REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO

Año XCI • Septiembre-Octubre • Núm. 751

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 XCI • Septiembre-Octubre 2015 • Núm. 751

REVISTA BIMESTRAL

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

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

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

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

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

Comisión ejecutiva

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

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Vocal adjunto al Decano del Colegio
de Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

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

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

Consejero-Secretario de la Revista

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

Consejeros

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

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Luis Laso Martínez
Abogado

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

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

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

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Don Fernando Pedro Méndez González
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
Vocal adjunto al Decano del Colegio
de Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

Don Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Comité editorial

con funciones de evaluación externa

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

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

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

Don Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS / STUDIES

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y GASCÓN INCHAUSTI, Fernando: «La subasta judicial de bienes inmuebles con pago aplazado» / *The Judicial Sale of Real Estate under Deferred Payment* 2489

IRURZUN GOICOA, Domingo: «¿Qué es la legítima para el Código Civil español? (Búsqueda de su concepto, naturaleza y caracteres)» / *What Does the Spanish Civil Code Consider the Reserved Portion to Be? (In Search of the Concept, Nature and Features of the Reserved Portion)* 2515

RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis: «Las comunidades de propietarios frente a la colocación de veladores por establecimientos de hostelería» / *The owners' communities opposite to the placement of terraces for restaurant, bars or cafes* 2539

SERRANO GARCÍA, Ignacio: «¿Tutela? ¿Apoyo para la toma de decisiones? Betttencourt, Sordi, di Stéfano» / *Guardianship? Eventual support for the decision-making process? Case study of Ms. Bettencourt, Mr. Sordi, Mr. di Stéfano* 2587

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES

SERRERA CONTRERAS, Pedro Luis «Algunas consideraciones sobre el Registro de Bienes Muebles» / *Some Considerations on the Personal Property Registration System* 2609

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

AGUDO ZAMORA, Miguel: «Privilegio inmatriculador de la Iglesia Católica y vulneración de principios constitucionales a la luz de la STEDH

Págs.

Sociedad Anónima del Ucieza contra España» / *Registration privilege of the Catholic Church and violation of constitutional principles in the light of the JECHR «SA of Ucieza against Spain»* 2631

DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW

PERALTA MARISCAL, Leopoldo L.: «Análisis crítico del sistema español de *numerus apertus* en materia de derechos reales» / *Critical analysis about* numerus apertus *spanish system in property rights* 2665

ZURITA MARTÍN, Isabel: *«Possession, sale* y *foreclosure* v. ejecución hipotecaria. Los derechos del acreedor hipotecario en el Derecho inglés y la protección de los deudores en tiempos de crisis» / *Possession, sale and foreclosure v. ejecución hipotecaria. The rights of the mortgagee in English Law and the protection of the mortgagors in times of crisis* ... 2735

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

Resumen de Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, coordinado por Juan José JURADO JURADO 2799

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «Concepto de allegados y el interés superior del menor» / *Concept of relatives and the best interests of the child,* por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE 2871

1.2. Derecho de familia:

— «Pensión compensatoria y corresponsabilidad económica: revisión de las tendencias del Tribunal Supremo y la temporalidad prevista legalmente» / *Compensatory pension and economic responsibility: review of trends of the Supreme Court and temporary provided by law,* por Agustina HERRANZ GONZÁLEZ 2893

Págs.

1.3. Derechos reales:

— «¿Por qué es necesario otorgar un nuevo consentimiento para cancelar cuando ya se ha pagado el préstamo hipotecario?: la justificación histórica y jurisprudencial del artículo 179 RH» / *Why you should give a new consent to cancel a paid mortgage loan?: historical and jurisprudential justification of article 179 RH*, por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA..... 2918

1.4. Sucesiones:

— «Reflexiones sobre el derecho de habitación de las personas con discapacidad desde la perspectiva del operador jurídico» / *Reflections on the right of room of people with disability from the perspective of the legal operator*, por Georgina ÁLVAREZ MARTÍNEZ 2933

1.5. Obligaciones y Contratos:

— «Caracterización y régimen jurídico de la cláusula *rebus sic stantibus:* el giro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo» / *Character and the legal regimen of the clausula* rebus sic stantibus: *the turn in the case law's position*, Rosana PÉREZ GURREA 2949

1.6. Responsabilidad civil:

— «La evolución de la responsabilidad civil por sangre y productos hemoderivados hasta la nueva Ley 3/2014. Perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial» / *The evolution of civil liability for blood and blood products until the new law 3/2014. The legal, doctrinal and jurisprudential perspective,* por Cristiano VÁZQUEZ BULLA..... 2968

1.7. Concursal:

— «Ejecución hipotecaria y enriquecimiento injusto a propósito de la STS de 13 de enero de 2015» / *Foreclosure and unfair enrichment about STS 13 January 2015*, por Rosana PÉREZ GURREA..... 3000

2. MERCANTIL:

— «Las cláusulas abusivas de intereses moratorios ante la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015

Págs.

y el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015» / *Abusive Late Interest Clauses Vis-à-vis the Supreme Court Ruling of 22 April 2015 and the Order of the Court of Justice of the European Union of 11 June 2015*, por Francisco REDONDO TRIGO.... 3018

3. URBANISMO:

— «La declaración de obra nueva tras la Ley 13/2015» / *The declaration of new building after the 13/2015 Act,* por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN 3029

4. DERECHO BANCARIO:

— «La cumplimentación de los conocidos como tests MIFID conforme a la interpretación de la STS de 20 de enero de 2014 y del resto de jurisprudencia» / *The interpretation of the obligation to perform the assessment of suitability and appropriateness under MIFID regulation by the judgment of the Supreme Court rendered on January 20th 2014 and other case law*, por Héctor DANIEL MARÍN NARROS 3044

ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS

Información de actividades 3075

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY INFORMATION

«Estudios de derecho de sucesiones. *liber amicorum* Teodora F. Torres García», de Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO y María Paz GARCÍA RUBIO (Dirs.), por María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA..... 3083

«La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», de José Antonio ESCARTÍN IPIÉNS y María Angustias MARTOS CALABRÚS (Coords.), Álvaro Núñez Iglesias (Dir.), por Elena SÁNCHEZ COLLADO 3087

ESTUDIOS

La subasta judicial de bienes inmuebles con pago aplazado*

The Judicial Sale of Real Estate under Deferred Payment

por

IGNACIO DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI
Catedrático (acred.) de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: El presente trabajo analiza la subasta judicial con pago aplazado, una figura prevista tanto respecto de los bienes muebles (art. 650.3 LEC), como para los inmuebles (art. 670.3 LEC). El legislador ha pretendido con ella reforzar la tutela del acreedor ejecutante, facilitando la venta en pública subasta de bienes cuyo valor puede ser muy elevado. Sin embargo, la regulación legal es muy parca y puede generar importantes dificultades prácticas. Los autores tratan con estas páginas de «reconstruir» el régimen jurídico de esta modalidad de venta judicial y, singularmente, de ofrecer respuesta a los efectos que su aprobación genera respecto del proceso de ejecución: en concreto, si de la deuda en virtud de la cual se procede debe descontarse la cantidad íntegra por la que se aprobó el remate (cuotas aplazadas incluidas) o si solo debe minorarse en los importes efectivamente cobrados por el acreedor. El trabajo se centra primordialmente

* El presente trabajo se encuadra dentro de los resultados del Grupo de Investigación UCM «Problemas actuales de la Justicia y del Proceso».

en los bienes inmuebles, pues cabe suponer que será este el ámbito de mayor potencial incidencia de la figura.

ABSTRACT: In the context of enforcement proceedings, Articles 650.3 and 670.3 of the Spanish Code of Civil Procedure (Ley de Enjuiciamiento Civil) allow a special possibility regarding the sale of the seized assets in judicial auction: the buyer can offer a reasonable price, but postponing the payment of part of it. It can be useful in order to reach a successful auction, but legal provisions are incomplete and can lead to misinterpretations and difficulties, which should be avoided. The most relevant one arises when the court has to consider if the amount due to the creditor has been diminished in the whole sum offered by the auction buyer (including postponed rates) or only partially (what the buyer has really paid so far), since this decision conditions the subsequent development of enforcement procedures. The focus will be put on real estate, where this possibility might probably find a more frequent use.

PALABRAS CLAVE: Proceso de ejecución. Subasta judicial. Pago aplazado. Tutela del acreedor.

KEY WORDS: Enforcement proceedings. Judicial auction. Deferred payment. Creditor's relief.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—II. ACERCA DE LA FUNCIÓN DE LA REALIZACIÓN FORZOSA DENTRO DEL PROCESO DE EJECUCIÓN: 1. La función del proceso de ejecución. 2. La realización forzosa como herramienta para la satisfacción del crédito del ejecutante en la ejecución dineraria. 3. La realización forzosa por medio de la venta en pública subasta.—III. LA VENTA EN PÚBLICA SUBASTA CON PAGO APLAZADO DEL ARTÍCULO 670.3 LEC: FORMULACIÓN DE SU RÉGIMEN JURÍDICO: 1. Antecedentes del precepto. 2. Naturaleza jurídica. 3. Elementos singulares del negocio. 4. El plazo de reflexión para el ejecutante y la opción por la adjudicación. 5. Eficacia jurídica del remate con pago aplazado. 6. Ausencia de relación jurídica directa entre rematante y ejecutante: consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento.—IV. CONCLUSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La venta en pública subasta es el mecanismo ordinario de realización forzosa de los bienes que han sido embargados en un proceso de ejecución dineraria. Entre los

diversos desenlaces previstos por el legislador para la subasta, los artículos 650.3 (para bienes muebles) y 670.3 (para bienes inmuebles) de la Ley de Enjuiciamiento Civil contemplan la posibilidad de que se apruebe el remate en favor de un postor que haya ofrecido una cantidad *a priori* aceptable —más del cincuenta por ciento del avalúo de los bienes muebles o más del setenta por ciento del valor por el que hayan salido a subasta los bienes inmuebles— pero ofreciendo pagar a plazos (eso sí, con garantías suficientes, bancarias o hipotecarias, del precio aplazado).

Se trata de una disposición que, en apariencia, trata de mejorar las perspectivas de éxito de la subasta judicial, sacrificando la inmediatez en el cobro en aras de la obtención de un precio más elevado. Sin embargo, si se analiza con más detenimiento, se aprecia cómo su aplicación práctica puede generar importantes dudas, que se concentran en torno a los efectos de la aprobación del remate en estas condiciones sobre la ejecución forzosa despachada. De modo particular, la principal dificultad surge cuando se trata de dar respuesta a la siguiente cuestión: si el pago aplazado del bien adquirido en subasta conlleva la reducción del crédito de la parte ejecutante en el total del precio de adquisición (aunque aún no lo haya cobrado el ejecutante) o si, por el contrario, solo lo reduce en las cantidades parciales que se hayan pagado, no impidiendo continuar la ejecución sobre el resto de los bienes embargados, en caso de que los hubiera. En otros términos, cabe cuestionarse si, a la hora de calcular el importe aún debido por el que ha de proseguirse la ejecución, ha de tenerse en cuenta el precio total por el que se aprobó el remate del bien subastado —posición esta favorable al ejecutado, pues puede determinar la terminación de la ejecución o una minoración del importe por el que ha de proseguir— o si, por el contrario, solo han de computarse las cantidades efectivamente pagadas por el rematante y percibidas por el ejecutante —posición esta favorable a esta parte, por cuanto no le impide proseguir con la actividad ejecutiva por un importe superior.

La LEC no ofrece una respuesta expresa a esta cuestión; de hecho, la regulación que efectúa de la subasta judicial con pago aplazado es tan escueta que resulta forzoso proceder a determinar con detenimiento su régimen jurídico. En las páginas que siguen se abordará esta tarea tomando como punto de partida primordial la regulación de la subasta de bienes inmuebles (art. 670.3 LEC), pues su mayor valor permite suponer que serán aquellos a los que resultará más frecuente aplicar esta disposición legal. No obstante, todo cuanto se diga debe valer también para la subasta de bienes muebles (art. 650.3 LEC).

II. ACERCA DE LA FUNCIÓN DE LA REALIZACIÓN FORZOSA DENTRO DEL PROCESO DE EJECUCIÓN

El punto de partida del análisis ha de ser la adecuada ubicación del problema dentro de su contexto jurídico, que es el del proceso de ejecución y, más específicamente, la venta en pública subasta como herramienta de realización

forzosa. En efecto, solo una interpretación sistemática, lógica y teleológica de los artículos 650.3 y 670.3 LEC, como herramientas al servicio de la satisfacción de los créditos documentados en título ejecutivo, puede conducir al enfoque certero del problema planteado.

1. La función del proceso de ejecución

En términos generales, cabe recordar que el proceso (judicial) es el instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional. Y la función jurisdiccional, como es sobradamente sabido, es la función del Estado consistente en la tutela y realización del ordenamiento jurídico, esto es, en decir y en hacer lo jurídico en el caso concreto o, como señala el artículo 117 CE, en «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado». El proceso de ejecución es el instrumento para llevar a cabo la segunda de las vertientes de la función jurisdiccional, es decir, la que guarda relación con *realizar* el ordenamiento jurídico, *hacer* lo jurídico, *ejecutar* lo juzgado[1].

De modo algo más concreto, el proceso de ejecución puede definirse como el conjunto de actividades jurídicamente regladas tendentes a obtener una transformación de la realidad, de manera que esta se adecue a lo que es conforme a Derecho en un caso concreto, tal y como figura definido en un título ejecutivo.

La esencia de la actividad ejecutiva es, por tanto, la transformación de la realidad, que toma como parámetro el título ejecutivo: en el título ejecutivo se contiene la expresión formulada en abstracto del resultado concreto al que se ha de llegar con la ejecución forzosa, a través de la transformación de la realidad que esta implica.

Se trata, por supuesto, de una transformación de la realidad que ha de realizarse siempre a favor de un sujeto concreto, el ejecutante; y ha de ser así porque este sujeto dispone de un título ejecutivo, al que el ordenamiento ha querido atribuir esa eficacia (razón por la cual no cualquier documento es título ejecutivo).

Por eso mismo, en la regulación normativa y en la aplicación práctica de la ejecución forzosa, el ordenamiento se coloca, de partida, del lado del acreedor ejecutante. Esto no significa, por supuesto, que no se tenga ni se deba tener la debida consideración hacia la posición jurídica del ejecutado. Pero el objetivo y la función del proceso de ejecución ya no es la solución de una controversia de forma imparcial, esto es, sin partir de la premisa de que alguna de las partes tiene la razón: esta es la posición en que se encuentran los órganos jurisdiccionales en los procesos declarativos. En la ejecución forzosa, por el contrario, el legislador y los órganos jurisdiccionales deben partir de la premisa de que el ejecutante tiene derecho a aquello que figura en el título ejecutivo y, por eso mismo, deben poner sus esfuerzos en lograr una rápida y eficaz realización de los actos materiales que sean precisos para que lo obtenga. Esta es la finalidad de la ejecución forzosa y el criterio que debe guiar la interpretación de las normas que la regulan.

No puede nunca perderse de vista, en efecto, cuál es el significado de la ejecución forzosa dentro del sistema general de tutela de los derechos: en caso de controversia, el litigante que considera que otro sujeto ha lesionado su posición jurídica está interesado en obtener una rápida y efectiva reparación de su derecho; por eso, cuando la controversia es pecuniaria, el objetivo del justiciable es obtener el cobro. La tramitación de un proceso declarativo (judicial o arbitral), al término del cual se emita una sentencia o un laudo condenatorio es, desde la perspectiva del acreedor, una suerte de mal necesario, en la medida en que es la vía que le permite la obtención de un título ejecutivo (cuando su crédito no se documentó desde un principio en un título ejecutivo extrajudicial), imprescindible para acceder a la ejecución. Pero, en todo caso, es el proceso de ejecución el que más directamente se liga a la satisfacción de los derechos privados lesionados.

El justiciable que acude a la ejecución forzosa espera, en definitiva, una actuación de los órganos jurisdiccionales que se proyecte sobre la realidad y que vaya encaminada de modo directo y certero a la satisfacción de aquello que se le reconoce como debido en el título ejecutivo. Y no solo lo espera, sino que tiene derecho a ello: este es el contenido de la acción ejecutiva.

El proceso de ejecución es así clave para una adecuada tutela de los derechos de los justiciables: si el Estado no puede forzar la transformación de la realidad para satisfacer los derechos reconocidos en los títulos ejecutivos, estos no estarían realmente protegidos por el ordenamiento. En consecuencia, el Estado está obligado a poner el proceso de ejecución a disposición de los justiciables, pues de lo contrario la tutela judicial no será completa y se correría el riesgo de un retorno a ciertas manifestaciones de la autotutela. En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha proclamado de forma invariable que el derecho a obtener la ejecución forzosa forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE[2].

Por otra parte, debe insistirse ahora en que la ejecución forzosa se desarrolla a través de un proceso, es decir, a través de una serie o sucesión de actos jurídicamente reglada para cumplir eficazmente su cometido. Y uno de los rasgos definitorios de la actividad ejecutiva, en tanto que actividad procesal, es su carácter sustitutivo, rasgo este que, como ya pusiera de manifiesto varias décadas atrás el maestro CARRERAS LLANSANA[3], impregna e inspira al proceso de ejecución entero. A través del proceso de ejecución el Estado sustituye, en la medida en que resulta jurídicamente posible, al ejecutado o responsable, como forma de conseguir la satisfacción del crédito del ejecutante. En otros términos, a través del proceso de ejecución el tribunal realiza en sustitución del deudor una serie de actos que son el equivalente de los que un deudor diligente llevaría a cabo para satisfacer plenamente a su acreedor.

De ordinario, tratándose de deudas dinerarias, el deudor diligente con voluntad de pagar a su acreedor buscará activos líquidos en su patrimonio que

entregarle directamente a este y, en caso de no haberlos, venderá bienes suficientes para obtener la cantidad de dinero líquida con la que pagar. Pues bien, a través de la ejecución forzosa el tribunal realiza en sustitución del deudor y sobre el patrimonio del deudor renuente al pago voluntario los actos de disposición necesarios para alcanzar ese fin: el tribunal venderá válidamente los bienes del deudor y pagará con ellos al acreedor, lo que pone de relieve cómo un tercero (el Estado a través del tribunal) sustituye al deudor en la disposición sobre su patrimonio.

Por eso mismo es también consustancial a la actividad ejecutiva el empleo de la fuerza, de la coacción: la sustitución de la voluntad del ejecutado equivale con frecuencia a la realización de actuaciones contra la voluntad del ejecutado, como única vía de lograr la transformación de la realidad a la que tiene derecho el ejecutante.

2. La realización forzosa como herramienta para la satisfacción del crédito del ejecutante en la ejecución dineraria

El desarrollo de cada proceso de ejecución está muy condicionado por la concreta realidad que ha de transformarse. Existen muchas circunstancias extraprocesales que condicionan el desarrollo de una ejecución forzosa (como la composición del patrimonio del ejecutado o la actitud de este y del ejecutante, entre otras) y que hacen que, incluso externamente, difícilmente dos procesos de ejecución se parezcan entre sí (a diferencia de lo que ocurre con los procesos declarativos, que se tramitan todos externamente con arreglo a los mismos patrones).

En el plano legal, especialmente desde la promulgación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, existe una distinción de gran relevancia entre dos grandes bloques dentro del proceso de ejecución, en función de la prestación que pretenda obtenerse, y que permite hablar de ejecución dineraria y de ejecución no dineraria, como dos realidades normativas claramente diferenciadas.

La *ejecución dineraria* —que es la que ahora interesa— es la que pretende la satisfacción del ejecutante por medio de la entrega de una cantidad de dinero: la integran, por tanto, el conjunto de actividades necesarias para obtener una cantidad de dinero con cargo al patrimonio del deudor, que se pueda entregar al ejecutante.

En términos generales, debe recordarse que toda ejecución dineraria se compone de dos grandes fases o conjuntos de actividades, el embargo de bienes y la realización forzosa. El embargo de bienes, en sentido amplio, engloba todas las actuaciones que van dirigidas a determinar los bienes sobre los que se ha de proyectar la actuación ejecutiva, a vincularlos efectivamente a la ejecución y a establecer sobre ellos determinadas medidas de garantía. La realización

forzosa —también llamada procedimiento o vía de apremio— está integrada por todas las actuaciones necesarias para satisfacer el crédito del ejecutante con los bienes embargados, normalmente a través de las operaciones precisas para obtener dinero líquido a partir de los bienes embargados.

El embargo de bienes ha sido considerado, dogmática y académicamente, la pieza clave del proceso de ejecución dineraria. Y es indudable su gran trascendencia desde el punto de vista jurídico, dado que el embargo, en sentido estricto, constituye la vinculación o afección de un bien del ejecutado al proceso de ejecución. A partir del embargo la actividad ejecutiva se proyectará de forma legítima sobre los bienes que hayan sido embargados, pero no podrá afectar a cualquier otro de los bienes del ejecutado que no haya sido embargado. En esa medida, el embargo es un requisito imprescindible para que sea lícita una posterior actividad ejecutiva sobre ese bien: nunca podrá subastarse un bien que no haya sido previamente embargado.

Ahora bien, desde la perspectiva del justiciable, no cabe la menor duda de que lo prioritario es la realización forzosa, pues es la herramienta a través de la cual se logra la satisfacción del crédito del ejecutante —aunque en muchos casos solo pueda serlo de forma parcial—.

Se ha apuntado ya antes cómo al justiciable que ve lesionado un derecho privado no le queda, con frecuencia, otra alternativa que pasar por un proceso declarativo como forma de franquearse el acceso a un proceso de ejecución, que es el que resulta percibido como realmente satisfactorio de su pretensión de tutela judicial. Pues bien, dentro ya del proceso de ejecución, sucede *mutatis mutandis* lo mismo con el embargo de bienes y la realización forzosa: el primero es solo el *prius* que legitima la segunda, cuya sola culminación satisface realmente al justiciable, pues es el objetivo que desde el comienzo persiguió al impetrar la tutela de su derecho.

El significado de la realización forzosa es por ello crucial para la satisfacción del acreedor y para la eficacia de una ejecución en la que, no lo olvidemos, el Estado ha de estar del lado del ejecutante. Este ha de ser, en todo caso, el canon hermenéutico que ha de aplicarse a las normas que regulan esta fase del proceso de ejecución.

3. La realización forzosa por medio de la venta en pública subasta

La realización forzosa es una actividad compleja, que requiere de un conjunto de actuaciones que deben desembocar en el pago al acreedor ejecutante y en la terminación del propio proceso de ejecución. Todas las piezas del sistema deben estar debidamente enlazadas entre sí para permitir la debida satisfacción del crédito por el que se ha despachado la ejecución, en función de las concretas circunstancias de cada caso. Por eso, nuestra legislación procesal no contempla

un único sistema de realización forzosa, sino que se han previsto varios, a los que se acudirá en función de la naturaleza de los bienes embargados o de otras variables relevantes según la situación.

En caso de que lo embargado hayan sido activos líquidos o inmediatamente liquidables (como saldos en cuentas corrientes o créditos realizables en el acto), la realización forzosa consiste en la entrega directa de esas sumas al acreedor ejecutante (art. 634.1 LEC), normalmente atribuyéndole la condición de acreedor en cuenta corriente del importe embargado. Fuera de estos casos, el mecanismo más frecuente de realización forzosa —por su carácter residual (art. 636 LEC)—es la venta en pública subasta de los bienes embargados, regulada en los artículos 643 a 654 LEC cuando se trata de bienes muebles y en los artículos 655 a 675 LEC para los bienes inmuebles.

La terminología legal y forense resulta, en este punto, un tanto engañosa o incompleta, por un doble motivo.

De un lado, porque lo relevante de este mecanismo no es solo que se trata de una venta en pública subasta, sino más bien que se trata de una venta *forzosa*, en sintonía con el carácter sustitutivo que tiene la actividad ejecutiva y que resulta más perceptible que nunca en la fase de realización forzosa.

De otro lado, porque no puede identificarse venta en pública subasta con satisfacción del crédito del ejecutante, sino que, en rigor, deben tenerse en cuenta cuatro actos diferentes: la subasta, el remate, el pago por el rematante y el pago al acreedor. Cada uno tiene su contenido y su momento, de manera que solo la concatenación de todos ellos conduce a la satisfacción del acreedor.

1.º La subasta sirve para la determinación, mediante el sistema de puja o mejor postura, de dos elementos esenciales del negocio jurídico de enajenación forzosa: la persona del comprador y el precio de adquisición[4]. Ahora bien, terminada la subasta aún no está perfeccionado el negocio jurídico en sí, razón por la cual el deudor puede liberar sus bienes pagando íntegramente lo que se deba al ejecutante por principal, intereses y costas, si lo hace antes de la aprobación del remate (arts. 650.6 [cambio legal] y 670.7 LEC).

2.º El remate es el negocio jurídico contractual en virtud del cual el adquirente o rematante adquiere el derecho a la entrega del bien subastado y el ejecutado el derecho al pago del precio —aunque sea el Estado quien, en tanto que sustituto del ejecutado, deba cobrar o recibir el pago del precio, para poder proceder después a entregárselo al ejecutante—. Funcionalmente, pues, resulta equivalente a la compraventa[5], aunque, como es obvio, la diferencia estructural se halla en que divergen el vendedor y el transmitente, pues la venta la efectúa un sujeto diferente del propietario, ya que la condición de vendedor cabe atribuírsela al Estado, que sustituye en esta faceta al deudor ejecutado gracias al previo embargo del bien. El término «remate» es, pues, el empleado por el legislador para referirse a esta singular modalidad de venta forzosa, que

se perfecciona con el decreto por el que el secretario judicial lo aprueba: este decreto formaliza la voluntad contractual del Estado aceptando la oferta previa formulada en firme por el rematante (mejor postor) en la subasta.

3.º El pago de la diferencia entre la cantidad depositada para concurrir a la subasta y el precio final del remate es el tercer acto de esta cadena, doblemente relevante:

— Desde la perspectiva del rematante, determina el cumplimiento por el adquirente de su obligación y provoca la adquisición en sentido propio del dominio respecto del bien subastado, sea por puesta directa en posesión de los bienes, cuando son muebles (art. 650.1 i.f. LEC), sea mediante el dictado de un decreto de adjudicación por el secretario, cuando son inmuebles (art. 670.8 LEC), que tiene el valor de una entrega o *traditio ficta*.
— Desde la perspectiva del Estado, significa que este adquiere el total del precio de la venta, que queda ingresado en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado.

4.º Finalmente, la realización forzosa termina, respecto del bien subastado, con la entrega al ejecutante de la cantidad pagada por el rematante o, si se prefiere, del precio del remate (art. 654.1 LEC). Debe quedar claro, no obstante, que es un pago que hace el Estado, a través del órgano judicial, pues no es el ejecutante el acreedor del precio del remate, sino el ejecutado —aunque, como se ha apuntado ya antes, materialmente es el Estado quien recibe el pago del precio del remate, gracias a lo cual puede hacérselo llegar de forma directa al ejecutante.

5.º En caso de que el precio del remate no cubra la cantidad total debida al acreedor, terminará aquí la realización forzosa respecto del bien en cuestión, pero no la ejecución forzosa. En tal caso —pero también si el precio del remate sobrepasa el importe debido—, será precisa una liquidación de lo que aún se deba al ejecutante (en concepto de capital e intereses) y de las costas de la ejecución. La cifra resultante determinará el objetivo que habrá de perseguirse con la prosecución de la ejecución forzosa.

III. LA VENTA EN PÚBLICA SUBASTA CON PAGO APLAZADO DEL ARTÍCULO 670.3 LEC: FORMULACIÓN DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

Dentro de este marco genérico de la venta en pública subasta, el artículo 670.3 LEC contempla una modalidad especial de remate o venta forzosa en pública subasta de bienes inmuebles: la que se hace con aplazamiento del pago del precio. Y lo hace en los términos siguientes:

> «3. Si solo se hicieren posturas superiores al 70 por 100 del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, pero ofreciendo pagar a plazos con garantías suficientes, bancarias o hipotecarias, del precio aplazado, se harán saber al ejecutante quien, en los veinte días siguientes, podrá pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por 100 del valor de salida. Si el ejecutante no hiciere uso de este derecho, se aprobará el remate en favor de la mejor de aquellas posturas, con las condiciones de pago y garantías ofrecidas en la misma».

Como ya se ha señalado, el artículo 650.3 LEC contiene una norma prácticamente idéntica para la subasta de bienes muebles, con tres diferencias: a) varían los porcentajes relativos a la postura mínima y al valor de adjudicación, que serán del 50 por ciento; b) varía el plazo concedido al ejecutante para decidir si opta por la adjudicación, que será de cinco días; c) las garantías suficientes que exige el precepto no habrán de serlo del precio «aplazado», sino del precio «alzado»[6].

Ninguna de estas normas, sin embargo, parecen haber recibido una aplicación práctica relevante, pues s.e.u.o. no ha sido posible detectar en las bases de datos de manejo ordinario resolución judicial alguna que ponga de manifiesto su empleo. Resulta necesario, por ello, formular ahora el régimen jurídico de esta singular previsión, que define un negocio jurídico forzoso y al mismo tiempo un mecanismo procesal de realización forzosa.

1. Antecedentes del precepto

La posibilidad de considerar admisible la venta en pública subasta con un aplazamiento en el pago del precio se incorporó a nuestro ordenamiento en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que la regulaba en el primer párrafo del artículo 1508 en los siguientes términos:

> «Si en la tercera subasta se hiciere postura admisible en cuanto al precio, pero ofreciendo pagar a plazos o alterando alguna otra condición, se hará saber al acreedor, el cual podrá pedir en los nueve días siguientes la adjudicación de los bienes, conforme al artículo 1505, y si no se hace uso de este derecho, se aprobará el remate en los términos ofrecidos por el postor».

No parece haber sido un precepto utilizado—nuevamente en vista de los resultados que arrojan las búsquedas en las bases de datos—, especialmente si se tiene en cuenta su ubicación sistemática, dentro de la tercera subasta que se celebraba ya sin sujeción a tipo y en la que la aprobación del remate no estaba

sujeta a condicionamientos relevantes de carácter económico (cfr. art. 1506 LEC/1881)[7]. Se trataba, en definitiva, de una opción de muy difícil empleo y de muy bajo atractivo para los operadores jurídicos, dada la intrínseca dificultad de que se diera el supuesto de hecho para aplicarla.

A pesar de esta falta de uso, el precepto se incorpora al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil en términos muy similares a los de su predecesora y en la misma ubicación que ocupa ahora, es decir, como artículo 670.3.

> «3. Si solo se hicieren posturas superiores al setenta por cien del valor por el que el bien hubiere salido a subasta, pero ofreciendo pagar a plazos o con alteración de alguna otra condición, se harán saber al ejecutante, que, en los cinco días siguientes, podrá pedir la adjudicación del inmueble por el setenta por ciento del valor de salida. Si el ejecutante no hiciere uso de este derecho, se aprobará el remate en favor de la mejor de aquellas posturas».

Debe advertirse, eso sí, que el contexto normativo es diferente, porque el Proyecto de nueva LEC había asumido ya la desaparición del sistema de tres subastas y había optado por la realización de una única subasta: cabía imaginar, por ello, que se diera con mayor facilidad la ocasión de recurrir a él.

Durante el *iter* parlamentario de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin embargo, solo fue objeto de una enmienda que afectara al núcleo de su regulación, la enmienda 1334 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU), que propone como redacción alternativa la siguiente:

> «3. Si solo se hicieren posturas superiores al 70% del valor por el que el bien hubiere salido a subasta pero ofreciendo pagar a plazos con garantías suficientes del precio aplazado, bien bancarias, bien hipotecarias de la propia finca u otra de su propiedad, o con condición resolutoria del precio aplazado, se hará saber al ejecutante que, en los veinte días siguientes, podrá pedir la adjudicación del inmueble por postura superior al del mejor postor. Si el ejecutante no hiciere uso de ese derecho, se aprobará el remate a favor de la mejor postura, con las condiciones de pago y garantías establecidas en la misma»[8].

La justificación ofrecida a la enmienda es sencilla y contundente:

> «En relación con la propuesta del apartado tercero, al tratarse de subasta única, y con el objeto de facilitar la adjudicación a terceros de las fincas subastadas, es loable la intención del legislador de favorecer las condiciones de pago para satisfacer el precio del remate. Sin embargo, ello no debe favorecer la proposición de condiciones insidiosas o que provoquen al ejecutante la necesidad de tener que verse obligado a la

> adjudicación del bien antes que aceptar condiciones de pago irrisorias e inadmisibles o sin ninguna garantía que pudiera facilitar al postor la enajenación del bien al tercero y burlar las garantías reales que hasta ese momento ostentaba el acreedor. Por otra parte, la ampliación del plazo hasta veinte días, facilitará al ejecutante valorar la solvencia del deudor o poderle facilitar la financiación deseada»[9].

El Informe de la Ponencia asume el contenido y los objetivos de la enmienda, y propone una nueva redacción al precepto[10], que coincide con el texto finalmente aprobado, pues la norma ya no fue objeto de enmiendas ni de debate específico en lo que restó de tramitación parlamentaria.

El análisis del *iter* parlamentario del precepto, por tanto, aporta los siguientes datos:

a) Se sometió a las Cortes una primera versión del precepto que permitía al rematante ofrecer el pago a plazos o la alteración de otra condición y que concedía al ejecutante un plazo de «reflexión» de cinco días para decidir si optaba por la adjudicación en pago.

b) La única enmienda que afecta a este precepto propone tres cambios: i) que no se abra la mano a cualquier alteración de las condiciones de la subasta, sino que la única alternativa que pueda ofrecer el rematante sea el pago aplazado del precio del remate; ii) si el pago es aplazado, debe haber garantías *lato sensu* y se proponen dos grandes opciones: o bien garantías *stricto sensu*, sean bancarias o hipotecarias (sobre la propia finca o sobre cualquier otra); o bien la inclusión como condición resolutoria de la falta de pago del precio aplazado; iii) el periodo de reflexión para el acreedor ejecutante se amplía a veinte días. La justificación explícita de los cambios propuestos son la mejor tutela del ejecutante y la evitación de abusos que le perjudiquen.

c) La versión final, además de confirmar que el periodo de reflexión para el ejecutante será de veinte días, opta por mantener el pago aplazado como única alteración posible a las condiciones de la subasta y opta también por exigir garantías en sentido estricto, limitadas a las bancarias e hipotecarias (sin mayores especificaciones), eliminando la posibilidad de reconocer la cualidad de condición resolutoria a la falta de pago del precio aplazado, posiblemente por advertirse que en nada beneficiaba al interés del acreedor, al menos en comparación con las otras.

