquisición por el titular del derecho a ocupar y de la unidad de ejecución en la que ... hayan de hacerse efectivos tales aprovechamientos*».
- d) El Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 26 de noviembre de 1992, mantuvo la ocupación directa en su artículo 203 y lo hizo, coherentemente y como destacó la STC 61/1997, con la previsión dispuesta en su artículo 217, según la cual, fuera de las expropiaciones por incumplimiento de deberes, la Administración estaba facultada para «*satisfacer el justiprecio mediante la adjudicación de terrenos equivalentes situados en la misma área de reparto que los expropiados*». Y es que, en efecto, admitido en la expropiación el pago en terrenos, se entendía sin dificultad la técnica de la ocupación directa al responder al mismo esquema, aun, es cierto, sin la simultaneidad en la obtención y pago propia de la expropiación.
- e) Al pronunciarse la STC 61/1997 sobre la constitucionalidad de la ocupación directa prevista en el Texto Refundido de 1992, se limita, como respecto de los restantes preceptos, a analizarlo desde la perspectiva competencial, señalando, primero, que en ella «*es apreciable ... la existencia de alguna de las notas inherentes a la estructura esencial de la potestad administrativa expropiatoria: una privación singular y coactiva de derechos patrimoniales mediante la sustitución por su equivalente económico o indemnización, y a través de un procedimiento formal*», y, segundo, que «*al asimilarse la ocupación directa a la categoría de la expropiación forzosa, el Estado se halla legitimado, ex artículo 149.1.18.º, para establecer ciertas garantías expropiatorias con carácter de mínimo*». Es decir, el Tribunal Constitucional reconocía como materia propia de la potestad legislativa del Estado la consistente en la ocupación directa dada su evidente naturaleza expropiatoria.
- f) Pues bien, con este marco constitucional ya definido, si bien la competencia del legislador estatal quedaba confirmada por el Tribunal Constitucional en relación con la ocupación directa, lo cierto es que en la posterior Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, en virtud de su Disposición Derogatoria única, queda suprimido el artículo 203 citado, derogación por lo demás igualmente coherente desde el momento en que en su artículo 37 se rectifica el régimen del anterior Texto Refundido de 1992 en el sentido de que el pago del justiprecio

mediante adjudicación de terrenos lo podrá hacer la Administración actuante siempre y cuando hubiera *acuerdo con el expropiado*.

- g) A partir de este momento el legislador, que afronta el desarrollo reglamentario de los aspectos registrales de la ocupación directa con el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, entra en una suerte de contradicción evidente, ya que mientras el legislador estatal podía mantener la regulación y sin embargo no lo hizo, por el contrario, el autonómico no pudiendo hacerlo es así que todas las leyes autonómicas que han ido apareciendo desde la STC 61/1997 han incluido a la ocupación directa como un modo más de obtención de los suelos afectos a redes públicas, circunstancia que llega hasta la aparición de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, y el posterior Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo.
- h) De este último lo singular es que, así como no se contiene tampoco una regulación específica de la ocupación directa, la cual ni siquiera es citada como tal, sí que, sin embargo, se efectúan algunas menciones en el artículo 35 referido a los supuestos indemnizatorios en cuanto a las circunstancias que la caracterizan, lo que tiene lugar en su letra e) cuando señala como uno de ellos: *la ocupación de terrenos destinados por la ordenación territorial y urbanística a dotaciones públicas, por el periodo de tiempo que medie desde la ocupación de los mismos hasta la aprobación definitiva del instrumento por el que se adjudiquen al propietario otros de valor equivalente*», regulación complementada en el párrafo siguiente respecto de la posible conversión de la ocupación en expropiación forzosa cuando la citada aprobación definitiva no hubiera tenido lugar en el plazo de cuatro años desde la ocupación. En todo caso, y esto es especialmente relevante, la anterior regulación, que parece más bien partir del presupuesto de la previsión autonómica de la ocupación directa, causa, además, de que se presente no con una sustantividad propia sino como mero reflejo en la regulación sobre responsabilidad patrimonial, no se ve acompañada de precepto alguno en el que, como ocurrió con el 217 del Texto Refundido de 1992, se prevea la posibilidad de que el pago del justiprecio mediante adjudicación de terrenos pudiera tener lugar sin el consentimiento del expropiado. Con ello, por lo tanto, igual que ocurrió con la Ley 6/1998, de 13 de abril, la nueva Ley del Suelo del Estado prescinde de la ocupación directa como modo de obtención de los suelos dotacionales como consecuencia lógica de no ser posible el pago con terrenos del justiprecio en la expropiación forzosa.
- i) Por fin, el último hito a destacar se corresponde con el Anteproyecto del Reglamento de la Ley del Suelo del Estado, el cual, en su artículo 50 y sin que previamente haga referencia alguna a la ocupación directa como modo de obtención de los suelos afectos a redes públicas, regula la inscripción de las fincas y de su aprovechamiento en caso de acogerse a ella, lo que tiene lugar, confirmando así el presupuesto del que consideramos que parte la Ley del Estado al que nos referimos en el apartado anterior, precedido por la expresión de que la previsión del referido modo se produzca *de acuerdo con lo dispuesto en la legislación urbanística aplicable*. Es decir, por lo tanto, en el Anteproyecto del Reglamento, tal y como se deduce de la Ley, se parte de que es al legislador autonómico al que le corresponde, si así lo considerara oportuno, introducir la ocupación directa como modo de obtención de los suelos afectos a redes públicas.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 17 DE MARZO DE 2009

La circunstancia relevante de la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 2009, es que, aunque no toma en consideración la nueva legislación del Estado, da sin embargo un paso más en la línea ya iniciada por el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre la legalidad de un acto de ocupación directa amparado en un ley autonómica y sin la cobertura, por lo tanto, de una regulación estatal suficiente.

Dice así al respecto la sentencia, en su Fundamento de Derecho noveno, lo siguiente:

«Seguidamente, en la sexta pretensión de la súplica de la demanda, el recurrente solicita que se anule la referencia contenida en el Plan General de Ordenación Urbana de Lucena a la ocupación directa como forma de obtención de terrenos dotacionales por ser contraria a la Disposición Derogatoria de la Ley 6/1998, y a la doctrina constitucional marcada por la sentencia del Tribunal Constitucional, de 11 de julio de 2001, ya que el artículo 21 del Plan General de Ordenación Urbana de Lucena hace referencia a la ocupación directa como forma de obtención de terrenos dotacionales cuando este modo de obtención de terrenos dotacionales no existía en nuestra legislación urbanística, pues la Disposición Derogatoria única de la Ley 6/1998, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, derogó expresamente los artículos 203 y 205 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, que establecían tal forma de obtención de terrenos, cuya regulación es atribución exclusiva del Estado por tratarse, como apuntó el Tribunal Constitucional, de una categoría equivalente a la expropiación forzosa y es solo el Estado el que está legitimado, conforme al artículo 149.1.1.ª 18 de la Constitución, para establecer las garantías expropiatorias con carácter mínimo.

A esta cuestión nada replica la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Lucena, y la representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía se limita a decir que las peculiaridades procedimentales en materia expropiatoria son competencia de las Comunidades Autónomas y que el sistema de ocupación directa, a pesar de la entrada en vigor de la Ley 6/1998, de 13 de abril, se puede seguir aplicando conforme a lo dispuesto en los artículos 53 y siguientes del Reglamento de Gestión Urbanística.

Estos argumentos, para oponerse a la pretensión del demandante, son rechazables porque los citados preceptos del Reglamento de Gestión Urbanística hay que considerarlos derogados con la entrada en vigor de la mencionada Ley 6/1998, pero es que, además, dichos preceptos no se promulgaron en desarrollo del sistema de ocupación directa establecido en el artículo 203 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, sin que dicho sistema, en contra de lo que sostiene la Administración, sea una mera peculiaridad procedimental en materia expropiatoria sino un auténtico y singular sistema de obtención de terrenos para dotaciones públicas, que resultó abrogado por la Disposición Derogatoria única de la Ley 6/1998, de Régimen del Suelo y Valoraciones, la que, además, dispuso en su artículo 37 que el pago del justiprecio en las expropiaciones solo puede hacerse mediante la adjudicación de terrenos de valor equivalente cuando lo consienta el expropiado, lo que contradice el sistema que preveía el derogado artículo 203 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, razones todas por las que la sexta de las pretensiones formuladas por el recurrente en la súplica de su demanda debe prosperar».

Lo que hace, por lo tanto, el Tribunal Supremo es ser coherente con la doctrina constitucional cuando en ella se afirma que la reconducción de la ocupación

directa como modalidad expropiatoria excluye su consideración como simple técnica de gestión urbanística, circunstancia que permite su regulación desde la legislación estatal sin perjuicio de que, como contemplaba el artículo 203.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, su aplicación hubiera de ajustarse al procedimiento que a tal fin estableciera la legislación autonómica.

Por todo ello es por lo que, finalmente, la sentencia accede a la declaración de nulidad de la determinación contenida en el planeamiento en ella recurrido, según la cual cabía la utilización de la ocupación directa como modo de obtención de los suelos afectos a redes públicas.

Tal es, por lo tanto, el proceder del Tribunal Supremo, el cual, sin embargo, declara la nulidad del acto recurrido no en razón, como veíamos más atrás, de una posible extralimitación competencial del legislador autonómico al regular las normas específicas del procedimiento de ocupación directa respecto del marco al efecto definido por el legislador estatal que en virtud del artículo 149.3 de la Constitución supondría el desplazamiento de la regulación autonómica.

La sentencia de 17 de marzo de 2009, en fin, no dándose el supuesto precedente, parte en realidad de que la ocupación directa que regula el legislador autonómico, en este caso a través de la Ley 1/1997, de 18 de junio, por la que se adoptaron con carácter urgente y transitorio disposiciones en materia de Régimen de Suelo y Ordenación Urbana en la Comunidad Autónoma de Andalucía, supone una invasión de las competencias legislativas del Estado y, sin plantear siquiera cuestión de inconstitucionalidad, decide de modo discutible que tal previsión es inaplicable y con ello nulo el acto adoptado a su amparo en el concreto extremo señalado.

IV. LA INEXISTENCIA DE LA OCUPACIÓN DIRECTA EN LA LEGISLACIÓN DEL ESTADO Y SUS EFECTOS REGISTRALES

Prescindiendo de la problemática planteada al término del apartado precedente y al margen de las consecuencias que en el orden estrictamente administrativo haya de tener la doctrina sentada por el Tribunal Supremo según la cual por no estar prevista en el ordenamiento estatal es ilegal la adopción de actos administrativos en el marco de la ocupación directa, desde el momento en que el procedimiento pudiera seguirse sin cuestionar su conformidad a Derecho con la exclusiva cobertura de la legislación autonómica en la actualidad existente, lo previsible será que en estos casos, conforme al artículo 42 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, se pretenda su acceso al Registro de la Propiedad tanto respecto de las fincas obtenidas a través de este procedimiento, como de los aprovechamientos atribuidos por el planeamiento a los suelos objeto de ocupación que finalmente están llamados a hacerse efectivos en parcelas de resultado con motivo de la aprobación del correspondiente instrumento reparcelatorio.

A estos efectos, si se admite que la previsión contenida en el artículo 35.e) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en ningún caso puede ser considerada como suficiente para mantener que la ocupación directa haya subsistido en la legislación estatal, es indudable que la derogación por la Ley 6/1998, de 13 de abril, de la ocupación directa prevista en el Texto Refundido de 1992, ha de entenderse con el alcance que le es propia, esto es, admitiendo igualmente que también los apartados 5 y 6 del artículo 203 de este último, referidos a sus aspectos registrales, han sido derogados y, con ello, que el desarrollo reglamentario recogido en el Real Decreto 1093/1997 ha quedado también derogado.

Así, que el Real Decreto 2/2008, de 20 de junio, sea insuficiente para dar cobertura a la regulación autonómica de la ocupación directa, parece que no es discutible. En realidad, como ya se ha adelantado, lo que viene a hacer el artículo 35.e) es dar por regulada la ocupación directa y, en razón de ello, extraer una consecuencia en el exclusivo terreno de la responsabilidad patrimonial de la Administración actuante, ocupación directa que sin embargo es lo cierto que no regula la legislación estatal y cuya ausencia en ella, que es en rigor efecto directo de no admitir sin el consentimiento del expropiado la sustitución del justiprecio por terrenos, no puede ser sustituida por una regulación de origen autonómico para la que el legislador de este carácter carece de competencia.

Por lo demás, esta y no otra es la conclusión a la que ha de llegarse cuando, como hemos visto, incluso el Anteproyecto del Reglamento de la Ley del Suelo se refiere a la ocupación directa de acuerdo con lo dispuesto en la legislación urbanística aplicable. Ello supone, por un lado, el reconocimiento de su falta de previsión en la legislación estatal, y, por otro, la irregular atribución de la potestad legislativa sobre ella al legislador autonómico, lo que, prescindiendo de la conveniencia de la medida, resulta ser de difícil encaje conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional.