El interés del acreedor ejecutante, pues, parece ser la justificación de la existencia del precepto y de los concretos términos en que se halla regulado: si solo va a haber una subasta, es preferible abrir un margen al aplazamiento del pago, pues permite conseguir una mejor postura que cubra una parte significativa del valor de tasación de la finca; si, como sucede con frecuencia, no existen otros bienes embargados o que puedan embargarse, cabe asumir que el acreedor preferirá el cobro aplazado a la ausencia de cobro, al cobro de una cantidad notablemente inferior o a una adjudicación en pago.

2. Naturaleza jurídica

El remate con pago aplazado del precio es una modalidad de remate, no un negocio jurídico diferente. Nada hay en la redacción del precepto, ni en ningún otro lugar de la LEC, que permita llegar a una conclusión diferente. En el fondo, con la regulación de esta singularidad, el legislador está poniendo de manifiesto que el remate, en general, no es un tipo de negocio que admita un margen amplio de disposición por parte de quienes intervienen en él, sino que es un negocio muy rígido (cfr. art. 669.2 LEC), en el que no caben más alteraciones que las permitidas por la propia LEC: de un lado, el pago aplazado que nos ocupa ahora (art. 670.3)[11]; de otro, la posibilidad que se ofrece al ejecutante o a los acreedores posteriores de pujar reservándose la facultad de ceder el remate a un tercero (arts. 647.3 y 655.2 LEC) —especialidad esta de la que no nos ocuparemos aquí, por quedar fuera del objeto de este trabajo.

Si el remate con pago aplazado pertenece a la categoría jurídica del remate, es evidente que se trata de un negocio jurídico traslativo del dominio[12]. En consecuencia, una vez se haya aprobado el remate y se hayan cumplido las previsiones eventualmente establecidas en él (la constitución de la garantía y otras posibles, como podría ser el pago inicial de una parte de la deuda que se haya establecido como inmediato), deberá el secretario judicial dictar decreto de adjudicación de la finca afectada, que pasará al dominio del rematante.

A lo anterior debe añadirse que el remate es un negocio traslativo del dominio, sí, pero a título oneroso, es decir, a cambio de algo. Esa contraprestación es, en términos muy gruesos, el «precio aplazado». Si se afina un poco más el análisis, se puede apreciar cómo lo que obtiene el deudor ejecutado es un derecho de crédito pecuniario sujeto a plazos —en los términos en que se haya aprobado el remate— frente al rematante. A lo sumo, si en el remate se contempla un primer pago inicial y un aplazamiento del resto, se obtendrán tanto una cantidad de dinero como un derecho de crédito pecuniario sujeto a plazos.

Por último, debe igualmente insistirse en que, en tanto que remate, el remate con pago aplazado es un negocio jurídico cualificado por su finalidad: existe para satisfacer el interés del acreedor ejecutante en el cobro del crédito que tiene reconocido en título ejecutivo y que ha motivado el despacho de una ejecución forzosa.

3. Elementos singulares del negocio

Partiendo de la concepción del remate con pago aplazado como negocio jurídico bilateral, oneroso y traslativo del dominio, deben analizarse los dos elementos que le dan su singularidad respecto del género al que pertenece: el aplazamiento del pago y la constitución de garantías.

3.1. El aplazamiento del pago

El aplazamiento del pago es un elemento definitorio del negocio que, lamentablemente, no ha sido regulado con una mínima precisión. Al contrario, el artículo 670.3 LEC se limita a señalar que resulta posible ofrecer «pagar a plazos» y que las garantías habrán de ser suficientes teniendo en cuenta «el precio aplazado». Nada más. En consecuencia, podrían tener cabida múltiples modalidades de aplazamiento:

i) En cuanto a la periodicidad de los pagos, que pueden ser, v.g., diarios, semanales, mensuales, anuales o, por qué no, determinarse con arreglo a un plan de pagos *sui generis* que ni siquiera se ajustara a una noción estricta de periodicidad.

ii) En cuanto a la cuantía de cada cuota aplazada, que no tiene por qué ser igual para cada vencimiento, de modo que podrían ofrecerse pagos menores en los periodos iniciales y pagos más sustanciosos en las cuotas finales, o viceversa.

iii) En cuanto a si se puede aplazar la totalidad del precio, opción que tiene cabida en el tenor literal del artículo 670.3 LEC, que se refiere al «precio aplazado», sin que se colija de su dicción que deba haber una parte aplazada, de modo que otra hubiera de pagarse al contado —no se exige, pues, una suerte de «primer pago» inicial—. Por eso, el pago de una parte del precio no puede ser requisito para que el secretario judicial dicte decreto de adjudicación: solo lo será el cumplimiento de aquello estipulado en el decreto de aprobación del remate. A efectos prácticos, sin embargo, cabe suponer que, por lo menos, el rematante podrá ofrecer como pago inicial el 5% del valor de salida de la finca, pues esta es la cantidad que ha debido consignar para participar en la subasta (art. 669.1 LEC).

iv) En cuanto a la duración del aplazamiento, que podría cubrir semanas, meses o años (muchos años, incluso). Este es, sin duda, el aspecto cuya indefinición puede ser causa de mayores dificultades, tanto para el deudor ejecutado como, sobre todo, para el acreedor ejecutante, dado que este remate es un negocio jurídico cualificado por una finalidad muy concreta, que es la satisfacción de su crédito.

Esta indefinición legal puede llevar a situaciones extremas, como la siguiente: ¿debería el secretario judicial aprobar el remate cuando el mejor postor ofrece pagar en 20 años y con unas cuotas que durante los diez primeros años solo cubrirían el 10% del precio total? La respuesta que de forma intuitiva y espontánea cabría ofrecer es negativa. No obstante, el tenor literal del precepto no lo excluye. Al contrario, nótese lo siguiente:

i) El legislador no ha ofrecido al secretario judicial ningún criterio específico en relación con el aplazamiento: simplemente se exige que la mejor postura cubra el 70% del valor de salida del inmueble[13] y que se hayan ofrecido garantías suficientes para asegurar el pago del precio aplazado. Al no ofrecer

criterio alguno en relación con el aplazamiento en sí mismo, tampoco parece atribuirle al secretario judicial margen alguno para la negociación con el postor.

ii) El legislador no ofrece ni a ejecutado ni a ejecutante posibilidad alguna de negociación con el postor, a pesar de hallarse ambos en posiciones jurídicas que lo legitimarían. El ejecutado, de un lado, porque tiene derecho a percibir el sobrante y, sobre todo, porque un pago muy aplazado y muy diferido no satisface al ejecutante, que podría tratar de proyectar la ejecución sobre otros elementos de su patrimonio. Y el ejecutante, con más claridad, porque el aplazamiento del pago por parte del rematante puede traducirse en aplazamiento del cobro de su crédito[14]. Es cierto que, como se analizará seguidamente, el ejecutante dispone de la opción de solicitar la adjudicación del inmueble por el 70% de su valor de salida; con ello, a lo sumo, puede impedir la aprobación del remate con pago aplazado, pero en modo alguno negociar las condiciones de dicho aplazamiento.

El legislador, pues, ha regulado la subasta con mucho detalle y sofisticación en cuanto a la fijación del precio y la persona del postor, pero ha abdicado de hacerlo cuando el pago del mismo se plantea como aplazado. Esta ausencia de regulación explícita, a nuestro juicio, no puede amparar bajo el paraguas del artículo 670.3 LEC fórmulas de aplazamiento del pago que fueran contrarias a las más elementales reglas de proporcionalidad. Aunque el legislador no se las ofrezca expresamente, el secretario judicial debe considerarse investido de las herramientas necesarias para conseguir que la opción que abre el artículo 670.3 LEC no se torne en perjuicio del acreedor ejecutante, que es aquel a quien debe beneficiar. De lo contrario, esta modalidad de remate se puede convertir en una modalidad peculiar y leonina de financiación para el rematante, a costa, en buena parte, de ejecutado y de ejecutante.

3.2. La constitución de garantías

Las garantías son el otro elemento singular del remate con pago aplazado del artículo 670.3 LEC. En efecto, el negocio jurídico no puede existir si no está garantizado el pago del precio aplazado. En este punto, el legislador ha sido algo más explícito cuando especifica que las garantías podrán ser bancarias o hipotecarias.

Ahora bien, debe apreciarse cómo el legislador incurre de nuevo en indefinición a la hora de determinar qué se entiende por garantías «suficientes». Lo único que debería quedar fuera de discusión es que una garantía es «suficiente» si es «total», es decir, si cubre la totalidad del precio aplazado. Pero se echa en falta, de nuevo, la existencia de un cierto margen de negociación por parte del propio secretario judicial en relación con la modalidad y los términos de la garantía —o de un previo margen de alegación o advertencia por parte del ejecutado o del ejecutante.

En relación con ello, cabe plantearse, antes que otra cosa, si la garantía hipotecaria puede recaer sobre la propia finca subastada. El tenor literal del precepto guarda silencio al respecto y, de hecho, puede resultar significativa en este punto la transformación experimentada por la enmienda 1334 del G.P. Catalán, que aludía expresamente a esta posibilidad, pero que no se vio reflejada en la redacción final. A nuestro juicio, la posibilidad de que la finca subastada sea el objeto de la garantía hipotecaria que se constituye para asegurar el pago del precio aplazado ofrecido por la propia finca subastada es cuando menos extraña y discutible. Al fin y al cabo, en caso de impago ulterior por el rematante, se daría la paradoja de tener que promover la venta en pública subasta de un inmueble por el que ya en una subasta anterior el mejor postor solo ofreció un pago aplazado. La «calidad» de la garantía, por tanto, se puede ver seriamente comprometida si se acepta a tal fin la hipoteca de la finca subastada.

Desde el punto de vista de la dinámica procesal, el ofrecimiento de garantías suficientes es una condición para la aprobación del remate, en los términos del artículo 670.3 LEC.

Es imprescindible, por ello, que en el propio decreto de aprobación del remate se especifique la concreta garantía que se utilizará en el caso concreto[15].

La efectiva constitución de las garantías, por su parte, debe condicionar que llegue a dictarse el decreto de adjudicación de la finca subastada a favor del rematante. En efecto, sin la constitución de la garantía en el plazo que se haya establecido debe entenderse que el rematante incumple una de las obligaciones esenciales para que el remate con pago aplazado pueda desplegar sus efectos. En consecuencia, el tribunal habrá de dar el remate por resuelto y la subasta se considerará quebrada, en los términos del artículo 653.1 LEC, que prevé este desenlace cuando el rematante no consigna el precio en el plazo señalado o cuando «por culpa de ellos dejare de tener efecto la venta». Este segundo inciso acoge, a nuestro juicio, la falta de cumplimiento de un elemento esencial del negocio como es la constitución de las garantías, de modo que el rematante perderá el depósito y la venta quedará resuelta. Tan es así que el Estado tiene la facultad —*rectius*, el deber— de volver a subastarla y venderla, sin tener que formalizar de ningún modo adicional especial esa resolución.

4. El plazo de reflexión para el ejecutante y la opción por la adjudicación

El remate en general —y también el remate con pago aplazado, en particular— es un negocio jurídico que se gesta en el marco de un proceso judicial, razón por la cual el procedimiento de conformación y emisión de la declaración de la voluntad negocial es peculiar. Según se ha señalado ya, la voluntad de compra y la fijación de las condiciones singulares del negocio se determinan en el acto de la subasta y quedan fijadas a su término, cuando se establece la mejor

postura. Ahora bien, también se ha insistido ya varias veces en que el remate es un negocio jurídico que tiene una finalidad específica, la de satisfacer el crédito del ejecutante, que es un sujeto ajeno al propio negocio que se celebra. Por eso, y aunque no sea parte del negocio, el ejecutante tiene un interés jurídico digno de protección. Este es el motivo por el que, al regular la subasta judicial, la LEC establece diversas «consultas» al ejecutante y le ofrece posibilidades de «interferir» en el proceso de celebración del negocio jurídico, confiriéndole una suerte de facultad de adquisición preferente o tanteo mediante la adjudicación en pago del bien subastado, que le permite frustrar el buen término del negocio que se está gestando tras la subasta y la fijación de la mejor postura.

En el caso del remate con pago aplazado el punto de partida es sencillo, tal y como lo define el artículo 670.3 LEC: una vez concluida la subasta en la que la mejor postura cubra el 70 por cierto del valor de salida, pero con oferta de pago aplazado y con garantía suficiente e idónea, se hará saber al ejecutante, quien dispondrá de un plazo de veinte días[16] para decidir si opta por pedir la adjudicación del inmueble por el 70 por cierto de su valor de salida[17]. Durante este plazo de reflexión queda en suspenso la aprobación del remate, que se hará «si el ejecutante no hiciere uso de este derecho».

Nótese, sin embargo, que el derecho al que alude el precepto tiene un alcance muy limitado: se trata de adjudicarse la finca en pago del crédito, es decir, de optar por extinguir —en todo o en parte— un crédito que es pecuniario a través de la entrega de algo que no es una cantidad de dinero, sino un inmueble.

Pero es importante dejar claro que el legislador no ha querido con ello atribuir al ejecutante ningún poder de negociación en relación con los términos concretos del remate con pago aplazado, ni siquiera de forma indirecta, es decir, «influyendo» de algún modo en esa negociación y en su resultado. En efecto, al acreedor se le informa sobre los términos en que ha quedado fijada la mejor postura, pero no se le pregunta de forma directa si le parecen razonables o no; de hecho, no se produce tampoco una suerte de proceso de retroalimentación, de modo que un eventual anuncio por parte del acreedor de que opta por la adjudicación permitiera al rematante alterar de algún modo los términos de su postura. Nada de eso hay en el precepto, para quien el beneficiario del negocio no parece merecer más consideración que la estrecha y expresamente prevista en él.

En consecuencia, excluida la negociación, debe considerarse que este plazo de reflexión, como se deduce de la lectura de los trabajos parlamentarios, está pensado para permitir al acreedor ejecutante decidir con cierto margen temporal—y sobre la base de la información sobre la situación patrimonial del deudor que pueda procurarse en ese espacio de tiempo—cuál de las dos siguientes opciones en presencia le resulta más beneficiosa:

i) Adjudicarse en pago la finca por el 70 por cierto de su valor de salida, lo que comporta una renuncia —total o parcial, en función de los importes— al

cobro en dinero de su crédito y le arroja la carga de asumir a título particular los costes de una eventual liquidación del inmueble.

ii) No adjudicarse en pago la finca y no interferir en la aprobación del remate aplazado, lo que comporta asumir como posible que el cobro de su crédito se acabe ajustando al plan de pago aplazado ofrecido por el postor, en la medida en que no existan en el patrimonio del deudor otros activos cuya liquidación le permita alcanzar un cobro más rápido.

Ningún otro valor ni ninguna otra eficacia cabe atribuir a la opción del ejecutante de no ejercitar esta «facultad». Desde luego, no es una muestra de conformidad por su parte con los términos de la mejor postura ni con la aprobación posterior del remate: de un lado, porque no ha tenido margen de negociación ni directa ni indirecta, de modo que en modo alguno puede considerársele vinculado por su resultado o conforme con él; de otro, porque la alternativa que se le ofrece —la adjudicación en pago— no resulta *per se* atractiva. Lo único que expresa el acreedor con su decisión es que prefiere el aplazamiento a la adjudicación en pago; ahora bien, lo que en modo alguno expresa el acreedor ejecutante es que ese aplazamiento comporte una suerte de renuncia por su parte a cobrar más rápidamente con el producto que pueda obtenerse de otros bienes embargados o embargables del ejecutado. Nada hay en la ecuación que le ofrece el artículo 670.3 LEC que permita considerar situado este extremo en ninguno de los platos de la balanza; al contrario, en este punto la LEC únicamente parece permitirle elegir cuál de los dos «males menores» le resulta preferible[18].

Por todo lo anterior, no parece correcto considerar que la aceptación «tácita» del ejecutante —no ejerciendo el singular derecho de tanteo que le ofrece la LEC— sea un requisito para la perfección del negocio jurídico de venta judicial forzosa con pago aplazado. Semejante formulación generaría la apariencia —infundada— de que el ejecutante tiene un papel en el procedimiento de conformación del negocio y de sus elementos que en modo alguno le ha atribuido el legislador. Las cosas solo serían así si el ejecutante dispusiera de una facultad de veto absoluto; pero optar por la adjudicación en pago no es un veto absoluto a la celebración del negocio, sino ejercer un derecho autónomo de adjudicación preferente.

5. Eficacia jurídica del remate con pago aplazado

El remate con pago aplazado es un negocio jurídico que, sin embargo, también despliega efectos procesales. Estos efectos se van encadenando y proyectándose sobre relaciones jurídicas distintas.

5.1. Efectos jurídicos materiales primarios

Los efectos jurídicos materiales principales o primarios del remate con pago aplazado son los propios de todo negocio jurídico oneroso traslativo del dominio.

El rematante adquiere el derecho a la entrega del bien objeto del remate: esta entrega se hace efectiva mediante el decreto de adjudicación que debe dictar el secretario judicial en cuanto verifique que se ha constituido la garantía prevista en el remate (y, en caso de que así se haya establecido, cuando se haya producido un pago inicial). Tratándose de una venta judicial forzosa, es el Estado y no el ejecutado quien asume la obligación de entrega del inmueble, que sale de la esfera patrimonial del ejecutado en cuanto deviene firme el decreto de adjudicación.

El ejecutado adquiere como contrapartida un crédito dinerario frente al rematante, adornado de dos cualidades: es un crédito aplazado y es un crédito garantizado, en los términos analizados anteriormente. Es importante subrayar, pues, que el acreedor del precio aplazado no es el Estado, ni tampoco lo es el ejecutante. Es al ejecutado a quien debe el rematante, a pesar de que los pagos deban efectuarse en la cuenta de depósitos y consignaciones del juzgado.

5.2. Efectos jurídicos procesales primarios

El remate con pago aplazado es un negocio jurídico que sirve para la realización forzosa y cuya celebración y efectos están llamados a desarrollarse en el contexto de un proceso de ejecución. Por ello, despliega también una eficacia procesal primaria, cuyo alcance posterior puede variar en función de las concretas circunstancias de cada proceso de ejecución.

5.3. Efectos jurídicos materiales reflejos

Este efecto procesal del remate con pago aplazado es sencillo: en todos los casos, las cantidades eventualmente pagadas por el rematante deben ser entregadas al ejecutante, pues ese es el objetivo propio de un negocio jurídico que es al mismo tiempo una herramienta de realización forzosa: conseguir que en el patrimonio del deudor ingrese una cantidad de dinero líquida que poder entregar al acreedor. Esta consecuencia procesal —el pago al ejecutante de lo que se haya percibido, si es que algo se ha percibido— tiene a su vez una consecuencia material refleja: la extinción, total o parcial, del crédito del ejecutante. Ahora bien, esta eficacia ya no se proyecta sobre la relación jurídica entre rematante y ejecutado —que sigue igual—, sino en la relación entre ejecutante y ejecutado. En efecto, a resultas de este pago debe realizarse por el tribunal una labor de liquidación, para determinar si ha quedado satisfecho íntegramente el crédito del acreedor.

A la hora de efectuar esta liquidación solo pueden computarse las cantidades efectivamente pagadas al acreedor ejecutante y no el importe total del precio de venta (aplazado) por el que se aprobó el remate. Se trata de una

conclusión inevitable, dado que el ejecutante no es el acreedor del precio del remate. Al contrario, sería contrario a la lógica y a los principios que inspiran el proceso de ejecución forzosa considerar que el ejecutante ya ha cobrado una cantidad de dinero que aún no ha percibido, por mucho que el pago del precio aplazado del remate esté garantizado[19]. Es indudable que, en ausencia de opciones más favorables, el ejecutante ostenta una expectativa privilegiada de cobro de su crédito a medida que el rematante cumpla con los plazos, y en la medida en que los cumpla; pero no es una cantidad que el rematante le adeude a él.

Por eso mismo, en caso de saldo favorable al acreedor, la cantidad total que aún se le deba sigue generando intereses, en los términos establecidos por el artículo 576 LEC. Y es lógico que así sea, puesto que los intereses compensan al acreedor por el retraso en el cobro de lo que le es debido y aún no ha percibido. También desde esta perspectiva de los intereses resultaría paradójico —y, sobre todo, contrario a Derecho— que en la liquidación de la cantidad que se adeuda al acreedor tras el remate con pago aplazado se tuviera en cuenta el precio total y no solo la cantidad abonada hasta ese momento. Computar para la liquidación como pagada una suma que todavía no ha percibido el acreedor le privaría de su derecho a cobrar los intereses correspondientes a ese importe, en clara fractura de los principios que rigen nuestro Derecho patrimonial privado. Además, y de acuerdo con el artículo 1173 del Código Civil, *«si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital mientras no estén cubiertos los intereses»*.

En efecto, si al calcular el importe por el que debe proseguir la ejecución se dieran por ya liquidadas unas cantidades que aún no han sido pagadas, se daría el efecto siguiente: i) el deudor no paga intereses por esas cantidades, a pesar de que el acreedor aún no las ha cobrado; ii) el rematante tampoco paga intereses por ellas, a pesar de que todavía no las ha pagado; iii) el ejecutante estaría con ello «financiando» la adquisición aplazada, que para el rematante solo tendría el coste de la garantía, pero no el del transcurso del tiempo.

5.4. Efectos jurídicos procesales reflejos

En función de cuál sea el saldo que arroje la liquidación efectuada conforme al criterio anterior, se abrirán dos posibles escenarios de efectos o consecuencias procesales reflejos.

Si la cantidad entregada es suficiente para cubrir todo lo que se deba al acreedor en concepto de principal, intereses y costas, entonces el remate con pago aplazado producirá también la terminación del proceso de ejecución forzosa; los pagos aplazados que estuvieran pendientes habrán de hacerse al deudor y estarán en todo caso garantizados. El caso es harto improbable.

Si la cantidad entregada es insuficiente para cubrir el importe total de lo que se adeuda al acreedor —y este será sin duda el escenario normal— la ejecución forzosa podrá seguir su curso, puesto que el proceso de ejecución solo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante (art. 570 LEC). De cara a esta prosecución de la ejecución forzosa ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

i) Debe considerarse embargado el crédito aplazado, sin necesidad de resolución del secretario judicial que así lo acuerde; y el crédito aplazado se entenderá embargado en el importe en que resulte necesario para cubrir lo que se siga debiendo. El crédito aplazado es un activo patrimonial del ejecutado frente al rematante, que se garantiza mediante la oportuna orden de retención de pagos (art. 621 LEC). Por eso, los pagos que vaya realizando el rematante deben ingresarse en la cuenta de depósitos y consignaciones y, una vez efectuados, deben entregarse al ejecutante. Cada uno de estos pagos generará una extinción parcial del crédito del ejecutante, que a su vez motivará una nueva liquidación del crédito que ha de tenerse en cuenta para el desarrollo ulterior de la ejecución.

ii) Resulta en todo caso legítimo el embargo y la realización forzosa de otros bienes del deudor, hasta la total satisfacción de su crédito, sin necesidad de esperar al pago de los plazos pendientes y, por tanto, tomando como base para las actuaciones ejecutivas posteriores la cantidad resultante de la liquidación parcial. Cabe apreciar así cómo, una vez liquidadas las cantidades que se siguen debiendo al acreedor tras un hipotético primer pago parcial, se abre para los protagonistas de la ejecución forzosa un nuevo escenario o punto de partida, caracterizado por estos dos factores:

— El acreedor, por supuesto, cuenta con el embargo del crédito aplazado, que le genera una perspectiva de satisfacción de su crédito, aunque se encuentra condicionada por los términos en que se haya aprobado el remate (y debe enfatizarse que en la determinación de esos términos a él no se le ha dado intervención alguna).
— El acreedor, con arreglo al principio de responsabilidad patrimonial universal, también cuenta con la posibilidad de obtener el embargo de otros bienes y derechos, si los hubiere, especialmente si su realización forzosa resulta más cercana en el tiempo. Del mismo modo, está facultado para solicitar la realización forzosa de otros bienes que ya estuvieran previamente embargados. La falta de ejercicio del derecho de adjudicación preferente en modo alguno comporta renuncia a este derecho, en los términos antes expuestos, pues no es un extremo sobre el que se haya producido consentimiento ni expreso ni tácito del acreedor.

La situación, por tanto, se asemeja a la que produciría el embargo de rentas o salarios: por mucho que el acreedor obtuviera una expectativa de

cobro futuro por esta vía, no se le puede obligar a esperar pacientemente a que un paulatino pago con la parte no embargada de las rentas o salarios de su deudor extinga el crédito, cuando existen otros bienes en su patrimonio que podrían reportarle con mayor rapidez la satisfacción del crédito a que tiene derecho.

La posición jurídica del deudor no queda desatendida en este nuevo escenario derivado del remate con pago aplazado y de la liquidación parcial. Si carece de otros activos patrimoniales, los intentos del acreedor por embargar nuevos bienes fracasarán. Ahora bien, si el deudor dispone de otros activos, no puede pretender eludir el principio general de responsabilidad patrimonial universal. Ante todo, siempre podrá «liberar» los bienes embargados —y hasta subastados, si aún no se ha aprobado el remate— pagando lo que deba por todos los conceptos (arts. 650.6 y 670.7 LEC). Y si carece de liquidez, entonces podrá hacer valer el *beneficium ordinis* del artículo 592.2 LEC y promover la sustitución de los embargos de los bienes ya trabados por otros cuya pérdida le resulte menos onerosa: nótese, en este punto, que el crédito que nos ocupa, en función de su periodicidad y duración, puede ser considerado como un crédito realizable a medio o largo plazo (al que corresponde la novena posición en el orden de los embargos). Si el embargo y realización de otros bienes determina la satisfacción íntegra del crédito del ejecutante, terminará la ejecución y se alzará el embargo respecto del crédito por la parte aplazada de crédito que siguiera pendiente de pago. En cualquier caso, debe recordarse que en la ejecución forzosa el deber primordial de los órganos jurisdiccionales es estar del lado del acreedor ejecutante.

6. Ausencia de relación jurídica directa entre rematante y ejecutante: consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento

De lo expuesto hasta ahora sobre el régimen jurídico del remate con pago aplazado se deduce que, al igual que el remate ordinario, no genera ninguna relación jurídica entre el rematante y el ejecutante. El ejecutante, por tanto, no se convierte en acreedor del rematante por el precio aplazado. Y la garantía que debe constituirse, igualmente, tampoco asegura el riesgo de impago al ejecutante, sino el riesgo de impago al ejecutado. Es obvio, sin embargo, que el ejecutante ostenta un interés jurídico muy claro en el correcto desarrollo de la relación crediticia entre rematante y ejecutado, dado que están embargados a su favor los pagos parciales que se vayan haciendo y, en un escenario de debilidad patrimonial del deudor, el cobro a partir de estos pagos parciales puede constituir la única expectativa de satisfacción para su crédito. De hecho, la regulación del artículo 670.3 LEC parece asumir, aunque sea implícitamente, que no hay más activos en el patrimonio del deudor y que, por tanto, el pago

aplazado se presenta como una opción razonable ante un panorama de difícil satisfacción para el acreedor.

En otros términos, asegurando la posición jurídica del ejecutado como acreedor del rematante, se asegura también la posición jurídica del ejecutante frente al ejecutado. El punto crítico de esta ecuación se comprueba, claro está, en caso de incumplimiento por parte del rematante.

Ya se ha apuntado antes que la falta de pago del precio inicial previsto o la falta de constitución de las garantías determinan que la subasta caiga en quiebra y que, en consecuencia, quede resuelto el remate (también el remate con pago aplazado); en tal caso se añade, como sanción, la pérdida del depósito constituido para participar en la subasta (actualmente, el 5% del valor de salida: art. 669.1 LEC).

Ahora bien, lo que el legislador no ha previsto son las consecuencias en caso de incumplimiento posterior, es decir, cuando ya se ha dictado el decreto de adjudicación de la finca. Ante esta situación el legislador parece conformarse con haber supeditado la adjudicación a la constitución de las garantías suficientes incluidas en el decreto de aprobación del remate. Pero esas garantías, se acaba de señalar, lo son en beneficio del deudor ejecutado, no del acreedor ejecutante.

Obviamente, en caso de incumplimiento, un deudor diligente activaría los mecanismos pertinentes, en función de la garantía de que se tratara, como forma de cobrar la deuda y poder pagar a su vez a su acreedor. No es este, sin embargo, un escenario con el que quepa contar siempre, sobre todo si el deudor ejecutado carece de solvencia.

Por eso, puede ser necesario que sea otro sujeto quien, ante la inacción del deudor a la hora de promover el cobro, active la garantía de que se trate. Y lo más coherente con el sistema de ejecución forzosa vigente es que sea el propio tribunal de la ejecución el que lo haga, a instancia del acreedor ejecutante. En efecto, el crédito sobre el precio aplazado es un bien embargado; y ese embargo ha atribuido al tribunal la facultad de disponer de él en sustitución de su titular (el deudor). Cabe entender, pues, que esta sustitución cubre también la facultad de promover su cobro mediante la exigencia de las garantías que lo protegen; en consecuencia, el tribunal estaría facultado para reclamar el pago de un eventual aval bancario o para instar el correspondiente proceso de ejecución hipotecaria frente al bien hipotecado en garantía del pago del precio aplazado.

IV. CONCLUSIÓN

A resultas de cuanto acaba de desarrollarse hasta ahora, deben formularse ahora las siguientes conclusiones:

I. El remate con pago aplazado es un negocio jurídico en virtud del cual el rematante adquiere la propiedad de la finca subastada y queda obligado a pagar

al deudor ejecutado en los plazos y con las condiciones y garantías establecidos en el decreto de aprobación del remate.

II. El acreedor ejecutante tiene derecho a satisfacer su crédito con cargo a las cantidades que periódicamente ingresen en el patrimonio del deudor como consecuencia de los pagos periódicos que vaya realizando el rematante, dado que el crédito del ejecutado frente al rematante se encuentra embargado y afecto a la satisfacción del ejecutante.

III. El crédito del ejecutante se va reduciendo en la medida en que efectivamente se le van haciendo pagos en efectivo a costa del patrimonio del deudor ejecutado. En consecuencia, no se reduce en el total del precio de adquisición establecido, sino que se va viendo reducido de forma progresiva en las cantidades parciales que se le vayan pagando.

IV. La cantidad así determinada sigue devengando los intereses procedentes en virtud del artículo 576 LEC.

V. El acreedor ejecutante tiene derecho a instar la continuación de la ejecución forzosa respecto de otros bienes del deudor ejecutado a pesar de la aprobación del remate con pago aplazado y a cobrarse con su producto las cantidades adeudadas.

VI. El acreedor no está obligado a soportar el retraso en la satisfacción de su crédito que comportaría esperar al eventual pago de todos los plazos necesarios para cubrir su crédito, si el deudor dispone de otros activos cuya realización puede satisfacerle con mayor rapidez.

VII. En caso de concurrencia de embargos sobre bienes diversos el deudor puede instar la aplicación de lo dispuesto en el artículo 592.2 LEC, teniendo en cuenta que el crédito por la parte aplazada del precio, en función de su periodicidad y duración, puede ser considerado como un crédito realizable a medio o largo plazo (al que corresponde la novena posición en el orden de los embargos).

En cualquier caso, sería más que deseable una mayor precisión legislativa expresa en relación con el régimen jurídico de la subasta judicial con pago aplazado. La indefinición de muchos de sus extremos es, sin duda, disuasoria a la hora de acudir a ella, razón por la cual no es frecuente su utilización, a pesar del potencial que podría llevar asociado. Y, sobre todo, es vital evitar interpretaciones incorrectas acerca de sus efectos (especialmente en lo relativo a los efectos que produce a la hora de determinar la cantidad pendiente de ejecución), que pueden tornar en perjuicio del acreedor una institución que está diseñada para mejorar su posición jurídica.

NOTAS

[1] En estos puntos confluye unánimemente la opinión de la doctrina: cfr., sin ánimo de exhaustividad, CACHÓN CADENAS, *La ejecución procesal civil*, Barcelona, 2014, pp. 17-

18; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Madrid, 2001, pp. 27 y sigs.; MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil* (con GÓMEZ COLOMER, BARONA VILAR y CALDERÓN CUADRADO), 22.ª ed., Valencia, 2014, p. 530; ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, 13.ª ed., Cizur Menor, 2014, p. 540; VEGAS TORRES, *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte Especial* (con DE LA OLIVA SANTOS y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ), 2.ª ed., Madrid, 2014, pp. 438-440.

[2] Lo hizo muy tempranamente, en la STC 32/1982, de 7 de junio; a partir de entonces no ha habido discusión sobre este postulado, aunque sí matizaciones acerca del modo en que ha de procederse a la ejecución (de manera clara y sintética, cfr. ORTELLS RAMOS, Derecho Procesal Civil, *cit.,* p. 542; CACHÓN CADENAS, La ejecución procesal civil, *cit.,* pp. 19-21, con referencias asimismo a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

[3] CARRERAS LLANSANA, *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, pp. 32 y sigs.; en el mismo sentido, cfr. ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, 7.ª ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2013, p. 344; CACHÓN CADENAS, La ejecución procesal civil, *cit.,* pp. 18-19; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, La ejecución forzosa y las medidas cautelares, *cit.,* pp. 38-39; MONTERO AROCA, Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil, *cit.,* pp. 530-531.

[4] Téngase en cuenta que, tras la entrada en vigor el 15 de octubre de 2015 de la Ley 19/2015, de 13 de julio, las subastas se efectuarán de forma electrónica, a través del Portal de Subastas de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (art. 648 LEC).

[5] En este sentido, resulta claramente sintomático de esta estrecha vecindad entre ambos negocios el que la LEC de 1881 empleara el término «remate» para referirse a la venta en pública subasta, pero utilizara en cambio el de «comprador» —y no el de «rematante»— para aludir al adquirente.

[6] A nuestro juicio debe entenderse que no existe diferencia entre precio «alzado» y precio «aplazado», al menos a estos efectos: en ambos casos la ley se refiere a una garantía que cubra la parte del precio que aún no ha sido pagada por el rematante.

[7] Cfr. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo VI, 7.ª ed., Madrid, 1957, pp. 579-582; FRANCO ARIAS, *El procedimiento de apremio*, Barcelona, 1987, pp. 176-177; MORAL MORO, *La subasta judicial de bienes inmuebles*, Barcelona, 2000, pp. 292-293.

[8] *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, número 147-9, de 26 de abril de 1999, p. 568.

[9] *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, número 147-9, de 26 de abril de 1999, p. 569.

[10] *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, número 147-12, de 27 de julio de 1999. En p. 912, respecto del artículo 670, se explica simplemente que la Ponencia propone a la Comisión la incorporación de la enmienda 1334, «con diversas correcciones de carácter técnico y gramatical». En p. 1065 figura ya la redacción final del precepto.

[11] A diferencia del antiguo artículo 1508 de la LEC de 1881, que también permitía alterar «alguna otra condición», como advierte CORDÓN MORENO, *El proceso de ejecución*, Pamplona, 2002, p. 338.

[12] En relación con la naturaleza jurídica del remate como negocio jurídico traslativo del dominio, cfr. por todos DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Los llamados contratos forzosos, *Anuario de Derecho Civil*, 1956, vol. I; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *La realización forzosa*, Pamplona, 1966, pp. 59 y sigs.; G. LUQUE TORRES, *Las subastas judiciales. Aspectos civiles, procesales e hipotecarios*, Granada, 1999, pp. 198 y sigs., y 290 y sigs.; MONDÉJAR PEÑA, *Las subastas judiciales forzosas*, Madrid, 2008, pp. 230 y sigs.

[13] O el 50%, si se trata de bienes muebles.

[14] En este sentido, resulta sorprendente que no esté prevista la audiencia del ejecutante, como ha puesto de relieve CORDÓN MORENO, El proceso de ejecución, *cit.,* p. 338, seguido en la crítica por FLORES PRADA, *El procedimiento de apremio en la ejecución civil*,

Valencia, 2005, pp. 168-169. En esta línea dirige también sus críticas al precepto MARTÍNEZ DE SANTOS, para quien realmente lo que se regula aquí es «una propuesta de pago que responde al concepto y finalidad del convenio de realización, pero que el ejecutante, con independencia de cual sea realmente la mejor postura, viene obligado a aceptar» (*Cuestiones prácticas sobre la vía de apremio en el proceso de ejecución civil*, Madrid, 2010, p. 345).

[15] En sentido similar, cfr. también HOYA COROMINA, «Comentario al artículo 650», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coords. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU), Madrid, 2000, tomo III, p. 3022. Advierte también este autor que la Ley no establece plazo alguno para la constitución de la garantía, por lo que a su juicio habrá de ser fijado discrecionalmente por el tribunal (tras la Ley 13/2009, sin embargo, habrá que suponer que esa facultad, en su caso, estaría atribuida al secretario judicial). MARTÍNEZ DE SANTOS también señala que «el decreto aprobando el remate contendrá las condiciones del pago y los plazos en los que deberá realizarse» (Cuestiones prácticas sobre la vía de apremio en el proceso de ejecución civil, *cit.,* p. 345).

[16] Recuérdese que el plazo será de cinco días en caso de que se trate de bienes muebles.

[17] Ha de insistirse de nuevo en que será el 50% para los bienes muebles.

[18] Al contrario, como recuerda CORDÓN MORENO, «la Ley prefiere el pago al contado (…) al pago aplazado, aunque este sea muy superior y esté plenamente garantizado» (El proceso de ejecución, *cit.,* p. 338).

[19] Piénsese, de hecho, en lo que sucedería si la cantidad alzada por la que se aprobó el remate fuera superior a lo que se debiera al acreedor por todos los conceptos: ¿tendría sentido dar por terminada la ejecución, a pesar de que el acreedor aún no se ha visto satisfecho íntegramente, tal y como exige el artículo 570 LEC? ¿Tendría sentido, a su vez, entregar al deudor un remanente que aún no se ha generado?

(Trabajo recibido el 17-6-2015 y aceptado para su publicación el 20-7-2015)

¿Qué es la legítima para el Código Civil español? (Búsqueda de su concepto, naturaleza y caracteres)

What Does the Spanish Civil Code Consider the Reserved Portion to Be? (In Search of the Concept, Nature and Features of the Reserved Portion)

por

DOMINGO IRURZUN GOICOA

Notario

RESUMEN: El autor pretende averiguar, saber cuál es, en verdad, para el Código Civil español, el concepto, la naturaleza y los principales caracteres de la legítima por lo que resulta de la regulación que se contiene en el conjunto de su articulado. Por encima de la letra de algún artículo que parece pretender definirla, caso del 806, o de expresiones que carecen de justificación, como la de llamar herederos forzosos, a los que gozan de aquel derecho, los legitimarios.

ABSTRACT: The author endeavours to ascertain what the concept, nature and main features of the reserved portion really are for the Spanish Civil Code. Accordingly, the way the reserved portion is regulated in the code as a whole is examined, rising above the strict letter of articles that seem to try and give a definition (e.g., article 806) and unjustified expressions (such as calling the persons who are entitled to a reserved portion "forced heirs").

PALABRAS CLAVE: Derecho sucesorio. Legítima.

KEY WORDS: Succession law. Reserved portion.

SUMARIO: PREÁMBULO.—I. LA LEGÍTIMA EN EL TEXTO DEL ARTÍCULO 806 DEL CÓDIGO: 1. ES UNA PORCIÓN DE BIENES… 2. DE QUE EL TESTADOR NO PUEDE DISPONER… 3. POR HABERLA RESERVADO LA LEY A DETERMINADOS HEREDEROS, LLAMADOS POR ESTO «HEREDEROS FORZOSOS».—II. SIN EMBARGO, DE SU PROPIO TEXTO RESULTA SER UN DERECHO.—III. Y LO RECONOCE ASÍ A LO LARGO DE SU ARTICULADO.—IV. QUÉ «ES» LA LEGÍTIMA EN EL RÉGIMEN SUCESORIO DEL CÓDIGO: 1. ES UN DERECHO SUCESORIO POR CAUSA DE MUERTE. 2. DE ORIGEN LEGAL, HAYA O NO TESTAMENTO. 3. QUE CAUSA UNA SUCESIÓN SINGULAR, NO UNIVERSAL. 4. A FAVOR DE PERSONAS PREDETERMINADAS: *A) Quiénes son esas personas. B) Cuándo nace su derecho. C) Porción legitimaria y porción libre. D) La legítima colectiva o global. E) La legítima individual.* 5. EL CONCEPTO DE LEGÍTIMA EN EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO.

PREÁMBULO

Las instituciones jurídicas tienen existencia contingente y, cuando existen, es decir, «cuando están reconocidas como tales por un Ordenamiento jurídico», es en el seno del mismo donde han de ser examinadas y estudiadas. Y solo del conjunto de las normas que contienen su completa regulación podrá el estudioso, a través de un proceso de abstracción, llegar a conocer cuál es la idea que tal Ordenamiento tiene de la institución de que se trata, es decir, su concepto, cuál su naturaleza y cuyos los caracteres fundamentales que la adornan. Para saber qué es la institución jurídica conocida con el nombre de «legítima» en el día de hoy y en la mayor parte del territorio español, es preciso recurrir a ese sector del Ordenamiento que es el Código Civil, donde se le reconoce y regula dentro de su régimen del Derecho sucesorio.

El autor trata de encontrar cuál es la idea que el Código Civil tiene de lo que es la institución de la legítima y aspira a poder concretar cuáles son el concepto, la naturaleza y los caracteres que el Código le atribuye y al que dedica el artículo 806 y los cincuenta siguientes, dentro de lo que es el régimen sucesorio por causa de muerte.

Y cree que para ello puede ser útil un camino que se inicia con el examen de lo que dice ese inicial artículo 806, en el que, explayando unos determinados datos que le conciernen, parece querer definir lo que es la legítima.

En primer lugar se hará una exposición aislada y por separado de cada uno de los tres términos que lo integran.

A continuación, de vuelta al texto completo del precepto, se intentará una reflexión muy concreta, y con criterios de pura lógica, sobre el modo en que se han enlazado entre sí las tres oraciones que lo componen.

Cabe esperar de ella un resultado que permita aclarar y explicar esos mismos efectos de la legítima que la propia norma ha enumerado; y que de ello y con ello, tal vez pueda surgir algún indicio de lo que es la sustancia y la intrínseca naturaleza de la institución.

Y, por último, supuesto que ello tenga éxito, se tratará de comprobar si tales indicios son corroborados por las normas que constituyen el sistema sucesorio general del Código y en el régimen legitimario que se ha delineando en él.

I. LA LEGÍTIMA EN EL TEXTO DEL ARTÍCULO 806 DEL CÓDIGO

El artículo 806, primero de los que el Código Civil español dedica al régimen de las legítimas, comienza con las palabras: «La legítima es…» con lo que parece que la va a definir, porque es así, de este modo, como se suelen iniciar la mayor parte de las definiciones.

Su texto completo dice:

«La legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos».

Lo que sigue a la frase inicial no es una propia y verdadera definición[1] porque no proporciona, con la claridad y precisión debidas, la idea de lo que es su esencia, con sus caracteres genéricos primero y, después, con los requisitos diferenciales que la configuran en su específica identidad.

En realidad el texto del artículo consta de tres frases con las cuales se pretende dar una caracterización precisa de lo que es la legítima.

Por ello se debe considerar que no es ocioso analizar por separado cada una de ellas partiendo de la pura literalidad de su texto, pero con la intención de ir más allá y tratar de comprender el propósito que las sustenta.

Por otra parte, y como es natural, la aludida separación en su examen solo puede ser relativa, ya que no cabe suponer en modo alguno que se piense en estudiar a cada una de aquellas frases desconectada de las demás que contiene el precepto, cuando este tan solo puede ser inteligible en su conjunto.

Comencemos, pues, con el estudio literal de la norma.

1. Es una porción de bienes…

Esta primera frase envuelve una idea que, en principio, debe verse con una cierta desconfianza, capaz de generar su rechazo, a causa de su imprecisión si se le califica con benevolencia; de otro modo, habría que decir que es, sencillamente, falsa.

En efecto, no parece cierto que, para el Código, la legítima sea en verdad una porción de bienes, como se dice, pues sistemáticamente la regula en su Libro Tercero, y no en el Segundo.

De este modo parece que —desde el aludido punto de vista sistemático y a la vez sustantivo o de fondo—, nos puede orientar en la dirección de ver en la legítima, más que un bien o porción de bienes, a alguno «de los diferentes modos de adquirir» de que habla el epígrafe de dicho Libro Tercero.

Que no es propiamente «una porción de bienes» sino *otra cosa, algo* que atañe o se refiere a unos bienes incluidos en ese especial modo de adquirir al que su Disposición preliminar del artículo 609 denomina «sucesión testada o intestada». Qué sea ese *algo* es lo que se intenta y se quiere desentrañar.

Por otra parte, la voz «porción» al referirse a bienes puede ser entendida en un doble sentido: o bien se aplica a la individualidad de cada uno de los que pertenecen a un mismo sujeto, o bien al conjunto de todos ellos. En cada una de estas dos hipótesis la porción puede ser física o material o entenderse en sentido ideal o matemático, como parte alícuota o tanto por ciento.

A esta inicial imprecisión cabe añadir la necesidad de concretar a quién pertenecen esos bienes y cuál el momento al que hay que atenerse para que nazca tal pertenencia.

Por las alusiones al testador y a los herederos que el propio artículo contiene es evidente que el ámbito de su aplicación es la herencia. Y eso no puede entenderse sino en el sentido de que los bienes han de pertenecer al causante de la misma (haya testado o no) y el momento de ella el de su óbito, en que, extinguida su personalidad, su voluntad ya no puede causar en ellos alteración alguna.

La referencia que se ha hecho a la *literalidad* de la expresión legal «porción de bienes» se explica por la necesidad de no entrar todavía en el problema central de que la «porción o cuota» de que se habla pueda estar referida a un conjunto patrimonial que carece de titular por su fallecimiento, es decir, a una herencia yacente.

Sin embargo, hemos de referirnos a ello muy pronto pues el mismo artículo 806, contra su propia literalidad va a llamar herederos, es decir, sucesores universales, sucesores en el patrimonio del causante, a esos legitimarios a quienes ha «reservado» antes una porción de *bienes*.

2. De que el testador no puede disponer…

En esta segunda frase se establece que aquel a quien pertenecen tales bienes, al que designa como «el testador», va a sufrir la limitación de no poder disponer de ellos en su testamento.

Con carácter general, y dado que nos anima el propósito de desvelar la esencia de la legítima, lo primero que la frase nos exige es afirmar que lo negativo nunca tiene carácter definitorio.

Y que la legítima no se puede definir diciendo que es una prohibición o una limitación de la facultad de disponer (o en sentido más amplio, «una limitación de la libertad de testar»). Ello, por sí, no constituye, no puede constituir el «ser de la legítima». Podrá ser, y lo es sin duda, como pronto veremos, un efecto o consecuencia de la existencia de la legítima, pero no «es» la legítima. La existencia de las legítimas es el imprescindible presupuesto de tal limitación.

Ya en términos de mayor concreción, tal segunda frase nos sugiere varias consideraciones:

a) Que está poniendo de relieve la íntima relación que existe entre legítima y herencia ya que esta, según dice el artículo 658, se puede deferir por la voluntad del hombre cuando esté expresada en su testamento. Y es, al mismo tiempo, congruente y corrobora la referencia al heredero de que se acaba de hablar.

b) Que, por el contrario, es muy poco acertada la expresión que emplea el artículo 806 porque merece la grave objeción de faltar a la verdad, puesto que no es cierta la rotunda afirmación formulada de que el testador «no va a poder disponer de tales bienes» en su testamento.

En su artículo 667, —aunque con clara impropiedad, porque no es tan solo eso— el Código ve la esencia del testamento en un puro acto por el que el testador dispone de sus bienes para después de su muerte. Y esas facultades dispositivas que competen al testador alcanzan a esa «porción de bienes» a que el Código se refiere en el artículo 806, puesto que en modo alguno van a quedar extinguidas ni anuladas o carentes de posible ejercicio por el solo hecho de que aquel tenga legitimarios en el momento de fallecer, como la norma parece declarar.

En efecto, el artículo 823 del Código, al regular la legítima de los descendientes bien claramente establece que el padre y la madre pueden disponer de una parte de tales bienes, la llamada *mejora,* a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes.

c) Y aun se puede añadir, por último, apurando las cosas que también cabe que el testador disponga de dicha porción reservada de bienes en favor de quienes no sean legitimarios ni desciendan de ellos.

Lo prueba el hecho de que el propio Código, en su artículo 820, admite que el testador establezca un legado en usufructo que afecte a esa porción de la que «no puede disponer» dando por supuesto que favorece a persona que no ostenta dichas cualidades, y no solo no declara que tal legado sea nulo sino que acepta que pueda ser consentido y aceptado por los legitimarios a quienes perjudica.

Y porque ni siquiera lo anula si no se obtuviere dicha conformidad sino que —en tal caso— realiza en él una bien extraña y original «conversión» y lo viene a transformar en un legado «sobre la parte de herencia de que podía disponer el testador».

3. Por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto «herederos forzosos»

Esta tercera frase —que pudiera ser la clave— parece dedicada a intentar explicar el motivo de que, en la frase anterior, se haya privado al llamado «testador», el supuesto dueño de la referida porción de bienes, de la posibilidad de disponer de ella (se sobreentiende) en el testamento que al efecto haya otorgado.

Y la causa que se expone es que la ley la ha reservado ya a favor de determinados herederos. Es natural que la mencionada reserva se haga «para alguien», para una o más personas que la ley designará. Pero el precepto prescinde de la palabra que parece ser la más natural, la de «legitimarios», y que es también de uso constante en el foro, en la doctrina científica y en el habla popular.

> (Es llamativo comprobar cómo, de un modo que cabe calificar de sistemático, rehúye el Código llamar legitimarios a las personas a quienes atribuye la legítima. Hay algunas, muy contadas, excepciones de las que son ejemplo los arts. 824 y 841).

Pero el Código no solo desecha el término sino que, en su lugar, utiliza otro, el de heredero, que tiene en Derecho un significado técnico muy preciso que es el de ser sucesor universal, por causa de muerte, aunque, con cierta laxitud, se podría entender usada en el sentido más amplio y general de «ser sucesor».

Y el precepto aún se permite añadir que «por esto» son llamados herederos forzosos, sin presentar siquiera la menor motivación o justificación de ese carácter forzoso. Y queda también por aclarar si la fuerza, la imperatividad que parece predicarse, se aplica a la reserva o a quien de ella se va a beneficiar.

Todo ello supone un conjunto de incógnitas en el que, por el momento, no parece útil irrumpir frontalmente; acaso convenga llegar a él de modo indirecto y accidental.

> Hubo una primera época en que los autores tomaron al pie de la letra la frase «herederos forzosos» como equivalente a la de «personas a las que el Código atribuye la legítima» y creyeron que los legitimarios eran, en realidad y en la mente del Código, unos verdaderos herederos en sentido técnico, es decir, unos sucesores universales del causante, del que han de abonar o satisfacer las legítimas. En la actualidad, en sentido radicalmente contrario, la mayoría de la doctrina quita toda importancia a la desdichada frase usada por el artículo 806 ya que es patente que, en el régimen sucesorio del Código, nunca responde de las deudas del causante ninguno de sus legitimarios *en cuanto tales*.
>
> No tiene mayor fortuna el calificativo de *forzosos*. Es forzoso, frente a lo contingente, aquello que es inexcusable, inevitable o necesario, lo que no puede dejar de producirse. Y la legítima no es forzosa ni

> para el legitimario, a quien nada ni nadie impide renunciar a ella por su sola voluntad, ni tampoco para aquel que ha de abonarla, porque la propia ley establece casos en los que puede, también voluntariamente, privar de legitima a quien la tenía atribuida, si se ha dado alguna de las circunstancias que la propia ley enumera y a las que, también con falta de rigor, se les da el inadecuado nombre de *causas de desheredación*.

Baste decir que la doctrina mayoritaria, al analizar el precepto, se ha detenido con casi exclusiva atención en la literalidad del término «reservado» mucho más que en la función que lleva aparejada y que desarrolla dentro de su contexto.

La ingente problemática que nace del análisis de esta presunta «reserva» en un sentido de especial tecnicismo que está relacionado con precedentes históricos y de su empleo en otras legislaciones, presupone una intencionalidad del legislador, que carece de adecuada justificación, a mi juicio.

El término «reservado» más bien parece que se debe entender en el mismo sentido que en las dos instituciones que el Código ha creado y que la doctrina estudia técnicamente como verdaderas «reservas», es decir, la vidual y la contenida en el artículo 811.

Muy pronto será necesario concretar el sentido que hay que dar a tal reserva y la finalidad que debe considerarse aneja a su significado.

En un *RESUMEN* de lo obtenido en el examen literal de la norma, se podría decir del artículo 806 que contiene una serie de destacadas circunstancias o notas que se conectan con la legítima por ser la manifestación de algunos de sus efectos. Pero que, precisamente por ello no pueden nunca definirla; al ser ajenos a su sustancia, y carecen de cualquier significación definitoria.

Veamos ahora el modo de darles un tratamiento de pura lógica.

II. SIN EMBARGO, DE SU PROPIO TEXTO RESULTA SER UN DERECHO

A la luz de los resultados del análisis del artículo 806 en su literalidad y, yendo a lo positivo, se hace necesario analizar el *significado lógico de los enlaces* que el propio precepto va haciendo entre las mismas ideas que expone, ya que en su virtud se puede llegar mucho más allá de lo que el precepto expresa. Y, en especial, por la que se ha dicho que es «causa» de la mencionada limitación de la facultad del testador para disponer de esa porción de bienes de que se habla.

Y aquel *más allá* llega a la entraña de la legítima, a su sustancia, a su «ser».

Para la búsqueda de una interpretación lógica de la norma, creo que la clave se halla cuando se entiende la palabra «reservado», en su significado lógico en el que aparece en natural consonancia con la sencillez de lenguaje que el Código suele utilizar.

Claro es que, en este sentido, no se puede desconocer que, con igual sencillez, la voz reserva tiene, como la mayoría de las que componen nuestro léxico, una multiplicidad de acepciones; pero eso es normal y todo se reduce a encontrar la acepción que encaje con mayor propiedad en el contexto en que el precepto del Código lo ha instalado.

Algunas de esas acepciones pueden desecharse de inmediato por estar lejos de lo que el contexto del precepto pide. Así ocurre con la que ve en la reserva lo que se calla, se oculta o no se revela de algo que hubiera podido decirse; o la de demorar para un momento posterior lo que ya, antes, se hubiera podido realizar, etc.

Como ya se anticipó, la acepción más adecuada, en sintonía con el objetivo de otras «reservas» que contiene el Código, la vidual y la del artículo 811, es la que se apoya en idea de destino o de finalidad.

Es decir, que en ella la reserva supone dedicar, destinar o disponer de algo para una determinada finalidad o propósito. De ordinario, el destino y el propósito consisten en beneficiar a personas determinadas. Y, con frecuencia, ese algo reservado o destinado suele ser una parte que, a tal efecto, se desgaja o separa de un todo en que se encontraba integrado.

Y ello encaja de modo natural con los términos en que se expresa el texto completo del artículo 806.

Para verlo con mayor claridad pensemos en que el artículo 806 pudo decir lo mismo pero en otro orden o con una distinta estructura sintáctica. Por ejemplo:

> La legítima es la porción de los bienes de que un testador no puede disponer porque la ley la ha reservado a unas personas determinadas, los herederos forzosos.

(Un cambio, insignificante al parecer, el uso de un «porque» en lugar de un «por», resulta esclarecedor al potenciar el aspecto causal, y sin que ello signifique una mínima alteración del sentido de la frase).

La ley reserva, dedica o destina una porción de los bienes de una persona que el Código llama testador (pero que en realidad va a ser «el causante», haya o no testado), a ciertas personas, los legitimarios.

Es ese destino, esa dedicación, la causa de que un sujeto de derecho sufra una constricción de sus facultades dispositivas dominicales, *porque* la ley ha previsto un destino para esa porción de bienes, y la facultad de disposición del dueño no debe entorpecer ese destino.

La realidad es que, con esa reserva previa, *la ley ya ha dispuesto de tales bienes* y lo ha hecho a favor de unas predeterminadas personas.

Y es por eso, *ex hoc,* precisamente por eso; porque la ley *ya ha dispuesto anticipadamente* de esa porción de bienes —desde el momento en que la legítima ha nacido—, por lo que se le niega —*recte,* se le limita— al testador su disponibilidad.

Estas aparentes elucubraciones, nos sugieren el aviso fundamental de que nos acercamos al fondo de la cuestión.

La reserva, destino o dedicación de esa porción de bienes no es otra cosa que una verdadera atribución que la ley hace de *esos* bienes a *esas* personas. Y esa atribución, sencillamente, es constitutiva de un poder jurídico a su favor sobre la realidad representada por tales bienes, y *eso* es lo que la doctrina conoce con el nombre de *derecho subjetivo*.

La legítima es un derecho. Ya tenemos centrada la cuestión más importante; y se puede decir que se ha logrado lo que parecía más difícil: desentrañar lo que se escondía tras unos datos y unos efectos que, uno tras otro, el artículo 806 iba acumulando.

III. Y LO RECONOCE ASÍ A LO LARGO DE SU ARTICULADO

Por laborioso que haya sido hallar en el artículo 806 un atisbo de que la legítima es un derecho, la realidad es que el reconocimiento de que el legitimario *tiene un derecho,* aunque no se haga de manera específica se formula de modo explícito y paladino en el propio texto del Código en varios casos.

El más claro es el del artículo 821, párrafo 2.º, al tratar de la reducción de legados, el Código se refiere al legatario «que tenga derecho a legítima», en plena concordancia con el 655 que, al tratar de la reducción de donaciones, habla de «aquellos que tengan derecho a legitima».

En el epígrafe —hoy desaparecido— de una de las secciones del Libro Tercero, «De los derechos de los hijos ilegítimos» el primer artículo, el 840, en su primitiva redacción citaba a los hijos naturales legalmente reconocidos, en clara referencia a la legítima que a la sazón se les atribuía.

La nitidez del reconocimiento se enturbia por el hecho de que el Código califique de herederos forzosos a quienes solo son legitimarios.

Lo pone de relieve el propio instituto de la desheredación que, no obstante ser en el Código la justificada privación del derecho a la legítima, su regulación carece de toda conexión sistemática con ella. El enlace resulta de que su aplicación se circunscribe a los descendientes y ascendientes del causante y a su cónyuge, es decir, a los que hemos llamado legitimarios.

> Es curioso el caso del artículo 834 en el que, con relación al cónyuge viudo (heredero forzoso según el 806) que concurra a la herencia con hijos o descendientes, también legitimarios del causante, se expresa que tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora, en clara referencia a lo que es el contenido de su legítima. El hecho se califica de curioso tanto por corroborar que la legítima es un derecho como porque hay unanimidad doctrinal en entender que un usufructuario nunca puede ser sucesor universal.

La legítima es un derecho, aunque al Código le cueste reconocerlo así.

Pero no sería justo silenciar que algo muy similar acontece con la doctrina, muy influida por el artículo 806 y por la tendencia del Código a primar lo que en la legítima hay de restrictivo o limitativo, olvidando su naturaleza, lo que la legítima «es».

Entre las excepciones, se deben destacar la de GARRIDO DE PALMA[2] que se inclina decididamente por su naturaleza de derecho subjetivo, aunque deje dudas sobre el calificativo que deba seguirle (como luego veremos), y la de CÁMARA[3] que, con cierta tibieza y al tratar de esa naturaleza, parte de una noción vulgar y apriorística y dice que es una cuota parte del haber hereditario que determinados parientes del difunto deben recibir a la muerte de este, con independencia de su voluntad[4].

IV. QUÉ «ES» LA LEGÍTIMA EN EL RÉGIMEN SUCESORIO DEL CÓDIGO

Y si vamos recordando puntualmente lo que el régimen sucesorio del Código establece en las normas reguladoras de la legítima, iremos hallando la confirmación de lo que se ha expresado hasta ahora y se le añadirán otras notas que serán útiles para fijar la auténtica naturaleza que en tal régimen se le dan y los caracteres diferenciales que le son propios.

Ello debería conducir, por último, a lo que podría denominarse concepto de la legítima conforme al régimen sucesorio que establece el Código Civil español.

1. Es un derecho sucesorio por causa de muerte

En este punto el Código ya se hace más explícito y ya hay en él artículos en los que se habla de «suceder», y queda sobreentendido que se trata de sucesión por causa de muerte, o de herencia, o de haber hereditario, como puede verse en el texto de los artículos 808, 809, 812, 813, etc.

Por otro lado, según se ha visto ya, el propio 806 pone a la legítima en relación con la sucesión hereditaria al mencionar las palabras «testador» para referirse a aquel a quien pertenece la porción de bienes de que se dice no puede disponer, o al citar a los que llama «determinados herederos» a aquellos a quienes se ha reservado dicha porción de bienes.

De todo ello resulta lo que, por otra parte nadie discute, que la legítima es un derecho subjetivo que se adquiere en virtud del título de adquisición que es la de sucesión por causa de muerte.

Y es un derecho sucesorio que tiene rasgos distintivos diferenciales frente a los demás de su especie. Uno de ellos, aparte del de gozar de una protección

excepcional, es el de que en la legítima no se produce la acostumbrada adecuación homogénea y perfecta entre su aspecto activo, el poder jurídico que atribuye al legitimario, y el deber de satisfacción que es su aspecto pasivo.

Y el no haberlo tenido en cuenta puede ser la causa de que GARRIDO DE PALMA no llegue a definir la legítima sino como «el derecho a una porción de bienes en la herencia del que ha de satisfacerla».

Y es que, en efecto, en su aspecto activo la legítima es un derecho sucesorio por lo que a su titular solo le es posible exigirlo una vez fallecido el que haya de darle cumplimiento. El legitimario ha de exigir su satisfacción a los herederos del fallecido, su causante, pues es su óbito el que hace nacer aquel derecho.

Por el contrario, a quien tenga parientes en línea recta o cónyuge, que un día podrán ser sus legitimarios, pero que por el momento solo lo son en grado de expectativa, el Código le permite anticipar en vida la satisfacción de esa legítima futura, que aun no existe y que bien puede ocurrir que nunca llegue a tener existencia como derecho.

Y establece en su artículo 819 «que las donaciones hechas a los hijos (…) se imputarán a su legítima». Supuesto que tal donación, una vez actualizado su valor, baste para dar cumplimiento a la legítima que corresponda al donatario conforme a lo prescrito en el artículo 818, su derecho se extingue y devendrá imposible su ejercicio.

Es claro que es una facultad cuyo ejercicio permite el Código al que ha de satisfacer la legítima a quien, en su día, *podría* llegar a ser su titular. Es un título excepcional *inter vivos* de atribución, al abrigo del artículo 815, pero que en modo alguno crea en favor del legitimario un correlativo derecho a exigir tal donación.

Cuando, una vez abierta la sucesión se calcule el valor de la legítima y deba esta ser abonada, se podrá comprobar si el valor de lo que se donó al legitimario (actualizado en la indicada fecha) es bastante para su abono, y la legítima se tiene por pagada.

Ello se habrá de dilucidar en el trámite particional, lo mismo que en el caso de que las donaciones hayan sido insuficientes para cubrir el importe de la legítima del donatario, o de que excedieren de él.

> Y si el donatario hubiere sido un legitimario expectante que no llegase a ser legitimario por haber premuerto al causante, su donación ha de computarse como hecha a un extraño y ser tenida en cuenta como donación sujeta a posible reducción por inoficiosidad.

2. De origen legal, haya o no testamento

Y es un derecho que nace por disposición legal, es creado por la ley, *ex providentia legis*.

Es el Código el que *impone* las legítimas al causante que tenga en el momento de fallecer alguno de los familiares que se acaba de ver; y este habrá de satisfacerlas, no como quien cumple una obligación o débito, sino asumiendo una *carga* en acatamiento de una ley imperativa que —sin tener en cuenta para nada su voluntad al respecto, e incluso contradiciéndola—, ha creado en favor de los legitimarios un derecho a recibirla.

Y la legítima existe con total y absoluta independencia de que *haya o no testamento*, es decir, cualquiera que haya sido el cauce sucesorio por el cual se ha deferido la herencia, sea por voluntad del hombre o por disposición legal[5].

La materia se ha oscurecido en parte porque la rutina ha venido a entender que la herencia discurre a través de dos cauces, por los que se ha de llegar, desde el titular que fue y que falleció, hasta la persona que ocupe su posición y le reemplace en ella, es decir, al nuevo titular, al sucesor. Son esos cauces sucesorios a los que solemos denominar testamentario e intestado.

Pero la realidad es que no es esta la dicción del artículo 659 que contrapone la delación de la herencia «por la voluntad del hombre manifestada en testamento y (…) por disposición de la ley»; y aún añade otras dos expresiones correlativas, «la primera se llama testamentaria y la segunda legítima».

> Es llamativo que no se mencione la «sucesión intestada», a la que ni siquiera se alude, por lo que bien pudiera pensarse que se ha querido eludir de modo deliberado, lo que, por otra parte, es de absoluta corrección formal y de fondo ya que, como ya se vio que resulta del tercer párrafo del mismo precepto, es posible la coexistencia de ambos cauces. Y así se evitaría el contrasentido de que se pueda dar la llamada sucesión *intestada* existiendo un testamento válido y eficaz si el mismo carece de institución de heredero, como lo evidencian los artículos 764 y 912.

Es indudable que la sucesión legal más característica es la que va a proporcionar el sucesor universal, el heredero. Y la sucesión universal se defiere «por disposición de la ley» ya sea porque la voluntad del causante no fue otorgada con la autorización notarial ni elevada a escritura pública protocolizada por mandato judicial, como establece el artículo 704, ya porque, aun habiendo testamento notarial se omitió en él instituir un heredero o se hizo una institución que fue declarada ineficaz.

Pero el cauce sucesorio legal o legítimo es igualmente idóneo para deferir una sucesión singular particular, aunque no sea esto lo habitual, ni aun siquiera lo frecuente; es decir, la que no es a título universal. Y así ocurre, precisa y excepcionalmente, con la institución que nos ocupa, el derecho sucesorio de los legitimarios.

3. Que causa una sucesión singular, no universal

Estamos ante un problema que es, tal vez, uno de los que más ríos de tinta ha hecho correr en materia sucesoria.

Confieso no haber entendido nunca por qué ha sido así, aunque sospecho que todo puede arrancar del que podría ser llamado «sacrosanto» respeto que ha merecido el Código Civil, a la doctrina y la jurisprudencia patrias y que casi se puede considerar equiparable al que suscitan los textos evangélicos a los fieles cristianos.

Me refiero, como es natural, a la frase «herederos forzosos» que utiliza el artículo 806, y otros muchos a lo largo del Código, para referirse a los legitimarios.

Nos consta que todo el que llega a participar en la herencia de otro resulta afectado siempre por la posible existencia de deudas contraídas por el causante. Y que el pago de las deudas puede provocar que no haya bienes que se puedan heredar. O sea, que ningún sucesor llegue a adquirir bienes y que pueda haber algún sucesor que adquiera deudas.

Porque sabemos (art. 659) que hay sucesores que reciben la herencia como conjunto de bienes, derechos y obligaciones, a los que el 660 llama herederos, sucesores universales; y que denomina legatarios a los que suceden a título particular. La diferencia, esencial, es que el heredero asume y hace suyas las deudas del causante y que el legatario participa solo en bienes o derechos, en el activo de la herencia, aunque pueda ver que el mismo, del que ha de obtener su legado, se va reduciendo y disminuye en la medida en que el mismo se aplica al pago de las deudas.

Es decir, que se puede suceder en el activo y en el pasivo patrimoniales del causante, o solamente en el activo; en sucesión universal o en sucesión singular, respectivamente; y que lo característico de la primera es que el heredero asume las deudas institucionalmente y sin restricción alguna, mientras que en la segunda no ocurre así, aunque el legatario —y por expresa voluntad del testador— pueda asumir en cuantía siempre limitada alguna de sus deudas[6].

El artículo 659 viene a establecerlo así cuando llama heredero a quien sucede en *todos los bienes, derechos y obligaciones* del causante que no se extingan por su muerte; y denominar legatario a quien sucede a título particular, es decir, en el activo y (aunque no se diga así de modo concreto) sin hacerse cargo ni responder de las deudas.