La conclusión que se desprende de lo indicado es, por lo tanto, que no solo la ocupación directa no está prevista en la única legislación constitucionalmente habilitada para preverla, la estatal, sino que, además, tampoco figura ya en ella la regulación registral que, hasta la vigencia del artículo 203 de la Ley del Suelo de 1992, dio cobertura al desarrollo reglamentario que respecto de esta específica previsión contuvo el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

En razón de esta circunstancia, al existir por aplicación del principio de jerarquía normativa una absoluta subordinación del Reglamento a la Ley (7), de tal modo que esta no puede verse derogada, suplidada, limitada o excluida por el primero, al constituir la delimitación del contenido del derecho de propiedad y la expropiación forzosa materias susceptibles de ser reguladas solo por ley conforme al artículo 53.1 de la Constitución, y, en fin, al ser la ocupación directa una materia solo regulable por el legislador estatal y no por el autonómico conforme hemos visto mantiene el Tribunal Constitucional, es claro que cualquier calificación registral que verse sobre la inscripción de actos derivados de la utilización de la técnica de la ocupación directa no puede ser ajena, conforme al artículo 9.1 de la Constitución, a esta nueva realidad de la que, como se ha visto, se ha hecho eco el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de marzo de 2009.

Si resulta que el legislador estatal ha suprimido tanto la ocupación directa en su manifestación urbanística, entendida esta en un sentido genérico, como sus derivaciones registrales, lo que en realidad ha tenido lugar es una derogación de una regulación reglamentaria, la del artículo 42 del Real Decreto 1093/1997, que era mero desarrollo del inicial artículo 203 de la Ley del Suelo de 1992, derogado por la Ley 6/1998, de 13 de abril, y nunca más restituido por el legislador estatal, único, repetimos, habilitado a tal efecto. Por ello, no siendo posible la realización de actos de ocupación directa sin su previo reconocimiento en la legislación estatal, menos aún cabrá su acceso al Registro cuando la norma en cuestión que lo amparaba fue derogada con el consiguiente inmediato efecto sobre la desaparición de la previsión reglamentaria que de ella era mero desarrollo.

En suma, la regulación reglamentaria registral de la ocupación directa carece en la actualidad de la indispensable cobertura en la legislación estatal, en ningún

(7) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *ob. cit.*, pág. 238 y sigs.

caso reemplazable vía reglamentaria como apunta el Anteproyecto señalado, siendo a tal fin insuficiente su previsión en la legislación autonómica por no ser esta expresión de una regulación legítima amparada en una competencia propia que hubiera de resolverse mediante la cláusula de prevalencia del artículo 149.3 de la Constitución sino, más bien, el resultado de la invasión del ámbito competencial estatal definido en el apartado 1 del mismo artículo.

Todo lo cual, en cualquier caso, no impediría que, mediando el acuerdo del ocupado, lo que habitualmente se articula a través de convenios de gestión de cesión anticipada de suelo con reserva de aprovechamiento, pueda tal cesión y el aprovechamiento respectivo acceder al Registro de forma análoga a como aparece previsto en el artículo 42 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, para la ocupación directa, acceso acorde con la relación abierta de actos susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad que resulta del apartado 8 del artículo 51 de la Ley del Suelo del Estado vigente cuando reconoce como tales cualquiera que: «en desarrollo de los instrumentos de ordenación o ejecución urbanísticos modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de estas».

RESUMEN

**OCUPACIÓN DIRECTA
COMPETENCIA LEGISLATIVA
REGISTRO DE LA PROPIEDAD,
INSCRIPCIÓN**

La supresión en la legislación estatal del suelo de la ocupación directa como modo de obtención de los suelos afectos a redes públicas, en coherencia con la eliminación de la expropiación del pago del justiprecio en terrenos como facultad de la Administración independiente de la voluntad del expropiado, y el reconocimiento constitucional del Estado como único titular de la potestad legislativa respecto de ella, ha dado lugar a una jurisprudencia del Tribunal Supremo que rechaza la legalidad de actos dictados en virtud de su previsión en la legislación autonómica, doctrina cuya repercusión en el ámbito registral debe suponer, por idéntico motivo y además por la desaparición sobrevenida de la cobertura legal respectiva de su desarrollo reglamentario, el rechazo, salvo que en efecto tuviera lugar el consentimiento del ocupado y según fórmulas al efecto convenidas, de su acceso al Registro de la Propiedad.

ABSTRACT

**DIRECT OCCUPATION
LEGISLATIVE COGNIZANCE
PROPERTY REGISTRATION
SYSTEM, REGISTRATION**

Direct occupation as a means of obtaining land through which public utilities must run has been eradicated from national legislation, in a move consistent with the elimination of the administration's power to expropriate land upon payment of the appraisal price regardless of the wishes of the condemnee, and the state has been constitutionally recognized as the sole holder of power to legislate the issue of expropriation. Accordingly, Supreme Court case-law rejects the legality of acts of expropriation ordered under regional legislation. For this reason, and furthermore because of the supervening disappearance of the respective legal coverage for regulations implementing regional expropriation legislation, the repercussion of this doctrine on registration must mean that any such acts submitted for registration must be rejected, save where the land owner has actually given consent and formulas arranged expressly for that purpose are employed.

ACTUALIDAD JURÍDICA

I. Información Legislativa

NORMAS ESTATALES

CORTES GENERALES

— Resolución de 5-5-2011. Publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 4/2011, de 8-4-2011, de medidas urgentes de impulso a la internacionalización mediante la creación de la entidad pública empresarial «Instituto Español de Comercio Exterior» (ICEX).

— Resolución de 22-6-2011. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 7/2011, de 10-6-2011, de medidas urgentes para la mejora de la negociación colectiva.

— Resolución de 26-5-2011. Ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 5/2011, de 29-4-2011, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas.

JEFATURA DEL ESTADO

— Ley Orgánica 5/2011. 20-5-2011. Complementaria a la Ley 11/2011, de 20-5-2011, de reforma de la Ley 60/2003, de 23-12-2003, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado para la modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1-7-1985, del Poder Judicial.

— Ley 9/2011. 10-5-2011. Tasas consulares.

— Ley 10/2011. 19-5-2011. Modifica la Ley 10/1997, de 24-4-2011, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

— Ley 11/2011. 20-5-2011. Reforma de la Ley 60/2003, de 23-12-2003, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

- Ley 12/2011. 27-5-2011. Sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos.
- Ley 13/2011. 27-5-2011. Regulación del juego.
- Ley 14/2011. 1-6-2011. Ciencia, la Tecnología y la Innovación.
- Ley 15/2011. 16-6-2011. Modifica determinadas normas financieras para la aplicación del Reglamento (CE), número 1.060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16-9-2009, sobre agencias de calificación crediticia.
- Ley 16/2011, de 24-6-2011. Contratos de crédito al consumo.
- Real Decreto-ley 5/2011. 29-4-2011. Medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas.
- Real Decreto-ley 7/2011. 10-6-2011. Medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.
- Instrumento de Adhesión de España al Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, 1999, hecho en Ginebra el 12-3-1999.
- Corrección de errores. Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre las Funciones Consulares, hecho en París el 11-12-1967.

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

- Real Decreto 582/2011. 20-4-2011. Modifica el Estatuto del Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas, aprobado por Real Decreto 1136/2002, de 31-10-2002.
- Real Decreto 753/2011. 27-5-2011. Dispone la formación de los censos de población y viviendas de 2011.
- Real Decreto 775/2011. 3-6-2011. Aprueba el Reglamento de la Ley 34/2006, de 30-10-2006, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.
- Real Decreto 805/2011. 10-6-2011. Modifica el Estatuto del Fondo Español de Garantía Agraria, aprobado por Real Decreto 1441/2001, de 21-12-2001.
- Real Decreto 806/2011. 10-6-2011. Modifica el Real Decreto 950/2005, de 29-7-2005, de retribuciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.
- Real Decreto 845/2011. 17-6-2011. Aprueba el Reglamento del Fondo para la Promoción del Desarrollo.
- Orden 1615/2011. 9-6-2011. Modifica la Orden 3581/2007, de 10-12-2007, por la que se establecen los departamentos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria y se les atribuyen funciones y competencias.
- Corrección de errores. Real Decreto 557/2011. 20-4-2011. Aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

— Acuerdo 28-4-2011. Aprueba el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial.

MINISTERIO DE JUSTICIA

— Real Decreto 688/2011. 13-5-2011. Promociones en la carrera fiscal.

— Orden 1207/2011. 4-5-2011. Crea y regula el Registro Electrónico de Apostillas del Ministerio de Justicia y se regula el procedimiento de emisión de apostillas en soporte papel y electrónico.

— Orden 1598/2011. 31-5-2011. Dicta normas de ejecución del Real Decreto 253/2011, de 28-2-2011, sobre régimen jurídico de los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles adscritos a la DGRN y se convoca concurso de méritos para proveer plazas vacantes de Notarios y Registradores adscritos.

— Orden 1698/2011. 13-6-2011. Aprueba el modelo para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales consolidadas.

— Resolución de 16-5-2011. Convoca concurso para la provisión de notarías vacantes.

— Resolución de 18-5-2011. Autoriza que el contrato de arrendamiento financiero (*leasing*) de bienes muebles y sus anexos, aprobado para su utilización por la «Caja de Ahorros de Galicia» por Resolución de 24-11-2010, letras de identificación «L-CAG», pueda ser utilizado por «Caixa de Aforros de Galicia, Vigo, Ourense y Pontevedra».

— Resolución de 27-5-2011. Determinan los requisitos y condiciones para la tramitación electrónica y expedición automática de las certificaciones de nacimiento y matrimonio.

— Resolución de 27-5-2011. Convoca Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, vacantes, para su provisión en concurso ordinario, número 282.

Instrucción 18-5-2011. Constitución de sociedades mercantiles y convocatoria de Junta General en aplicación del Real Decreto-ley 13/2010, de 3-12-2010.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

— Real Decreto 771/2011. 3-6-2011. Modifica el Real Decreto 216/2008, de 15-2-2008, de recursos propios de las entidades financieras, y el Real Decreto 2606/1996, de 20-12-1996, sobre fondos de garantía de depósitos de las entidades de crédito.

— Orden 1184/2011. 13-4-2011. Concede incentivos regionales, previstos en la Ley 50/1985, de 27-12-1985, para la realización de proyectos de inversión y se resuelven solicitudes de modificación de condiciones de expedientes en vigor.

— Orden 1246/2011. 9-5-2011. Aprueba los modelos de declaración del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes y a entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero con presencia en territorio español, para los periodos impositivos iniciados entre el 1-1-2010 y el 31-12-2010, se dictan instrucciones relativas al procedimiento de declaración e ingreso y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática.

— Orden 1721/2011. 16-6-2011. Aprueba el modelo 222 para efectuar los pagos fraccionados a cuenta del IS en régimen de consolidación fiscal, estableciéndose las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática, se elimina el modelo 197 de declaración de las personas y entidades que no hayan comunicado su NIF a los Notarios mediante la derogación del apartado 4.º y del Anexo IV de la Orden 2-12-1990, y se modifica la Orden 769/2010, de 18-3-2010, por la que se aprueba el modelo 349 de declaración recapitulativa de operaciones intracomunitarias, así como los diseños físicos y lógicos y el lugar, forma y plazo de presentación, se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación telemática y se modifica la Orden 3625/2003, de 23-12-2003, por la que se aprueba el modelo 309 de declaración-liquidación no periódica del IVA y otras normas tributarias.

— Resolución de 15-4-2011. Publica la revocación de los NIF que figuran en el anexo.

— Resolución de 8-6-2011. Modifica el plazo de ingreso en periodo voluntario de los recibos del IAE del ejercicio 2011 relativos a las cuotas nacionales y provinciales y se establece el lugar de pago de dichas cuotas.

— Resolución de 9-6-2011. Publica la revocación de los números de identificación fiscal que figuran en el anexo.

— Corrección de errores. Orden 1034/2011. 25-4-2011. Reduce para el periodo impositivo 2010 los índices de rendimiento neto y el índice corrector por piensos adquiridos a terceros aplicables en el método de estimación objetiva del IRPF para las actividades agrícolas y ganaderas afectadas por diversas circunstancias excepcionales.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES

— Circular 2/2011. 9-6-2011. Información de las instituciones de inversión colectiva extranjeras inscritas en los Registros de la CNMV.

— Circular 3/2011. 9-6-2011. Modifica parcialmente la Circular 1/2009, de 4-2-2009, sobre las categorías de instituciones de inversión colectiva en función de su vocación inversora.

BANCO DE ESPAÑA

— Resolución de 3-5-2011. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 18-5-2011. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 1-6-2011. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

— Resolución de 20-6-2011. Publica determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda.

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

— Real Decreto 772/2011. 3-6-2011. Modifica el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14-5-1998.

— Real Decreto 801/2011. 10-6-2011. Aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

— Orden 1362/2011. 23-5-2011. Régimen de incompatibilidad de la percepción de la pensión de jubilación del sistema de la Seguridad Social con la actividad desarrollada por cuenta propia por los profesionales colegiados.

— Orden 1512/2011. 6-6-2011. Prorroga los plazos establecidos en la Disposición Transitoria 2.^a de la Orden 1448/2010, de 2-6-2010, por la que se desarrolla el Real Decreto 404/2010, de 31-3-2010, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral.

— Resolución de 10-6-2011. Establece los criterios y prioridades a aplicar por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en la planificación de sus actividades preventivas para el año 2011.

— Resolución de 20-6-2011. Determina el importe a ingresar por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en el Banco de España como consecuencia de los resultados obtenidos en el ejercicio 2010.