Prueba clara de ello es el régimen nacido del artículo 891 cuando el testador distribuye toda la herencia entre personas a las que denomina legatarios. En tal caso, la norma corrige la dicción del testador y —no obstante silenciar la causa de la corrección— al ordenar el prorrateo de las deudas y gravámenes de la herencia entre los denominados legatarios, les está dando el tratamiento de lo que en realidad son, unos auténticos herederos pues tal prorrateo es proporcional a sus cuotas en el activo, salvo que el testador hubiere dispuesto otra cosa, es decir, otra «ratio» diferente en el prorrateo de las deudas.

La *enmienda* consiste en tratar a tales beneficiarios como lo que son, unos genuinos herederos, responsables de las deudas de la herencia.

> Obsérvese que la norma presupone un testamento falto de institución de heredero que, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 774 y 912, debería conducir a la apertura de la sucesión legal, la que solemos llamar sucesión intestada, aun habiendo testamento. En mi opinión tal apertura no es procedente en este caso. Porque, en aras de la justicia y mediante la subsanación de una falta de precisión técnica en el lenguaje del testador, el Código ha *preconvertido* ya en herederos a las personas a quien aquel quería «dejar» la herencia.

Siendo así, saber si el legitimario es sucesor universal o singular radica en conocer si sucede o no en las deudas del causante. Es decir, en comprobar, repasando el conjunto del régimen sucesorio establecido, las normas en que se le impone alguna responsabilidad por razón de las deudas del causante.

Tal comprobación revela que en el Código no existe ninguna norma en virtud de la cual resulte que un legitimario*, por el hecho de serlo y en cuanto lo es*, esté obligado a pagar deudas del causante.

Se podría objetar que hay algunas Sentencias del Tribunal Supremo en las que parece atribuir a los legitimarios dicha responsabilidad.

Sin embargo, PUIG BRUTAU, tan preocupado siempre por la interpretación y aplicación que el Tribunal Supremo hace de las disposiciones legales, se refiere a dichos escasos fallos para afirmar con rotundidad[7]: «Ninguna Sentencia del Tribunal Supremo ha impuesto responsabilidad personal [por deudas del causante] a los legitimarios que el testador no haya instituido herederos».

Desde otro punto de vista, debe notarse que el Código, que en el artículo 858, vincula las mandas y legados a la existencia de un testamento que los establezca, parece dar a entender que es el legatario el único sucesor particular posible.

Estamos ante dos cuestiones distintas, ninguna de las cuales tiene una respuesta directa con expresión legal: *una*, básica y fundamental, la de si el legitimario sucede al causante a título universal o singular; *otra*, colateral, de inferior rango, casi anecdótica, la de si puede la ley crear una sucesión singular análoga a la que el testador permite obtener a quien ha nombrado legatario. Y aún queda una tercera, la de saber si el legitimario sucede forzosamente al causante como afirma el antes estudiado artículo 806.

a) En cuanto a la primera cuestión la realidad es que, como ya se dijo, no hay en el Código Civil ni una sola norma que implique la asunción por ningún legitimario de deuda alguna del causante.

A pesar del contenido literal del artículo 806, el legitimario no es heredero porque no sucede en la titularidad del patrimonio relicto que es la herencia, el

titulo universal que incluye activo y pasivo patrimoniales e implica la asunción de sus deudas y la correlativa responsabilidad.

Y aunque se trate de una prueba negativa, no por ello deja de producir su efecto excluyente de la sucesión universal del legitimario y de llevar a la convicción de la verdad de su resultado.

Y aunque no se le considere argumento decisivo por sí mismo, es imposible restar valor e importancia al hecho de que el artículo 818, «para fijar la legítima», para calcular su importe, deduzca las deudas de la herencia.

En resumen: *El legitimario es un sucesor a título singular* ya que tan solo sucede en bienes y derechos del activo hereditario, sin responsabilizarse de las deudas.

b) Y por lo que atañe a la segunda cuestión, si la ley puede crear por sí sola una sucesión singular… hay que estar a los resultados. La ley prueba que puede hacerlo, haciéndolo.

Creada la legítima como sucesión en el valor líquido de los bienes hereditarios, no hay nada en ella que la distinga de un legado de cuota a favor de los legitimarios[8], salvo que no procede de la voluntad del causante y que los eventuales beneficiarios son ya conocidos desde época muy anterior, algunos de ellos desde el momento mismo de su nacimiento, como ocurre a los descendientes.

Admitido que la sucesión legal típica es la universal, el hecho es que también ha creado otro caso o forma de suceder, esta singular, a la que no ha dado denominación alguna. No parece que haya el menor obstáculo en decir que la legítima es un auténtico legado de origen legal.

c) Por último, la cuestión de si el legitimario es un sucesor forzoso, ha de ser resuelta en sentido negativo.

Aunque la legítima sea un derecho que se sobrepone a la voluntad del causante en el ya mencionado sentido de venir impuesta por la ley sin dicha voluntad particular e incluso contra ella, no cabe concluir que la sucesión del legitimario es forzosa.

El Código emplea el adjetivo «forzoso» para calificar al legitimario en la cualidad de heredero que le atribuye. Este uso debe entenderse inadecuado dado que forzoso es lo inevitable, lo inexcusable, lo que de modo ineludible ha de ser.

Y es inadecuado en toda sucesión, universal o singular. Tanto si el 806 hablase en sentido técnico del heredero sucesor universal, como si, con benevolencia, se le entiende referido a un sucesor que podría ser singular. Es igual.

El legitimario no es nunca un sucesor forzoso por una doble causa:

La *primera*, porque la misma ley admite que hay ocasiones en que el legitimario pierde la posibilidad de llegar a suceder.

Unas veces, objetivamente, si ha incurrido en alguna de las que se denominan «causas de indignidad», que vedan la sucesión *mortis causa* de quien ha incidido en ellas, o cuando por un acto del que habría de satisfacer la legítima, se priva de ella a quien incurrió en una «causa de desheredación» de las que la ley ha prefijado, porque en su virtud deviene igualmente inidóneo para suceder.

La figura de la desheredación como privación de la legítima por vía de sanción está perfectamente construida y delineada en el texto legal.

La *segunda,* porque el legitimario, que no ha jugado papel alguno en cuanto al nacimiento de su derecho a suceder, lo tiene esencial para su ejercicio, ya que él es el que, en su libertad, ha de decidir si quiere o no suceder. Igual que en el caso del legatario, el Código no regula la aceptación del legitimario; en uno y otro caso, la aceptación —y la consiguiente sucesión— se entiende producida por la reclamación de su derecho al heredero. Cabe también, sin embargo, su renuncia expresa y formal. No es, por tanto, el legitimario un *sucesor forzoso* porque está en su albedrío la renuncia a suceder por este título.

4. A FAVOR DE PERSONAS PREDETERMINADAS

Al hablar de legitimarios es esencial distinguir entre la cualidad y el derecho.

La ley da la cualidad de legitimarios a unas personas que ya ha predeterminado a tal fin por estar íntimamente ligadas al causante por ciertos vínculos, biológicos unos, que proceden del parentesco en línea recta, ascendente o descendente, y jurídicos otros, así el matrimonial o el de adopción.

De quienes tienen esta cualidad han de salir, en su día, los que serán titulares del especial derecho sucesorio que es la legítima. De esta distinción resulta que habrá un momento en que nace la legítima como un derecho que se integra en el patrimonio del que llega a ser legitimario efectivo.

Por eso hay que estudiar, separada y sucesivamente, quiénes son las personas cualificadas de legitimarios y cuándo nace en ellas el derecho de legítima.

A) Quiénes son esas personas

El Código «reserva» la legítima a unas personas que se hallan íntimamente ligadas al causante por ciertos vínculos, familiares unos, como el parentesco, jurídicos otros, caso del matrimonio y la adopción.

El artículo 807 no recoge tal distinción y los enumera de modo escueto descendientes, ascendientes y cónyuge del causante, aunque no los llama legitimarios sino herederos forzosos.

Pero hallarse entre los citados solo confiere la cualidad de legitimario expectante y ningún derecho. Los verdaderos legitimarios no nacen como tales sino cuando el causante fallece.

> El vínculo entre padre e hijo existe desde la generación, pero no origina más que una expectativa. Para que nazca su derecho de legítima, es preciso que uno de ellos fallezca.

Y tampoco el fallecimiento basta. A la sobrevivencia hay que añadir que el vínculo subsista si es jurídico y que el legitimario expectante tenga, en su caso, la preferencia que le sea exigida por la ley.

El vínculo del parentesco origina la distinción entre legitimarios excluyentes y concurrentes. Los parientes de la línea recta descendente excluyen a los de la ascendente. Mientras el causante deje a su fallecimiento un solo hijo o descendiente, él será su legitimario; queda excluido y nunca podrá un ascendiente adquirir tal cualidad. Así acaba una antigua polémica. Frente a la sucesión intestada, en que la renuncia del hijo o nieto nombrado, hace potencial heredero al ascendiente que sobrevive al causante, el artículo 807 dispone claramente que los padres y ascendientes solo son legitimarios «a falta» de hijos y descendientes.

Y si sobreviven ascendientes de diverso grado (padres y abuelos; solo adquieren el derecho a la legítima los más próximos en grado, los de grado preferente.

Por el contrario, la legítima en usufructo que el cónyuge tiene reconocida es compatible con la de cualquier otro legitimario, sea de línea descendente o ascendente, aunque su contenido varíe de un caso a otro.

B) Cuándo nace su derecho

El nacimiento de la legítima, del derecho, se produce de un modo que se puede calificar de realmente singular, apartado por completo de lo que es, por ejemplo, el nacimiento del derecho que corresponde al potencial heredero o sucesor universal.

He tratado esta última cuestión en varias ocasiones[9] como algo que ocurre en el tránsito sucesorio, en el camino que en la sucesión *mortis causa* de una persona es preciso recorrer desde el momento en que un determinado patrimonio personal pierde, por fallecimiento, a su titular hasta aquel otro en que tal patrimonio logra adquirir un nuevo titular que reemplace al finado. Muy en resumen, se puede decir que la designación del sucesor universal tiene esta secuencia:

— el *llamamiento* (institución testamentaria de heredero o norma dispositiva general), y
— la *atribución del derecho,* se produce al fallecimiento del causante, en favor de quien este hubiere instituido heredero en el testamento que contenga su última voluntad. Y en el caso de que no exista testamento o de que el válidamente otorgado carezca de tal institución, la atribución se hace al producirse la designación que compete al Juez o Notario, conforme a la ley.

En mi opinión, al llamamiento se le debe denominar vocación simple (o vocación *latu sensu)*, a la atribución, vocación operante (o *strictu sensu)*.

Pues bien, en el caso de la legítima, el derecho sucesorio del legitimario nace de un modo sencillo en extremo. Sin necesidad de una previa vocación simple, la vocación operante surge *ex lege* por el solo y simple hecho de existir el vínculo familiar cuando el testador fallece.

Y la razón de que baste para ello el simple hecho de la filiación, radica en que tal filiación está probada siempre por la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, institución creada de modo exclusivo para la prueba del estado civil de las personas.

Y así, la constancia de la filiación (y, en su caso, la del vínculo matrimonial) equivale al nombramiento que origina en el que, por la muerte del causante, ya es legitimario el derecho a decidir, si adquiere o rehúsa la legítima *delata,* la legítima que le es ofrecida.

A pesar de todo, leer que el derecho de legítima nace, *porque sí,* solo por el hecho que se acaba de indicar, no deja de causar una cierta sorpresa.

Pero basta una ligera reflexión para caer en la cuenta de que no tiene nada de extraño, que se produce de modo habitual y constante, que es absolutamente normal y que hay cientos de casos en que ocurre lo mismo.

En efecto, ¿cómo nace el derecho de legítima? Como nace la patria potestad, como la ciudadanía, el derecho de voto, el de adquirir bienes o el de disponer de ellos, como nacen el derecho de alimentos y tantos otros.

Es una simple consecuencia de que todo ser humano es persona y el Derecho la considera en su máxima dignidad y, configurando su situación jurídica, le hace titular de la capacidad jurídica —como dice DE CASTRO[10]— en cuya virtud es apto para ostentar la titularidad de relaciones jurídicas, derechos y deberes que, por su unidad e indivisibilidad le convierte en centro unificador de todas ellas en cuanto le son propias.

En resumen, el derecho de legítima, nacido sin voluntad del legitimario y por el solo hecho de existir una vinculación con el causante —parentesco, matrimonio o ciudadanía— es *ofrecido* al legitimario de modo directo e inmediato, sin la intervención de su voluntad.

No es propiamente una exigencia del si o no, no es una distinción como la existente entre la aceptación y la repudiación de herencia. En forma análoga a lo que sucede con el derecho del legatario, el derecho del legitimario se revela y manifiesta por su reclamación o exigencia de que le sea satisfecha. En cambio para rehusarla ha de expresarlo así; es la renuncia a la legítima.

C) Porción legitimaria y porción libre

La legítima no se extiende ni alcanza a la totalidad de la herencia sino solo a una parte, mayor o menor, de ella, según la legislación que la establezca.

Si dentro del todo que es la herencia se puede hablar de una «porción legitimaria» atribuida a los legitimarios *ministerio legi*s, es porque en aquella hay otra porción que no les es atribuida por este concepto, una porción «libre de legítima», porción o parte libre o parte de libre disposición.

El Código no contiene, tal vez por su propia evidencia, una norma que diga que la parte de herencia no gravada con la legítima es porción o parte libre o disponible.

El artículo 808, por ejemplo, no contiene tal expresión pero la presupone cuando, al regular la legítima de «los hijos y descendientes» la hace consistir en dos terceras partes «del haber hereditario» del causante y añade: «La tercera parte restante será de libre disposición». De ella podrá disponer sin trabas a favor de quien quiera. Y lo mismo resulta, tácitamente, del 809 que fija la legítima de los ascendientes. Es indudable por tanto, que la parte de herencia no gravada con la legítima es porción o parte libre o disponible.

Esta porción legitimaria puede contemplarse tanto en su aspecto global o colectivo como en el individual desde el punto de vista de cada uno de los que tienen derecho a ella. Así se distingue entre la legítima global o colectiva y la legítima individual.

No tendría sentido tal distinción si el legitimario es, por naturaleza, único, —caso del cónyuge del causante—, ni lo tiene tampoco cuando, pudiendo haber sido una pluralidad caso, por ejemplo, de los parientes en línea recta, solo ha sobrevivido al causante un descendiente o, en su caso, un único ascendiente.

D) La legítima colectiva o global

Cuando hay una pluralidad de legitimarios, que es lo más frecuente y se trata de *legitimarios descendientes* está constituida por «las dos terceras partes del haber hereditario» del padre o de la madre; y es siempre fija, inalterable, en cualquier circunstancia.

La de los *padres y demás ascendientes*, por el contrario, no es tan inmutable; porque si bien el artículo 809 dice en principio, que «es la mitad del haber hereditario de los hijos y demás descendientes», seguidamente la reduce a «una tercera parte» en el caso de que concurran con el cónyuge viudo del descendiente causante.

E) La legítima individual

La que correspondiente a cada sujeto en la legítima colectiva del grupo a que pertenece tiene un contenido que es variable.

Si los legitimarios son descendientes la variabilidad de la legítima individual puede proceder de causas objetivas o subjetivas.

Entre las *objetivas* se hallan el grado de parentesco de los concurrentes y el número de estos. En efecto,

— siendo los legitimarios de igual grado[11], su legítima individual es el cociente que resulta de dividir la colectiva entre el número de legitimarios concurrentes; a mayor número de legitimarios, menor cociente y menor legítima individual. Y a la inversa.
— pueden concurrir descendientes de diverso grado cuando se produzca la representación sucesoria y se aplique el derecho de representación del (art. 933), y son legitimarios los hijos del causante y sus nietos estirpe de otro u otros hijos que hubieren premuerto. En tal caso el contenido global de la legítima se divide entre el número de hijos vivos al fallecer el testador más el de hijos premuertos con descendencia, (los hijos que premurieron sin ella, no se computan) y el cociente da la legítima individual de cada hijo vivo.

Una cifra igual, la correspondiente a cada hijo premuerto, se ha de dividir entre los miembros de su estirpe respectiva, para obtener la legítima individual de cada uno de los nietos legitimarios.

La causa *subjetiva de variabilidad* es la voluntad del causante que ha testado haciendo uso de una facultad que el Código le concede en su artículo 823 y le permite «disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes (…) de una de las dos terceras partes destinadas a legítima»[12].

Siempre que produce un acto de mejora, es decir un acto de efectiva disposición en favor de las personas idóneas para recibirlo, se merma la legítima colectiva que se ha de distribuir de modo igualitario, como se vio.

Pero esa disminución tiene un tope, no puede exceder de la mitad de la legítima colectiva. Es lo que quiere decir el artículo 823 cuando habla «de una de las dos terceras partes destinadas a legítima»

En realidad, contra lo que es habitual oir, *no hay un tercio de mejora*. Lo que existe —cosa muy distinta— es *«un tercio con cargo al cual, como máximo, se puede disponer con actos de mejora que no favorezcan a todos los legitimarios»,* sino a una o algunas personas que a tal efecto se determinan.

Para que el acto dispositivo sea verdadera *mejora* ha de cumplir dos requisitos: que favorezca a los que son legitimarios en el momento de producirse el acto[13]; y que el beneficio recibido no alcance a todos los legitimarios, o sea desigual entre ellos. No habría propiamente *mejora* si el acto dispositivo favoreciere por igual a todos los legitimarios.

Se suele decir que la mejora rompe la igualdad entre los legitimarios; y ello es cierto, siempre que se haga a favor de alguno o algunos de ellos. Porque si la mejora solo hubiere favorecido a los descendientes de un legitimario vivo, posible según se acaba de ver permite el citado 823, todos los legitimarios continúan percibiendo por igual lo que resta de la legítima.

Con razón se ha podido afirmar que «donde hay mejora ya no hay legítima». En rigor, si ha habido un acto de mejora, la verdadera legítima es lo que resta de los dos tercios del haber hereditario, y que se ha de distribuir por igual entre todos los legitimarios, entre ellos, desde luego, el propio *mejorado,* que ha recibido la mejora que le diferencia de los demás.

Si los legitimarios son ascendientes, dado que en la línea recta ascendente no está admitida la representación sucesoria del artículo 933 ni tampoco la facultad de mejorar prevista en el 823, que las establecen únicamente en la línea descendente, parece que la legítima individual de los ascendientes debería ser siempre el cociente de dividir la colectiva (sea de la mitad o de un tercio del haber hereditario, según los casos), entre todos los ascendientes de igual grado. Y así lo dispone el artículo 810.1.º cuando sobreviven al causante su padre y su madre.

Pero no es así, y el sistema cambia cuando faltan los padres, al disponer el párrafo 2.º del 810 que si deja «ascendientes, en igual grado, de las líneas paterna y materna, se dividirá la herencia [*recte*, la legítima] por mitad entre ambas líneas».

El resultado de esta norma, de justicia más que dudosa, es el beneficio en favor de unos ascendientes en perjuicio de otros, si es desigual su respectivo número en tales líneas. Porque, de haber sobrevivido un abuelo materno y los dos paternos, aquel tendrá doble legítima individual que la que corresponde a cada uno de los abuelos paternos sobrevivientes. Y lo mismo ocurre si la desigualdad se refiere a los bisabuelos de cada línea. Es decir, el mismo sistema que establecen en la sucesión intestada los artículos 940 y 941 para los ascendientes de segundo o ulterior grado.

5. El concepto de legítima en el régimen del Código

A mi entender, la legítima en el Código Civil español es un derecho sucesorio de origen legal que causa una sucesión a titulo singular, no universal, a favor de unas personas predeterminadas que son los legitimarios.

O bien, si se le quiere dar la forma de una definición descriptiva es un derecho sucesorio de origen legal que, haya o no testamento, causa una adquisición en sucesión singular a favor de unas personas predeterminadas que son los legitimarios, por el solo hecho de que, al fallecer el causante son sus más próximos parientes en línea recta o mantienen con él vínculo matrimonial efectivo. El contenido de tal derecho, la aludida parte de bienes, puede variar en función de la clase de los legitimarios concurrentes y, en ocasiones, también por voluntad del testador.

Se reúnen así cinco elementos, los tres primeros fijan la naturaleza de la legítima y los dos restantes los caracteres de mayor significado en su función tipificadora. Su enumeración es la que sigue:

1. Es un derecho sucesorio
2. De origen legal, haya o no testamento,
3. Que atribuye en sucesión singular una parte de los bienes del causante.
4. A ciertas personas, los legitimarios,
5. Y con un contenido que puede variar según diversas circunstancias.

NOTAS

[1] LACRUZ la admite como definición, si bien añade seguidamente «que no es muy afortunada ni tampoco útil al no corresponder con la regulación ulterior del instituto». LACRUZ BERDEJO, José Luis, en LACRUZ-SANCHO REBULLIDA *Derecho de Sucesiones*. Tomo II. Librería Bosch, Barcelona, 1973, p. 14.

[2] GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. Visión notarial de la legítima. *Revista de Derecho Notarial,* Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1971, pp. 515.

[3] CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la. *Compendio de Derecho de Sucesiones*. 3.º edición a cargo de Antonio de la Esperanza, LA LEY, Madrid marzo 2011, p. 190.

[4] Este «su» (por encima de la ambigüedad que tiene en nuestro idioma), ha de entenderse, por supuesto, que en la mente del autor viene referido a la voluntad del difunto, y no a la de los parientes receptores.

[5] El primer párrafo del artículo 658 establece dos cauces por los que se defiere la sucesión, voluntad del hombre manifestada en testamento y disposición legal; y parece que los quiere contraponer; pero su párrafo tercero expresa lo contrario cuando admite su coexistencia; puede haber testamento y que, a la vez, la sucesión se defiera por el cauce legal o legítimo lo que tiene lugar cuando un testamento válido y eficaz carece de institución de heredero (art. 764). Todo ello nos revela que, aunque el 658 hable, en general, de sucesión, en realidad está pensando, sobre todo, en la sucesión universal, en la que se da en el heredero. Y que, en rigor, frente a la sucesión testamentaria es mejor, porque es más preciso, hablar de la sucesión legal o legítima que de una sucesión intestada que es compatible con la existencia del acto de última voluntad que se niega.

[6] En efecto, el testador pueda exigir al legatario el pago de alguna deuda de cuantía inferior al valor del legado. Véanse el artículo 867 sobre el legado de cosa empeñada o hipotecada, y el 889 en cuanto al legado que es oneroso en parte.

[7] PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. Bosch Casa editorial, Barcelona, 1964. Tomo V, vol. III. p. 24.

[8] De hecho, el artículo 655 los está identificando al tratar de las personas a las que reconoce legitimación para pedir la reducción de donaciones inoficiosas.

[9] Primero en un pequeño estudio que bajo el título *VOCACIÓN O DELACIÓN,* publicó la *Revista Jurídica del Notariado* en su núm. 63, julio-septiembre 2007. (pp. 141-165) y después en mis *Rudimentos de la sucesión y el tránsito sucesorio (Introducción al Derecho de Sucesiones del Código Civil),* Editorial Hélice, Madrid 2010, en particular, pp. 90 a 102.

[10] DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Compendio de Derecho Civil*. 4.ª edición. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pp. 191 a 197), En un sólido estudio, CASTIELLA (CASTIELLA RODRÍGUEZ, José Javier, La persona, parte general, en la obra *Instituciones de Derecho Privado* VVAA., bajo la coordinación de Juan Francisco Delgado de Miguel,. Consejo General del Notariado, Editorial CIVITAS, Tomo I, vol. 2, p. 21) llega al fondo de la cuestión al decir que el hombre, la persona, por el mero hecho de serlo, es titular de derechos y deberes básicos, inalienables, derivados directamente de la dignidad humana, y cuya concesión no depende de derecho positivo alguno. Es más, existen aunque sean desconocidos por un Ordenamiento jurídico. Y, a renglón seguido, alude a que la Declaración Universal de los derechos del hombre trata del derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad, etc.

[11] Solo hijos o solo descendientes de segundo o, en su caso, de un ulterior grado.

[12] En abierta contradicción, como ya se dijo, con el texto del artículo 806 que «define» la legítima como porción de bienes de que «el testador no puede disponer».

[13] Tras su reforma por la Ley 11/1981 está ya admitido que el 823 permite la mejora en favor de los hijos de los hijos legitimarios vivos, resolviendo en sentido afirmativo el viejo problema de la admisibilidad de la mejora a favor de los nietos viviendo sus padres. Se consagra así la anomalía de que haya quien, en calidad de «mejorado» participe en uno de los dos tercios destinados a los legitimarios sin ostentar esta cualidad. Los descendientes de un legitimario vivo.

(Trabajo recibido el 28-4-2015 y aceptado para su publicación el 14-5-2015)

Las comunidades de propietarios frente a la colocación de veladores por establecimientos de hostelería*

The owners' communities opposite to the placement of terraces for restaurant, bars or cafes

por

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ LAINZ

Magistrado/juez titular del Juzgado de Instrucción 4 de Córdoba

RESUMEN: La presencia de clientes en zonas de veladores o inmediaciones de bares, cafeterías, restaurantes, heladerías, etc., es en sí una actividad molesta que repercute claramente de forma negativa en la calidad medioambiental de las zonas habitables más cercanas. Como tales, y tratándose de actividades

* El presente trabajo obtuvo en 2014 el Premio «Santiago Gutiérrez Anaya» sobre propiedad inmobiliaria, en su XI Edición. Para respetar la integridad del texto, se ha optado por no adaptar el mismo a la importante reforma de la regulación legal sobre protección contra la contaminación acústica como consecuencia de la publicación, dos meses después de la presentación al premio de la obra, del Decreto-ley 3/2015, de 3 de marzo, por el que se modifican las Leyes 7/2007, de 9 de julio, de gestión integrada de la calidad ambiental de Andalucía, 9/2010, de 30 de julio, de aguas de Andalucía, 8/1997, de 23 de diciembre, por la que se aprueban medidas en materia tributaria, presupuestaria, de empresas de la Junta de Andalucía y otras entidades, de recaudación, de contratación, de función pública y de fianzas de arrendamientos y suministros y se adoptan medidas excepcionales en materia de sanidad animal; y que ha supuesto el definitivo sometimiento al régimen de declaración responsable de las actividades hosteleras en Andalucía.

contaminantes están sometidas, al igual que los establecimientos de los que dependen, a un régimen jurídico de previa superación de un trámite de calificación ambiental. Las comunidades de propietarios se encuentran en idéntica posición que los particulares para ejercitar sus derechos en orden a proteger no solo su derecho a un medio ambiente saludable, sino también, en su caso, los espacios propios o comunes de la comunidad. Esta defensa de intereses propios y comunes puede realizarse, tanto por los órganos representativos de la comunidad como por miembros de la misma; y abarca la posibilidad de intervenir en procedimientos administrativos, tanto a nivel de alegaciones como de recurso; así como por el ejercicio de acciones civiles.

ABSTRACT: The presence of costumers in terrace zones or close to bars, cafes, restaurants, ice-cream parlours, etc., is in itself an annoying activity that has a clear negative repercussion in the environmental quality on the inhabitable nearest zones. As such, and being contaminant activities, they're submitted, as the establishments on which they depend, to a legal regime of prior overcoming of an environmental qualification proceeding. Owners' communities are in identical position as individuals to exercise their rights in order to protect not only its right to a healthy environment, but besides, in its case, the own or common spaces of the community. This defence of own and common interests can take place, by representative organs of the community or by memberships of itself; and undertakes the possibility of taking part in administrative proceedings, as at level of pleadings or of appealing; and also by the way of civil actions.

PALABRAS CLAVE: Veladores. Contaminación acústica. Calificación ambiental. Directiva Bolkestein. Propiedad horizontal. Comunidad de propietarios.

KEY WORDS: Terraces. Acoustic pollution. Environmental qualification. Bolkestein Directive. Horizontal property. Owners community.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: EL CLAMOR DE UNA MINORÍA SILENCIOSA.—II. EL VELADOR COMO ELEMENTO ACCESORIO DE UNA ACTIVIDAD HOSTELERA Y SU NECESARIO SOMETIMIENTO A CALIFICACIÓN AMBIENTAL.—III. SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE AUTORIZACIÓN MUNICIPAL DE COLOCACIÓN DE VELADORES: 1. Notas sobre el procedimiento para el otorgamiento de licencia para la colocación de veladores en la vía pública. 2. El nomenclátor y el impacto de la Directiva Bolkestein. 3. Participación de las comunidades de propietarios en los distintos supuestos de colocación de veladores al aire libre: *A) Ocupación de la vía pública. B) Espa-*

cios comunitarios de uso público y zonas comunes de uso público de entidades de conservación. C) Zonas comunes privadas de comunidades horizontales. D) Espacios privados del inmueble o local comercial donde se ubica el velador. E) El ignominioso ejemplo de las zonas comunes privadas de comunidades horizontales con previsión estatutaria de posibilidad de uso para colocación de veladores. —IV. HERRAMIENTAS JURÍDICAS DE DEFENSA DE LAS COMUNIDADES HORIZONTALES O COMUNEROS FRENTE A LA COLOCACIÓN DE VELADORES POR ESTABLECIMIENTOS DE HOSTELERÍA: 1. BREVES NOTAS SOBRE LA ACTUACIÓN DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS COMO SUJETOS DEL DERECHO; PROBLEMAS DE LEGITIMACIÓN Y ACTUACIÓN EN INTERÉS LA COMUNIDAD. 2. ACTUACIÓN A NIVEL DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO: TRÁMITE DE AUDIENCIA Y POSIBILIDAD DE PERSONACIÓN EN EL EXPEDIENTE E IMPUGNACIÓN DE LA LICENCIA. 3. LA OPCIÓN POR LA VÍA CIVIL: *A) Defensa de los estatutos frente a extralimitaciones en el uso de zonas comunes. B) Acciones civiles individuales. C) Impugnación de acuerdos comunitarios lesivos para los intereses de concretos comuneros. D) Defensa frente a las impugnaciones provenientes de los titulares de negocios hosteleros: principio de igualdad, abuso de derecho y consentimiento tácito.*

I. PLANTEAMIENTO: EL CLAMOR DE UNA MINORÍA SILENCIOSA

El primer gran obstáculo al que ha de enfrentarse esa minoría silenciosa de ciudadanos que han de sufrir las consecuencias del ocio nocturno de los demás es la de captar la empatía del resto de la comunidad. Dentro de esa escala de posibles adhesiones al clamor de quienes noche tras noche no ven más horizonte que el de la llegada de las adversidades climatológicas, se ha llegado a un cierto nivel de concienciación con determinados fenómenos sociales; como sucede con ejemplos de los populares botellones. Pero incluso al enfrentarse la conciencia social a esta tipología de concentración de jóvenes que escoge la calle como sede natural de su esparcimiento, suelen ser otras razones, no precisamente de índole medioambiental, las que llevan a tomar partido en su contra. Es la repulsa al vandalismo o a convertir la calle en escenario de otros comportamientos incívicos, así como el temor de ver a generaciones enteras de jóvenes como potenciales víctimas del alcoholismo, la principal motivación que lleva a la sociedad a mostrarse hostil frente a tal fenomenología. El daño medioambiental que produce la sociedad del ocio es algo secundario para la conciencia social; inversamente proporcional a la afectación real que a cada uno de nosotros genera el ruido procedente del disfrute de la calle por los demás.

Se comprenderá por ello cómo son muy pocos, incluso en la clase política o en la Administración, quienes llegan a relacionar algo aparentemente tan inocuo como es la colocación por un establecimiento de hostelería de veladores u otras instalaciones en plena calle (ventanales abatibles con barras al exterior,

toldos, barriles u otros soportes para consumiciones o residuos del tabaco), como tradicional forma de expansión de la actividad hostelera, con una actividad que no solo genera molestias a los vecinos que tratan de dormir cada noche a menos de cinco metros de distancia, sino que supera con facilidad los límites de inmisión. Sin embargo, la realidad es completamente opuesta a ese sentir general anclado en tan lapidaria afirmación del «no es para tanto». En una escala facilitada por la OMS en 2009[1], se constataba cómo a partir de una exposición en horario nocturno a niveles entre 30 y 40 dBA se comienzan a describir los primeros efectos adversos más generalizados, que se caracterizan inicialmente por movimientos corporales que van en detrimento de la calidad del descanso, despertares y sensación de molestia; efectos que en el umbral de los 40 a 55 dBA fuerzan a la mayoría de los individuos afectados por tales niveles a adaptar su modo de vida, con seria afección a segmentos poblacionales más vulnerables; y que a partir de los 55 dBA se generalizan, sometiendo a un alto porcentaje de la población a una situación de gran molestia, que puede estar detrás de problemas cardiovasculares derivados del estrés. Pues bien, la sola reunión, siquiera aglomeración, de personas que durante horas dialogan, ríen, o dan voces en horario nocturno puede llegar a superar con facilidad en situación de no esfuerzo un volumen entre los 55 y 60 dBA; llegando a dispararse con facilidad hasta los 75 en situaciones de aglomeración. No cabe la menor duda que la presencia de clientes de establecimientos de hostelería en zonas de veladores o aledaños de bares, cafeterías, heladerías, etc., es en sí una actividad molesta que repercute claramente de forma negativa en la calidad medioambiental de las zonas habitables más cercanas.

La presencia de veladores u otro tipo de instalaciones hosteleras en plena calle se ve además acompañada de todo un cortejo de factores aditivos que no hacen sino implementar más la potencialidad contaminante del foco sonoro. Salida y entrada de personas y camareros del interior del local, exponiendo al exterior los ruidos procedentes del interior del local más o menos insonorizado; reverberación; frenética actividad de cocina; retransmisión de eventos deportivos; movimientos de sillas y cadenas para recoger o colocar las instalaciones a altas horas de la noche o a primera hora de la mañana, o trasiego de personas y vehículos que confluyen en un mismo punto de emisión, contribuyen a convertir un simple bar en una insoportable fuente de ruido para quienes tienen la desdicha de vivir sobre o en sus cercanías.

Pero este serio problema no tiene que ser visto como algo que únicamente atañe a quienes de forma más directa sufren diariamente una seria restricción de su derecho a la vida privada. Tendemos con facilidad a individualizar el conflicto, como sucediera en el supuesto de la reciente STC, Pleno 150/2011, de 29 de septiembre[2]; pero lo cierto es que el problema trasciende directamente a intereses colectivos de quienes no solo conviven con el problema del ruido, sino que sufren otras consecuencias más o menos

directas de todo lo que comporta convivir con un establecimiento hostelero. Y hablamos de todo un abanico de posibilidades que afectan de forma más o menos específica a integrantes de determinadas colectividades o comunidades de intereses que pueden afectar no solo a su derecho al descanso, sino también a su tranquilidad frente a fenómenos o situaciones de incivismo o inseguridad; uso normal de espacios públicos o privados (saturación del uso de la vía por parte de la instalación hostelera, con dificultad de tránsito), e incluso intereses puramente crematísticos (en concreto pérdida de valor económico de la inversión en viviendas que conforman domicilios familiares, que a la vez se erige en insalvable baldón para permitir una estrategia defensiva tan lógica como sería su venta para adquirir otra en un lugar más tranquilo)[3]. Esa consideración del sujeto colectivo, de legitimidades más o menos difusas, para reaccionar jurídicamente frente a las molestias ocasionadas por concretas manifestaciones de la sociedad del ocio encuentra un sustento jurídico incuestionable en ejemplos jurisprudenciales en los que los individuos afectados actúan de forma colectiva; cual sería el ejemplo de la trascendental STEDH, Secc. 5.ª, de 25 de noviembre de 2010 (caso MILIEVA y otros v Bulgaria; asunto 21475/04), como referente ineludible de que importa a efectos de la protección medioambiental las consecuencias que en materia de molestias por ruidos o intranquilidad trae consigo para un entorno vecinal el contexto de determinadas actividades lúdicas[4]. Proponemos por ello defender la intervención vecinal, y en especial a través de las comunidades horizontales, de propietarios, como legítima vía para la defensa no solo de unos intereses específicos de sus integrantes, sino también de unos intereses que, por imbricarse en el concepto más amplio de la colectividad, pueden llegar a superar la frontera de lo estrictamente privado. Una actuación que en definitiva abarcará tanto la defensa colectiva de sus integrantes, como la salvaguardia de intereses propios de la comunidad horizontal.

II. EL VELADOR COMO ELEMENTO ACCESORIO DE UNA ACTIVIDAD HOSTELERA Y SU NECESARIO SOMETIMIENTO A CALIFICACIÓN AMBIENTAL

Centrándonos exclusivamente en la legislación andaluza sobre protección ambiental, es difícil defender que la expansión de la actividad hostelera hacia la calle pueda ser considerada como algo ajeno a esta; que además se viera excluida de cualquier exigencia a nivel de prevención. La actividad hostelera es una actividad clasificada; sometida como tal al mandato de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental —LGICA—. De hecho, dentro de las actividades sometidas a la denominada calificación ambiental se encuentran, por mandato del artículo 41 de la LGICA, los restaurantes,

cafeterías, pubs y bares —Anexo I, 13.32—, y las discotecas y salas de fiestas —Anexo I, 13.33—.

Sin perjuicio de las matizaciones que realizaremos en torno a las concretas consecuencias jurídicas de la trasposición de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 (conocida como Directiva Bolkestein), el sometimiento de una actividad a calificación ambiental supone que el promotor ha de superar un primer control de legalidad administrativa en relación con el cumplimiento de las exigencias técnico-jurídicas necesarias para obtener una calificación ambiental favorable y consiguiente otorgamiento de la licencia de actividad —artículo 15 Decreto 297/1995, de 19 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de calificación ambiental [RCamb]—; y, en segundo lugar, superado este primer trance, la garantía de la salvaguardia de los niveles exigibles de protección medioambiental mediante la imposición de medidas precautorias o correctoras, y su acreditación por técnico habilitado de que el proyecto se ha realizado conforme a las exigencias y correcciones impuestas; certificando, tras las oportunas mediciones, la eficacia de las medidas de protección medioambiental diseñadas en el proyecto de actividad —artículos 15.4 RCamb y 37 LGICA—[5].

El hecho de que la actividad tenga lugar en plena calle o al aire libre, así como que el origen del foco ruidoso sea el propio ser humano, no representa una excepción a este régimen común a cualquier actividad hostelera. Tanto tienen que someterse al trámite de calificación ambiental unos bares ubicados en los bajos de un bloque de pisos, como un kiosco, chiringuito o terraza de verano; y cómo no, la prestación del servicio de atención al público en plena calle mediante veladores, mobiliario exterior auxiliar, o simplemente la apertura de la instalación hacia la calle. Quienes pretenden sostener lo contrario confunden la inexistencia o insuficiencia de una normativa específica que regule distancias mínimas de piezas habitables, elementos de mitigación de la presión sonora o procedimientos específicos de medición o previsión de esta, con una taxativa exigencia medioambiental de no superar determinados niveles de emisión/inmisión; que además parte del principio esencial de la prevención como estrategia prioritaria a la hora de garantizar lo que el legislador define como calidad ambiental. A nivel normativo, las referencias a que esta actividad en plena calle no es una excepción son incuestionables. Así:

1. A la hora de definir, a través en los llamados planes zonales específicos, las medidas restrictivas propias de las zonas acústicamente saturadas —ZAS—, el artículo 20.3, a) del Decreto 6/2012, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica en Andalucía y se modifica el Decreto 357/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la protección de la Calidad del Cielo Nocturno frente a la contaminación lumínica y establecimiento de medidas de ahorro y eficiencia energética —RPCA—, incluye expresamente la posibilidad de esta-

blecer prohibiciones o limitaciones horarias a la colocación de mesas y sillas en la vía pública, así como la suspensión temporal de las licencias o medios de intervención administrativa en la actividad correspondiente concedidos para su instalación en la vía pública. Los veladores son tratados como un elemento contaminante más que incide negativamente sobre la calidad ambiental de la zona de actuación administrativa.

2. El apartado 2 de la Instrucción Técnica 3, que el RPCA dedica a los estudios acústicos exigidos por su artículo 42.2 a las actividades sometidas a calificación ambiental, se adapta perfectamente a la actividad hostelera desarrollada al aire libre. Emplea conceptos tales como zona de ubicación de la actividad, que no solamente del local; usos adyacentes en contraposición a cerramientos; características de los focos de contaminación acústica, incluidos los posibles «…impactos acústicos asociados a efectos indirectos tales como tráfico inducido, operaciones de carga y descarga o número de personas que las utilizarán»; determinación de los niveles de emisión previsibles, incluyendo todos los emisores acústicos, dentro de los cuales deberán tenerse en cuenta «…los ruidos que por efectos indirectos pueda ocasionar la actividad o instalación en las inmediaciones de su implantación, con objeto de proponer las medidas correctoras adecuadas para evitarlos o disminuirlos»; y previsión dentro de las posibles medidas correctoras de elementos de mitigación del impacto sonoro, tales como pantallas o barreras, propias de emisores sonoros al aire libre. El que la fuente de un foco sonoro esté al aire libre no es motivo de exclusión de su análisis y valoración en el estudio acústico. Este debe ser tenido en cuenta, valorado y objeto en su caso de proposición de medidas correctoras; no como un simple efecto indirecto, sino como uno más de los elementos contaminantes procedentes de la actividad.

3. La Ley 13/1999, de 15 de diciembre, de espectáculos públicos y actividades recreativas de Andalucía —LEPARA—, en su artículo 1.3, dispone de manera inconcusa que el concepto de espacio abierto, se encuentre o no en la vía pública, no es incompatible con la definición de establecimiento o instalación dedicada al desarrollo de una actividad recreativa[6].

4. Cuando el Decreto 78/2002, de 26 de febrero, por el que se aprueban el Nomenclátor y el Catálogo de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía —Nomenclátor—[7] regula en su epígrafe II.8 las actividades hosteleras, que conforme a sus apartados a) a d) pueden expandirse al aire libre en terrazas o zonas accesibles desde su interior, equipara unas y otras como parte de sus instalaciones. Es en el local o en estas expansiones, sometidas igualmente a específica autorización municipal, donde se debe desarrollar la actividad recreativa; y por ello se prohíbe expresamente servir comidas y bebidas fuera de ellas.

A nivel jurisprudencial, la consideración de la actividad hostelera en la calle como una parte más de la instalación, sometida como tal a las exigencias

de prevención y respeto de los límites de contaminación acústica establecidos por la ley, no puede ser más evidente. La STEDH, Sección Tercera, de 18 de octubre de 2011 (caso MARTÍNEZ MARTÍNEZ v España; asunto 21532/08) dejaba patente que el desarrollo de actividades potencial o demostradamente contaminantes al aire libre era merecedor del mismo tratamiento jurídico que las mismas actividades clasificadas desarrolladas en recintos cerrados y acotados[8]. Las SSTS Sala Tercera, Sección 4.ª, de 29 de mayo de 1998 y 27 de enero de 1999, no muestran el más mínimo reparo en considerar a las terrazas o veladores como parte integrante de la actividad, susceptible de poder ser considerada como ampliación de la misma; y requerida como tal de la pertinente autorización municipal. La misma línea fue seguida, a nivel de Tribunales Superiores de Justicia, por las SSTSJ, de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, 990/2001, de 27 de septiembre; de 12 de abril de 2005, y 578/2012, de 19 de abril; y en el caso de la Comunidad Autónoma valenciana, la STSJ, Sala de lo Contencioso-administrativo, Secc. 1.ª, 1137/2012, de 29 de septiembre; y más recientemente, en el caso de la legislación andaluza, la STSJ de Andalucía, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, con sede en Sevilla, de 24 de octubre de 2013 (recurso de apelación 395/2013).

Pero sucede que, bien por picaresca, bien por desconocimiento de su verdadera naturaleza, quienes promueven la concesión de licencia o autorización para la colocación de veladores, o simplemente realizan cambios en la instalación tendentes a ampliar el desarrollo de la actividad hostelera en el exterior, lo hacen con posterioridad a la obtención de la licencia de apertura. Es obvio que si el diseño de la actividad partiera de la realidad de la intención de utilización de espacios al aire libre para la atención de la clientela, el correspondiente estudio acústico debería tener en cuenta la potencialidad contaminante de tal actividad al aire libre. Para el supuesto en que ello no fuera así, que el titular del negocio excluyera del expediente tal realidad, bien con intención de sortear posibles trabas a la concesión de la licencia, bien por ser fruto de una ulterior decisión, el legislador cuenta con una herramienta jurídica específica: el sometimiento a idéntico trámite de calificación ambiental de cualquier modificación sustancial de la actividad inicialmente autorizada. La exigencia de superación del trámite de calificación ambiental favorable afecta no solo a la instalación y a las actuaciones directamente relacionadas con esta en su inicial diseño —artículo 19.9 LGICA—, sino también a cualquier modificación sustancial de la misma —art. 19.11—; y es modificación sustancial cualquier cambio o ampliación de actuaciones ya autorizadas «…que pueda tener efectos adversos significativos sobre la seguridad, la salud de las personas o el medio ambiente». Si el desarrollo de la actividad puertas adentro está sometido a calificación ambiental, con todo lo que ello comporta, la situación no debería variar porque exactamente la misma actividad se despliegue hacia la calle. Es más, no hay elemento o barrera que ponga freno al ruido procedente de tal expansión; y la capacidad

de aforo del local se verá implementada de forma relevante con la colocación de mesas y sillas; amén de introducir nuevos focos contaminantes como son la colocación y recogida del mobiliario, utilización de cadenas y focalización de nuevas fuentes de ruido asociadas a la utilización de espacios al aire libre (juegos infantiles, aparcamiento de vehículos, etc.). Así lo han entendido, además, las sentencias del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia citadas en el anterior párrafo.

Podemos defender, por tanto, que, pese a la reticente tendencia de numerosos Ayuntamientos de nuestra Comunidad Autónoma de Andalucía de ver en la solicitud de utilización de espacios públicos para la ubicación de veladores una mera cuestión de uso de bienes públicos municipales, la expansión hacia la calle o el aire libre de actividades hosteleras comportaría una ampliación de la actividad necesitada, por ser considerable modificación sustancial, de la superación de un nuevo trámite de calificación ambiental idéntico al propio del negocio hostelero del que dependen[9].

III. SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE AUTORIZACIÓN MUNICIPAL DE COLOCACIÓN DE VELADORES

1. Notas sobre el procedimiento para el otorgamiento de licencia para la colocación de veladores en la vía pública

Cuando un empresario hostelero decide expandir su negocio hacia el exterior de su local pueden llegar a confluir distintos tipos de procedimientos administrativos en función del momento en que se toma la decisión (si con la tramitación de la licencia inicial o como consecuencia de un expediente de modificación por alteración sustancial) y de la naturaleza jurídica del espacio al aire libre que pretenda ocupar o darle tal uso. En el primer ámbito no sería sino el expediente administrativo para el otorgamiento de la licencia de apertura o su modificación; en el segundo, podría tener que adicionarse un expediente administrativo tendente a autorizar el uso de la vía pública para tal menester, y en su caso, autorización de la comunidad de propietarios en que se encontrara ubicada la zona de veladores, cuando el espacio fuera de la propiedad exclusiva de aquella, tuviera o no un destino de uso público.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía, desde la aprobación de la LEPARA, el expediente para la concesión de licencia de apertura de establecimiento recreativo partía del principio de la homogeneidad y unidad del trámite —arts. 2.1 y 9—; en el cual se aunarían y coordinarían los distintos aspectos de índole urbanística, medioambiental y sanitaria. La fuerza expansiva de la Directiva Bolkestein, con la publicación de las Leyes 17/2009, de 23 de noviembre, sobre

el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, ha tenido su reflejo en la modificación del artículo 4 del Nomenclátor, en su redacción dada por el citado Decreto 247/2011[10]; el cual ha sometido este tipo de actividades a un régimen de declaración responsable ante el Ayuntamiento y al correspondiente control posterior al inicio de la actividad. Sin embargo, esta cierta liberalización de la actividad no ha supuesto una plena derogación del régimen anterior; toda vez que las exigencias a nivel urbanístico[11] y de calificación ambiental permanecen, hoy día, inalteradas. Al menos en mi opinión, la adaptación a la Directiva Bolkestein lo ha sido en la última fase del procedimiento de otorgamiento de la licencia; afectando la declaración responsable a la certificación por técnico habilitado del cumplimiento de las exigencias medioambientales y medidas correctoras impuestas en la calificación ambiental favorable, así como al cumplimiento de las exigencias directamente relacionadas con el inicio o ampliación de la actividad en materia de seguridad ciudadana. Por tanto, en uno y otro caso, la superación del expediente de calificación ambiental, conforme al aún vigente Decreto 297/1995 —RCamb—, implicaría la tramitación de un procedimiento administrativo en el que debería presentarse el correspondiente estudio acústico; y en el que, con posible participación de interesados y colindantes —artículo 13 y 14 del RCamb—, debería superarse un control administrativo previo tendente a la consecución de la calificación ambiental favorable —art. 15—.

Cuando de espacios públicos se tratara, bien sean espacios integrados en el dominio público municipal, o vías privadas de uso público, será preciso, lógicamente, la obtención de una autorización municipal que legitime al solicitante su utilización, en cualquiera de las modalidades que establece la legislación sobre bienes de las Corporaciones Locales. Se trata evidentemente de un expediente administrativo de la exclusiva competencia municipal; desde el punto de vista medioambiental en relación con la competencia igualmente municipal para la autorización de establecimientos hosteleros, así como de la competencia que el artículo 4.2.a) del RPCA les reconoce en materia de protección contra la contaminación acústica; y desde el punto de vista del uso de sus bienes, y dependiendo de la naturaleza del uso que se pretenda hacer de la vía pública, la legislación específica sobre bienes de las entidades locales[12]. Expediente que en cualquier caso debería prever la participación o audiencia de los interesados, en tanto en cuanto se trata de una decisión que puede afectarles profundamente. Sin embargo, desgraciadamente, los ejemplos de ordenanzas municipales que establecen alguna fórmula de participación ciudadana en los expedientes de autorización municipal para la colocación de veladores son realmente casi anecdóticos. De entre el entorno más cercano de la comunidad andaluza, solo podemos citar como ejemplo de directo reconocimiento del derecho de vecinos y colindantes a ser oídos la Ordenanza Municipal reguladora de la ocupación de

la vía pública con terrazas y estructuras auxiliares en Granada, de 8 de enero de 2010 (BOP de Granada núm. 4, de 8 de enero de 2010 —OMV de Granada—)[13]; en la cual su artículo 8 impone al promotor la obligación de notificar a vecinos interesados la existencia de su solicitud, a los efectos de que puedan hacer alegaciones en el expediente[14].

2. El nomenclátor y el impacto de la Directiva Bolkestein

La conocida como Directiva Bolkestein sirvió como punto de arranque en la meteórica legislación nacional que surgió como revulsivo frente a los envites de la despiadada crisis económica que en su creciente fase álgida comenzaba a azotar a España. La finalidad esencial de la Directiva no era sino impulsar la eliminación de trabas burocráticas previas al ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios[15]. Dentro del concepto amplio de servicios[16], el artículo 4.1 de la Directiva daba perfecta cabida a la actividad hostelera, así como a sus establecimientos. Por ello el legislador español no hizo sino aprovecharse de la obligación de trasponer la norma comunitaria para tratar de dinamizar amplios sectores económicos mediante la técnica de la supresión de requisitos previos de índole administrativa que lastraban el inicio de cualquier actividad.

El punto de arranque vino con la publicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; norma que seguía, más bien copiaba casi literalmente, los principios y exigencias que anticipaba la Directiva Bolkestein. Se asume para ello la filosofía de la ventanilla única y el principio de la simplificación de trámites —arts. 6 y 13—; restricciones a la posibilidad de imposición de regímenes de autorización o condiciones previas para el ejercicio de la actividad —arts. 9 y 10 de la Directiva, y 1 y 5 de la Ley—, y una especial exigencia de justificación y superación de los juicios de no discriminación, proporcionalidad y necesidad en tales supuestos —arts. 5 a 7 de la Ley—. Pero ello no supondría la definitiva defenestración del régimen de autorización previa, sino el establecimiento de claras y taxativas restricciones al ejercicio de potestades administrativas que pudieran imponer un régimen de autorización previa que no estuviera amparado en tales principios.

Dentro de los supuestos en que se permite el sometimiento de una actividad, con o sin establecimiento físico en lugar determinado, a régimen de autorización previa, y de las llamadas razones de imperioso interés general, se encuentra la protección del medio ambiente y del entorno urbano —arts. 4.11, 5.d) y 7.2.a) de la Ley[17]—. El propio legislador comunitario era consciente de que la liberalización de las actividades no era óbice para la previa garantía del respeto de los condicionantes medioambientales impuestos por otras disposiciones de la

Unión Europea destinadas a dar contenido al principio de garantía de «…un nivel elevado de protección del medioambiente y la mejora de su calidad», recogido en el artículo 37 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea —CDFUE—[18]. De este modo, las actividades del ramo de la hostelería, como actividades que afectan directamente al medio ambiente y al entorno urbano podrían ser sometidas a un régimen de autorización previa en los términos a que se refiere el artículo 9.1.b) de la Directiva; siempre con pleno respeto a los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad.

Es evidente que las nuevas leyes, reglamentos u otras disposiciones de carácter general que, en materia de regulación de servicios sometidos al mandato de la Directiva Bolkestein, se dictaran tras la entrada en vigor de la Ley 17/2009 el 24 de diciembre de 2009 —Disposición Final 6.ª— habrían de adaptarse a lo dispuesto en ambas normas. Pero la situación es más compleja en lo referente a la normativa nacional, autonómica o local previa a su entrada en vigor. El legislador optó por la solución fácil de imponer un mandato normativo al Gobierno para la adaptación de su normativa propia con rango de ley a aquellas —Disposición Final 5.ª, apartado 1—; a la vez que acudía a una compleja fórmula de derogación de todo aquello que se opusiera a sus disposiciones —Disposición Derogatoria, apartado 1—, con una ultractividad de escasamente cinco días[19] respecto de aquellas normas incompatibles con la Ley 17/2009[20].

El legislador nacional tuvo en cuenta que aquellas normas nacionales, estatales o autonómicas que, estando vigentes a su entrada en vigor, no entraran en conflicto con el mandato de la Ley 17/2009, no se verían afectadas por el régimen de eliminación de la limitación o condicionamiento previo al libre ejercicio de servicios. En tanto en cuanto disposiciones de carácter general de ámbito nacional, autonómico o local pudieran superar los juicios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad exigibles para la legítima imposición de un régimen de autorización previa a concretas modalidades de servicios o actividades, podría entenderse que las mismas daban cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva 2006/123; y ello sin necesidad de que se dictara una disposición que expresamente así lo dispusiera con posterioridad a la entrada en vigor de la Directiva y de la ley nacional que la desarrolla. Buena muestra de ello es la alocución que se hace al carácter eminentemente normativo de la nueva redacción de los artículos 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común —LRJAPPAC— y 84 bis de la Ley 7/1985, de 23 de noviembre, reguladora de las bases de régimen local —LRBRL—, introducida por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio —Ley ómnibus—, en el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 23/2013, de 29 de enero —párrafo tercero del Fto. Jco. 2.º—[21].

Sin embargo, la introducción de los instrumentos de la declaración responsable y la comunicación previa en leyes tan troncales como eran la LRJAPPAC —art. 71 bis— y la LRBRL —art. 84 bis—, con la pronta publicación de la Ley 25/2009, llegó a hacernos pensar prematuramente en la aniquilación de los cimientos esenciales de nuestro consolidado procedimiento administrativo, tal y como era entendido hasta entonces; como defendiera, entre otros BAUZÁ MARTORELL[22], concluyendo que: «…lejos de afectar a relaciones sectoriales por la vía de la especialidad, desde la Ley 30/1992 la declaración responsable y la comunicación previa se incardinan en el procedimiento administrativo general y básico del ordenamiento español, manteniendo estos caracteres de general y básico para el resto de procedimientos especiales, así como de los procedimientos regulados en sede autonómica en virtud del principio de competencia». Pero frente a tal afirmación cabe hacer al menos tres matizaciones:

1. En primer lugar, es evidente que no toda la normativa sectorial permite una simplificación tal del trámite que haga innecesario un concreto desarrollo normativo que adapte el principio del libre inicio de la actividad a las necesidades genuinas de cada ámbito del derecho administrativo sectorial. De hecho, el propio artículo 71 bis.3 de la LRJAAPPC— es consciente de que tal simplificación habrá de adaptarse a lo que se establezca en cada legislación correspondiente sobre los efectos que declaración responsable y comunicación previa produzcan; incluida desde luego la elección del instrumento jurídico adecuado para cada caso concreto.

2. El propio legislador ha asumido la realidad de que la complejidad de nuestro ordenamiento jurídico hace necesaria, para no caer en el piélago de la inseguridad jurídica, una adaptación paulatina a los distintos sectores del ámbito de la prestación de servicios regulados o sometidos al Derecho Administrativo. Buena muestra de ello serían la propia Ley Ómnibus, nacida para dar cumplimiento al mandato del apartado 1 de la Disposición Final Quinta de la Ley 17/2009, afectando en concreto a las actividades industriales; respecto de los centros comerciales, la Disposición Adicional 8.ª de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; en cuanto a las actividades sometidas al trámite de evaluación de impacto ambiental, la Ley 6/2010, de 24 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero[23]; a determinadas actividades comerciales, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; y ampliando aún más el espectro de actividades comerciales eximidas de autorización previa, la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios[24, 25].

3. Pero el tercer argumento que pone en serio compromiso tal posición doctrinal es el de la difícil reubicación de la garantía del derecho de audiencia de los interesados conforme al artículo 105.c) de la Constitución, que con

carácter general viene reconocido por los artículos 84 y 86 de la LRJAPPAC, en los trámites administrativos afectados por la Ley 17/2009. Es evidente que el control a posteriori que sugieren las dos normas citadas anteriormente no cumple con el derecho constitucional de configuración legal que establece dicha norma constitucional. Resulta incuestionable que aquellos supuestos en los que, estableciéndose un trámite específico de audiencia a concretos interesados o información pública, o simplemente no pudiera considerarse oportuna la cláusula de exclusión establecida en el primer apartado del artículo 86 de la LRJAPPAC, sería necesaria una concreta regulación que adaptara dicho trámite a tales expedientes administrativos desregularizados.

Con la introducción en nuestro ordenamiento interno de la Directiva Bolkestein, las leyes nuevas que se dicten con posterioridad estableciendo regímenes de autorización previa habrán de ser objeto de interpretación restrictiva; tal y como sugiere la STS, Sala 3.ª, Secc. 3.ª de 27 de febrero de 2012 (rec. 191/2010). Ello comportará que solamente en aquellos supuestos en que así expresa o implícitamente se disponga deberá entenderse procedente el sometimiento a autorización previa. Pero igualmente debe entenderse que los cambios normativos que se produzcan habrán de respetar el principio de jerarquía normativa; que si bien conforme a la Disposición final tercera, apartado 2 de la Ley 17/2009, comprenderá a las disposiciones reglamentarias estatales precisas para dar cumplimiento a su mandato normativo, desde luego debe entenderse siempre con pleno respeto de la jerarquía normativa propia de los ámbitos autonómicos y local[26]. Las leyes o normas reglamentarias anteriores se someterán igualmente a interpretación restrictiva, y a la vez a un rigoroso examen sobre su adaptación a los criterios de no discriminación y superación de los principios de necesidad y proporcionalidad; que podrá bien dar lugar, en caso de incompatibilidad, a poder ser consideradas derogadas en virtud de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria, apartado 1, de la Ley 17/2009, o permanecer indefinidamente vigentes, pese a contravenir el mandato comunitario, cuando las consecuencias de la derogación del régimen de autorización previa no permitiera su integración con el resto del texto normativo o su interpretación a la luz de la Ley 17/2009.

Pero lo que no puede entenderse es que se exija de la norma que impone la restricción al libre acceso a la actividad o servicio una explícita motivación de las razones que permitan concluir que en el supuesto específico concurren los requisitos de la no discriminación, necesidad y proporcionalidad en la imposición del régimen de autorización previa. Frente a la opinión mantenida por la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Secc. 2.ª, 578/2012, de 19 de abril, ni del mandato de la Disposición Adicional 4.ª, ni del apartado 2 de la Disposición Final 5.ª de la Ley 17/2009, se deduce la existencia de una especie de requisito formal de validez de las disposiciones de carácter general que alberguen una tal imposición del régimen de autorización previa. La obligación de comunicación al Ministerio de Asuntos Exteriores de memoria justificativa

de las razones por las que se opta por tales regímenes o de las disposiciones que se han modificado con motivo de la adaptación al mandato de la Directiva Bolkestein lo es a los efectos de dar cumplimiento a la obligación que se impone en el artículo 44 de esta de informar sobre la penetración real de los objetivos de la Directiva en el derecho interno de cada Estado miembro. No es otra la intención del legislador; y su incumplimiento no tendría por qué afectar a la validez misma de la disposición de carácter general en cuestión. En otras palabras, la validez de una imposición por disposición de carácter general de régimen de autorización previa dependerá del carácter justificado y no discriminatorio de la imposición; no del hecho de que se haya comunicado o no la modificación normativa o su tramitación al Ministerio de Asuntos Exteriores, o del carácter suficiente o insuficientemente motivado de la memoria justificativa.

Adentrándonos ya en el supuesto de las actividades del ramo de la hostelería, ya hemos anticipado cómo la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, 303/2011, de 17 de febrero, amparándose en el tenor literal del considerando noveno[27] de la Directiva Bolkestein, se hacía eco de la posibilidad de exclusión del régimen general del libre acceso a los servicios de aquellos cuya prestación afectara a aspectos tales como la ordenación del territorio y ordenación rural, urbanismo y normas de construcción. Y lo hacía encuadrando el ámbito de la concesión de licencias de actividad en la esfera del urbanismo. Siguiendo esta posición, evidentemente, no es que todas y cada una de las modalidades de actividad hostelera debieran someterse necesariamente al requisito de la autorización previa; sino que podría imponerse o exonerar tal traba administrativa en función de la afectación real de los valores y principios jurídicos que están detrás del ámbito del urbanismo; y entre ellos, desde luego, la posible degradación del medio ambiente asociado al ejercicio de la actividad en cuestión[28]. Y esta aparenta ser precisamente la opción del legislador estatal cuando, al modificar con la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, la redacción originaria del párrafo segundo del apartado 3 del artículo 7 de la Ley 17/2009, distingue con claridad entre lo que es una actividad de servicios de un establecimiento físico[29], en orden a permitir la exigencia de autorización previa por cada establecimiento, cuando la misma sea susceptible de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio histórico-artístico; «…evaluándose este riesgo de acuerdo con las características de las instalaciones», apostilla. La misma idea de esta distinción y del sometimiento a régimen de concurrencia, en su caso, ha encontrado su acomodo respecto de la legislación local en el artículo 84 bis.2 de la LRBRL, en su redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local; con relevante mención como elementos justificadores de la imposición de un régimen de autorización previa de criterios basados en la capacidad o aforo de la instalación y la contaminación acústica. Idea esta que igualmente ha resultado

avalada, a nivel de la garantía de la unidad de mercado, en el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 20 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado; al excluir del principio de eficacia en todo el territorio nacional de actuaciones administrativas, entre otros, a los «…actos administrativos relacionados con la ocupación de un determinado dominio público».

Igualmente, debe tenerse en cuenta que la necesidad de ocupación de determinado espacio del dominio público puede justificar sin lugar a dudas la imposición de un procedimiento de autorización previa; siempre y cuando la restricción, aparte de basarse en un principio de no discriminación, como nos recuerda la calendada STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Secc. 2.ª, 578/2012, de 19 de abril, se base precisamente en la titularidad misma del bien y carácter discrecional de la autorización de uso, o en el sometimiento de la autorización a un régimen de concurrencia basado en los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva.

Al menos en mi modesta opinión, no debería entenderse que todo cuanto incumbe a una actividad hostelera atañe al concepto de urbanismo; pues convergen intereses, principios y prioridades diversos en uno y otro. Es evidente que el urbanismo tiene que ver con la calidad de vida, respeto del medio ambiente y planificación del uso racional del suelo; pero cuestiones tales como la higiene, salubridad y seguridad públicas trascenden el concepto amplio de lo que puede entenderse como urbanismo a los efectos del posible sometimiento de régimen de autorización a establecimientos físicos de concretas actividades de servicios. Por ello sería más adecuado distinguir uno y otro ámbito; y en su caso, compaginar unos y otros medios de intervención en un expediente administrativo único.

Y este es precisamente el ejemplo seguido por la actual redacción del artículo 4 del Decreto 78/2002, de 26 de febrero, cuando somete la apertura de establecimientos públicos fijos dedicados a la celebración y desarrollo de espectáculos públicos y actividades recreativas permanentes y de temporada a declaración responsable ante el Ayuntamiento y al correspondiente control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma. Se distingue por ello aquello que afectaría al ámbito medioambiental y urbanístico (obtención de calificación ambiental favorable y licencia de obras) de lo referente al inicio de la actividad como actividad recreativa; sí sometida como tal a este régimen más favorable de la declaración responsable, tanto en cuanto respecta al inicio de la actividad, como en lo referente a cuantas modificaciones o alteraciones se produzcan en lo sucesivo —art. 4.3—. Norma que, por otra parte sí cumple con la exigencia formal del artículo 44.1, párrafo tercero de la Directiva 2006/123.

Pese a su aparente finalidad clasificadora, el llamado Nomenclátor es una norma jurídica que establece los límites de lo permitido para cada una de las actividades recreativas; y en concreto para las actividades del ramo de la hostelería. La norma prohíbe el desempeño de más actividades que las propias

que determine la modalidad de actividad correspondiente; e impone además un principio de prohibición de acumulación en un mismo establecimiento de actividades incompatibles entre sí por razón de lo dispuesto en la normativa sectorial o «…porque difieran entre sí en cuanto al horario de apertura y cierre reglamentariamente establecido para cada una de ellas, en la dotación de medidas y condiciones técnicas de seguridad y de protección ambiental exigibles o en función de la edad mínima o máxima del público al que se autoriza el acceso a las mismas» —art. 4.6—. En consecuencia, la instalación de veladores u otras formas de expansión de la actividad hostelera hacia la vía pública habrá de ajustarse a las exigencias de compatibilidad y tramitación administrativa impuestas para cada modalidad en el Nomenclátor. Y es de resaltar cómo la posibilidad de tal expansión a dichos espacios abiertos, fuera de la instalación en sí, solamente se permite respecto de las actividades clasificadas como restaurantes, autoservicios, cafeterías y bares —Epígrafe III.2.8, apartados a), b) y c)—; en tanto en cuanto solamente respecto de ellos se permite la dispensación de comidas y bebidas «…para su consumición en mesas situadas en el local o, previa autorización municipal, en terrazas o zonas accesibles desde su interior». Ello supone que tal expansión quedaría vedada a otros establecimientos hosteleros tales como pubs y bares con música —apartado d) de la anterior subdivisión—; y los establecimientos de esparcimientos en general relacionados en el Epígrafe III.2.9 —salas de fiesta, discotecas y discotecas de juventud—; a excepción de las salas de celebraciones, a las que se permite contar con zonas contiguas al aire libre exclusivamente destinadas para la consumición de comidas o bebidas, siempre y cuando la reproducción sonora de música o las actuaciones en directo, de existir, se desarrollen necesariamente en zonas cerradas debidamente aisladas acústicamente conforme a las normas sobre la calidad del aire[30] —apartado d) del Epígrafe III.2.9—. Tal diferenciación cuenta con el aval incontestable de la STSJ de Andalucía, Secc. 2.ª, con sede en Sevilla, de 24 de octubre de 2013 (rec. de apelación 395/2013), que, frente a la opinión del órgano de instancia, ve en la no inclusión de la referencia a la expansión de tales actividades hacia la calle no un simple error del reglamento, sino una incontestable opción del redactor de la norma. Es evidente que concurrían razones medioambientales y de seguridad y tranquilidad pública, e incluso incompatibilidades[31], suficientes como para excluir a tales establecimientos de la posibilidad de expandirse hacia el aire libre, fuera de la instalación. Tal prohibición, *lege data,* es absolutamente incontestable; por lo que establecimientos tan de moda como los cafés con ambientación musical, con o sin servicio de comida que tanto proliferan por nuestra geografía, simplemente están desarrollando una actividad ilícita.

Por último, y esto es muy importante, tal expansión hacia el aire libre, tanto en terrazas como en zonas contiguas al establecimiento que sean accesibles desde su interior, de los establecimientos hosteleros que sí lo tienen permitido por el Nomenclátor, está sometida a la previa autorización municipal; que podrá

ser, como seguidamente desarrollaremos, bien una autorización de uso de la vía pública, cuando se trate de ubicaciones fuera del establecimiento, bien la superación de la calificación ambiental conjuntamente con la instalación interior, cuando se ocupe terreno propio o de uso propio. En uno y otro caso, y en función de la titularidad de la instalación, la participación de las comunidades de propietarios afectadas podrá ser completamente distinta.