MINISTERIO DE POLÍTICA TERRITORIAL Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

— Real Decreto 504/2011. 8-4-2011. Estructura orgánica y funciones del Instituto Social de la Marina.

— Real Decreto 777/2011. 3-6-2011. Desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

— Resolución de 5-5-2011. Aprueba y publica el Acuerdo de 6-4-2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado.

— Resolución de 20-5-2011. Publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28-1-2011, por el que se aprueba el I Plan de Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en sus Organismos Públicos.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES Y DE COOPERACIÓN

— Real Decreto 639/2011. 9-5-2011. Modifica el Real Decreto 2217/2004, de 26-11-2004, sobre competencias, funciones, composición y organización del Consejo de Cooperación al Desarrollo.

— Resolución de 10-6-2011. Aplicación del artículo 32 del Decreto 801/1972, de 24-3-1972, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales.

— Acuerdo Marco de Cooperación entre el Reino de España y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo (UNCTAD), hecho en Ginebra el 28-9-2006.

— Acuerdo sobre intercambio de información en materia tributaria entre el Reino de España y la República de San Marino, hecho en Roma el 6-9-2010.

— Convenio entre el Reino de España y la República de Georgia para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, hecho en Madrid el 7-6-2010.

— Declaración de retirada de la incompatibilidad de la legislación nacional con la regla 20.3 a) ii) y b) ii, 20.5 a) ii y d) y 20.6 del Reglamento del Tratado de Cooperación en materia de patentes (PCT), adoptada en la 34.^a sesión de la Asamblea de la Unión Internacional en Materia de Patentes, en

Ginebra el 5-10-2005 (publicado en el *BOE*, núm. 175, de 21-7-2009 y núm. 57, de 8-3-2011).

— Corrección de errores. Convenio entre el Reino de España y la República de Albania para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y su Protocolo, hecho en Tirana el 2-7-2010.

MINISTERIO DE FOMENTO

— Orden 1193/2011. 18-4-2011. Aprueba los modelos de impresos para el pago de las prestaciones patrimoniales de carácter público establecidas y reguladas en la Ley 43/2010, de 30-12-2011, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal.

— Orden 1667/2011. 6-6-2011. Modifica los límites geográficos de las Capitanías Marítimas de Sevilla y Cádiz, así como los Distritos Marítimos de Sanlúcar de Barrameda y Sevilla y se establecen nuevos indicativos de matrícula.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN

— Real Decreto 708/2011. 20-5-2011. Establecen los umbrales de renta y patrimonio familiar y las cuantías de las becas y ayudas al estudio del ME para el curso 2011-2012 y por el que se modifica parcialmente el Real Decreto 1721/2007, de 21-12-2007, por el que se establece el régimen de las becas y ayudas al estudio personalizadas.

— Real Decreto 749/2011. 27-5-2011. Modifica los Estatutos de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

— Orden 1247/2011. 12-5-2011. Modifica la Orden 1434/2009, de 29-5-2009, por la que se actualizan los Anexos del Real Decreto 1892/2008, de 14-11-2008, por el que se regulan las condiciones para el acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de grado y los procedimientos de admisión a las universidades públicas españolas.

— Resolución de 26-4-2011. Publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 15-4-2011, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de grado y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

— Resolución de 26-4-2011. Publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 15-4-2011, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de Máster y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

— Resolución de 26-4-2011. Publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 15-4-2011, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos universitarios de Doctor y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos.

— Resolución de 3-5-2011. Modifica la de 29-4-2010, por la que se establecen las instrucciones para el cálculo de la nota media que debe figurar en las credenciales de convalidación y homologación de estudios y títulos extranjeros con el bachiller español.

MINISTERIO DEL INTERIOR

— Real Decreto 704/2011. 20-5-2011. Aprueba el Reglamento de protección de las infraestructuras críticas.

— Real Decreto 840/2011. 17-6-2011. Establece las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas.

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y MEDIO RURAL Y MARINO

— Real Decreto 556/2011. 20-4-2011. Desarrollo del Inventario Español del Patrimonio Natural y la Biodiversidad.

— Real Decreto 649/2011. 9-5-2011. Modifica el Real Decreto 12/2008, de 11-1-2008, por el que se regulan la composición y el funcionamiento del Consejo de la Red de Parques Nacionales, y el Real Decreto 948/2009, de 5-6-2009, por el que se determinan la composición, las funciones y las normas de funcionamiento del Consejo Estatal para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad.

— Orden 1195/2011. 11-5-2011. Modifica la Orden 2656/2008, de 10-9-2008, por la que se aprueba la instrucción de planificación hidrológica.

— Orden 1783/2011. 22-6-2011. Establece el orden de prioridad y el calendario para la aprobación de las órdenes ministeriales a partir de las cuales será exigible la constitución de la garantía financiera obligatoria, previstas en la Disposición Final 4.^a de la Ley 26/2007, de 23-10-2007, de Responsabilidad Medioambiental.

MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO

— Real Decreto 648/2011. 9-5-2011. Regula la concesión directa de subvenciones para la adquisición de vehículos eléctricos durante 2011, en el marco del Plan de acción 2010-2012 del Plan integral de impulso al vehículo eléctrico en España 2010-2014.

— Real Decreto 726/2011. 20-5-2011. Modifica el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15-4-2005.

— Real Decreto 802/2011. 10-6-2011. Modifica el Plan técnico nacional de la radiodifusión sonora digital terrestre, aprobado por el Real Decreto 1287/1999, de 23-7-1999.

— Orden 1644/2011. 10-6-2011. Desarrolla el Reglamento regulador de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones para el acceso a los servicios de telecomunicación en el interior de las edificaciones, aprobado por el Real Decreto 346/2011, de 11-3-2011.

MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD

— Real Decreto 569/2011. 20-5-2011. Determina el nivel mínimo de protección garantizado a las personas beneficiarias del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para el ejercicio 2011.

— Real Decreto 570/2011. 20-4-2011. Modifica el Real Decreto 727/2007, de 8-6-2007, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14-12-2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y se establecen las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14-12-2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia para el ejercicio 2011.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

— Acuerdo de 1-4-2011. Modifica parcialmente el Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional.

— Conflicto positivo de competencia número 2.511-2011, en relación con el Real Decreto 1715/2010, de 17-12-2010, por el que se designa a la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC) como Organismo Nacional de Acreditación.

— Cuestión de inconstitucionalidad número 5145-2001, en relación con el artículo 20.3.s) de la Ley 39/1988, de 28-12-1988, reguladora de las Haciendas Locales.

— Recurso de inconstitucionalidad número 2.703-2011, en relación con determinados preceptos de la Ley 2/2011, de 4-3-2011, de Economía Sostenible.

— Recurso de inconstitucionalidad número 2.733-2011, en relación con diversos preceptos de la Ley 1/2011, de 17-2-2011, de reordenación del Sector Público de Andalucía.

— Recurso de inconstitucionalidad número 2.856-2011, en relación con el Real Decreto-ley 2/2011, de 18-2-2011, para el reforzamiento del sistema financiero.

— Recurso de inconstitucionalidad número 8.912-2010, en relación con los artículos 1 a 30, 43 y 45 de la Ley de Cataluña 4/2010, de 17-3-2010, de consultas populares por vía de referéndum.

TRIBUNAL SUPREMO

— STS de 16-3-2011. Establece la siguiente doctrina legal: «El titular del órgano recaudatorio de una entidad local es competente para dictar, en el seno del procedimiento ejecutivo de apremio, mandamiento de anotación preventiva de embargo de bien inmueble, respecto de inmuebles radicados fuera de su término municipal».

— STS de 4-4-2011. Anula varios preceptos del Real Decreto 304/2004, de 20-2-2004, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones.

— STS de 11-5-2011. Desestima la cuestión de ilegalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 17 de Barcelona, en relación con el artículo 41.2 del Real Decreto 1428/2003, de 21-11-2003, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2-3-1990.

UNIVERSIDADES

— Resolución de 4-5-2011. Publica el Acuerdo de 3-5-2011, de la Conferencia General de Política Universitaria, por el que se fijan los límites de precios públicos por estudios conducentes a la obtención de títulos universitarios oficiales para el curso 2011-2012.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS

ANDALUCÍA

— Ley 3/2011. 28-4-2011. Modifica la Ley 1/1988, de 17-3-1988, de la Cámara de Cuentas de Andalucía.

— Ley 4/2011. 6-6-2011. Medidas para potenciar inversiones empresariales de interés estratégico para Andalucía y de simplificación, agilización adminis-

trativa y mejora de la regulación de actividades económicas en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

— Decreto 6/2011. 9-5-2011. Asignan a la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia las competencias en materia de cartografía e información geográfica.

— Decreto 91/2011. 19-4-2011. Modifican diversos Decretos en materia de juego de la Comunidad Autónoma de Andalucía para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23-11-2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

— Decreto 93/2011. 19-4-2011. Modifica el Decreto 134/2010, de 13-4-2010, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia.

— Corrección de erratas. Decreto 93/2011. 19-4-2011. Modifica el Decreto 134/2010, de 13-4-2010, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia.

— Decreto 95/2011. 19-4-2011. Aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de la Costa Noroeste de la provincia de Cádiz y se crea su Comisión de Seguimiento.

— Decreto 141/2011. 26-4-2011. Modificación y derogación de diversos Decretos en materia de salud y consumo para su adaptación a la normativa dictada para la transposición de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12-12-2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

— Decreto 145/2011. 3-5-2011. Facilita la participación de los trabajadores y trabajadoras por cuenta ajena y del personal al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía en las elecciones locales que habrán de celebrarse el día 22-5-2011.

— Decreto 146/2011. 3-5-2011. Determina el Calendario de Fiestas Laborales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2012.

— Decreto 152/2011. 10-5-2011. Modifica el Decreto 141/2006, de 18-7-2006. Ordena la actividad cartográfica en la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto 134/2010, de 13-4-2010, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Innovación y Ciencia, y el Decreto 407/2010, de 16-11-2010, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Obras Públicas y Vivienda.

— Decreto 153/2011. 10-5-2011. Modifica el Decreto 87/1996, de 20-2-1996, por el que se regula la autorización, registro, acreditación e inspección de los servicios sociales de Andalucía.

— Decreto 154/2011. 10-5-2011. Participación de las mujeres.

— Decreto 164/2011. 17-5-2011. Regula la organización y funcionamiento del Registro de Comerciantes y Actividades Comerciales de Andalucía.

— Decreto 204/2011. 14-6-2011. Crea la Entidad Local Autónoma «Zahara de los Atunes», en el término municipal de Barbate (Cádiz).

— Decreto 216/2011. 28-6-2011. Adecuación de diversos organismos autónomos a las previsiones de la Ley 9/2007, de 22-10-2007, de la Administración de la Junta de Andalucía.

— Decreto 217/2011. 28-6-2011. Adecuación de diversas entidades de Derecho Público a las previsiones de la Ley 9/2007, de 22-10-2007, de la Administración de la Junta de Andalucía.

— Orden 28-4-2011. Aprueba el Programa Integral de Empleo para Personas Mayores de cuarenta y cinco años en Andalucía y se modifica la Orden que se cita.

— Orden 12-5-2011. Adopta medidas transitorias de orden financiero y contable aplicables a las entidades afectadas por la Ley 1/2011, de 17-2-2011, de reordenación del sector público de Andalucía.

— Acuerdo 10-5-2011. Aprueba el II Plan de Acción Integral para las Personas con Discapacidad en Andalucía, 2011-2013.

— Recurso de Inconstitucionalidad número 2.733-2011, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular contra ciertos artículos y disposiciones de la Ley 1/2011, de 17-2-2011.

ASTURIAS

— Decreto 30/2011. 13-4-2011. Primera modificación del Reglamento de Ordenación del Territorio y Urbanismo del Principado de Asturias.

— Decreto 37/2011. 11-5-2011. Aprueba el Reglamento de la carrera horizontal de los funcionarios de la Administración del Principado de Asturias.

— Resolución de 13-4-2011. Inscripción en el Registro de Demandantes de Vivienda Protegida del Principado de Asturias.

— Resolución de 18-4-2011. Inscripción en el Registro de Demandantes de Vivienda Protegida del Principado de Asturias.

— Resolución de 26-4-2011. Inscripción en el Registro de Demandantes de Vivienda Protegida del Principado de Asturias.

— Resolución de 25-5-2011. Inscripción en el Registro de Demandantes de Vivienda Protegida del Principado de Asturias.

— Resolución de 26-5-2011. Inscripción en el Registro de Demandantes de Vivienda Protegida del Principado de Asturias.

— Resolución de 2-6-2011. Ordena la publicación del Protocolo de actuación entre la Administración del Principado de Asturias y la Agencia Estatal de Administración Tributaria para la consulta telemática del borrador del IRPF por los empleados de dicha Comunidad Autónoma.

BALEARES

— Decreto 45/2011. 6-5-2011. Organización, estructura y funcionamiento de los registros autonómicos de centros de acogida residencial de personas menores de edad, de protección de personas menores de edad, y de adopciones.

CANARIAS

— Ley 10/2011. 10-5-2011. Cajas de Ahorro de Canarias.

— Decreto 98/2011. 27-4-2011. Regulador de la estructura orgánica y planificación de la Oficina Judicial en la Comunidad Autónoma de Canarias.

— Decreto 113/2011. 11-5-2011. Modifica la Disposición Final 2.^a y se prorroga la vigencia del artículo 24 del Decreto 48/2009, de 28-4-2009, por el que se establecen, en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, medidas ante la crisis económica y de simplificación administrativa.

— Decreto 122/2011. 17-5-2011. Crea el Registro de Centros y Entidades de Formación Profesional para el Empleo de la Comunidad Autónoma de Canarias y se regulan los procedimientos para la inscripción y/o acreditación de las entidades y centros de formación.

— Decreto 124/2011. 17-5-2011. Aprueba las Directrices de Ordenación Territorial de las Telecomunicaciones de Canarias.

— Decreto 125/2011. 17-5-2011. Dispone la suspensión, para el ámbito territorial concreto, de San Honorato-El Centurión, de las determinaciones del Plan General de Ordenación de San Cristóbal de La Laguna y se aprueban las Normas Sustantivas Transitorias de Ordenación, con el fin de posibilitar la reposición y ampliación de la oferta de viviendas protegidas.

— Decreto 131/2011. 17-5-2011. Establecen las intensidades de protección de los servicios y los criterios para determinar las compatibilidades y las incompatibilidades entre las prestaciones de atención a la dependencia del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias.

— Orden 10-5-2011. Determina el contenido del informe de situación del suelo previsto en el Decreto 147/2007, de 24-5-2007, por el que se regula el régimen jurídico de los suelos contaminados en la Comunidad Autónoma de Canarias y se crea el Inventario de Suelos Contaminados de Canarias.

CANTABRIA

— Decreto 39/2011. 12-5-2011. Desarrollan las previsiones sobre organización administrativa contenidas en la Ley de Cantabria 3/2007, de 4-4-2007, de Pesca en Aguas Continentales.

— Resolución de 26 de abril de 2011, por la que se aprueban las directrices generales del Plan de Control Tributario de 2011.

CASTILLA-LA MANCHA

— Decreto 29/2011. 19-4-2011. Aprueba el Reglamento de la Actividad de Ejecución del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.

— Decreto 34/2011. 26-4-2011. Aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.

CASTILLA Y LEÓN

— Decreto 21/2011. 26-5-2011. Modifica el Decreto 14/2011, de 24-3-2011, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público de la Administración de la Comunidad de Castilla y León para el año 2011.

— Decreto 2/2011. 27-6-2011. Reestructuración de Consejerías.

— Orden 483/2011. 1-4-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 502/2011. 3-5-2011. Modifica la Orden 270/2006, de 21-2-2006, por la que se establece el procedimiento para la presentación y el pago telemático de las autoliquidaciones de tributos gestionados por la Comunidad de Castilla y León.

— Orden 567/2011. 14-4-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 568/2011. 12-4-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la

presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 602/2011. 3-5-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 603/2011. 20-4-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 604/2011. 20-4-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 637/2011. 11-5-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 638/2011. 3-5-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 685/2011. 17-5-2011. Crean ficheros de datos de carácter personal.

— Orden 687/2011. 16-5-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 688/2011. 16-5-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por el que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 763/2011. 6-6-2011. Regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Castilla y León, el cálculo de la capacidad económica y las medidas de apoyo a las personas cuidadoras no profesionales.

— Orden 779/2011. 30-5-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 780/2011. 3-6-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18-1-2005, por la que se crea el registro telemático de la Administración de la Comunidad de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

— Orden 791/2011. 1-6-2011. Modifica la Orden 1982/2008, de 14-11-2008, por la que se regula el procedimiento para la selección de los adquirentes y arrendatarios de viviendas protegidas en Castilla y León.

— Orden 804/2011. 10-6-2011. Modifica el Anexo de la Orden 136/2005, de 18 de enero, por la que se crea el registro telemático de la Administración de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos, solicitudes y comunicaciones de determinados procedimientos administrativos.

CATALUÑA

— Ley 2/2011. 11-5-2011. Modificación de la Ley 1/2009, de 12-2-2009, de la Autoridad Catalana de la Competencia.

— Ley 3/2011. 8-6-2011. Modificación de la Ley 19/2010, de 7-6-2010, de regulación del IS y D.

— Ley 4/2011. 8-6-2011. Modificación de la Ley 30/2010, de 3-8-2010, de veguerías.

— Real Decreto 651/2011. 9-5-2011. Amplían los medios traspasados a la Generalitat de Cataluña por el Real Decreto 966/1990, de 20-7-1990, en materia de provisión de medios materiales y económicos al servicio de la Administración de Justicia.

— Decreto 325/2011. 26-4-2011. Reestructuración del Departamento de la Presidencia.

— Decreto 326/2011. 26-4-2011. Reestructuración del Departamento de Gobernación y Relaciones Institucionales.

— Decreto 332/2011. 3-5-2011. Reestructuración del Departamento de Bienestar Social y Familia.

— Decreto 333/2011. 3-5-2011. Reestructuración del Departamento de Justicia.

— Decreto 334/2011. 10-5-2011. Derogan varias disposiciones reglamentarias referidas a materias que son competencia del Departamento de Economía y Conocimiento.

— Decreto 341/2011. 17-5-2011. Derogan varias disposiciones reglamentarias referidas a las materias que son competencia del Departamento de Enseñanza.

— Decreto 343/2011. 17-5-2011. Derogan varias disposiciones reglamentarias, referidas a las materias de competencia del Departamento de Justicia.

— Resolución 1077/2011. 20-4-2011. Publica el Convenio de colaboración entre el Departamento de Territorio y Sostenibilidad de la Generalidad de Cataluña y el Colegio de Arquitectos de Cataluña para la delegación de funciones de control técnico de los informes de inspección técnica de los edificios para la obtención del certificado de aptitud regulado en el Decreto 187/2010, de 23-11-2010, sobre la inspección técnica de los edificios de viviendas.

— Resolución de 16-5-2011. Convoca concurso para la provisión de notarías vacantes.

— Resolución de 27-5-2011. Convoca el concurso ordinario número 282 para proveer Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles vacantes.

— Dictamen 1/2011. 22-2-2011. Sobre el Real Decreto-ley 13/2010, de 3-12-2010, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo.

EXTREMADURA

— Decreto 54/2011. 29-4-2011. Aprueba el Reglamento de Evaluación Ambiental de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

— Decreto 65/2011. 13-5-2011. Acuerda la concesión directa de una subvención a la Real Cofradía de Nuestra Señora la Santísima Virgen de la Montaña para financiar los gastos derivados de la realización de las actuaciones necesarias para la reparación del Santuario de Nuestra Señora la Santísima Virgen de la Montaña de Cáceres.

— Orden 4-5-2011. Aprueba el modelo de autoliquidación del Impuesto sobre los depósitos de las entidades de crédito y el procedimiento para su presentación telemática.

— Orden 4-5-2011. Aprueba el modelo de autoliquidación del Impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente y el procedimiento para su presentación telemática.

— Orden 5-5-2011. Regulan las características de las emisiones de Deuda Pública segregable de la Junta de Extremadura para el ejercicio 2011.

— Orden 20-5-2011. Aprueban los Estatutos y el Reglamento del procedimiento regulador del sistema de designación y elecciones de los órganos de gobierno de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura.

GALICIA

— Orden 20-5-2011. Incorpora un nuevo procedimiento al Registro Electrónico de la Xunta de Galicia regulado por el Decreto 164/2005, de 16-6-2005.

— Corrección de errores. Decreto 42/2011. 3-3-2011. Establece el procedimiento para el depósito de las fianzas de los arrendamientos relativos a fincas urbanas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia.

LA RIOJA

— Decreto 35/2011. 6-5-2011. Modifica el Decreto 53/2001, de 21-12-2001, por el que se regula la Producción Integrada en productos agrarios en la Comunidad Autónoma de La Rioja.

— Decreto 36/2011. 6-5-2011. Crea las comisiones sectoriales de cualificaciones y formación profesional y se establece su reglamento de funcionamiento.

MADRID

— Ley 9/2010. 23-12-2010. Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público.

— Decreto 22/2011. 28-4-2011. Reglamento de los Juegos Colectivos de Dinero y Azar y otras normas en materia de juego de la Comunidad de Madrid y se regula el juego del bingo electrónico.

NAVARRA

— Decreto Foral 53/2011. 23-5-2011. Modifica la plantilla orgánica de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos.

— Orden Foral 57/2011, 13-4-2011. Aprueba el modelo S-90 de autoliquidación del IS y del Impuesto sobre la Renta de no Residentes correspondiente a establecimientos permanentes, para los periodos impositivos iniciados entre el 1-1-2010 y el 31-12-2010, y se dictan las normas para la presentación de las declaraciones.

— Orden Foral 58/2011. 13-4-2011. Aprueba el modelo 220 de autoliquidación del IS para los grupos fiscales que tributen por el régimen de consolidación fiscal para los periodos impositivos iniciados entre el 1-1-2010 y el 31-12-2010, y se dictan las normas para la presentación de las declaraciones.

— Orden Foral 89/2011. 30-5-2011. Establece el procedimiento para la elección de promoción de vivienda protegida previsto en el artículo 38 del Decreto Foral 25/2011, de 28-3-2011, por el que se regula el Censo de solicitantes de vivienda protegida.

PAÍS VASCO

— Decreto Foral. Norma 1/2011. 1-2-2011. Introduce modificaciones en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes, en el IVA y en los Impuestos Especiales.

VALENCIA

— Decreto 53/2011. 20-5-2011. Crea el Registro de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos de la Comunitat Valenciana y se aprueba su reglamento.

— Decreto 54/2011. 20-5-2011. Modifica el Decreto 81/1990, de 28-5-1990, del Consell, sobre órganos de gobierno de cajas de ahorro.

II. Información de actividades

ARAGÓN

El día 11 de abril, organizada por el Grupo de Investigación sobre la Eficiencia de las medidas de actuación para la simplificación, aceleración y sustitución del proceso para reducir la litigiosidad y con la colaboración de la Universidad de Zaragoza, el Justicia de Aragón, la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, el Consejo Aragonés de Cámaras de Comercio y la Corte Aragonesa de Arbitraje y Mediación, tuvo lugar la JORNADA SOBRE *MEDIACIÓN Y ARBITRAJE: SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE REFORMA*, con arreglo al siguiente programa:

Conferencia inaugural:

«Aproximación de las reformas proyectadas en materia de Mediación y de Arbitraje», por don Julio FUENTES GÓMEZ, Subdirector General de Política Legislativa del Ministerio de Justicia.

Mesa redonda: *La nueva cultura de la mediación:*

- «Mediación y arbitraje: Una forma de entender la resolución de los conflictos jurídicos», por la doctora doña Rosa GUTIÉRREZ SANZ, Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza, Máster Internacional en Resolución de Conflictos, Árbitro de la Junta de Arbitraje de Consumo del Ayuntamiento de Zaragoza.
- «La original actuación en Italia de la Directiva 2008/52/CE: La mediación dirigida a la conciliación en las controversias civiles y mercantiles según el Decreto Legislativo 28/2010», por la doctora doña Silvana DALLA BONTÁ, Investigadora de Derecho Procesal de la Universidad de Trento.
- «La mediación *on line*», por la doctora doña Gemma GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Murcia.

Mesa redonda: *La realidad del arbitraje en el ámbito civil y mercantil:*

- «El arbitraje mercantil internacional», por don Juan Antonio CREMADES SANZ-PASTOR, Abogado de los Colegios de Abogados de Zaragoza, Madrid y París, ex miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Miembro de Número de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.
- «Reflexiones sobre el procedimiento de arbitraje», por don Javier SANCHE-ARROYO Y LÓPEZ-RIOBOO, Abogado de los Colegios de Abogados de Zaragoza, Madrid, Teruel y Soria, Vicepresidente de la Asociación Aragonesa de Arbitraje y Mediación, ex Secretario General de la Unión Internacional de Abogados.
- «Problemas frecuentes sobre la anulación y ejecución del laudo arbitral», por el doctor don Faustino CORDÓN MORENO, Abogado de los Colegios de Abogados de Madrid y Pamplona, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Alcalá de Henares.

MADRID

El día 26 de mayo de 2011, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO: *LA CUESTIÓN CUBANA EN LAS CORTES DE CÁDIZ*.

Ponente:

Antonio FILIU FRANCO PÉREZ, Profesor en la Universidad de Oviedo.

Contraponencia:

- «El Estado a debate. Cuba y la propiedad esclavista en las Cortes de Cádiz», por Clara ÁLVAREZ ALONSO, Profesora en la Autónoma de Madrid.

VALENCIA

El día 7 de junio de 2011, en la sede del Decanato Autonómico de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de la Comunitat Valenciana, el Colegio de Registradores de la Propiedad de la Comunitat Valenciana presentó la *GUÍA PRÁCTICA SOBRE RÉGIMEN ECONÓMICO-MATRIMONIAL VALENCIANO*.

Con un lenguaje sencillo y directo, los registradores buscan en esta edición bilingüe (castellano/valenciano) aclarar cuantas dudas y confusiones puedan existir respecto al régimen económico que les es aplicable a los valencianos que han contraído matrimonio desde abril de 2008, fecha de entrada en vigor de la Ley 10/2007, de 20 de marzo. La obra aborda todas aquellas cuestiones relativas a la aplicación de esta ley; los principios que rigen, las cargas del matrimonio, la vivienda habitual, las capitulaciones matrimoniales, las donaciones o el régimen de separación, entre otras.