3. Participación de las comunidades de propietarios en los distintos supuestos de colocación de veladores al aire libre

Si ya hemos defendido que la colocación de veladores al aire libre constituye en sí misma parte de la actividad sometida a calificación ambiental, es fácil comprender cómo hemos de partir de la base de que, bien en la solicitud inicial, bien en expediente de modificación por alteración sustancial de las condiciones de la licencia, se habrá de dar participación a las comunidades de propietarios colindantes, de conformidad con lo establecido en los artículos 13 y 14 del RCamb; sin perjuicio de la posible participación de otras comunidades cercanas a través del trámite de información pública. La escasa jurisprudencia que ha abordado directamente esta cuestión ha sido tajante en este punto. Baste con citar los incontestables ejemplos de las SSTS, Sala Tercera, Sección 4.ª, de 29 de mayo de 1998 (rec. 5050/1992), reconduciendo la tramitación del expediente de concesión de la licencia de ocupación del espacio público al trámite establecido en el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas —RAMINP—, por realizarse una actividad que requeriría de una autorización específica; y más específicamente, la posterior de la misma Sección 4.ª, de 27 de enero de 1999 (rec. 1719/1992), exigente de su sometimiento, además, a trámite de audiencia de los interesados.

El posible necesario consentimiento a la expansión de la actividad se hará depender, sin embargo, de la naturaleza del espacio en el que el hostelero pretenda establecerse.

A) Ocupación de la vía pública

La ocupación de la vía pública por parte de establecimientos de hostelería requiere, como no podía ser de otra forma, de la preceptiva autorización municipal, como cualquier otra utilización del dominio público más allá del mero uso común general; como es obvio. No nos interesa en este punto entrar en debate sobre la naturaleza de uso común especial o privativo que determinadas instalaciones hosteleras traen consigo, en función del agotamiento del

uso para otras finalidades que pudiera deducirse del empleo de determinadas infraestructuras más o menos fijas que cada vez proliferan con más descaro por nuestro paisaje urbano. Desde este punto de vista, la participación de las comunidades de propietarios habría de encajarse más bien en el trámite procedimental de la calificación ambiental; en el bien entendido que tales comunidades habrán de tener la oportunidad de ser oídas, no de recabarse su consentimiento.

La concesión de la autorización municipal de licencia para el uso común especial de determinado suelo público perteneciente al demanio municipal suele encuadrarse en el contexto de la discrecionalidad administrativa; aunque sería más acertado hablar de un concepto de discrecionalidad atenuada[32], amparada en la existencia de una concreta causa de interés público que en términos de razonabilidad justifique una posible denegación. En este sentido, y aplicando este criterio de razonabilidad al supuesto de posible causación de molestias al vecindario, en concreto dimanantes de la contaminación acústica asociada a la colocación de veladores, se ha llegado a considerar que no era causa suficiente para la denegación de la licencia de ocupación de la vía pública la oposición manifiesta de los vecinos —STSJ de Andalucía con sede en Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo Secc. 2.ª, de 13 de enero de 2005 (rec. 533/2005)—; y en el sentido contrario, se ha llegado a considerar ajustada a derecho la decisión municipal de reducir en dos tercios el número de mesas objeto de solicitud para tratar de garantizar de este modo el descanso de los vecinos —STSJ de Andalucía con sede en Sevilla, Sala de lo Contencioso-administrativo Secc. 2.ª, de 17 de noviembre de 2011 (rec. 432/2011)—.

Pero con esto no queremos decir que vecinos y comunidades de propietarios colindantes no tengan derecho alguno a manifestar su opinión en el expediente de autorización o en el procedimiento para la concesión de sus prórrogas; o incluso para abrir la vía de la revocación de la licencia concedida. En uno y otro supuesto presentan un indiscutible interés legítimo en intervenir en defensa de unos intereses jurídicos que les son incuestionables. Las Ordenanzas Municipales, sin embargo, suelen ser escasamente permeables a estas opciones. Con la sola excepción de la OMV de Granada, que sí prevé un trámite específico de audiencia de colindantes, lo más parecido a una concreta participación ciudadana se encuentra en la OMV de Sevilla, donde solamente se da participación en expedientes de revocación o no renovación de licencia en que consten sanciones por molestias en el desempeño de la actividad hostelera. En los demás ejemplos que podemos analizar a nivel de capitales de provincias cercanas, la referencia que se hace al vecindario es como simple objeto digno de protección jurídica ante las posibles molestias derivadas del ejercicio de la actividad hostelera[33]; o cuando determinados intereses concretos de colindantes pudieran verse afectados, como sucede cuando se produce una superación de la línea de fachada del local con afectación de fachada de edificaciones colindantes, con las molestias

que ello supone en orden a la limitación de vistas, ornato o limitación al paso de personas[34].

Las administraciones locales suelen relacionar, a los efectos de cumplimentar el trámite de audiencia, el concepto de colindantes con aquellas viviendas que lindan físicamente con el local hostelero y las comunidades de propietarios, que no mancomunidades, a las que estos pertenecen; dirigiendo la notificación de la existencia del procedimiento y puesta de manifiesto del expediente al que se refiere el artículo 14 del RCamb, a los primeros personalmente y a los segundos a través de la representación que los últimos ostentan de la comunidad por mandato del artículo 13.3 de la Ley 49/1960, de 27 de junio, de propiedad horizontal —LPH—. Será obligación del presidente, sin duda, hacer llegar a todos los comuneros la notificación de la incoación del expediente para su debido conocimiento; tome o no la iniciativa de promover el planteamiento de alegaciones a nivel de la comunidad[35]. Evidentemente, la vía de la puesta en conocimiento a la comunidad de propietarios abre la posibilidad de que cualquier vecino que se considere afectado por la ampliación de la actividad, no necesariamente los colindantes directos, pueda hacer alegaciones en el expediente. La norma no establece la condición de colindante a una comunidad de propietarios para que hubiera de intervenir como tal a través de sus órganos soberano o de representación. Cualquier comunero está legitimado para hacer alegaciones en su condición de interesado; sin necesidad de convocatoria de una junta de propietarios extraordinaria en la que se vote el parecer de la comunidad, ni actuar por tal motivo en interés de esta. Nos encontramos en este momento en un trámite de audiencia, no en el ejercicio de una actuación comunitaria.

B) Espacios comunitarios de uso público y zonas comunes de uso público de entidades de conservación

El planeamiento urbanístico a gran escala, a nivel de grandes unidades urbanísticas donde proliferan las calles particulares, generalmente peatonales o destinadas al acceso a plazas de aparcamientos, ha dado paso a la previsión normativa de gravámenes jurídicos de naturaleza administrativa, afectaciones al uso público que perfectamente podrían ser calificadas como auténticas servidumbres administrativas[36]; que sin convertir tales vías en bienes de dominio público municipal, imponen un uso público idéntico al de los viales de titularidad municipal. La propiedad no deja de ser privada; pero su uso, a través de su afectación en virtud de lo dispuesto en el correspondiente planeamiento urbanístico los convierte en bienes privados de uso público. Tal calificación administrativa viene recogida expresamente en el artículo 3.3 del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía —RLABEL—; que establece como momento en que la afectación

tiene lugar el de la cesión del bien a la entidad local conforme disponga la legislación urbanística; es decir, tras la realización del acto de recepción en los términos a que se refiere el artículo 153 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de ordenación urbanística de Andalucía —LOUA—.

La afectación al uso público supone por una parte una obligación de la entidad local de mantenimiento del vial afín a tal destino[37]; pero a su vez la expansión de las prerrogativas municipales sobre su uso. Nada impediría, en un principio, reservar dichas vías al destino propio de los viales: un uso común general. Pero por la misma razón, y siempre con respeto a las limitaciones marcadas en el convenio o instrumento urbanístico en el que se base la afectación, podrá autorizar al menos determinados usos comunes especiales, entre los que podrán encontrarse sin duda alguna la colocación de veladores por parte de establecimientos de hostelería. Así lo dio a entender la STS, Sala Tercera, Sección 4.ª, de 7 de febrero de 1994 (rec. 1633/1991); cuando confirma la posibilidad de que Ordenanzas municipales dicten disposiciones que garanticen la utilización pública de las calles particulares sometidas a tal afección, y por ende controlen el aprovechamiento que hagan particulares de las mismas; pese a que ello no suponga una aplicación en bloque de la normativa específica sobre utilización del dominio público municipal mediante colocación o instalación de terrazas o veladores[38].

Sin embargo la propia situación del principio de la razonable compensación a que se refiere la citada STS Sala 3.ª, Secc. 5.ª, de 21 de mayo de 2001 (rec. 5195/1996), lleva a plantearnos si realmente esa especial situación jurídica no nos lleva a la necesidad de someter la relación entre las comunidades o mancomunidades propietarias del vial a los parámetros definidores de la buena fe contractual y la equidad; que lleva a la Ararteko/Defensora del Pueblo del País Vasco, en su citado Informe de 2003, a sugerir que propietarios y entidad local rijan su relación en términos de justicia, lealtad, honradez, lógica y equidad; lo que supondría, en palabras del meritado informe, que hago propias, «…la necesidad de garantizar una adecuada compensación del municipio por el uso público que se obtiene de una propiedad privada». Y esta justa y equitativa compensación no puede pasar sino por evitar en la medida de lo posible que esa afección que pesa sobre lo que no deja de ser un terreno privado, no se haga aún más gravosa para los comuneros, mediante la imposición de usos más intensivos de la vía que atentan a su propia calidad de vida; como sería la imposición de terrazas de veladores al aire libre. Aunque no se llegara a establecer previsión alguna sobre tal particular en la correspondiente OMV, es evidente que tal situación específica de sacrificio concreto soportado por los comuneros debería ser un factor de gran peso a la hora de fundamentar una decisión municipal sobre la autorización o denegación de una solicitud de licencia para la colocación de veladores; de suerte que la negativa expresada por la comunidad a tal colocación se convirtiera en auténtico baldón difícilmente superable en

el aquilatado ámbito de discrecionalidad de la decisión municipal; aparte que causa razonable para impugnar tal decisión.

En este sentido, todo hay que decirlo, son habituales las OMV que imponen como requisito *sine qua non* para la concesión de licencias de colocación de veladores la autorización expresa de las comunidades que ostenten la propiedad del vial; aparte, desde luego, del cumplimiento del resto de los condicionantes establecidos en la Ordenanza y en la normativa medioambiental y actividades recreativas. Tal es el caso de las OMV de Huelva y Granada; y de Jaén[39] y Córdoba, aunque lo hagan excluyendo de la Ordenanza tales terrenos; no así en la OMV de Sevilla, cuyo artículo 6 incluye las mismas dentro del ámbito de la discrecionalidad administrativa en su concesión.

En tanto en cuanto la normativa local haga precisa la prestación del consentimiento de los titulares de la vía, el recabo del consentimiento de cada una de las comunidades de propietarios que sean cotitulares, o cuando menos aquellas que colinden con el vial, no mostrará diferencia alguna con el supuesto de ubicación en terrenos privados; al que haremos referencia en el apartado siguiente. A salvo el supuesto de que se trate de una mancomunidad, es evidente que el consentimiento, sea por unanimidad o mayoría de todas las juntas de propietarios afectadas, deberá recabarse de todas y cada una de ellas.

La situación varía, sin embargo, al menos en mi opinión en el supuesto de viales de uso público gestionados por entidades urbanísticas de conservación. El artículo 153.4 de la LOUA define a las entidades de conservación como: «Entidades de derecho público, de adscripción obligatoria y personalidad y capacidad jurídicas propias para el cumplimiento de sus fines, desde su inscripción en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras». Al asumir la gestión de la conservación de las obras de conservación, sin perjuicio de lo establecido en los estatutos que las rijan, es evidente que, dentro del destino al uso común general que les corresponde como tales viales, debería corresponder a las mismas, y no a la entidad local que las tutele, la decisión sobre autorizar o no la colocación de veladores en los viales o espacios públicos que integren la entidad colaboradora. En tanto en cuanto se encomienda la gestión de los terrenos privados afectos a un uso público a la entidad urbanística de conservación, debería de ser a esta, y no a la entidad municipal tutelante, a quien correspondiera tal decisión. Serán los concretos estatutos, y en su caso las normas sobre propiedad horizontal, si la entidad se ha constituido como mancomunidad o comunidad de propietarios —art. 153.5.c) de la LOUA—, los que establezcan el órgano y procedimiento para la concesión o denegación de la autorización.

C) Zonas comunes privadas de comunidades horizontales

Los espacios comunes que, no estando afectos a un uso público, pertenecen a una comunidad de propietarios quedan en cualquier caso fuera del régimen

de autorización municipal. Pero ello no quiere decir que no deban los titulares del establecimiento hostelero instar una autorización específica por parte de la entidad local correspondiente. Baste para ello con recordar los claros términos del Nomenclátor, cuando en sus apartados a), b) y c) del Epígrafe III.2.8 exige, de las actividades de prestación de comidas y bebidas en terrazas o zonas accesibles desde su interior, la «…previa autorización municipal». Se trata sin duda de una autorización plenamente incardinada en su dimensión medioambiental y de protección de la paz y seguridad ciudadana a la que están sometidas las actividades recreativas.

Sin embargo, es evidente que la sola obtención de la autorización administrativa, a salvo lo que establezcan título constitutivo u estatutos de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la LPH, ni es suficiente ni vincula a la comunidad propietaria. La posibilidad de uso de espacios comunes de una comunidad de propietarios o mancomunidad atañe exclusivamente al Derecho Privado, al régimen de propiedad horizontal. Soportales, accesos peatonales, jardines o zonas comunes de una determinada comunidad de propietarios, tengan o no acceso directo a la vía pública, que no estén sujetos a un uso público no podrán ser ocupados por mesas y veladores de un establecimiento hostelero, aún integrado en la comunidad, sin la autorización o consentimiento expreso o tácito de aquella. Por ello, en tanto en cuanto no supongan limitación del derecho de otros comuneros, la comunidad es libre, dentro de los márgenes que permitan título constitutivo, estatutos, y en su caso norma de régimen interno —artículo 6 de la LPH— de disponer el uso que estime oportuno para dichas zonas. Podrán, de este modo, prohibir cualquier tipo de actividad hostelera, limitar horarios de uso de las zonas comunes de forma más restrictiva que la establecida por la normativa sobre horarios de apertura de establecimientos recreativos; o incluso autorizar el cerramiento de las zonas comunes como forma de evitar la aglomeración de personas en estas. La única limitación que se llega a reconocer a nivel jurisprudencial en este punto es la de restricción del uso por clientela de establecimientos comerciales u hosteleros, cuando para acceder a los mismos ha de transitarse necesariamente por las zonas comunes. Así lo entendió taxativamente la STS Sala 1.ª, 579/2009, de 16 de julio; estableciendo como doctrina jurisprudencial que: «Para que sea válido un acuerdo adoptado por mayoría en la junta de propietarios de una comunidad, consistente en el cierre de elementos comunes que sirven de acceso a locales comerciales ubicados en el interior de la urbanización, mediante puertas o cancelas, habrá que respetar los derechos que adquirieron los dueños de los locales de negocio legalmente establecidos, durante las horas en que estos locales tengan derecho a permanecer abiertos según las normas legales y reglamentarias que regulen esta materia»[40].

Es evidente, por ello, que el titular de negocio hostelero que pretenda extender su actividad hacia las zonas al aire libre de la titularidad de la comunidad en la que se encuentre ubicado su local deberá recabar el consentimiento de

esta; y, aparte de dar cumplimiento a las normas sobre horario de apertura de los veladores[41], lógicamente someterse a los condicionantes que legítimamente le pueda imponer la comunidad de conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la LPH. Se discute sobre el tipo de mayoría que debe obtenerse en junta de propietarios para tal autorización. La jurisprudencia menor se muestra especialmente firme en considerar que tal ocupación requiere de la unanimidad en los términos a que se refiere el actual artículo 17.6 de la LPH, al sostener que en los denominados elementos comunes no se puede efectuar alteración alguna, salvo que lo consientan todos los demás dueños; dado que se entiende que ello afecta al título constitutivo —SAP de Castellón, Secc. 1.ª, 68/2006, de 7 de abril[42]; SAP de Zaragoza, Secc. 5.ª, 392/2011, de 6 de noviembre; SAP de Madrid, Secc. 12.ª 210/2010, de 29 de marzo; SAP de Madrid, Secc. 13.ª, 450/2009, de 6 de octubre; y SSAP de Sevilla, Secc. 6.ª, 629/2004, de 14 de diciembre y 18/2010, de 24 de enero, no mostrando esta última ningún reparo para estimar demanda interdictal de comunidad frente a propietario hostelero que ocupara parte de espacios comunes con veladores, al considerar que nos enfrentábamos a una utilización particular y excluyente de cualquier otra de elementos comunes—. Aquí no estamos hablando ya de la diferencia entre usos comunes especiales o usos privativos tan propia del derecho administrativo; toda vez que la colocación de veladores con vocación de permanencia en el tiempo supone un uso excluyente de las zonas comunes, de las que se priva al resto de los comuneros. Solamente en supuestos en los que la utilización de tales espacios fuera esporádica, y desde luego que compatible con otros usos por el resto de los comuneros, podríamos pensar en situaciones inocuas o susceptibles de ser específicamente autorizadas por acuerdo mayoritario conforme al artículo 17.7 de la LPH o por las normas de régimen interior[43].

D) Espacios privados del inmueble o local comercial donde se ubica el velador

Lo dicho en el apartado anterior en lo referente a que los apartados a) b) y c) del Epígrafe III.2.8 Nomenclátor exigen de la correspondiente utilización municipal para la colocación de veladores al aire libre por parte de los establecimientos hosteleros que lo tienen permitido afecta igualmente a los espacios privados al aire libre de establecimientos hosteleros que tengan acceso desde su interior. Así lo entiende igualmente el artículo 1.3 de la LEPARA, que no hace distingos a la hora de considerar igualmente instalación los espacios abiertos destinados por un establecimiento recreativo a una tal actividad, se encuentren o no en la vía pública.

Más allá de su intervención en el correspondiente expediente administrativo de autorización de la actividad o de su ampliación, las comunidades de propietarios nada tienen que hacer. No tienen para ello más vía que el ejercicio de

acciones de cesación o acciones de reclamación de cese de molestias dimanantes de la actividad en base al debido respeto propio de acciones de vecindad. Solamente un título constitutivo o estatutos que prohibieran taxativamente una determinada actividad como la hostelera, o al menos su expansión a zonas al aire libre del local, permitiría a la comunidad oponerse con éxito a tal pretensión del empresario hostelero. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo se muestra en este punto tajante; pudiendo citar, a modo de ejemplo, entre las más recientes, las SSTS, Sala Primera, 928 y 929/2008, de 20 de octubre; y 1152/2008, de 27 de noviembre[44].

E) El ignominioso ejemplo de las zonas comunes privadas de comunidades horizontales con previsión estatutaria de posibilidad de uso para colocación de veladores

Cada vez se está haciendo más habitual en la práctica de las promociones inmobiliarias la reserva, bien en el título constitutivo, bien en los estatutos, de cláusulas que permiten expresamente al titular de determinados locales que dan a zonas comunes privativas o de uso público la colocación de veladores. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, de hecho, no ha considerado que en términos generales pueda entenderse que nos encontremos ante un obrar ilícito del promotor inmobiliario. El más claro exponente de esta posición doctrinal puede encontrarse en la STS, Sala Primera, 786/2009, de 11 de diciembre[45]; en la cual se llega a concluir que como quiera que los contratos privados de compraventa en los que se incluía la cláusula de delegación no suponían la transmisión del dominio, seguía siendo en ese mismo momento el promotor el único propietario del inmueble, por lo que tendría legitimación legal tanto para dar forma o modificar título constitutivo y estatutos en los términos referidos en el artículo 5 de la LPH[46]. Es así que el párrafo tercero del mencionado artículo 5 de la LPH permite que por vía estatutaria se definan «…reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o destino del edificio». Incluso se ha llegado a plantear en la STS, Sala Primera, 291/1999, de 30 de marzo, la inatacabilidad del título constitutivo modificado unilateralmente por el promotor, con posterioridad a la firma de contrato privado de compraventa de una de las viviendas que conformaban la copropiedad sin entrega de la posesión; sin perjuicio de la posible responsabilidad contractual en la que pudiera haber incurrido aquel por contravención de lo pactado en el contrato privado en cuanto a la concreta atribución de cuotas[47].

Ciertamente, si vemos al promotor como el propietario de todo el edificio que se somete a división horizontal; y que, en consecuencia, puede hacer sobre ella lo que le plazca, siempre y cuando no contravenga normas de derecho imperativo, en los términos descritos en el citado párrafo 3 del artículo 5 de la

LPH, tal conclusión podría plantearse inatacable. Pero podemos encontrar dos vías a través de las cuales podría relativizarse seriamente tal planteamiento: En primer lugar, buena parte de las normas que regulan la propiedad horizontal deberían considerarse *ius cogens,* y por tanto indisponibles para el promotor o dueño del inmueble sujeto a división horizontal; en segundo lugar, la condición del comprador de vivienda frente al promotor inmobiliario como sujeto favorecido por el estatuto jurídico de consumidor podría afectar de nulidad a cláusulas contractuales o incluso actos unilaterales del promotor que pudieran poner en entredicho sus derechos como tal, aunque no hubiera aún conseguido la tradición del inmueble.

En esta primera línea, resulta especialmente interesante la SAP de Valencia, Secc. 8.ª, 323/2008, de 27 de mayo; la cual, en un supuesto de exoneración de cuotas por decisión unilateral del promotor, respecto de determinados inmuebles de un edificio sometido a propiedad horizontal, llega a concluir que: «si bien es cierto que mientras el promotor es dueño único del edificio puede actuar por sí solo y configurar a su voluntad el régimen de propiedad horizontal, no por ello puede entenderse ni admitirse que eso le otorgue carta blanca para apropiarse de unas facultades de gobierno y control en términos tales que impliquen que tras la incorporación de otros copropietarios, estos carezcan ya, desde el principio, desde el principio, de las facultades inherentes al régimen de propiedad horizontal». Es evidente que todo cuanto ataña a las facultades de gobierno y control del órgano soberano de la comunidad de propietarios, y a la contribución equitativa a los gastos, al menos respecto de inmuebles que participaran de los beneficios y/o generaran gastos repercutidos en el resto de la comunidad, debería considerarse que entra, como sugiere dicha sentencia, en el ámbito de lo indisponible. Por ello, una contravención en estos ámbitos al núcleo esencial que conforma el régimen de propiedad horizontal podría considerarse afecto de causa de nulidad por contravención de norma indisponible, como sugiere la meritada sentencia.

Siguiendo la anterior línea de razonamiento, podríamos concluir que una determinada concreta afectación de zonas comunes pertenecientes a la comunidad horizontal o prehorizontal que, fruto del ejercicio de las facultades exorbitantes de modificación que aún conserva el promotor hasta la consumación de la entrega de posesión del primero de los inmuebles, impusiera su uso exclusivo para el propietario de un local comercial con destino a la expansión al aire libre de una actividad hostelera, podría verse afecto de causa de nulidad por contravención de la norma esencial establecida en el párrafo segundo del artículo 7.1 de la LPH. La situación sería diametralmente opuesta en cuanto a la posible previsión de autorización de destino de concretos locales a negocios de hostelería, al no existir norma prohibitiva que *per se* pudiera ser infringida; o en que, desde un principio, en la declaración de obra nueva o inscripción de la división horizontal, previamente a la suscripción de cualquier contrato con compradores, se previera

ya el destino de concretas zonas comunes a la posible expansión de actividades hosteleras ejercidas en determinados locales comerciales[48]. En uno y otro caso nada infringiría el promotor en cuanto respecta a las normas imperativas que disciplinan la división horizontal.

Pero el segundo frente, el de la consideración del comprador de inmueble como consumidor, sometido al estatuto del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias —TRLGDCU—, sí podría aportarnos mayores réditos en pro de la legítima causa de los sufridos vecinos. Curiosamente, ni la STS, Sala Primera, 786/2009, de 11 de diciembre, ni la SAP de Valencia, Secc. 8.ª, 323/2008, de 27 de mayo, antes citadas, llegan a abordar la cuestión litigiosa desde el punto de vista de la protección de los derechos de consumidores o usuarios, pese a que tal enfoque fue introducido en el objeto del debate por parte de los copropietarios. Pero ello no quiere decir desde luego que las facultades exorbitantes que eventualmente puedan corresponder al promotor sean inmunes a la protección jurídica de la que son acreedores los compradores como consumidores.

El primer frente de protección de los derechos de consumidores en este ámbito vendría sin duda representado por el carácter vinculante de la publicidad, oferta comercial e información previa al contrato de los promotores inmobiliarios. Dentro de lo que el artículo 20 del TRLGDCU define como información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios, como tal vinculante para el oferente, el legislador somete a las prácticas comerciales que incluyan información sobre las características del bien o servicio y su precio, y que posibilitarán que el consumidor o usuario pueda tomar una decisión sobre la contratación, la obligación de contener, si no se desprende ya claramente del contexto, información «…sobre las características esenciales del bien o servicio de una forma adecuada a su naturaleza y al medio de comunicación utilizado». Esta obligación se ve aún más reforzada a nivel publicitario, cuando se integra en el contenido contractual objeto de la oferta la información publicitaria; y que vinculará al oferente, frente a lo establecido en el contrato, en tanto en cuanto el contrato celebrado no contuviese cláusulas más beneficiosas para el consumidor —artículo 61, apartados 2 y 3 del TRLGDCU—. Pero, por si fuera poco, el artículo 60.1 introduce dentro de lo que se define como información previa al contrato, igualmente con carácter vinculante para el oferente, la «…información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo». Es evidente, por ello, que si el promotor se ve vinculado por lo que publicita y oferta, tanto con carácter previo a la suscripción del contrato como en cuanto a la información que le debe facilitar con anterioridad a su suscripción; y ello afecta al objeto mismo del contrato, no podrá, al abrigo de las facultades que conserva en orden a llevar a efecto la división horizontal y

establecer unos estatutos de la comunidad, imponer una modificación sustancial de las condiciones o atribuciones de uso de elementos comunes que vaya en contra de lo ofertado. Ese contenido de la oferta vinculante que se incumple irradia de nulidad el acto de división horizontal o inscripción registral de los estatutos comunitarios por flagrante contravención de los derechos que como consumidores tienen reconocidos los compradores. Y más si tal actuar se realiza al amparo de cláusulas impuestas con carácter general en los respectivos contratos privados; de conformidad con lo establecido en los apartados a) y b) del artículo 82.4 y en artículo 83.1, ambos del TRLGDCU. No puede por ello el promotor, más allá de las exigencias de la buena fe y del equilibrio contractual, al albur de las facultades que aún conserva en orden a la constitución o modificación de la división horizontal, o de cláusulas de autorización que introduzca en los contratos privados, imponer alteraciones sustanciales del uso de elementos comunes, en detrimento no solamente de la valoración económica de las viviendas adquiridas por contrato privado por compradores presentes o futuros, sino de las condiciones concretas ofrecidas previamente y que le resultaban vinculantes. Es más, no puede olvidarse que el artículo 89.1 del TRLGDCU considera cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato aquellas «…declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato».

IV. HERRAMIENTAS JURÍDICAS DE DEFENSA DE LAS COMUNIDADES HORIZONTALES O COMUNEROS FRENTE A LA COLOCACIÓN DE VELADORES POR ESTABLECIMIENTOS DE HOSTELERÍA

1. Breves notas sobre la actuación de las comunidades de propietarios como sujetos del derecho; problemas de legitimación y actuación en interés la comunidad

De todos es conocido que el artículo 6.1, 5.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil —LEC— reconoce capacidad para ser parte en juicio a las entidades sin personalidad jurídica propia a las que la ley reconozca capacidad para ser parte[49]; quienes podrán comparecer por medio de quienes la ley, en cada caso, atribuya su representación en juicio —artículo 7.6 de la LEC—. Ambos preceptos son complementados, en cuanto a las comunidades de propietarios, por lo dispuesto en el artículo 13.3 de la LPH; en el sentido que, presuponiendo la primera, confiere la legitimación procesal para comparecer en juicio al presidente de la comunidad, en su condición de representante legal de esta. En este sentido, el reconocimiento de legitimación y capacidad para actuar las comunidades de propietarios en expedientes administrativos y procedi-

mientos judiciales en lo que pretende hacer valer sus intereses legítimos es algo incuestionable. Baste para ello con comprobar cómo la inmensa mayoría de las sentencias que hemos citado hasta ahora tuvieron por parte a una comunidad de propietarios. En el ámbito del derecho procesal penal, este no se muestra tan estricto a la hora de definir las víctimas y potenciales acusadores particulares en una causa penal. La comunidad horizontal integra una comunidad patrimonial que aúna intereses jurídicos y que es reconocida como sujeto del derecho, aunque carezca de una personalidad jurídica propia. La plena supletoriedad de la LEC es indiscutible.

La vía normal para el ejercicio de acciones o para la personación en juicio de una comunidad de propietarios debería ser la del previo acuerdo de la junta de propietarios adoptado con la mayoría exigida por el artículo 17.7 de la LPH. Pero ello no significa que detrás de cada actuación o ejercicio de un acto de personación impetrando la acción de la justicia sea preciso, como ineludible presupuesto de legitimación, un previo acuerdo comunitario. La actuación en interés de la comunidad, ante la inactividad o ausencia de inmediata respuesta de esta, bien por parte de su presidente, bien por comuneros que lo hagan por el solo interés de esta, o conjuntamente con intereses propios, es una constante en nuestra práctica procesal.

En el primer punto, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo va incluso más allá, cuando, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas de un actuar negligente o impropio de un presidente de comunidad, se considera que la comunidad «…tiene como órgano de representación al Presidente de la Comunidad, que actúa personificando al ente en las relaciones externas, sustituyendo con su voluntad individual la auténtica voluntad social o común y viniendo a ser un instrumento físico a través del cual actúe la pluralidad de titulares, de tal suerte que ese cometido que la jurisprudencia sitúa en una zona intermedia entre la representación orgánica y la puramente voluntaria, lleva implícita la de todos los interesados en juicio y fuera de él, con la consecuencia de estimar lo realizado por el Presidente dentro de sus atribuciones y facultades estatutarias, no como hecho en nombre de la Comunidad sino como si esta misma lo hubiese llevado a cabo, sin perjuicio de lo que impongan las relaciones internas» —STS, Sala Primera, 3/1984, de 9 de enero—. Sin embargo, pueden encontrarse resoluciones discrepantes del mismo Alto Tribunal, como sucediera con la STS, Sala Primera, 972/2004, de 20 de octubre, en la que taxativamente se afirma que: «La representación de la Comunidad, en juicio y fuera de él, del Presidente no tiene un contenido "en blanco", de tal forma que esa representación sirva para legitimarle en cualquiera de sus actuaciones[50]. Es la Junta de Propietarios la que acuerda lo conveniente a sus intereses y el Presidente ejecuta; su voluntad no suple, corrige o anula la de la Junta. Ahora bien, no es acertado sustentar que el Presidente, en estas condiciones, carece de legitimación activa, de lo que carece es de poder de la Comunidad para demandar al recurrente; la misma,

como adquirente de las viviendas, siempre tiene la acción del artículo 1591 del Código Civil». La solución debería encontrarse en este punto en determinar la naturaleza y entidad de la acción que se ejercita, así como en colocar al presidente en una posición similar, aunque privilegiada por su capacidad de representación de la comunidad, que la que le podría corresponder a cualquier otro comunero para actuar en nombre propio pero en interés de la comunidad[51]. No es lo mismo decidir demandar a un comunero o un tercero en reclamación de daños y perjuicios por ocupación no autorizada de espacios comunes, que tomar la iniciativa de presentar alegaciones en nombre de la comunidad en un expediente para la autorización de colocación de veladores en la vía pública, cuando apenas cuenta con tiempo o medios para convocar una junta extraordinaria a tal efecto[52].

La actuación de un comunero en interés de la comunidad suele encontrar su apoyo jurisprudencial en lo establecido en el párrafo segundo del artículo 7.1 de la LPH: en la facultad/obligación que se le impone de advertir sin dilación la necesidad de realizar reparaciones urgentes. De tal proposición normativa se deduce, por una parte, la necesidad de advertir a la comunidad, a través de su administrador o presidente, de la perentoria necesidad de actuar; y solamente ante la desidia o inactividad de la comunidad, actuar en consecuencia, bien realizando las reparaciones urgentes que fueran precisas, reclamando posteriormente su cargo a la comunidad, bien actuando en nombre de la comunidad en el correspondiente procedimiento administrativo o judicial[53]. La posibilidad de actuación por sustitución de un comunero en nombre de la comunidad, para la defensa de intereses comunes, cuando los propios quedaran igualmente afectados, fue admitida ampliamente por la STS, Sala Primera, 245/1994, de 13 de marzo.

Sin embargo, hay supuestos en los que la necesidad de agotar previamente la vía del respaldo del acuerdo mayoritario de la comunidad es, *ministerio lege*, ineludible. Hablamos, como no, del ejercicio de acciones basadas en concretas mayorías cualificadas a que se refiere el artículo 17 de la LPH: la liquidación y reclamación de cuotas impagadas conforme al artículo 21.2 y el ejercicio de la acción de cesación del artículo 7.2, párrafos segundo y tercero de la LPH. Efectivamente, esta norma prevé la necesidad de realización de un previo requerimiento fehaciente del presidente, a iniciativa propia o de cualquiera de los comuneros, a quien realice las actividades prohibidas, dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas; y solo tras tener lugar este, la convocatoria de una junta de propietarios en la que se someta al parecer de los comuneros el ejercicio de la acción de cesación ante los tribunales. Evidentemente, ante la ausencia de iniciativa del presidente, o siendo este el responsable de la perturbación, cabría la posibilidad de que cualquier comunero emprendiera el camino para el ejercicio de la acción por la comunidad, dando cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 7.1[54].

2. Actuación a nivel del expediente administrativo: trámite de audiencia y posibilidad de personación en el expediente e impugnación de la licencia

La actuación de la comunidad en defensa de los intereses colectivos en la vía administrativa parte de la consideración de las comunidades horizontales como interesadas en todos los asuntos de tal índole que le afecten; bien en su globalidad, bien en todos o parte de los integrantes del patrimonio común. La condición de interesada de la comunidad de propietarios colindante con establecimiento hostelero que inste expediente de solicitud de colocación de veladores viene reconocida incluso en los artículos 13 y 14 del RCAMB.