La presentación corrió a cargo de Asunción QUINZÁ, secretaria autonómica de Gobernación; M.^a Emilia ADÁN GARCÍA, decana del Colegio de Registradores, y Pilar GARCÍA GOYENCHE, coordinadora de la edición y directora del Centro de Estudios Registrales.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

LÓPEZ MEDEL, Jesús: *El Estatuto de Cataluña. Una meditación sobre España*, Editorial Fragua, Madrid, 2010, 416 págs.

Continuando el seguimiento sobre el proceso de elaboración y presentación en el Congreso de lo que, en principio, era un «Proyecto de Reforma del Estatuto de Cataluña», Jesús LÓPEZ MEDEL, jurista y académico, Registrador de la Propiedad jubilado, ha pasado de la «intrahistoria», al análisis y glosa de la sentencia del Tribunal Constitucional, de 28 de junio de 2010, publicada en el *BOE* de 20-7-2010, después de cuatro años de resolución de uno de los recursos presentados con varios ponentes y cambios en los Magistrados de dicho Tribunal Constitucional. Hasta el momento, podría decirse que es el estudio más completo de la «pieza» Estatuto de Cataluña de 2006 y de la mencionada sentencia, derivada del recurso del Partido Popular, en el que se impugnaban unos 140 artículos. La sentencia considera nulos catorce y unos cuarenta «interpretables».

El autor de la obra quien, por otra parte, había estudiado la Constitución Española en otros aspectos de Derecho Político, Constitucional e Inmobiliario, confiesa su actitud de aragonés y su amor a Cataluña, su vinculación con la Milicia Universitaria de Santa Fe del Montseny, en la cual dejó bastantes años de su vida profesional como Registrador de la Propiedad. Alude a la circunstancia el hecho de que a raíz de esa trayectoria, los profesionales juristas de Cataluña promovieran, con motivo de su jubilación, un Libro Homenaje con un centenar de firmas, dos volúmenes, 1.200 páginas, que luego editaría el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

Lo fundamental de la obra está en la exposición, con finura hermética, de las orientaciones, método y sistema de ese Estatuto, el cual, por iniciativa del poder ejecutivo, lo que era proyecto inicial, como los demás Estatutos de una segunda generación. Sin embargo, como luego han ratificado otros comentaristas —MUÑOZ MACHADO y DE JORGE DE ESTEBAN, especialmente— se convirtió en una «Constitución paralela». Lo cual ha supuesto, en el fondo, la alteración de la propia Constitución Española de 1978 sin modificarse esta. No puede un Estatuto modificar una Constitución, doctrina del Consejo de Estado, sin utilizar el procedimiento especial del artículo 168 de la Constitución: que los preceptos sobre Cataluña como Nación, la lengua, el modelo de sociedad laica e intervencionista, riesgo de cambio de modelo territorial, federalista, la bilateralidad y el Poder Judicial Supremo, afectan al ordenamiento constitucional general.

El Estatuto está redactado con un buen sistema, y orientado, en buena parte, por la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Ley Fundamental de Bonn y la propia Constitución Española. Hay un largo preámbulo motivador con datos históricos, bastante más extenso del de la propia Constitución. La sentencia —según el autor— no cierra el camino para un posterior reajuste de

los preceptos «interpretativos». Algunos puntos —como referentes al pretendido autogobierno del Notariado y los Registros— parece que tienen dificultades prácticas.

El cambio electoral en el Gobierno de la Generalitat puede medir, con más equilibrio, la incardinación de Cataluña dentro del Estado español, aceptando una pluriversidad en determinados aspectos, que es distinto de la plurinacionalidad, lo que exigiría una fuerte Reforma de la Constitución de 1978 por las vías pertinentes de la propia Constitución. La obra termina con las aportaciones constitucionalistas y administrativistas y una valoración y glosa de los votos particulares de cuatro Magistrados. El capítulo final, *Meditación sobre España*, es rico en sugerencias para el futuro de lo que ORTEGA Y GASSET, LARRAZ, y antes Joaquín COSTA llamarían «conllevar» España-Cataluña, Cataluña-España, y lo que el autor denomina un gran camino de «normalización».

Al margen —o más allá— de las orientaciones políticas que puedan darse en el Estatuto de Cataluña tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de junio de 2010, cabe —y hasta es conveniente— un análisis técnico-jurídico, metodológico o una exégesis sobre los antecedentes, analogías o interpretaciones, para que nos sitúen más objetivamente. Por de pronto hay que afirmar, y ratificar, que su fuente normativa está en la Constitución como núcleo básico, orientador y de frontera, aunque en la sistemática y redacción hayan podido influir la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Ley Fundamental de Bonn o la Constitución de la II República. Cabría citar fuentes documentales y bibliográficas que se desprenden de la revista *La Crónica*, que dirige el profesor MUÑOZ MACHADO, algunos trabajos inéditos como el del académico MARTÍN BRAVO. Además de los textos regeneracionistas de Joaquín COSTA, AZAÑA, LARRAZ y ORTEGA Y GASSET, entre otros.

Se puede situar a la Constitución Española de 1978, entre las sincréticas, en tanto que no es lo retórica de la de 1812, en plena Guerra de la Independencia; ni la normativista de los modelos kelsenianos, sino que a la vez se mezclan el «Título Preliminar», Principios y Valores, con otros preceptos —la mayoría estrictamente de Derecho Positivo—. En ese tipo singular pudo haber no solo la explicación de un consenso, sino también las propias orientaciones del maestro Antonio HERNÁNDEZ GIL. Esa distinción de preceptos con cierta carga de valores son los que exigen —para su reforma— las exigencias mayores a diferencia de los que son meramente normativos.

Acaso todo ello, sirva de explicación, por un lado, de la redacción valiosamente sistemática del Estatuto de Cataluña —que está considerado como una «constitución paralela» a la de 1978— y además se puede elegir una triple dimensión de la sentencia del TC sobre artículos «anticonstitucionales» o nulos —unos catorce—, los denominados —atrevidamente— «interpretativos» —unos cuarenta—, y los restantes no constitucionales.

(Autocrítica, por Jesús López Medel,
Registrador de la Propiedad)

LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada: *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, Editorial La Ley, Madrid, 2011, 349 págs.

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogada

Doctorando en Derecho

Escribir sobre la obra de la Profesora Inmaculada LÓPEZ-BARAJAS en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* es siempre un placer; dada la calidad de la misma, como lo manifiesta su acreditada actividad investigadora.

En el libro, objeto de esta reseña, la autora lleva a cabo un estudio sistemático y actualizado de la intervención de las telecomunicaciones, las cuales han experimentado una evolución extraordinaria en los últimos años, dando paso a la denominada «sociedad de la información» en la que la aparición de las nuevas tecnologías ha supuesto la superación de las formas tradicionales de comunicación.

El libro se estructura en seis capítulos a lo largo de los cuales se abordan aspectos de gran actualidad, como el «procedimiento integrado de interceptación (SITEL)», mecanismo a través del cual se puede interceptar cualquier tipo de comunicación electrónica y se analizan aspectos que han suscitado un gran debate jurídico como la inviolabilidad de las comunicaciones con el Abogado defensor como garantía del derecho de defensa, o la extensión y límites del deber de conservación de datos impuestos a las operadoras que prestan servicios de comunicaciones electrónicas.

En el Capítulo Primero, bajo la rúbrica «El derecho al secreto de las comunicaciones y las nuevas tecnologías», la autora pone de relieve la gran importancia que las tecnologías de la información han alcanzado en los últimos años, desarrollo que contrasta con la escasa regulación vigente en la materia. La intervención de las comunicaciones constituye una diligencia fundamental en la investigación criminal que sigue estando deficientemente regulada y en la que la jurisprudencia tampoco resuelve con criterios uniformes los problemas que plantea en la actualidad la interceptación de las nuevas formas de comunicación, cuestiones todas ellas que han de ser tratadas buscando el adecuado equilibrio entre el respeto a las garantías procesales y la necesaria incorporación de las nuevas técnicas de investigación como medio de persecución de los delitos.

El derecho al secreto de las comunicaciones, tipificado como derecho fundamental, *ex* artículo 18.3 de la CE, ha experimentado una gran expansión que ha sido puesta de relieve tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, ya que los avances tecnológicos que se han producido en los últimos años hacen necesario extender la protección deferida constitucionalmente a los nuevos ámbitos derivados de las modernas tecnologías. Se analiza el ámbito del derecho al secreto de las comunicaciones, cuyo carácter eminentemente formal, que lo distingue del carácter material que tiene el derecho a la intimidad, impide grados de actuación, de tal forma que la incidencia no consentida de un tercero en el objeto del derecho implica una infracción del mismo de alcance constitucional. En definitiva, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones goza del máximo nivel de protección, que se extiende no sólo al contenido de la conversación, sino también a los datos técnicos reservados, a través de los cuales podría llegar a conocerse la existencia misma de la comunicación. El

concepto de datos externos se ha visto desbordado por la expresión «datos de tráfico», que implica una noción más amplia, que como indica la Ley de Conservación de Datos de Comunicaciones Electrónicas 25/2007, de 18 de octubre, se refiere a los datos que se han generado en el marco de una comunicación de telefonía fija, móvil o internet, para cuya obtención se exige la correspondiente autorización judicial.

Se analizan los tres derechos conexos que confluyen en el sector de las comunicaciones electrónicas, que son el derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la protección de datos, estableciendo una delimitación precisa entre ellos, ya que aunque se trata de derechos conexos están sujetos a un régimen jurídico diferente.

Merece una consideración especial la detección de ciertos datos (IMSI e IMEI), dada la polémica jurisprudencial que se ha generado en torno a su régimen jurídico, analizando las posiciones doctrinales y jurisprudenciales sentadas en la materia.

A continuación, la autora analiza el concepto de comunicación protegida por el artículo 18.3 de la CE, en cuanto proceso de transmisión de mensajes que se realiza en el ámbito de la privacidad de los comunicantes, aludiendo a su clasificación, teniendo en cuenta el sistema de *numerus apertus* de la enumeración constitucional, lo que maximiza el contenido del derecho al secreto de las comunicaciones y refiriéndose, finalmente, a su régimen legal, poniendo de manifiesto las lagunas legales existentes que tratan de ser colmadas con los pronunciamientos jurisprudenciales que recogen el contenido esencial del derecho al secreto de las comunicaciones y que operan como un mínimo para determinar la legitimidad de cualquier medida de intervención de las comunicaciones. Siendo conveniente, en todo caso, la promulgación de una Ley reguladora de las intervenciones electrónicas que proporcione una regulación estable que nos permita superar la disparidad de criterios que existen en la jurisprudencia.

En el Capítulo Segundo se exponen los requisitos que han de cumplir las intervenciones electrónicas para que produzcan efectos en el proceso y tener así cobertura constitucional que son: previsión en la Ley, adecuación a los fines legítimos establecidos genéricamente y carácter necesario en una sociedad democrática. En cuanto a la previsión legal, se pone de manifiesto la insuficiencia del artículo 579 de la LECrim ante el considerable número de lagunas que contiene, lo que ha sido denunciado reiteradamente por los autores que han estudiado esta materia, demandando una regulación específica y detallada que nos proporcione pautas legales claras garantizando los derechos constitucionales y, sobre todo, la intimidad y el derecho de defensa.

Al ser el secreto de las comunicaciones un derecho fundamental, su limitación debe rodearse de las máximas garantías, lo que implica la garantía jurisdiccional de la intervención, la cual además ha de someterse al más estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad. No basta que la medida esté prevista en la Ley y sea adoptada por un juez, sino que resulta imprescindible que se justifique objetivamente para el cumplimiento de los fines constitucionales que la legitiman, debiendo existir una proporción entre los diferentes intereses en conflicto.

Al final de este capítulo se estudia el ámbito subjetivo de la intervención, prestando una especial atención a un tema que ha suscitado un gran debate jurídico, como es la intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente. Como muy acertadamente señala la autora, la legitimidad de esta intervención no debe analizarse desde la exclusiva órbita del derecho al secreto de las co-

municaciones, *ex* artículo 18.3 de la CE, sino también a la luz del derecho de defensa que reconoce el artículo 24.2 de nuestra Constitución. Nuestro derecho positivo solo prevé expresamente la intervención de las comunicaciones entre el abogado y el cliente en el caso de delitos de terrorismo, no obstante ha sido muy debatida la interpretación que debe darse al artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que regula las comunicaciones de los internos con el abogado defensor, diciendo que «no podrán ser suspendidas o intervenidas, salvo orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo». Este artículo ha sido interpretado tanto por el auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 28/2010, de 25 de marzo, como por el TC en sentencias 183/1994 y 58/1998, declarando que estos dos requisitos han de concurrir de forma acumulativa no como condiciones alternativas.

Las consideraciones expuestas por la autora con claridad y precisión determinan que las comunicaciones con el abogado sólo pueden ser intervenidas en circunstancias muy excepcionales y rodeándose de las mayores garantías, para no poner en entredicho la estructura constitucional de nuestro sistema de derechos y libertades y, sobre todo respetar uno de nuestros más importantes derechos fundamentales como es el derecho de defensa.