Ya hemos visto que la comunidad podrá intervenir, con o sin el respaldo de la junta de propietarios, a través de su presidente, o de cualesquiera de los comuneros que puedan considerarse concretamente afectados por el despliegue de lo que no deja de ser una actividad molesta porque se desarrolle al aire libre. Los colindantes que sufren las molestias provocadas por la sociedad del ocio pueden actuar sin lugar a dudas por iniciativa propia. No existe ni disciplina de voto ni deber de fidelidad, ante una comunidad inoperante o insensible ante las legítimas quejas de su convecino. Y esta legitimación trascenderá sin duda en interés legítimo para el ejercicio de acciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa, bien de impugnación contra concretas decisiones municipales o silencio administrativo (se autoriza la colocación de veladores o no se responde a la petición de revocación de la licencia por acumulación de actividades molestas), bien de inactividad frente a la pasividad en el cumplimiento de sus propias resoluciones (se reclama el cumplimiento de la orden de prohibición de actividad carente de licencia). Cabe, por último la posibilidad de acudir a la vía de instar la iniciación de procedimientos sancionadores por infracciones relacionados con el desempeño de la actividad hostelera.

3. La opción por la vía civil

Pese a que lo ideal sería poder acudir a la vía administrativa para exigir una respuesta inmediata y eficaz de quien tiene encomendada la garantía de la salvaguardia del derecho a «…un nivel elevado de protección del medioambiente y la mejora de su calidad» —art. 37 de la CDFUE—; lo cierto es que la lentitud e inoperancia de las Administraciones Públicas concernidas por tal menester, unidas a la indiscutible fortaleza de los lobbies del sector de la hostelería, hacen que la búsqueda de la tutela judicial civil se convierta en no pocas ocasiones en la vía más efectiva para la protección de un derecho tan elemental como es el derecho al descanso y a la vida privada de los integrantes de comunidades de propietarios, tanto a título individual como colectivo. Una y otra legitimaciones convergen en una posible estrategia procesal que, más bien a medio o

largo plazo y con un alto coste económico, puede ofrecer, que no garantizar, un razonable grado de satisfacción en tan elementales pero indiscutibles derechos de quienes simplemente claman porque se les deje desarrollar una vida normal en el sagrado reducto de sus domicilios.

A) Defensa de los estatutos frente a extralimitaciones en el uso de zonas comunes

A veces resulta que no hay peor enemigo que el que se tiene dentro. El inicio de una actividad hostelera en locales de los bajos de un edificio sometido a comunidad horizontal, que además invade zonas comunes, supone, de hecho, aparte de una incuestionable desvalorización del capital económico que supone la propiedad de una vivienda, sea para destino de domicilio propio o para su alquiler, un grave detrimento de la calidad de vida de quienes lo padecen. Pero el ejercicio de acciones comunitarias se encuentra, aparte del supuesto de contravención de normas estatutarias, excesivamente encorsetado en unas normas que parten del concepto del carácter dañoso para la comunidad o contravención de la normativa general sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas. Unas y otras se encuentran sometidas a un mismo régimen jurídico de la llamada acción de cesación prevista en el artículo 7 de la LPH. La efectividad de tal acción es, sin embargo, absolutamente distinta cuando hablamos de contravención de normas estatutarias frente al último de los supuestos descritos.

Cuando hablamos de ejercicio de acción de cesación frente a actividades prohibidas en los estatutos[55], la jurisprudencia, de forma unánime, no muestra el más mínimo reparo en amparar los intereses comunitarios; siempre y cuando la contravención alcance disposiciones taxativas de las normas estatuarias. Claro ejemplo de ello podemos encontrarlo en la SAP de Burgos, Secc. 3.ª, 648/2000 de 17 de noviembre. El incumplimiento de una norma estatutaria, bien iniciando una actividad hostelera en un local comercial, bien expandiendo la actividad mediante la colocación de veladores en las zonas comunes, permitirá sin duda el exitoso ejercicio de acciones de cesación; dotadas de una inusitada eficacia jurídica tanto a nivel de posible adopción de medidas cautelares de cesación inmediata de la actividad prohibida, como de una tutela definitiva que puede albergar no solo su cese definitivo, sino pretensiones de índole indemnizatoria, o de privación del derecho de uso del local por hasta tres años o definitiva de los derechos de uso que el ocupante no propietario ostentara respecto de aquel —párrafos cuarto y quinto del artículo 7.2 de la LPH—. Situación distinta es la de la contravención no de normas estatutarias, sino de normas de convivencia establecidas al amparo de lo establecido en el artículo 6 de la LPH. Al menos en mi opinión, la interpretación restrictiva que se merece el artículo 7.2 de la LPH

impediría extender la eficacia jurídica de la acción de cesación a contravenciones de normas que, por poner un ejemplo, restringieran el horario de apertura de la actividad hostelera en veladores autorizados por la comunidad en zonas comunes; en tanto en cuanto no pudieran incardinarse en los otros dos supuestos. Pero ello no significa que se tratara de reglas de conducta cuya contravención careciera de consecuencias jurídicas; la comunidad siempre podría acudir a los tribunales para reclamar su estricto cumplimiento y posible indemnización por los daños y perjuicios causados; aunque el resto del régimen privilegiado del último párrafo del artículo 7.2 de la LPH no les resultara de aplicación

Sin embargo, el carácter ambiguo de la voz actividades dañosas para la finca y el riesgo de establecer puntos de conexión directos con el concepto de actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, restringe las posibilidades de éxito de la acción de cesación en aquellos supuestos en que las normas estatutarias simplemente no lo prohíben. El primero de los conceptos permitiría cierto juego a la hora de definir un bien jurídico comunitario o individualizado objeto de tutela[56], aunque afectante a una generalidad de los miembros de una comunidad horizontal, no sin alto riesgo para quien acudiera a los tribunales en este último concepto; el segundo avoca de forma natural a la reglamentación nacional, autonómica y local sobre tales tipos de actividades. Es difícil, ciertamente, considerar que detrás de tales voces jurídicas no está la definición que de las mismas se hace en el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre; que se intitula precisamente así. Y ello podría suponer la grave consecuencia de que podrían cerrarse las puertas al ejercicio de una acción de cesación cuando, como consecuencia de la concesión de la oportuna autorización administrativa para el ejercicio de una actividad hostelera, la misma, no prohibida por los estatutos, no pudiera incardinarse en el último de los supuestos referidos en el artículo 7.2,1 de la LPH; siempre y cuando la actividad no transgrediera de forma grave o reiterada las obligaciones derivadas de su consideración como actividad calificada[57]. Aunque siempre cabría la posibilidad de acudir al arriesgado supuesto de la actividad dañina, una adecuada interpretación del auténtico alcance de las normas que disciplinan el ejercicio de determinadas actividades molestas como la hostelera podría permitirnos relativizar esa absoluta correlación que parece pretender el legislador. Como nos dirá RODRÍGUEZ LAINZ[58]: «Las normas reglamentarias dictadas al amparo del mandato del artículo 45 CE son instrumentos de la política medioambiental; no la garantía del respeto del derecho al medio ambiente saludable y demás derechos relacionados con aquel. Por ello, si las normas reglamentarias concretas no sirven o son insuficientes o vagas para proteger unos estándares de calidad de vida que en materia de contaminación acústica sí están perfectamente definidos, siempre nos habrán de amparar en nuestro Derecho, la Constitución y las normas medioambientales generales que, ante la insuficiencia de la prevención ambiental nos llevan a la corrección y en su defecto prohibición. Si no puede asegurarse que las terrazas no producirán

una presión contaminante superior a tales umbrales, el criterio de corrección exige la adopción de medidas que llevarán, en su caso a la prohibición». Y es aquí por donde podrían incidir las comunidades de propietarios; por cuanto que si la aplicación de las normas medioambientales se muestran ineficaces para asegurar un mínimo de calidad de vida a sus integrantes, la finalidad de garantía del medioambiente saludable a que están destinadas se vería insatisfecha, convirtiendo en molestas tales actividades a los efectos de una posible acción de cesación. Precisamente, el nuevo escenario de las declaraciones responsables, en el que el definitivo control administrativo de la veraz eficiencia de las medidas correctoras se hace a posteriori —artículos 71 bis.3 de la LRJAPPAC y 84 ter de la LRBRL—; y en el que la posibilidad de acuerdo de cese de o imposibilidad de continuar la actividad se hace depender de la «…inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable o comunicación previa», nos lleva a ser especialmente proclives a refutar el carácter inatacable del título que permite el ejercicio de actividades tales como la hostelera; se desarrollen o no dentro del límite espacial de una comunidad horizontal.

Aun así, y dentro de la consideración de la actividad hostelera lícita, la acción de cesación podría tener cierta operatividad en aquellos ámbitos en los que se constatara un incumplimiento grave y reiterado de las normas que, en interés de la protección de la seguridad ciudadana o de los estándares mínimos de calidad ambiental, disciplinan tales actividades. Piénsese en los supuestos de superación reiterada de aforos o incumplimientos generalizados de horarios de apertura generantes de constantes trasiegos de personas incontroladas por las zonas comunes; o la utilización de las zonas comunes para esparcimiento o ampliación de la actividad hostelera fuera del estricto ámbito del local o de lo reglamentariamente permitido para las zonas de veladores, contraviniendo la legislación específica sobre consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública. Efectivamente, la Ley 7/2006, de 24 de octubre, sobre potestades administrativas en materia de determinadas actividades de ocio en los espacios abiertos de los municipios de Andalucía, excluye en su artículo 2.a) de la prohibición de consumo de alcohol en la vía pública solamente «la permanencia durante el horario establecido normativamente de personas en espacios abiertos del núcleo urbano destinados a terrazas y veladores de establecimientos públicos sometidos a la normativa aplicable en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas». Y es a partir de esta prohibición por la que pasan a considerarse contrarias a derecho, prohibidas, y no solamente por su potencialidad contaminante del medio acústico, determinadas estrategias de los establecimientos hosteleros de expandirse hacia el aire libre, mediante la colocación de ceniceros, barriles, o la apertura al exterior de mostradores con barras a través de ventanales abatibles;

en buena parte forzados por la pérdida de clientela derivada de la prohibición de consumo de tabaco en el interior de los locales.

B) Acciones civiles individuales

Desgraciadamente, nuestra legislación civil no cuenta con un *corpus* jurídico que de forma expresa y taxativa establezca una incontestable protección eficaz del ciudadano, y por ende de las comunidades horizontales en las que desenvuelve su vida privada, frente a la contaminación acústica; y más concretamente de esa concreta actividad de ocio que se concentra en torno a los establecimientos hosteleros. Hemos de acudir a una hasta cierto punto forzada interpretación de normas o instituciones de nuestro Derecho Civil para encontrar acomodo a estrategias jurídicas de protección ante la jurisdicción civil que, poco a poco, están abriéndose camino en la práctica procesal forense. Siguiendo la interesante y didáctica exposición de HERRERA DEL REY[59], y sin ánimo de exhaustividad, estas quedarían encuadradas en la acción negatoria del artículo 590 del Código Civil —CC—, en su conjunción con las acciones basadas en la lucha del abuso del derecho o uso antisocial del mismo en materia de relaciones de vecindad; en la acción resarcitoria frente a daños causados por focos contaminantes de los artículos 1902 y 1908.2.º del Código Civil; y en el ejercicio de acciones civiles dirigidas a proteger derechos fundamentales frente a inmisiones domiciliarias, con o sin apoyo directo en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Realizar un estudio mínimamente serio de cada una de las acciones descritas superaría con creces la ambición de este trabajo. Pero no me resisto a hacer alguna puntualización al respecto. Lo primero que debemos tener bien claro es que las normas civiles que amparan al ciudadano frente a inmisiones sonoras procedentes de locales hosteleros no tienen por frontera las normas y prevenciones establecidas por el derecho administrativo. En otras palabras, como nos dice sabiamente la SAP de Sevilla, Secc. 5.ª, de 24 de septiembre de 2004 (rec. 2699/2004), seguida en su esencialidad por la sentencia de la misma sección 483/2001, de 21 de noviembre: «El orden jurisdiccional civil goza de autonomía respecto de la reglamentación administrativa en la fijación de la tolerancia debida por razones de vecindad a las inmisiones sonoras, debiendo de examinarse cada caso concreto». Aunque sea carga procesal de quien alega la producción de molestias su acreditación, cuando, aún constatada la realidad del cumplimiento de la normativa específica sobre emisiones acústicas, se comprueba que estas son insuficientes para garantizar un estándar mínimo razonable de calidad ambiental en vecinos y colindantes, es el derecho de estos el que debe prevalecer sobre el del causante de las molestias. En segundo lugar, el

estándar de relevancia constitucional marcado por las SSTC 119/2001, de 24 de mayo, y Pleno, 150/2011, de 29 de septiembre para que pueda considerarse vulnerado, bien el derecho constitucional a la integridad física y moral[60], bien el derecho a la inviolabilidad domiciliaria[61], no marca tampoco la frontera con lo que debe considerarse tolerable en un marco de relaciones de vecindad. Una cosa es que tal superación del margen de relevancia constitucional de la transgresión marque la frontera de un posible acceso a la vía de amparo, y otra que, en ese mayor ámbito de la protección de la vida privada tal y como nos describe la jurisprudencia del TEDH en interpretación del artículo 8.1 del Convenio de Roma[62], sean susceptibles de tutela judicial.

La conjunción de intereses comunes entre la comunidad de propietarios como colectividad y los distintos individuos que en la misma conviven permitirá sin duda el ejercicio de acciones de aquella en interés de estos. Aunque siempre sería más ortodoxo que fuera los propios individuos que sufren las molestias quienes, en su propio derecho, las ejercitaran.

C) Impugnación de acuerdos comunitarios lesivos para los intereses de concretos comuneros

Frente a la no nada inhabitual insolidaridad de parte de los comuneros, podrá surgir la necesidad, como paso previo al ejercicio de una acción comunitaria del orden de la acción de cesación o simplemente de protección de los espacios comunes frente a la ocupación no autorizada de tales espacios, de superar el obstáculo que representa un acuerdo comunitario contrario a tal pretensión o la no obtención de una mayoría suficiente para su ejercicio. Si bien la inactividad puede abrir, como hemos visto, las puertas para que un comunero obre en interés de la comunidad acudiendo a los tribunales en defensa de sus intereses, tal opción debe entenderse que le quedaría vedada ante un acuerdo contrario a tal propósito o la no obtención de una mayoría suficiente para considerarse el acuerdo válidamente obtenido. En la actuación en nombre de la comunidad, incluidos sin duda los supuestos en los que no se consiga un número de peticionarios suficientes como para poder forzar la convocatoria de una junta extraordinaria —art. 16.2 de la LPH—, existe un interés concreto en favor de aquella que legitima la actuación del comunero. No sucede lo mismo frente a la contrariedad o imposibilidad de obtener mayorías suficientes para su válida aprobación.

La vía de la impugnación tiene limitado su ámbito jurídico por los estrictos márgenes del artículo 18.1 de la LPH. Sin embargo, permite al propietario afectado un amplio espectro de posibilidades de incardinar sus legítimas pretensiones en los tres motivos tasados que recoge dicho precepto. El apartado a), de hecho, marca los límites del respeto al principio de legalidad, en cuanto

se trate de normas de carácter imperativo, a las que en este punto se equiparan los estatutos; el apartado b) el interés general de la comunidad, aunque siempre que ese interés resulte violentado en beneficio de uno o varios propietarios; y el perjuicio concreto del impugnante es amparado por el apartado c), aunque se exija un grave perjuicio concreto que este no tenga obligación de soportar, o se haya adoptado el acuerdo con abuso de derecho. Tales márgenes abren las puertas a la posibilidad de abarcar prácticamente todas las posibles acciones que un miembro de la comunidad pudiera pretender asumiera la comunidad a la que pertenece en cuanto nos interesa: forzar el planteamiento de alegaciones o recursos en un expediente de autorización de colocación de veladores; instar la cesación de acciones contrarias a los estatutos, dañinas o molestas; ejercitar acciones civiles diversas a la de la acción de negación, etc. La opción por la vía del llamado procedimiento de equidad del artículo 17.7, párrafo segundo de la LPH, permitirá alcanzar las mayorías ordinarias o cualificadas exigibles en cualesquiera de tales supuestos.

Perdidas una u otra vías, la posibilidad de defensa de los intereses del comunero que se considerara afectado por el inicio o ampliación de una actividad hostelera, y en concreto al aire libre, pasaría por el estricto ejercicio de acciones individuales.

D) Defensa frente a las impugnaciones provenientes de los titulares de negocios hosteleros: principio de igualdad, abuso de derecho y consentimiento tácito

El desconocimiento del Derecho; el temor al enfrentamiento directo dentro o fuera de los tribunales, y la insolidaridad de unos vecinos para con otros están detrás de situaciones en las que se tolera la invasión por empresarios hosteleros de zonas comunes sin el respaldo de una autorización expresa de la comunidad o de norma estatutaria alguna. Tales escenarios dan pie a situaciones de tolerancia que convierten a los empresarios hosteleros en inmunes frente al ejercicio de acciones de cesación o de similar trascendencia frente a ellos.

El transcurso de un largo lapso de tiempo —23 años—, por poner un ejemplo, de tolerancia en la colocación de veladores en zonas comunes, hizo que la SAP de Cantabria, Secc. 1.ª, 443/1999, de 7 de septiembre, estimara que el acuerdo comunitario de ejercer acción de cesación constituía un abuso de derecho e infringía la prohibición de ir contra los propios actos. Los principios de igualdad y no discriminación, relacionados con el concepto de abuso del derecho han servido a la jurisprudencia para dar la razón a aquellos hosteleros que no hacían sino lo que por tolerancia se había permitido a otros anteriores. Así, las SSTS 970/2011, de 9 de enero de 2012, y 469/2012, de 18 de julio, consideran que «el abuso de derecho, se traduce en el uso de una norma, por

parte de la comunidad o de un propietario, con mala fe, en perjuicio de otro u otros copropietarios, sin que por ello se obtenga un beneficio amparado por la norma». Tal abuso de derecho se traduce en un trato discriminatorio injustificado de unos comuneros frente a otros; pero requiere que se haya producido una actuación de mala fe y en perjuicio del comunero perjudicado; o «…utilizando el derecho de un modo anormal y contrario a la convivencia, de tal manera que esta institución, como remedio extraordinario, solo es admisible en casos patentes y manifiestos, es decir, cuando quien acciona solo se propone causar un perjuicio a otro, sin obtener beneficio alguno», como nos dirá la SAP de Zaragoza, Secc. 5.ª, 392/2011, de 17 de junio.

Evidentemente, de la tolerancia frente a unos y la obstrucción a las pretensiones de otros no tiene por qué deducirse directamente una tal situación de abuso de derecho o desigualdad intolerables jurídicamente. La propia dinámica de actuación de comunidades de propietarios, así como la constatación de que no es lo mismo la existencia de una sola terraza que varias, o determinadas tipologías (establecimientos que cierran más tarde, o que consiguen más clientela, o clientela más tendente a causar molestias), y que el efecto aditivo hace que se incremente el volumen de contaminación acústica, pueden justificar tales comportamientos. Además, no debe olvidarse que tal doctrina es de aplicación absolutamente excepcional; y no exige un trato exquisitamente igualitario, cuando hay razones comprensibles para ello.

V. CONCLUSIONES

1. La presencia de clientes de establecimientos de hostelería en zonas de veladores o aledaños de bares, cafeterías, heladerías, etc., es en sí una actividad molesta que repercute claramente de forma negativa en la calidad medioambiental de las zonas habitables más cercanas.

2. Los espacios de terreno al aire libre donde se colocan veladores o instalaciones de establecimientos hosteleros forman parte de la misma actividad de la que son accesorios; y como tales deberían someterse al mismo régimen de control administrativo que estos.

3. Dentro del ámbito de posible actuación, al menos a nivel de derecho de audiencia en los correspondientes expedientes, debemos reconocer la intervención vecinal, y en especial a través de las comunidades horizontales, de propietarios, como legítima vía para la defensa no solo de unos intereses específicos de sus integrantes, sino también de unos intereses que, por imbricarse en el concepto más amplio de la colectividad, pueden llegar a superar la frontera de lo estrictamente privado. Una actuación que en definitiva abarcará tanto la defensa colectiva de sus integrantes, como la salvaguardia de intereses propios de la comunidad horizontal.

4. La incidencia en la LEPARA de la conocida Directiva Bolkestein, si bien ha sometido a las actividades recreativas del ramo de la hostelería (bares, cafés, restaurantes, …) a un régimen de declaración responsable ante el Ayuntamiento y al correspondiente control posterior al inicio de la actividad, no por ello ha inhabilitado la necesidad de un trámite, integrado en el expediente, de superación de las exigencias propias de la calificación ambiental de la actividad.

5. Por tanto, tanto para la apertura de una actividad hostelera, como para su expansión a través de la instalación o emplazamiento de terrazas o veladores, la superación del expediente de calificación ambiental, conforme al aún vigente Decreto 297/1995 —RCAMB—, implicaría la tramitación de un procedimiento administrativo en el que debería presentarse el correspondiente estudio acústico; y en el que, con posible participación de interesados y colindantes, debería superarse un control administrativo previo tendente a la consecución de la calificación ambiental favorable.

6. La ocupación de espacios públicos para la instalación de terrazas o veladores por establecimientos hosteleros requiere igualmente de una concreta autorización municipal.

7. La posibilidad de audiencia o prestación de consentimiento por parte de las comunidades de propietarios colindantes a los espacios públicos o privados donde pretenda realizarse una tal instalación dependerá de la naturaleza del mismo; pudiendo ir desde un simple derecho de audiencia a una insoslayable autorización de la comunidad horizontal concernida.

8. La vía normal para el ejercicio de acciones en interés de la comunidad frente a tales instalaciones o para la personación en juicio de una comunidad de propietarios debería ser la del previo acuerdo de la junta de propietarios adoptado con la mayoría exigida por el artículo 17.7 de la LPH.

9. La actuación en interés de la comunidad, ante la inactividad o ausencia de inmediata respuesta de esta, bien por parte de su presidente, bien por comuneros que lo hagan por el solo interés de esta o conjuntamente con intereses propios, en los términos admitidos legal y jurisprudencialmente, es una constante en nuestra práctica procesal.

10. A nivel administrativo, nada obstaría a la personación, presentación de alegaciones y acceso a la vía de recurso administrativo o contencioso-administrativo de las comunidades de propietarios o comuneros que obraran en interés de la comunidad.

11. La opción por la vía civil deja abierta la posibilidad de ejercer acciones frente al uso de zonas comunes por parte de instalaciones ubicadas en dichas zonas; acciones civiles individuales del tipo de acciones negatorias o de protección de derechos fundamentales de las personas; impugnación de acuerdos sociales lesivos para determinados comuneros, o la defensa frente a las impugnaciones provenientes de los titulares de negocios hosteleros en base a los principios de igualdad, abuso de derecho y consentimiento tácito.

12. En cualquier caso, la acción de la comunidad a través de sus órganos representativos, o en interés de esta por falta de iniciativa propia, se muestra como la vía más eficaz para garantizar derechos tan elementales como son el derecho a un medio ambiente saludable, a la protección del domicilio frente a inmisiones ilícitas o a la salud.

BIBLIOGRAFÍA

ANTELO MARTÍNEZ, A. R. La Directiva Bolkestein y el urbanismo. A propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de febrero de 2011 (II); en: *Revista on-line del Instituto Nacional de Administración Pública,* edición de 1 de junio de 2012 (fuente: http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?idseccion=92).

BAUZÁ MARTORELL, F. J. Declaración responsable y comunicación previa. Consideraciones críticas del procedimiento administrativo a raíz de la Ley Ómnibus (*Diario La Ley,* núm. 7419, Sección Doctrina, 8 de junio de 2010, Año XXXI).

GIL NOGUERAS, L. A. Conclusiones seminario propiedad horizontal. Madrid 23, 24 y 25 de marzo de 2011. *Cuadernos del CGPJ;* Madrid 2011 (https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones/EVER/Docs/PJPUBLICACIONES/000/0000/00009587/SE1101101_1.0.0.pdf).

HERRERA DEL REY, J. J. *La defensa jurídica contra la contaminación acústica*. Editorial La Ley; primera edición. Madrid, mayo de 2008.

RODRÍGUEZ LAINZ, J. L. Terrazas o veladores en la legislación andaluza; Parte I. Protección ambiental frente al ruido procedente de terrazas y veladores: de la concepción demanialista a la sensibilización medioambiental (*El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados,* 26 de junio de 2013. LA LEY 4363/2013).

— Terrazas o veladores en la legislación andaluza: Parte II. La actividad hostelera en la calle como actividad contaminante: principios rectores y dimensión medioambiental (*El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados,* 27 de junio de 2013. LA LEY 4364/2013).

— Terrazas o veladores…; Parte III. La actual situación normativa de las terrazas o veladores en la legislación andaluza: el impacto de la Directiva Bolkestein (*El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados,* 28 de julio de 2013. LA LEY 4397/2013).

NOTAS

[1] Pueden encontrarse referencias a dicho estudio en: *WHO Regional Office for Europe Night Noise Guidelines for Europe. (2009). WHO Regional Office for Europe Publications (www.euro.who.int/en/what-we-do/health-topics/environmental-health/noise/publications/2009/night-noise-guidelines-foreurope).* Por su parte, la Decisión núm. 1386/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de noviembre de 2013, relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020 «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta» (DOUE L-354, de 28 de diciembre de 2013), nos advierte en su parágrafo 50, correspondiente al objetivo prioritario núm. 3 que: *«Los datos disponibles sobre la exposición media a largo plazo muestran que el 65% de los europeos que viven*

en grandes zonas urbanas están expuestos a niveles elevados de ruido y que más del 20% lo están a niveles sonoros nocturnos que con frecuencia tienen efectos perjudiciales para la salud»; entendiendo por niveles elevados de ruidos los niveles superiores a 55 dB (día) y 50 dB (noche). Propone por ello como objetivo para el horizonte 2020 la aproximación de los niveles de contaminación acústica a los recomendados por la OMS; para lo cual es necesario *«aplicar una política actualizada de la Unión sobre ruido, acorde con los conocimientos científicos más recientes, así como medidas de lucha contra el ruido en su origen, e incluir mejoras en el diseño urbano»* —parágrafo 54, párrafo segundo, apartado ii)—.

[2] La mencionada sentencia niega el amparo al solicitante por considerar que no bastaría con la referencia a valores medios de inmisión sonora calculados respecto de una determinada zona acústicamente saturada —ZAS—; exigiendo por ellos cálculos específicos para las zonas habitables del domicilio en cuestión.

[3] Destaca poderosamente en la STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-420-11), cómo, si bien conforme a la normativa medioambiental comunitaria se ha excluido del expediente de evaluación ambiental cualquier referencia a la existencia de posibles daños materiales como consecuencia de la implantación de una actividad clasificada (es decir, aquellos que no son consecuencia de una degradación medioambiental, sino del ejercicio de la actividad sometida a previa evaluación ambiental), cabe la posibilidad de hacer valer pretensiones indemnizatorias basadas en el solo ejercicio de la actividad molesta. Como nos dirá la mencionada sentencia: *«No obstante, los perjuicios patrimoniales, en la medida en que sean consecuencia económica directa de las repercusiones sobre el medio ambiente de un proyecto público o privado, están amparados por el objetivo de protección perseguido por dicha Directiva* (Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, en su versión modificada por las Directivas 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997, y 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003)».

[4] La sentencia tuvo en cuenta las molestias que causaban a los vecinos una vivienda ubicada en comunidad de propietarios destinada a ciber-café abierto las 24 horas del día; centrándose no tanto en los ruidos provenientes de la vivienda en cuestión, como en las consecuencias derivadas de la especial tipología de la clientela caracterizada por el abuso de drogas y alcohol que consumían tanto fuera como dentro del local, y las molestias que causaban al vecindario con actos de vandalismo o incivismo.

[5] En este sentido, la STSJ de Andalucía, Secc. 1.ª, con sede en Granada 2539/2013 de 29 de julio, estimó que la posibilidad legal de concesión de licencias bajo condición no podía abarcar a cuestiones sustantivas, como lo es la correcta redacción del estudio ambiental.

[6] «*La presente Ley será de aplicación a los espectáculos o actividades recreativas que se celebren o practiquen, independientemente de su titularidad, en establecimientos públicos, aun cuando estos se encuentren situados en espacios abiertos, en la vía pública, en zonas marítimo-terrestres o portuarias, o en cualesquiera otras zonas de dominio público*».

[7] El Nomenclátor ha sido objeto de una reciente reforma para su adaptación a las exigencias de la Directiva Bolkestein: el Decreto 247/2011, de 19 de julio, por el que se modifican diversos Decretos en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas, para su adaptación a la Ley 17/2009, de 26 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

[8] Se trataba del supuesto de una terraza de discoteca ubicada en una azotea, que, sin autorización municipal alguna, emitía música ambiental perfectamente audible en el vecindario.

[9] En este sentido véase el trabajo publicado por RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: Terrazas o veladores en la legislación andaluza; Parte I. Protección ambiental frente al ruido procedente de terrazas y veladores: de la concepción demanialista a la sensibilización medioambiental (2013). *El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*.

[10] «*Sin perjuicio de las licencias urbanísticas correspondientes, la apertura de establecimientos públicos fijos dedicados a la celebración y desarrollo de espectáculos públicos y actividades recreativas permanentes y de temporada se someterá con carácter general, de conformidad con lo establecido en la legislación básica en materia de régimen local*

a declaración responsable ante el Ayuntamiento y al correspondiente control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma».

[11] En este sentido, y en relación con la legislación urbanística de la Comunidad madrileña, se ha pronunciado la STSJ, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, 303/2011, de 17 de febrero. Un primer comentario a la mencionada sentencia y la implicación que en el ámbito de las licencias urbanísticas de actividades ha tenido la Directiva Bolkestein, puede encontrarse en el trabajo de ANTELO MARTÍNEZ, A. R.: La Directiva Bolkestein y el urbanismo. A propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de febrero de 2011 (II) (2012). *Revista on-line del Instituto Nacional de Administración Pública*.

[12] En concreto, el artículo 30.2 de la Ley del Parlamento de Andalucía 7/1999, de 29 de septiembre, de bienes de las entidades locales de Andalucía —LABELA—; en relación con los artículos 57-59 y 61 y sigs. del Decreto 18/2006, de 24 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las entidades Locales de Andalucía —RLABEL—. Véase sobre esta cuestión el profundo análisis de la concepción demanialista de los veladores que se hace en el trabajo citado de RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: Terrazas o veladores, …; *op. cit*.

[13] En el ejemplo de la recientemente aprobada Ordenanza reguladora de las terrazas de veladores de Sevilla (Núm. 106, de 10 de mayo de 2013 —OMV de Sevilla—), solamente se da cierto grado de participación a los vecinos en los expedientes de renovación; pero exclusivamente en aquellos supuestos en que existiera respecto del establecimiento en cuestión resolución firme en vía administrativa en las que se constaten antecedentes de molestias para el vecindario —art. 15.4, a)—.

[14] Se exceptúa tan solo el supuesto de plazas en las que la normativa urbanística haya diseñado un destino específico para uso de terrazas.

[15] Así lo entendió la STJUE, Gran Sala, de 5 de abril de 2011 (asunto núm. C-119/2009).

[16] Se considera servicio: *«cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado».*

[17] La propia Ley, en su artículo 3.11, hacía una remisión directa a la interpretación jurisprudencial del concepto de razón de imperioso interés general por parte del TJUE. Destaca en este punto, en cuanto nos interesa, la STJUE, Sala 1.ª, de 18 de noviembre de 2010 (asunto núm. C-458/2008); la cual pese a considerar que la imposición por parte del legislador portugués de restricciones a la libre prestación de servicios relacionados con la construcción era contrario a los objetivos de la Unión, concluyó que la imposición de ciertas exigencias de profesionalidad para libre prestación de la profesión de constructor a nivel de legislación interna sí se encontraba correctamente fundamentado, entre otras razones, en *«… la necesidad de garantizar la solidez y seguridad de las construcciones y de proteger el medio ambiente y el patrimonio urbano».*

[18] En esencia, las Directivas 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental, y 2008/1/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2008, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación. Comparte esta opinión LOZANO CUTANDA, B. (Ley Ómnibus: silencio administrativo, declaración responsable y comunicación previa (2010); en *Diario La Ley*), quien sostiene que: *«En ocasiones, sin embargo, la aplicación de la autorización no es una decisión del legislador nacional porque viene impuesta el propio Derecho comunitario, en cuanto así lo exigen expresamente otras directivas comunitarias. Así ocurre, en especial, en el ámbito de la protección del medio ambiente, en el que la utilizan como el medio más idóneo para hacer efectivo el principio de acción preventiva del artículo 174.2 Tratado de la Comunidad Europea (pueden citarse, en este sentido, entre otras muchas, la Directiva 2006/11/CE, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad, o la Directiva 2008/1/CE, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación)».* El ejemplo de la STJUE de 6 de septiembre de 2008, a que se refiere la mencionada autora donde se advierte que en aquellos supuestos en que conforme a la normativa sectorial comunitaria se imponga un régimen de

autorización previa, no cabe que las legislaciones internas lo sustituyan por regímenes de control a posteriori, no puede ser más explícito.

[19] Disposición Derogatoria, apartado 2: *«No obstante, las disposiciones vigentes a la entrada en vigor de esta Ley que resulten incompatibles con los capítulos II, III, el artículo 17.1 del capítulo IV y los artículos 24 y 25 del capítulo V mantendrán su vigencia hasta que sean objeto de reforma expresa y, en todo caso, quedarán derogadas el 27 de diciembre de 2009»*. Este plazo coincide con el plazo de incorporación de la Directiva al derecho interno de los Estados miembros impuesto por el artículo 44.1 de la Directiva 2006/123. Evidentemente no era intención del legislador nacional dar tan escasos cinco días para adaptar la normativa sectorial al mandato de la Ley 17/2009; fue simplemente una cuestión de retraso en la tramitación parlamentaria.