En el Capítulo Tercero se analizan los elementos objetivos y el elemento temporal, en cuanto a los primeros, la intervención de las comunicaciones al ser una medida de exclusiva concesión judicial, debe estar suficientemente motivada y justificada. La legitimidad de la intervención exige que el órgano jurisdiccional exteriorice la concurrencia de los presupuestos materiales de la injerencia (investigación, delito grave, conexión de las personas con los hechos), así como la necesidad y adecuación de la misma a la finalidad perseguida. Como consecuencia de la interceptación producida dentro de una investigación criminal pueden aparecer nuevos hechos distintos de los originariamente investigados, son los llamados hallazgos casuales, los cuales poseen eficacia investigadora y probatoria siempre que se cumplan los requisitos exigidos.

Es exigencia derivada del principio de proporcionalidad, que la resolución judicial que acuerde la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones fije un límite temporal. La autora plantea la contradicción existente entre los artículos 579.3 de la LECrim y el 302.2 de la misma Ley, así como los diferentes sentidos con que ha sido resuelta doctrinalmente, para terminar analizando el cómputo del plazo previsto en la resolución judicial que autoriza la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones.

En el Capítulo Cuarto se analiza la extensión y límites del deber de conservación de datos impuesto a las operadoras que presten servicios de comunicaciones electrónicas, el fundamento de este deber se encuentra en la necesidad de garantizar el mantenimiento de unos datos con vistas a su eventual utilización en el marco de un proceso penal. Como indica la Directiva 2006/24/CE y la Ley de Conservación de Datos de Comunicaciones Electrónicas 25/2007, de 18 de octubre, los datos solo pueden ser objeto de conservación para los fines exclusivos que expresamente se establecen y que consisten en la detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves, definidos de acuerdo con la legislación interna de cada Estado miembro.

La Comisión Europea ha elaborado un dictamen de evaluación de la Directiva 2006/24/CE de conservación de datos, donde manifiesta la importancia de conservar este tipo de datos como elemento probatorio en delitos graves o de terrorismo. Sin embargo, revela deficiencias, entre las que destaca que la Directiva, por sí sola, no garantiza que los datos sean tratados con pleno respeto a la

intimidad y a la protección de datos personales, por lo que revisará las normas vigentes de cara a proponer un marco jurídico reforzado.

En el Capítulo Quinto se analiza con detenimiento «el procedimiento integrado de interceptación» de las comunicaciones (SITEL), que utiliza un *software* o aplicación informática instalada en los proveedores de servicios de las redes de telecomunicaciones que ha dejado obsoleto el uso del tradicional magnetófono. La novedad y complejidad de este sistema de funcionamiento que plantea SITEL determina que los pronunciamientos que ha dictado el TS no contengan todavía un análisis riguroso y sistemático del mismo, sin perjuicio de que ante la insuficiencia de la normativa reguladora constituyen un elemento indispensable para acercarnos a esta nueva técnica de interceptación. Se analizan sus elementos, las medidas previstas para garantizar el secreto y la confidencialidad de las comunicaciones, así como la información relativa a la intervención. Se plantea la suficiencia del rango normativo de la regulación de SITEL y se aborda una de las cuestiones más controvertidas de esta intervención como es el procedimiento de entrega de las informaciones grabadas.

Constituye una garantía esencial para evitar abusos que se proceda a la destrucción de los soportes, una vez que estos han cumplido su objetivo y, carecen de relevancia en el proceso, materia sobre la que existe una importante laguna en nuestro Derecho Positivo.

Por su parte, la Sala de lo Penal del TS ha ordenado en una reciente sentencia que los Tribunales acuerden de oficio la destrucción de las grabaciones originales obtenidas por SITEL, precisamente para evitar que los datos de una investigación con autorización judicial puedan ser reutilizados para otros hechos diferentes.

En el Capítulo Sexto se aborda la eficacia probatoria de la intervención de las telecomunicaciones; en el proceso penal la teoría de la prueba tiene una gran importancia, ya que determina las condiciones que van a permitir aportar al proceso los medios que lleven al Juzgador al convencimiento de lo que está siendo sometido a su enjuiciamiento, pero para ello debe tratarse de una prueba legítimamente obtenida, entendiéndose por esta, no solo la que se acomode a las exigencias constitucionales de no atentar contra los derechos fundamentales, sino también aquella que cumple las concretas garantías que para su práctica establece la legalidad procesal ordinaria. Se analiza esta cuestión tomando como punto de partida el artículo 11 LOPJ, que priva de valor procesal a las pruebas obtenidas violentando, directa o indirectamente, los derechos o libertades fundamentales.

Uno de los aspectos más discutidos de la prueba prohibida gira en torno a su alcance, la autora precisa el concepto de la eficacia, refleja y analiza sus límites a través de lo que el TC ha denominado conexión de antijuridicidad, distinguiendo entre causalidad natural y jurídica, para terminar analizando, de una manera clara y precisa, el tratamiento procesal de la ilicitud probatoria.

Finalmente, indicar que este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia y Tecnología titulado «Las reformas de la Justicia Penal» (SEJ 2007-62039), y del que es investigador principal el Profesor Doctor don Vicente GIMENO SENDRA, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

La Profesora LÓPEZ-BARAJAS es autora de otros tantos trabajos que atestiguan la calidad y solidez de su línea de investigación.

En definitiva, estamos ante una obra elaborada con gran rigor intelectual, destacando la oportunidad del tema elegido abordando aspectos de gran actualidad, así como la sistemática empleada que facilita la lectura, análisis y comprensión de la materia, por lo que solo nos queda felicitar a su autora por su

brillante aportación doctrinal, que será objeto de múltiples consultas cada vez que tengamos inquietudes que satisfacer.

Por todo ello, se trata de una obra de imprescindible consulta para todos los profesionales del Derecho y los distintos operadores jurídicos en la que el tratamiento de todos estos temas se efectúa buscando el equilibrio necesario entre el respeto a los derechos individuales y las garantías procesales y la necesaria incorporación de las nuevas técnicas de investigación en la persecución de los delitos.

REVISTA DE REVISTAS

REVISTA DE DERECHO AGRARIO Y ALIMENTARIO

Número 56 (Enero-Junio 2010)

«Urgencia de los regadíos africanos, reserva alimentaria de la humanidad», por Alberto BALLARÍN MARCIAL, pág. 7.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CAUSAS DE ESE RETRASO.—III. LAS CONSECUENCIAS.—IV. LOS DOS ACONTECIMIENTOS.—V. URGENCIA.—VI. LAS DIFICULTADES: 1. LA ESPECIAL DIFICULTAD DE LA FINANCIACIÓN. 2. ALGUNA VENTAJA.—VII. CONCLUSIÓN FINAL.

«Limitaciones al derecho de patentes y al derecho del obtentor», por María José CAZORLA GONZÁLEZ, pág. 15.

SUMARIO: I. ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LAS INVENCIONES BIOTECNOLÓGICAS: 1. LA PROTECCIÓN INDUSTRIAL DE LAS VARIEDADES VEGETALES. 2. LA PATENTABILIDAD DE LAS INVENCIONES VEGETALES.—II. LIMITACIONES AL DERECHO DE PATENTES Y AL DERECHO DEL OBTENTOR: 1. EL PRIVILEGIO DEL AGRICULTOR. 2. LIMITACIONES POR RAZÓN DEL INTERÉS PÚBLICO. 3. OTRAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS DEL OBTENTOR Y DE PATENTES.

«Las peculiaridades del seguro agrario dentro de los seguros de lucro cesante», por Santiago ESCRIBANO PINTOR y Beatriz ENCINAS DUVAL, pág. 27.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS RIESGOS AGRARIOS Y LOS SEGUROS AGRARIOS.—III. EL SISTEMA ACTUAL DE SEGUROS AGRARIOS.—IV. RÉGIMEN JURÍDICO DEL ACTUAL SISTEMA DE SEGUROS AGRARIOS ESPAÑOL.—V. EL CONTRATO DE SEGURO AGRARIO.—VI. LA INDEMNIZACIÓN.—VII. LA CLÁUSULA DE SALVAGUARDA.—VIII. CONCLUSIONES.

«El mercado del agua: especial referencia a Canarias y Murcia», por José GARCÍA MOLINA, pág. 45.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL MERCADO DEL AGUA.—III. REGULACIÓN DEL MERCADO DEL AGUA EN ESPAÑA: 1. ANTES DE LA REFORMA DE LA LEY DE AGUAS DE 1985. 2. REFORMA DE LA LEY DE AGUAS POR LA LEY 46/1999,

DE 13 DE DICIEMBRE. 3. CANARIAS. 4. LA DIRECTIVA MARCO DEL AGUA.—IV. ESTADO ACTUAL DEL MERCADO DEL AGUA EN ESPAÑA: 1. LAS AGUAS PRIVADAS. 2. CANARIAS: A) *Tenerife*. B) *Gran Canaria*. 3. MURCIA.—V. PRECIOS DEL AGUA.—VI. CONCLUSIÓN.

«Aspectos jurídicos de la aplicación de la Ley 19/95 y su desarrollo sobre explotaciones agrarias prioritarias en la Comunidad Autónoma andaluza», por Francisco MOLINA NAVARRO y Miguel ROMERO VELASCO, pág. 73.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LEGISLACIÓN SOBRE EXPLOTACIÓN PRIORITARIA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA.—III. REQUISITOS PARA LA CONSIDERACIÓN DE EXPLOTACIÓN AGRARIA PRIORITARIA.—IV. MEDIAS PROPUESTAS POR LA LEY 19/95 PARA LA MODERNIZACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS AGRARIAS TOMANDO COMO REFERENCIA BÁSICA LA EXPLOTACIÓN PRIORITARIA.—V. AYUDAS FINANCIERAS Y BENEFICIOS FISCALES ACTUALES A FAVOR DE LAS EXPLOTACIONES PRIORITARIAS: 1. INTRODUCCIÓN. 2. AYUDAS FINANCIERAS. 3. BENEFICIOS FISCALES. 4. INSCRIPCIONES REGISTRALES.—VI. PROBLEMAS QUE ENCUENTRA LA REFERENCIA BÁSICA DE EXPLOTACIÓN PRIORITARIA PARA SU IMPLANTACIÓN EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA.—VII. ANÁLISIS DE LAS EXPLOTACIONES PRIORITARIAS ANDALUZAS EN EL SEXENIO 2002-2007.—VIII. ALGUNAS PROPUESTAS PARA QUE LA IMPLANTACIÓN DE LA EXPLOTACIÓN PRIORITARIA COMO REFERENCIA BÁSICA DE LA MODERNIZACIÓN DE LAS ESTRUCTURAS AGRARIAS SEA UNA REALIDAD.

«Planificación urbana, ordenamiento territorial y desarrollo rural sostenible», por Enrique ULATE CHACÓN, pág. 101.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EXPANSIÓN URBANA, ACTIVIDADES AGRARIAS Y FRONTERA AGRÍCOLA. CONFLICTO APARENTE ENTRE LO URBANO Y LO RURAL.—III. ORDENAMIENTO DEL TERRITORIO Y DESARROLLO RURAL SOSTENIBLE. PROPUESTAS ACTUALES: 1. EL PROYECTO DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL, EL PROYECTO DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL INTEGRAL COSTARRICENSE Y EL PROYECTO DE LEY DE ZONIFICACIÓN PARA LA PRODUCCIÓN AGROPECUARIA. 2. LA POLÍTICA DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL. 3. BREVE ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS TÉCNICOS EXISTENTES. 4. EL PROYECTO DE REFORMA AL ARTÍCULO 28 DE LA LOA: POLÍTICA PÚBLICA, INTEGRALIDAD, JERARQUIZACIÓN, HACIA UN ORDENAMIENTO Y REORDENAMIENTO AMBIENTAL TERRITORIAL.—IV. EL PROBLEMA DEL ORDENAMIENTO TERRITORIAL EN COSTA RICA. LA DISPERSIÓN NORMATIVA Y LA DISGREGACIÓN DE COMPETENCIAS. COMPETENCIA MUNICIPAL Y COMPETENCIAS ACCESORIAS: A) ORDENAMIENTO TERRITORIAL DE LA REGIÓN CHOROTEGA. B) ORDENAMIENTO TERRITORIAL DE DESAMPARADOS.—V. LA NORMATIVA ACTUAL QUE AFECTA EL ORDENAMIENTO DEL TERRITORIO EN LA GAM Y LIMITACIONES AGROAMBIENTALES.—VI. EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA EN EL ORDENAMIENTO TERRITORIAL: 1. CRITERIOS VINCULANTES DE LA SALA CONSTITUCIONAL: A) *En materia de competencia municipal*. B) *En materia de áreas protegidas*. C) *En materia de salud humana y actividades productivas*. 2. CRITERIOS DE LA SALA I. 3. CRITERIOS DEL

TRIBUNAL AGRARIO. 4. CRITERIOS DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL.—VII. CONSIDERACIONES FINALES.

«Agronegocios y responsabilidad social empresarial», por María ADRIANA VICTORIA, pág. 135.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DE LA CADENA AGROALIMENTARIA A LOS AGRONEGOCIOS.—III. DE LA SUSTENTABILIDAD A LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Número 49 (Diciembre 2010)

«La nueva distribución de competencias entre Jueces y Tribunales y los Secretarios Judiciales», por María Luisa CUENCA BURGOS, pág. 9.

«Políticas públicas de empleo en Castilla-La Mancha», por M.^a ENCARNACIÓN GIL PÉREZ, pág. 39.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO: 2.1. UN EMPLEO DE CALIDAD. 2.2. FOMENTO DE LA CREACIÓN Y ESTABILIDAD EN EL EMPLEO. 2.3. POLÍTICAS DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES. 2.4. EMPLEO BASADO EN LA FORMACIÓN Y CUALIFICACIÓN. 2.5. UN SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO Y CALIDAD. 2.6. POLÍTICAS BASADAS EN LA IGUALDAD Y LA CONCILIACIÓN. 2.7. CRECIMIENTO Y PRODUCTIVIDAD.—3. ESPECIAL REFERENCIA AL PLAN DE CHOQUE.—4. CONCLUSIONES.

«La nube de ceniza volcánica o la responsabilidad del transportista por retraso y cancelación de vuelo», por Karolina LYCZKOWSKA, pág. 69.

«La Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la ley de contratos del sector público en materia de recursos y su incidencia en Castilla-La Mancha», por José Antonio MORENO MOLINA, pág. 97.

SUMARIO: 1. OBJETIVO Y PRINCIPALES PREVISIONES DE LA LEY 34/2010, DE 5 DE AGOSTO.—2. LA NUEVA REGULACIÓN DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.—3. EL CARÁCTER, AHORA POSTESTATIVO, DEL RECURSO ESPECIAL.—4. EL CUESTIONABLE MANTENIMIENTO DEL LIMITADO ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RECURSO.—5. DECISIONES IMPUGNABLES Y DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO.—6. EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES.—7. LA NECESIDAD DE CREACIÓN EN CASTILLA-LA MANCHA DE UN ÓRGANO INDEPENDIENTE PARA LA RESOLUCIÓN DE LOS RECURSOS ESPECIALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN.—8. EL RÉGIMEN SUPLETORIO PARA CASTILLA-LA MANCHA.—9. LA REGULACIÓN APLICABLE A LAS CORPORACIONES LOCALES.—10. LA ALTERACIÓN DEL CARÁCTER ANTIFORMALISTA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA CON LA APROBACIÓN DE LA LEY 34/2010.

«Sobre las declaraciones de derechos y los nuevos Estatutos de Autonomía», por Luis PRIETO SANCHÍS, pág. 125.

SUMARIO: 1. LA VOCACIÓN IUSFUNDAMENTAL DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.—2. LOS DERECHOS Y LA LEY.—3. LOS DERECHOS Y LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS.—4. LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS.

«Comentario a las modificaciones introducidas por la Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29-12-2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y su afectación a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público-LCSP», por Jesús PUNZÓN MORALEDA y Francisco SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, pág. 151.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 15/2010, DE 5 DE JULIO, A LA LCSP.—III. COMENTARIO AL ARTÍCULO 200.4 DE LA LCSP: 1. MODIFICACIONES EN LOS PLAZOS: LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA OCTAVA LCSP.—IV. EL NUEVO ARTÍCULO 200 BIS LCSP (PROCEDIMIENTO PARA HACER EFECTIVAS LAS DEUDAS DE LAS AAPR).—V. BIBLIOGRAFÍA.

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA Y LEÓN

Número 24 (Mayo 2011)

«La inadmisibilidad de la cuestión prejudicial prevista en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea», por Juan Manuel CRIADO GÁMEZ, pág. 7.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. CAUSAS DE INADMISIBILIDAD.—3. OTRAS CUESTIONES.

«Régimen urbanístico de la implantación de grandes establecimientos comerciales en Castilla y León», por Tomás QUINTANA LÓPEZ, pág. 35.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL MODELO URBANÍSTICO DE CASTILLA Y LEÓN Y SU TRASCENDENCIA PARA LA IMPLANTACIÓN DE ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES.—3. LA POSICIÓN ORDINAMENTAL DE LA NORMA TÉCNICA URBANÍSTICA SOBRE EQUIPAMIENTO COMERCIAL DE CASTILLA Y LEÓN.—4. LA NORMA TÉCNICA URBANÍSTICA SOBRE EQUIPAMIENTO COMERCIAL Y EL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO: 4.1. PLANEAMIENTO GENERAL Y EQUIPAMIENTO COMERCIAL. 4.2. PLANEAMIENTO HABILITANTE DE LOS GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES: 4.2.1. *Planes habilitantes de la implantación de grandes establecimientos comerciales.* 4.2.2. *Contenidos específicos de los planes urbanísticos de desarrollo habilitantes de los grandes establecimientos comerciales:* 4.2.2.1. Integración del gran establecimiento

comercial en el entorno urbano. 4.2.2.2. Resolución de las necesidades de acceso al gran establecimiento comercial. 4.2.2.3. Conexión a las redes de servicios urbanos. 4.2.2.4. Dotación de aparcamientos.

«Sobre las elecciones de las Cámaras de Comercio: algunos criterios para la confección y exposición de los censos electorales», por Federico SANZ RUBIALES, pág. 63.

SUMARIO: NOTA PREVIA.—1. ANTECEDENTES.—2. CENSO ELECTORAL, CENSO PÚBLICO DE EMPRESAS Y DATOS TRIBUTARIOS PARA LA EXACCIÓN DEL RECURSO CAMERAL.—3. CONTENIDO DEL CENSO ELECTORAL. DATOS CENSALES.—4. CONTENIDO DEL CENSO ELECTORAL. EMPRESAS INCLUIDAS: 4.1. SEGÚN LA LEY BÁSICA DE LAS CÁMARAS DE ESPAÑA. 4.2. SEGÚN LA JURISPRUDENCIA. 4.3. OTROS CRITERIOS. 4.4. LA PROBLEMÁTICA DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS. EMPRESAS QUE NO LO PARECEN.—5. EXPOSICIÓN DEL CENSO ELECTORAL.—6. LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR —Y OBTENER— EL CENSO ELECTORAL.

«La víctima de la violencia de género y la dispensa del artículo 416 de la LECrim», por Igor PIÑEIRO ZABALA, pág. 91.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. FUNDAMENTO Y FIN DEL ARTÍCULO 416 DE LA LECRIM: 1.1. REGULACIÓN LEGAL. 1.2. LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA.—2. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA: 2.1. PROPUESTAS DOCTRINALES. 2.2. PROPUESTAS DEL CGPJ. 2.3. PROPUESTAS FEMINISTAS.

«La legitimación activa de las Comunidades Autónomas en el recurso de inconstitucionalidad y la reforma de los Estatutos», por Ignacio SERRANO BLANCO, pág. 117.

SUMARIO: 1. LEGITIMACIÓN ACTIVA, ESTADO DE LA CUESTIÓN: 1.1. REGULACIÓN VIGENTE. 1.2. ANÁLISIS DE LA LEGITIMACIÓN: 1.2.1. *Legitimación ad procesum*. 1.2.2. *Legitimación ad causam*. 1.3. ANÁLISIS DE LAS LIMITACIONES DE LEGITIMACIÓN A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 1.3.1. *Naturaleza del Tribunal Constitucional y del recurso de inconstitucionalidad*. 1.3.2. *La génesis del artículo 32.2 LOTC*. 1.3.3. *La «apropiación» del interés general*. 1.3.4. *Otras razones*. 1.4. CONCLUSIONES.—2. ESPACIOS DE IMPUNIDAD: 2.1. PLANTEAMIENTO GENERAL: 2.1.1. *Pedir al Estado que recurra*. 2.1.2. *Promover una cuestión de inconstitucionalidad*. 2.1.3. *Plantear un conflicto de competencias para que se valore la constitucionalidad de una Ley autonómica en la que se base la actuación autonómica puesta en cuestión*. 2.1.4. *Interponer un recurso de inconstitucionalidad y recurrir en amparo el auto de inadmisión*. 2.1.5. *Buscar otras vías de tutela*. 2.2. EJEMPLOS: 2.2.1. *La elevación de rango*. 2.2.2. *Las sentencias interpretativas*. 2.2.3. *El blindaje de las Normas Forales*.—3. PROPUESTA DE SOLUCIÓN: 3.1. OPCIÓN DE MÁXIMOS. 3.2. OPCIÓN DE MÍNIMOS: 3.2.1. *Reserva formal, el Estatuto es Ley Orgánica*. 3.2.2. *Reserva material, la legitimación es materia de la LOTC*. 3.3. CONCLUSIÓN.—4. BIBLIOGRAFÍA.

«La vivienda en alquiler en España: pasado, presente y futuro de la política legislativa estatal», por Sofía BORGIA SORROSAL, M.^a Ángeles FERNÁNDEZ LÓPEZ y M.^a Pilar NAVAU MARTÍNEZ-VAL, pág. 177.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL MERCADO DEL ALQUILER Y SU IMPORTANCIA PARA GARANTIZAR EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA VIVIENDA.—2. CAUSAS DE LA ACTUAL SITUACIÓN: LA POLÍTICA DE VIVIENDA EN ESPAÑA DURANTE LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XX: 2.1. LAS ÚLTIMAS DÉCADAS DE LA ESPAÑA FRANQUISTA. 2.2. LA ESPAÑA DE LA TRANSICIÓN POLÍTICA: LA DRÁSTICA CAÍDA DEL VOLUMEN DE VIVIENDA EN RÉGIMEN DE ALQUILER. 2.3. LA DÉCADA DE LOS OCHENTA. 2.4. LA DÉCADA DE LOS NOVENTA.—3. LA POLÍTICA DE VIVIENDA EN ESPAÑA EN EL COMIENZO DEL SIGLO XXI: 3.1. PRIMERA ETAPA: 2001-2004. 3.2. SEGUNDA ETAPA: 2005-2010.—4. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE REFORMA.—ANEXO.—BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA Número 2 (2011)

«Ejercicio de la guarda y responsabilidad parental. La propuesta del Código Civil catalán», por M. Elena LAUROBA LACASA, pág. 9.

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN: LA GUARDA COMPARTIDA COMO NOVEDAD DESTACADA DEL LIBRO II DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA.—2. EL MODELO CATALÁN, ¿UN *TERTIUM GENUS* FRENTE A LAS CONSTRUCCIONES JURÍDICAS PRÓXIMAS?—3. LA SECUENCIA DEL LIBRO II DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN. DE LA «RESPONSABILIDAD PARENTAL» A LA «GUARDA»: 3.1. EL CONCEPTO DE «RESPONSABILIDAD PARENTAL». 3.2. GUARDA COMO PARTICIPACIÓN EN LA COTIDIANIDAD. 3.3. GUARDA COMPARTIDA *VERSUS* GUARDA EXCLUSIVA + RÉGIMEN DE VISITAS EXTENSO.—4. LOS ELEMENTOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA: 4.1. EL PLAN DE PARENTALIDAD. 4.2. LOS CRITERIOS Y CIRCUNSTANCIAS DEL ARTÍCULO 233-11.1 CCCat: A) *Las relaciones entre los progenitores: del conflicto a la cooperación*. B) *Tiempo dedicado a los menores y desempeño de tareas asistenciales y de intendencia durante la relación*. C) *Los domicilios de los progenitores: proximidad y adecuación*.—5. LA MEDIACIÓN FAMILIAR COMO INSTRUMENTO DE EMPODERAMIENTO DE LOS PROGENITORES.—6. UNA REFLEXIÓN FINAL. INTERÉS SUPERIOR DE LOS HIJOS Y DERECHOS TUTELABLES DE LOS PROGENITORES: PRINCIPIOS Y ESTRATEGIAS.

«Los pactos en previsión de ruptura de la pareja en el Derecho catalán», por Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO, pág. 41.

SUMARIO: 1. APROXIMACIÓN A LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA.—2. LA UTILIDAD DE LOS PACTOS.—3. LOS REQUISITOS DE FORMA: SU IMPORTANCIA.—4. EL CONTENIDO DE LOS PACTOS: a) LA EXCLUSIÓN O LIMITACIÓN DE DERECHOS MEDIANTE PACTO; b) PACTOS RELATIVOS A LA COM-

PENSACIÓN ECONÓMICA POR RAZÓN DEL TRABAJO; c) PACTOS SOBRE LA PRESTACIÓN COMPENSATORIA EN CASO DE CRISIS MATRIMONIAL; d) PACTOS SOBRE LA PRESTACIÓN ALIMENTARIA; e) PACTOS REFERIDOS A LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA; f) PACTOS QUE AFECTAN A DEBERES PERSONALES.—5. INEFICACIA DE LOS PACTOS EN PREVISIÓN DE RUPTURA.—6. VALORACIÓN FINAL.

«El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: consecuencias de régimen jurídico. Los encargos *in house* como supuesto excluido de su aplicación», por Belén NOGUERA DE LA MUELA, pág. 67.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.—II. EL IMPACTO DEL DERECHO Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA SOBRE EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.—III. LA DEFINICIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2007 (LCSP): 1. ENTES SUJETOS A LA LCSP Y LOS CORRESPONDIENTES NIVELES DE SUJECCIÓN A LA MISMA. 2. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL UNDÉCIMA LCSP: CONTRATOS CELEBRADOS EN LOS SECTORES DE LA ENERGÍA, AGUA, TRANSPORTES Y SERVICIOS POSTALES.—IV. LA NOCIÓN DE MEDIO PROPIO DEL ARTÍCULO 4.1.N) Y DEL ARTÍCULO 24.6 DE LA LCSP COMO UN SUPUESTO EXCLUIDO DE SU APLICACIÓN: 1. LA REGULACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE LA MATERIA. 2. LAS PREVISIONES DE LA LCSP: ARTÍCULOS 4.1.N) Y 24.6.—V. REFLEXIÓN FINAL.

ANUARIO JURÍDICO Y ECONÓMICO ESCURIALENSE Número XLIV (2011)

«La maternidad y el sacerdocio femenino: excepciones a la tutela perpetua de la mujer en Roma», por Laura SANZ MARTÍN, págs. 13-28.

«Una visión histórica y jurídica sobre el ejército romano», por José María BLANCH NOGUÉS, págs. 29-48.

«Algunas implicaciones jurídicas de la conducción del agua en la Roma antigua», por MARÍA DE LAS MERCEDES GARCÍA QUINTAS, págs. 49-72.

«Derechos humanos y Medioevo», por Gloria CRISTINA FLÓREZ, págs. 73-94.

«Localismos eclesiales latinoamericanos en la codificación del Derecho canónico de 1917», por Carlos SALINAS ARANEDA, págs. 95-116.

«Las cuestiones sobre Kosovo que no quiso responder el Tribunal de La Haya», por José Antonio PEREA UNCETA, págs. 117-142.

«El *ius variandi* en las obras con ajuste alzado. Antecedentes históricos, evolución jurisprudencial y examen del Derecho Comparado», por Antonio Evaristo GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, págs. 143-172.

«La necesaria modernización de la justicia: especial referencia al plan estratégico 2009-2012», por María Concepción RAYÓN BALLESTEROS, págs. 173-186.

- «Migraciones, desarrollo, remesas y crisis económica internacional», por Prome-teo CEREZO DE DIEGO, págs. 187-208.
- «Ética judicial y medios de comunicación», por Juan Ramón RODRÍGUEZ LLAMOSI, págs. 209-224.
- «La inscripción registral de algunas actuaciones urbanísticas sometidas a control por parte de las Administraciones Públicas. *Talibanismus versus libertatis*», por Antonio J. ALONSO TIMÓN, págs. 225-242.
- «El régimen jurídico de la acuicultura marina», por Manuel ESTEPA MONTERO, págs. 242-276.
- «La transacción como sistema de resolución de conflictos disponibles», por Susana SAN CRISTÓBAL REALES, págs. 277-302.
- «Breves notas sobre la evolución histórica de los estupefacientes en la legislación española», por Teresa MOLINA PÉREZ, págs. 303-316.
- «Las recientes reformas en materia de protección de datos personales en México», por Teresa M. GERALDES DA CUNHA LOPES, págs. 317-334.
- «La reforma imprescindible para el progreso», por Ramón BONELL COLMENERO, págs. 335-346.
- «Estimación bayesiana de la función de consumo en la eurozona», por Agustín ALONSO RODRÍGUEZ, págs. 349-374.
- «Antecedentes y tratamiento actual de la “vivienda habitual” en el impuesto sobre la renta de las personas físicas», por Mónica GÓMEZ DE LA TORRE DEL ARCO, págs. 375-398.
- «El IBEX-35 como Cartera Óptima del Mercado de Valores español: estudio estadístico del periodo 2002-2010», por Isabel MARTÍNEZ TORRE-ENCISO y Óscar VALDEMAR DE LA TORRE, págs. 399-418.
- «Un aspecto de la crisis financiera de 2007: la regulación», por Guillermo DE LEÓN LÁZARO, págs. 419-430.
- «El factor espacial en la obra *De Economía Hispana*: aportación preliminar de Perpiñá Grau a los estudios económico-espaciales», por Juan Pablo DEL RÍO DISDIER, págs. 431-456.
- «Los ciclos largos en economía», por Julián Miguel SOLANA ÁLVAREZ, págs. 457-470.
- «La Europa de los Clusters: el apoyo institucional a los Clusters en la Unión Europea», por Francisco Benjamín COBO QUESADA, Annie HERVÉ y María del Socorro APARICIO SÁNCHEZ, págs. 471-488.

UNIFORM LAW REVIEW (Número 3-4/1010)

- «Adopting and Adapting the UNIDROIT Model Law on Leasing», por Nikola BACKOVIC, pág. 861.
- «The Impact of New Developments on International Space Law (New Actors, Commercialisation, Privatisation, Increase in the Number of *Space-faring Nations*)», por Stephan HOBE, pág. 869.
- «Choice of Law in International Commercial Contracts: Hague Principles?, The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law», pág. 883.
- «La sécurité juridique des transactions internationales dans un monde global», por Alessandra ZANOBETTI, pág. 905.

REVISTA DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO Número 50 (2010)

- «Participación electoral femenina *versus* Participación política femenina: ¿Cuáles medidas están implantando los gobiernos para que las mujeres alcancen una mayor participación activa en la política y en la toma de decisiones?», por Yamaly RODRÍGUEZ VENTURA, pág. 7.
- «La Ley de Comunidades Especiales y la Autonomía Municipal: balance crítico de sus aspiraciones, logros y limitaciones», por Alex Martín LÓPEZ PÉREZ, pág. 47.
- «El embarazo y el ambiente laboral de la mujer en Puerto Rico», por Laura R. RODRÍGUEZ VÉLEZ, pág. 65.
- «Relevancia actual y secuela jurisprudencial de Ocasio *versus* Díaz», por Migdalia FRATICELLI TORRES, pág. 101.
- «La evolución de la figura del cooperador: efecto paradigmático sobre la semántica doctrinal en los sistemas jurídicos mixtos», por Emanuel RESTO MARCANO, pág. 125.
- «The Computer Software “Dilemma”. The Time for the “Computer Software Bill” Has Arrived», por Yariel FLORES, LLM, pág. 147.
- «Pueblo *versus* Camacho Delgado y su aplicación retroactiva», por Mayra VICIL BERNIER y William VEGUILLA DE JESÚS, pág. 179.
- «*Ius est ars boni et aequi*», por Ramón Antonio GUZMÁN, pág. 199.

A) NORMAS A TENER EN CUENTA COMO MODELO ÚNICO EN LOS ESTUDIOS Y DICTÁMENES A PUBLICAR

Hemos considerado pertinente la disposición de unas normas generales que deberán ser seguidas por los colaboradores para la publicación de sus trabajos de forma uniforme.

- Los trabajos tendrán una EXTENSIÓN MÁXIMA de 25 a 40 folios para ser considerados ESTUDIOS, de 10 a 25 folios para DICTÁMENES, y de 2 a 4 folios para RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS.

En ESTUDIOS y DICTÁMENES habrá que incluir, al final del artículo, un breve RESUMEN de no más de medio folio (*en cursiva*) del problema que se ha abordado y dos voces o palabras clave, pues así lo exigen las nuevas normas del Centro de Información y Documentación Científica (CINDOC). El resumen nos lo pueden mandar en castellano e inglés o solo en castellano y nosotros lo traducimos.

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, Tamaño: 12 p. Interlineado: sencillo (*sin negritas ni subrayados*).
- 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. ...

- Índice de las Sentencias del Tribunal Supremo (citadas en el trabajo o no, siempre en conexión con el tema), que deberán citarse con el esquema siguiente:

Por ejemplo: STS de 22 de octubre de 2002.

- Para las citas a pie de página, y para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas:

Si se tratara de un *Libro*:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

O, si se aborda un *punto concreto* del Libro:

APELLIDO, Nombre: Droit Civil. La famille, 7.^a ed., Litec, París, 1995, págs. 555 y sigs.

Si se tratara de un *artículo*:

APELLIDO APELLIDO, Nombre: «Los alimentos debidos a la viuda encinta», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2 de 1969, págs. 373 y sigs.

B) NORMAS Y ESTRUCTURA DE LOS COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS Y A LAS RESOLUCIONES

- NORMAS GENERALES:

FUENTE: Times New Roman.

ESTILO DE FUENTE: Normal (*sin negrita, ni subrayados*).

TAMAÑO: 12 p.

INTERLINEADO: Sencillo.

EXTENSIÓN: *Mínima de 10 y máxima de 20 páginas con el anterior formato.* Teniendo en cuenta que se trata de una sección que debe observar criterios de unidad y calidad jurídica y para atender también al impacto *editorial*, la extensión ha de ser observada en todo caso, no resultando posible publicarlos en caso contrario.

TÍTULO: En minúscula.

VOCES Y RESUMEN: En cursiva.

PLAZOS: *Para mantener la periodicidad* de la revista como criterio de impacto, serán proporcionadas las fechas de entrega, no resultando posible su inclusión en caso contrario.

- CRITERIOS DE REDACCIÓN Y PUBLICACIÓN:

- a) *En cada una de las subsecciones de Análisis Crítico de Jurisprudencia* (Parte General, Familia, Derechos Reales, Sucesiones, Obligaciones, Responsabilidad Civil, Concursal-Civil, Mercantil y Urbanismo), así como en la sección de Resoluciones Comentadas, se publicará *un único comentario según la distribución de autores y materias existentes*. Estos comentarios de jurisprudencia serán *artículos —aunque de menor extensión que los estudios— que recojan un problema jurídico concreto y su desarrollo jurisprudencial (analizando críticamente la solución jurisprudencial)*, por lo que no resulta suficiente el comentario de una sentencia determinada, sino que se debe abordar una institución o cuestión debatida en la jurisprudencia, aunque se parta de una determinada sentencia. Con ello conseguimos tanto el beneficio curricular de los autores como los criterios de calidad y unidad que deben presidir nuestra sección de Análisis Crítico de Jurisprudencia.
- b) EL TÍTULO, entonces, debe ser el de un artículo. *No telegráfico* y como se hizo en su momento, que se recogía simplemente la materia y problema sobre el que versaba la sentencia comentada. Por tanto se elimina:

Fecha de sentencia, Ponente, Sala, Antecedentes, Doctrina y Comentario (excepto en el caso de que se trate de una Resolución que se incluya en la sección «Resoluciones Comentadas»).

De modo que *lo recomendable es*: «Modificación del título constitutivo de una propiedad horizontal cuando fue otorgado por el constructor-promotor propietario único». Descartados los títulos como Propiedad horizontal. Título Constitutivo. Modificación por promotor-constructor. *De este modo en las bases de datos resultará más fácil que sean conocidos estos trabajos* y se garantiza la divulgación de los contenidos de nuestra revista.

- c) Sí se incluirá en el borrador (aunque no se publicará así), el encabezado correspondiente a:

1. DERECHO CIVIL

1.1. PARTE GENERAL

Pero, únicamente, se hará para facilitar la clasificación en la base de datos de la Revista.

- d) ENTREGA DEL SUMARIO: Los trabajos deberán incluir, además, al principio el SUMARIO donde figuren los epígrafes y subepígrafes elaborados en el texto.
- e) PAUTAS DEL SUMARIO: El desarrollo del «comentario» será similar al de un artículo, un todo homogéneo dividido en sus correspondientes epígrafes, según el Anexo I al final de estas indicaciones y siguiendo las pautas siguientes:
- I.
 - II. 1.
 - III. 1. A.
 - IV. 1. A. a)
 - V. 1. A. a) a')
- f) BIBLIOGRAFÍA E ÍNDICE DE RESOLUCIONES: Cada trabajo deberá incluir su BIBLIOGRAFÍA y un ÍNDICE SUMARIO de jurisprudencia citada en el trabajo. El esquema es el siguiente (STS de 22 de octubre de 2002).
- g) RESUMEN y PALABRAS CLAVE: Para finalizar, habrá que incluir dos VOCES o palabras clave y un breve RESUMEN (*en cursiva*) del problema que se ha abordado, pues así lo exigen las nuevas normas del Centro

de Información y Documentación Científica (CINDOC), de una extensión aproximada de seis líneas. La traducción al inglés la puede hacer el autor o, en su defecto, lo hará la Revista.

ANEXO I: MODELO DE COMENTARIO

1. DERECHO CIVIL

1.3. DERECHOS REALES

«Examen de la evolución jurisprudencial y doctrinal hacia la admisión de un *numerus apertus* en los derechos reales y su estrecha relación con el principio de especialidad».

AUTOR
PROFESIÓN

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. TESIS DEFENDIDAS SOBRE LA ADMISIÓN DE NUEVOS DERECHOS REALES: 1. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS CLAUSUS*. 2. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS APERTUS*.—III. LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

.....

II. TESIS DEFENDIDAS SOBRE LA ADMISIÓN DE NUEVOS DERECHOS REALES

1. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS CLAUSUS*

.....

2. LOS DERECHOS REALES SON *NUMERUS APERTUS*

.....

III. LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

.....

IV. CONCLUSIONES

.....

V. BIBLIOGRAFÍA

.....

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

RESUMEN

NUMERUS APERTUS

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Se pretende repasar la evolución doctrinal y jurisprudencial de la vieja polémica en torno a un numerus clausus o apertus de los derechos reales. Dicha controversia, hoy, se ha superado en sentido de admitir sin problemas el numerus apertus de dichos derechos, si bien, con ciertos límites o limitaciones en su admisión. Hay que analizar los requisitos y límites establecidos por la jurisprudencia a dicha categoría, así como las consecuencias que la inscripción de las «nuevas figuras» puede tener.