[20] Sometimiento a restricción a la capacidad normativa de las Administraciones de imponer requisitos previos a la libre prestación de servicios no es sinónimo de absoluta desregulación. La liberalización de los servicios no obsta a la imposición normativa de condicionantes técnicos o medioambientales tendentes a garantizar concretos fines de interés general que no supongan una vía indirecta de transgresión de las finalidades perseguidas por la Directiva Bolkestein. Así lo entendió la STS, Sala Tercera, Secc. 4.ª, de 19 de julio de 2011 (rec. 219/2010), cuando al hilo de la impugnación del RD 132/2010 por el que se establecen los requisitos mínimos de los centros que impartan las enseñanzas del segundo ciclo de la educación infantil, la educación primaria y la educación secundaria, llegó a concluir que: *«La desregulación de los límites mínimos de algunos espacios docentes fundamentales, como son las aulas, no se puede amparar en la aplicación de la Ley 17/2009, que tiene por objeto facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre prestación de servicios, a costa de incumplir los principios que establece, así como sus disposiciones relativas a los regímenes y procedimientos de autorización»*.

[21] *«Estas últimas normas —arts. 71 bis de la Ley 30/92 y 84 LRBL— se limitan así a establecer una regulación abstracta de la declaración responsable y la comunicación previa o a regular los instrumentos de intervención con que cuenten los entes locales remitiendo a la Ley 17/2009 en cuanto al uso de las licencias en el sector servicios»*. En el párrafo siguiente, el Alto Tribunal reconoce que en un principio la cuestión de constitucionalidad planteada respecto de una Ley del Parlamento Vasco —Ley 3/1998, de 27 de febrero, general de protección del medio ambiente del País Vasco— era correcta, aunque deviniera en causa de inadmisión sobrevenida al modificarse ulteriormente la ley en el sentido planteado por el órgano cuestionador. Ello suponía un primer aval sobre la posible vigencia de requisitos de autorización previa impuestos en disposiciones de carácter general anteriores a la entrada en vigor de la Ley 17/2009; pues de lo contrario la inadmisión podría haberse fundado precisamente en la fuerza derogatoria de dicha ley estatal.

[22] BAUZÁ MARTORELL, F. J.: Declaración responsable y comunicación previa. Consideraciones críticas del procedimiento administrativo a raíz de la Ley Ómnibus (2010). *Diario La Ley*.

[23] Dicho RDL 1/2008 ha sido derogado recientemente por la Disposición derogatoria única, apartado 1,b), de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental.

[24] El ámbito espacial de las instalaciones excluidas del régimen de autorización previa se ha visto aumentado a 750 metros cuadrados de superficie útil de exposición y venta al público por la Disposición final tercera de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

[25] Sobre esta cuestión, y la automática derogación del presupuesto de la autorización previa respecto actividades sometidas a calificación ambiental, véase el trabajo de RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: Terrazas o veladores…; Parte III. La actual situación normativa de las terrazas o veladores en la legislación andaluza: el impacto de la Directiva Bolkestein (2013). *El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*.

[26] En este sentido, la STSJ de Canarias, Sala de lo Contencioso-administrativo (La Palmas), 21/2011 de 11 de febrero.

[27] *«La presente Directiva solo se aplica a los requisitos que afecten a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no se aplica a requisitos tales como normas de tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afecten específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada».*

[28] Tal ha sido, de hecho, el ejemplo de la Ley del Parlamento Vasco 7/2012, de 23 de abril, sujetando a la previa obtención de licencia municipal solamente a determinados establecimientos hosteleros de los que se presume una mayor afección al medio ambiente, a las personas y a sus bienes —salas de baile y fiestas, clubes, discotecas, disco-bares, karaokes, pubs o similares— o superan determinados niveles de aforo o volumen de sonido procedente de aparatos de música.

[29] Para el artículo 3.6 de la Ley 17/2009, es establecimiento físico *«cualquier infraestructura estable a partir de la cual se lleva a cabo efectivamente una prestación de servicios».*

[30] Ello supondrá, evidentemente tener en cuenta, a la hora de la redacción del estudio acústico, el factor de la posible reverberación o expansión del ambiente musical hacia el aire libre ante la necesaria apertura de puertas para la prestación del servicio de dispensación de comidas y bebidas; debiendo establecerse medidas correctoras que impidan o mitiguen los efectos contaminantes de tal actividad; entre los que debería plantearse, sin duda, la incompatibilidad horaria entre una u otra actividad, o la utilización de sistemas de puertas dobles.

[31] La Ordenanza Municipal reguladora del procedimiento y criterios de otorgamiento de licencias para la ocupación de la vía pública mediante veladores u otros elementos auxiliares a los mismos vinculados a establecimientos de hostelería y restauración en la ciudad de Huelva, de 24 de febrero de 2010 (*BOP* de Huelva núm. 59, de 29 de marzo —OMV de Huelva—) permite, por el contrario, a establecimientos dotados de ambientación musical la colocación de veladores; con horario restringido, siempre y cuando cesen en la actividad musical durante el horario de ocupación —art. 6.3—.

[32] En este sentido RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: *Terrazas o veladores…* Parte I; *op. cit.,*

[33] Por poner solo un ejemplo, el artículo 4 de la Ordenanza Municipal reguladora de la ocupación temporal de espacios exteriores con mesas, sillas, parasoles y otras instalaciones análogas que constituyan complemento de la actividad de hostelería, de 17 de enero de 2008 (*BOP* de Córdoba núm. 58, de 31 de marzo de 2008 —OMV de Córdoba—) establece como causas concretas de denegación de una licencia la necesidad de garantizar la tranquilidad pública y la lucha contra la contaminación acústica, así como la protección de los derechos de vecinos y colindantes.

[34] En este sentido, la OMV de Huelva.

[35] La SAP de Sevilla, Secc. 6.ª, 204/2005, de 25 de mayo, rechazó una impugnación de copropietario a la emisión de informe favorable de la comunidad a la solicitud de empresario hostelero de colocación de veladores en la vía pública; aduciendo que en el caso concreto no se había acreditado que el acuerdo supusiera un grave perjuicio para el recurrente que no tuviera obligación jurídica de soportarlo o se hubiera adoptado con abuso de derecho.

[36] De hecho, así son calificadas estas afecciones al uso público de viales o espacios pertenecientes a comunidades de propietarios o conjuntos inmobiliarios en los artículos 17.3 y 20.4, a) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo.

[37] En tal sentido se han pronunciado las Recomendaciones de Carácter General de la Defensora del Pueblo/Ararteko de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en su Informe del año 2003, pp. 509-511 (fuente: http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/1_927_3.pdf). La STS Sala 3.ª, Secc. 5.ª, de 21 de mayo de 2001 (rec. 5195/1996), relativiza, sin embargo esta afirmación, cuando habla de la aplicación del artículo 181 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, afirmando que: *«La razonable compensación que el uso público de la propiedad particular ha de comportar en el pago de los gastos*

de conservación tiene su adecuado tratamiento en las vías negociables y de disposición de derechos, pero parece extraña al principio de equidistribución tanto del planeamiento como de la ejecución urbanística, que es lo contemplado en el precepto contenido en el artículo 3.2. b) del TRLS de 1976». Sin embargo, al menos en mi modesta opinión, el precepto obvia la realidad de la existencia de un gravamen sobre la vía privada en beneficio de la comunidad; y que al menos en el artículo 153.2 de la LOUA la responsabilidad municipal en el mantenimiento de los viales gravados con una servidumbre de uso público es incuestionable.

[38] En este sentido: RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: *Terrazas o veladores…* Parte I; *op. cit.*

[39] Ordenanza reguladora de la ocupación de la vía pública con veladores y estructuras auxiliares, de 26 de octubre de 2012 (*BOP* de Jaén, núm. 208, de 29 de octubre de 2012).

[40] En el mismo sentido GIL NOGUERAS, L. A.: Conclusiones seminario propiedad horizontal (2011) Madrid 23-24 y 25 de marzo de 2011 (2011). *Cuadernos del CGPJ*.

[41] La Orden de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía de 25 de marzo de 2002 —OHA—, establece para todo el año un horario único no de cierre, sino de límite máximo de expendición de bebidas o comidas al público: las 02:00 horas.

[42] La sentencia cita como referentes a las SSTS, Sala Primera, 727/1992, de 14 de julio, y 951/1995, de 6 de noviembre; referida la primera a la colocación en pared de una instalación de aire acondicionado, y la segunda al cerramiento de una terraza de uso privativo de un comunero.

[43] Al igual que la comunidad podría autorizar o permitir por norma de régimen interior el acotamiento de concretas porciones de las zonas comunes, por ejemplo, para la celebración de cumpleaños u otras actividades lúdicas, podrían autorizarse por simple mayoría determinadas, o más bien concretas y específicas utilizaciones de espacios comunes para el desarrollo de la actividad hostelera de uno de los comuneros.

[44] *«La concepción del derecho de propiedad en nuestro ordenamiento jurídico, no sujeta a otras limitaciones que las expresamente previstas en las leyes y las que convencionalmente se establezcan, así como la inexistencia en el título constitutivo de una prohibición expresa del cambio de uso o destino de los locales comerciales del edificio (…) implica que las restricciones a las facultades dominicales han de interpretarse limitadamente, de tal forma que su titular puede acondicionar su propiedad al uso que tenga por conveniente, siempre y cuando no quebrante alguna prohibición legal, y ello aunque suponga un cambio de destino respecto del previsto en el título constitutivo»*.

[45] Se trataba de un supuesto en el que la parte demandante, copropietario que actuaba en interés de la comunidad, reclamaba la declaración de nulidad de una cláusula del contrato de compraventa por la que el promotor se reservaba la facultad de otorgar unilateralmente la escritura de constitución y modificación de propiedad horizontal sin recabar la previa autorización de los copropietarios; y por virtud de la cual consiguió la exoneración de diversos locales del pago de cuotas comunitarias.

[46] *«El adquirente en documento privado sin entrega de posesión, al no ser copropietario, no tiene derecho, ni siquiera posibilidad de concurrir al otorgamiento de la escritura de constitución o modificación del Título Constitutivo de la propiedad horizontal»*. En similares términos se manifiestan las SSTS, Sala Primera, 573/1998, de 15 de junio y 291/1999, de 30 de marzo. De la misma opinión parece ser igualmente GIL NOGUERAS, L. A., *op. cit.*,

[47] «*Sin embargo, en el campo del derecho de obligaciones, se había celebrado un contrato por el que la promotora había vendido al demandante un determinado piso, con la cuota de elementos comunes y si aquel vendedor altera el objeto del contrato, por más que el comprador no haya adquirido la propiedad, está incumpliendo lo pactado en el mismo, incumplimiento que puede dar lugar a responsabilidad pese a que no pueda dar lugar a la nulidad del título o de su modificación»*.

[48] Es fácil encontrar ejemplos jurisprudenciales, algunos de ellos ya citados, en los que se recogen supuestos en los que existían disposiciones estatutarias, evidentemente impuestas

por el promotor inmobiliario, en los que se permitía a titulares de establecimientos hosteleros ubicados en zonas comunes la colocación y explotación de veladores. En este sentido, podemos citar las SSAP de Cantabria, Secc. 2.ª, 319/2001, de 29 de mayo; de Córdoba, Secc. 3.ª, 224/2001, de 20 de noviembre; de Castellón, Secc. 1.ª, 68/2006, de 7 de abril, y de Zaragoza, Secc. 5.ª, 392/2011, de 17 de junio. En todas ellas bien se da por sentada la licitud de tales disposiciones estatutarias impuestas por el promotor, bien se apoya la desestimación de pretensiones de los copropietarios en la existencia de tales cláusulas habilitantes.

[49] Véase en este sentido la STS Sala Primera, 245/1994, de 13 de marzo.

[50] La STS, Sala Primera de 30 de julio de 1991 (rec. 1960/1989), negó legitimación, considerándola mero acto de tolerancia, la decisión del presidente de una comunidad de propietarios de permitir a un comunero una obra consistente en sujetar a fachada una chimenea de ventilación.

[51] Véase en este sentido la STS 469/2012, de 18 de julio.

[52] Piénsese en aquellos supuestos de comunidades formadas por viviendas de segunda residencia, en las que la posibilidad de alcanzar un quórum mínimo en fechas que no sean de verano es prácticamente imposible.

[53] En este sentido vénase, a modo de ejemplo, las SSAP de Huelva, Secc. 1.ª, de 19 de enero de 2000 (rec. 163/1999); de Pontevedra, Secc. 5.ª, 107/2000, de 22 de marzo, y de Barcelona, Secc. 4.ª, 683/2009, de 22 de diciembre. De la misma opinión GIL NOGUERAS, L. A., *op. cit*.

[54] En este sentido GIL NOGUERAS, L. A.; *op. cit*.

[55] La STS, Sala Primera, 1152/2008, de 27 de noviembre, permite la extensión de la prohibición a las atribuciones de uso que se hagan en el título constitutivo, con tal que una interpretación restrictiva de las descripciones que en el mismo se hagan permita deducir la incompatibilidad con tal descripción (*«La prohibición no es materia propia y exclusiva de los estatutos que tienen carácter facultativo y no obligatorio y no son necesarios en la vida de la Comunidad, conforme al artículo 5 de la Ley [SSTS 5 de marzo de 1998; 21 de julio de 2003], por lo que su falta hace viable el Título Constitutivo en el que se pueden establecer disposiciones «en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales», según el párrafo 3 del artículo 5.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, e incluso imponer prohibiciones expresas respecto a concretas y específicas actividades no queridas por los copropietarios del edificio»*).

[56] Podría considerarse dañosa para la finca cualquier actividad que causara daños evaluables económicamente a los bienes comunes (pintadas en fachadas, actos vandálicos, obras que pongan en riesgo elementos comunes,…); e igualmente cualquier actividad que de forma seria y persistente limitara el derecho de los comuneros a disfrutar tanto de las zonas privativas como comunes, como podría ser una actividad hostelera no respetuosa de mínimos cánones de convivencia en orden al respeto de horas de descanso o volumen de ruido.

[57] Incumplimientos graves en materia de horario, contaminación acústica, aislamiento, etc., podrían permitir sin duda la consideración de la actividad como molesta, pese a mantener el hostelero vigente su licencia.

[58] RODRÍGUEZ LAINZ, J. L.: Terrazas o veladores en la legislación andaluza: Parte II. La actividad hostelera en la calle como actividad contaminante: principios rectores y dimensión medioambiental (2013). *El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*.

[59] HERRERA DEL REY, J. J.: *La defensa jurídica contra la contaminación acústica* (2008); pp. 165 y sigs.

[60] *«Cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral».*

[61] *«Una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan ser objetivamente calificables como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad,*

siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida».

[62] Véanse en este sentido las sentencias ya citadas de los casos MILIEVA y otros v Bulgaria y MARTÍNEZ MARTÍNEZ v España; así como las ya clásicas SSTEDH 21 de febrero de 1990 (caso POWEL y RAINER v Reino Unido; asunto 9310/81); 9 de diciembre de 1994 (caso LÓPEZ OSTRA v España; asunto 16798/90);18 de febrero de 1998 (caso GUERRA y otros v Italia; asunto 14967/89); 16 de noviembre de 2004 (caso MORENO GÓMEZ v España; asunto 4143/02), y 30 de marzo de 2010 (caso BĂCILĂ v RUMANÍA; asunto 19234/04). Las dos más recientes, precisamente, insisten en la necesidad de que los poderes públicos garanticen el derecho a la privacidad y a la salud de los ciudadanos mediante políticas activas que tiendan a mejorar la calidad del medioambiente en que se desenvuelven.

(Trabajo recibido el 7-6-2015 y aceptado para su publicación el 20-7-2015)

¿Tutela? ¿Apoyo para la toma de decisiones? Bettencourt, Sordi, di Stéfano

Guardianship? Eventual support for the decision-making process? Case study of Ms. Bettencourt, Mr. Sordi, Mr. di Stéfano

por

IGNACIO SERRANO GARCÍA

Catedrático de Derecho civil

RESUMEN: La cuestión que se aborda en esta nota parte de los intentos de trasposición de la Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, en los que, al socaire de la afirmación que en él se contiene de que todos tenemos la misma capacidad, se intenta eliminar la tutela, y la consiguiente representación legal que ostenta el tutor para sustituirlo por un sistema de apoyo para la toma de decisiones. El trabajo trata tres casos: el de Liliane Bettencourt, el de Aurelia Sordi y el de Alfredo di Stéfano, en los que la senilidad situó a las tres personas en algo grado de vulnerabilidad, siendo susceptibles de abuso por parte de personas cercanas. Se sostiene que en estos casos y en otros semejantes que no comento, sigue siendo la tutela un útil instrumento de protección. Junto a ello se hacen consideraciones sobre la ausencia de libertad en la emisión del consentimiento contractual por estas personas con las consiguientes nulidades o anulabilidades de los negocios que concluyan.

ABSTRACT: The question addressed in this Study attempts transposing the UN Convention on Rights of Persons with Disabilities, in which, on the occasion of the statement that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life. There is an intention of removing the concept of Guardianship itself, and therefore, the legal representation held by the Guardian, to be replaced instead by a support-based system in the decision-making process. This study analyzes three illustrative cases: Liliane Bettencourt's one, Aurelia Sordi's one, and Alfredo di Stefano's case. In the three of them, Senility put the three of these individuals in a significant degree of vulnerability; and therefore, becoming subjects of abuse by their trusted nearby people. It is herein argued that in all these cases and some others alike that will not be commented in this study, Guardianship still remains as a very useful legal tool for Protection. Alongside with it, some other considerations are also made regarding these people's lack of freedom at the time of giving contractual consent in favour of others; and by doing so, the subsequent nullity or voidability in respect of possible further businesses that may be taken by the trusted individuals.

PALABRAS CLAVE. Tutela: Apoyos para la toma de decisiones. Representación. Senilidad.

KEY WORDS: Guardianship. Decision-making Support. Legal Representation. Senility

SUMARIO: PLANTEAMIENTO.—I. LILIANE BETTENCOURT, AURELIA SORDI Y ALFREDO DI STEFANO.—II. LA TUTELA IMPLICA REPRESENTACIÓN DE LA PERSONA EN LA TOMA DE DECISIONES.—III. EL BUEN EJERCICIO DE LA TUTELA.—IV. LILIANE BETTENCOURT.—V. REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS.—VI. AURELIA SORDI.—VII. ALFREDO DI STÉFANO.—VIII. REPRESENTACIÓN FRENTE A APOYO PARA LA TOMA DE DECISIONES.

PLANTEAMIENTO

Hace algunos meses, el Real Patronato sobre Discapacidad hizo pública una «Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad»[1]. Es una propuesta ambiciosa aunque sus soluciones me parecen polémicas. El procedimiento, que pasa a llamarse «de provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad para garantizar el

pleno ejercicio de su capacidad» se sustanciaría, de seguir adelante el procedimiento, por los trámites de la jurisdicción voluntaria[2]. Después de la tramitación que difiere poco de la actual, «deberá el Juez establecer el programa o repertorio de apoyos individualizados que la situación y necesidades de la persona con discapacidad precisase». La tramitación propuesta continúa señalando que «la resolución que así los establezca deberá considerar: 1. Que la finalidad sea la de garantizar el pleno ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad. 2. La obligatoriedad de los apoyos, su extensión y límites así como el régimen de funcionamiento y aplicación y medidas complementarias en su caso. 3. Que se garantice que en la aplicación de tales apoyos se tenga en cuenta en todo momento la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad hasta donde esta pueda expresarla, poniendo todos los medios para llegar a conocerlas, así como que no existan conflicto de intereses ni influencia indebida. Para ello y según cada situación, el Tribunal arbitrará los medios técnicos de comunicación alternativa y de ajuste razonable que considere convenientes… 4. Establecer las medidas de control y adecuación de los apoyos previstos, entre ellos la obligación de comunicar periódicamente al órgano judicial la forma en que se están aplicando tales apoyos, su adecuación a las necesidades para las que han sido establecidos, y sus incidencias para que pueda procederse a su ajuste o modificación. 5. Calendario de aplicación de los apoyos, con determinación de la caducidad de los mismos, y de las fechas en que será precisa su revisión».

Estas previsiones procesales, posiblemente no enmascaren sino un cambio de terminología, tan frecuente en este mundo de las capacidades y discapacidades de las personas. Más polémica me parece la propuesta de modificación del artículo 199 del Código Civil que dice: «Todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica y de obrar en condiciones de igualdad con las demás en todos los aspectos de la vida. / Con el fin de proteger los intereses concretos, las necesidades o el pleno ejercicio de los derechos de una persona, respecto de su persona o bienes, se podrán establecer medidas de apoyo a la toma de decisiones que garanticen la validez de sus actos jurídicos y su derecho de autonomía».

Ciertamente el proyecto no hace sino trasponer al Código Civil lo previsto en el artículo 12 de la Convención de la ONU de 2006. Siempre me ha parecido que hablar en general de las personas con discapacidad, sin hacer distinción entre las diferentes discapacidades, no es realista. Entre las personas con discapacidad se encuentran tanto el manco o el cojo, como el sordo o ciego, pero también el mayor demenciado, el enfermo mental o el que padece una discapacidad intelectual (y cada una de las situaciones con la particularidad de tener diversa intensidad). Dar la misma solución a situaciones tan dispares no es realista, y para ello voy a tratar de exponer tres casos relevantes, cada uno de ellos en un país con su propio ordenamiento jurídico. Porque las instituciones que se denominan tradicionalmente de guarda y protección están tan apegadas a la realidad de las situaciones, que no me parece adecuado prescindir de ellas

en aras a un pretendido «derecho a la discapacidad». Y no se trata de negar el derecho a ser diferente, sino de apoyar a personas afectadas de una discapacidad *incapacitante*, apoyo que debe incluir la posibilidad del sometimiento a tutela. Hay que considerar, entiendo, que una cosa es proclamar la igualdad de derechos y otra distinta es afirmar que todos tienen la misma capacidad.

No obstante, y volviendo al trabajo que propone la modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil y, para ser honesto, tengo que hacer referencia a un precepto que se encuentra dentro del Capítulo IV que se titula «Del apoyo intenso». Dentro de él, el artículo 225 dispone que «cuando sea estrictamente necesario para proteger los intereses de la persona que no pueda ejercer su capacidad jurídica mediante otro tipo de apoyos, la autoridad judicial establecerá en interés de aquella, un apoyo intenso que determinará su representación. La persona física o jurídica designada por el juez para prestar este apoyo representará los intereses de la persona asistida en los supuestos concretos que determine la resolución judicial que lo establezca. La resolución judicial deberá precisar los términos en los que se llevará a cabo la representación, adoptando las salvaguardas que estime precisas para garantizar que tal desempeño no suponga la suplantación de la voluntad de la persona, le cause perjuicio, o sea condicionado mediante influencia indebida. / Este apoyo intenso deberá ser excepcional y preferiblemente respecto de actos o negocios jurídicos concretos y puntuales. / Para los actos y derechos personalísimos será necesaria resolución independiente y específica».

En consecuencia de lo anteriormente señalado, el artículo 1263 se propone con la siguiente redacción: «1. Los menores de edad no emancipados no podrán prestar consentimiento. 2. Las personas con discapacidad lo prestarán a través del programa de apoyos que se haya establecido a tenor de lo establecido en los artículos 202 y siguientes. 3. En ambos casos habrá de respetarse su respectivo derecho de audiencia»[3].

Bien se advierte que en los momentos presentes se está demonizando la incapacitación y la tutela porque se dice que todos tenemos la misma capacidad jurídica (entendida en un especial sentido incluyente de la capacidad jurídica y de obrar) y, en consecuencia de ello, las personas no pueden ser declaradas incapaces *(todos* tenemos la misma capacidad) y la tutela es instrumento de sustitución de una capacidad que es igual para todos, por lo que hay que eliminarla de nuestro ordenamiento, para sustituirla por el establecimiento de planes personalizados de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad[4]. A esta argumentación se añade el llamado «derecho a la propia discapacidad», porque el problema de los afectados por una discapacidad es social: es la sociedad la que, con sus obstáculos, impide el desarrollo completo de la persona en su concreta situación. La atención debe ponerse, por tanto, en la sociedad y no en la persona; lo que debe cambiarse es la sociedad[5]. Yo tengo la personal impresión de que la Convención de la ONU de 2006 está pensando en las discapacidades físicas y sensoriales y de la actitud de todos los países del mundo acerca de las

mismas; pero no se tiene en cuenta con la debida consideración la discapacidad intelectual y/o del desarrollo[6].

El 9 de octubre del año de 2013, el Sr. Nils MUIZŇIEKS (Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa) emite un informe[7] sobre la situación de las personas con discapacidad en España (entre otros temas) y la aplicación del Convenio de la ONU de 2006 sobre derechos de las personas con discapacidad y en él se detiene en el asunto de la capacidad jurídica, señalando en dos números lo siguiente:

«82. Al Comisario le preocupa que, a pesar de las mejoras realizadas en 2011, no se considere de manera adecuada el consentimiento de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial en los procedimientos judiciales relativos a su capacidad jurídica. La legislación vigente, que se basa en el principio de la toma de decisión sustituida (en lugar de apoyada) y la tutela, no cumple los requisitos del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En efecto, el grado en que se priva a una persona con discapacidad de su capacidad jurídica viene determinado por una decisión judicial.

83. El Comisario entiende que las decisiones judiciales infundadas[8] por las que se priva a una persona con discapacidad de su capacidad jurídica obedecen fundamentalmente a prejuicios generalizados y a una falta de información adecuada tanto sobre su discapacidad intelectual o psicosocial como sobre los derechos de las personas con estas formas de discapacidad. No obstante, la inexistencia de servicios comunitarios y de apoyo también pueden explicar que la Administración y los tribunales tengan dificultades para aceptar las opiniones expresadas por personas que sufren ciertas formas de discapacidad intelectual o psicosocial, ya que estas últimas suelen requerir apoyo para poder expresar su consentimiento y opiniones»[9].

El planteamiento general tan sucintamente expuesto y, a mi entender, equivocado, me lleva a recapacitar sobre tres supuestos que han tenido una gran relevancia mediática en los últimos años, en los que se advierte la necesidad de una representación legal para determinadas personas que están aquejadas de discapacidad, que en los supuestos que quiero referir, se concretan en senilidad, con la consiguiente debilidad del ánimo y de la aptitud para decidir.

Los casos en los que voy a fijarme son de tres países: Francia, Italia y España, con la finalidad de determinar que en países con una cultura jurídica común existen situaciones personales en las que un sujeto necesita protección[10]. No hablo de sustitución de la capacidad, sino de protección[11] de la persona para evitar abusos.

Son supuestos que se incluyen dentro de una categoría ampliamente descrita en la literatura especializada y que se conocen en expresión inglesa con las palabras *elder abuse*[12]. En los medios se han aireado las situaciones que aparecen como necesitadas de protección (la salvaguarda de que habla el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas, debe traducirse al español como protección).

I. LILIANE BETTENCOURT, AURELIA SORDI Y ALFREDO DI STEFANO.

El primer caso es muy complejo, tanto como la enorme fortuna de la Sra. Bettencourt y el entramado de entidades encargadas de gestionar la fortuna de una de las personas más ricas del mundo. Durante casi veinte años, Liliane Bettencourt sufrió la influencia de diversas personas entre las cuales la más destacada es un fotógrafo llamado François-Marie Banier, que se benefició de donaciones millonarias en euros (regalo de cuadros, contratación de pólizas de seguros a favor del tal Banier) y otros negocios que beneficiaban al fotógrafo y minoraban las expectativas de heredar a la única hija de la dueña de L'Oreal. En mayo de 2015 se ha hecho pública la sentencia por la que se condena a François-Marie Baneir a tres años de prisión, 350.000 euros de multa y a indemnizar a Liliane Bettencourt con 158 millones de euros. No ha sido el único condenado, puesto que Patrice de Maistre, administrador que fue de la Sra. Bettencourt ha sido condenado a 30 meses de prisión y a la devolución de 12 millones de euros. Ha habido otros condenados, todos ellos por abusar de la debilidad mental de anciana millonaria (*abus de faiblesse*).

Hubo también implicaciones políticas por acusar a un ministro de Nicolás Sarkozy en su campaña política para las elecciones presidenciales de la República francesa[13]. El antiguo ministro Eirc Woerth, ha sido finalmente absuelto por un Tribunal de Burdeos que ha entendido del asunto, con el fin de desplazarlo de los tribunales de París.

De manera que en el *affaire Bettencourt* se mezclaban cuestiones puramente jurídicas, tanto civiles como penales (condición de legatario universal de un extraño en detrimento de la única hija y dos nietos) (las donaciones no podían ser atacadas por inoficiosidad dada la inmensa fortuna de la Sra. Bettencourt. Pero sí por haber sido obtenidas aprovechándose de la *faiblesse* de la señora), con otras políticas.

En el caso de Aurelia Sordi se trataba también de la captación de la voluntad de una anciana de 95 años, por parte de su chófer, que desviaba a su favor la fortuna que Aurelia había heredado de su hermano, el famoso actor Alberto Sordi[14]. Aquí no hay implicaciones políticas, sino simplemente abuso de la situación de senilidad en la que había caído la Sra. Sordi.

Y el tercer caso es el del conocido futbolista Alfredo di Stefano, de 86 años, con la memoria muy debilitada y la voluntad casi suprimida. El Sr. di Stefano manifestó que quería contraer matrimonio con una persona cincuenta años más joven que él, sospechando sus seis hijos que no había intenciones honestas en esa pretensión matrimonial. Se trataría, en la sospecha de los hijos, por parte de la *novia,* de una situación como la describe gráficamente el título del libro «Al patrimonio por el matrimonio»[15].

Las Sras. Bettencourt y Sordi fueron sometidas, la primera a tutela y la segunda a la nueva figura italiana de *amministrazione di sostegno*. Y en relación

con Alfredo di Stefano se han adoptado medidas cautelares con administración del patrimonio encomendada a los hijos del futbolista. Una suerte de tutela real, previa y cautelar, antes de decidir si se le incapacita y somete a tutela, o si se le conserva la capacidad. Nada hay en este caso de la cuestión de la capacidad nupcial, que sigue en nuestro Derecho español, otros trámites distintos de los planteados por los hijos. Otra cosa hubiera sucedido en el Derecho francés en el que la boda tiene que ser autorizada por el tutor[16].

Creo que se pueden sacar lecciones de estos casos y concluir que las conductas de las tres personas merecen, cuanto menos, la reflexión sobre su capacidad (de obrar o de ejercicio). Debe insistirse de nuevo que la incapacitación y la tutela no son medidas que conduzcan a la muerte civil de las personas afectadas —como a veces se dice—, sino instrumentos de protección personal y patrimonial y que un mínimo de patrimonio es indispensable para vivir dignamente.

Los autores de la Propuesta mencionada al comienzo deberían explicar la diferencia que hay entre una tutela y un apoyo intenso. En la esencia de la tutela se encuentra la representación, que está presente en el apoyo intenso, lo que nos reconduce a un asunto simplemente terminológico.

II. LA TUTELA IMPLICA REPRESENTACIÓN DE LA PERSONA EN LA TOMA DE DECISIONES

El título de este apartado refleja una idea muy extendida en los recientes trabajos acerca de las adaptaciones que se pretenden introducir en nuestra legislación. En el núcleo de este asunto se encuentra la Convención de las Naciones Unidas de sobre derechos de las personas con discapacidad de 2006, suscrita por España en 2008[17]. En esta Convención hay un artículo 12 donde se dice:

«Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia

indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria».

El precepto reconoce la posibilidad de abusos y la necesidad de apoyos (núm. 3) y salvaguardias (núm. 4) para impedirlos. Por ello no se entiende bien la enemiga contra la tutela manifestada en varios estudios que se presentan como anteproyectos de ley de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia del procedimiento de incapacitación y del consiguiente sometimiento a tutela[18]. En el Informe mencionado en la nota 1, se prevé incluso la reforma del artículo 1263 del Código Civil con una propuesta de regulación que dice:

«No pueden prestar consentimiento:

1) Los menores no emancipados.

2) Las personas que se encuentran en una situación que les impide conformar o expresar su voluntad por cualquier medio.

Las personas que lo precisen tendrán derecho al uso, reconocimiento y prestación de las medidas de apoyo que resulten necesarias para expresar su consentimiento en todos los ámbitos. El consentimiento otorgado por una persona que cuenta con un plan personalizado de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de conformidad con las previsiones contenidas en dicho plan deberá considerarse plenamente válido. En todo caso, las autoridades o funcionarios públicos que puedan intervenir en los diferentes contratos deberán controlar el efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo de acuerdo con lo señalado en los artículos 215 y sigs. de este Código».

De nuevo se reconoce que hay personas que no son capaces de expresar una voluntad. Para estas personas, el apoyo tiene que ser muy intenso. Puede llamarse tutela (Código Civil español), con otros matices, asistencia (Código de Familia catalán), *amministrazione di sostegno* (Codice civile italiano), *sauvegarde de justice* (Code civil français), o como se quiera, pero parece evidente que necesita una voluntad ajena que actúe en nombre y para la persona afectada o que asista a aquella que carece de aptitud de autogobierno, o como dice el Código Civil francés que no puede «pourvoir seule a ses intéréts» o que son «incapaci di provvedere ai propri interesse» como señala el Código Civil ita-

liano (la asistencia en caso de ausencia de voluntad es algo contradictorio; no se puede asistir a quien se encuentra en coma, por ejemplo[19]).

También parece que el control del efectivo y adecuado funcionamiento de las medidas de apoyo, sugiere las autorizaciones judiciales del actual 271 del Código Civil. Si bien las autorizaciones pueden ser propias y previas a través del llamado «mandato preventivo», o de la autotutela.

III. EL BUEN EJERCICIO DE LA TUTELA

Los que argumentan en contra de la tutela señalan que la personalidad del tutelado es sustituida por la del tutor, de forma que este toma las decisiones sin tener en cuenta las *preferencias*[20], y los deseos del tutelado. Entiendo que el argumento no es cierto. El tutor solo actúa en representación del tutelado, pero tiene que tener en cuenta las aspiraciones de la persona sometida a tutela. En un buen ejercicio tutelar, como el que propone el «Modelo de Tutela» de la Asociación Española de Fundaciones Tutelares[21] se señala que entre los objetivos del servicio de tutela están:

— Dar respuesta a las necesidades de la persona.
— Establecer seguimientos personalizados, directos e indirectos de calidad.
— Velar por su evolución en los servicios sociales o de otro tipo a los que asista, supervisando su prestación, recuperación, autonomía, inclusión social y calidad de vida.
— Acompañarla durante su desarrollo vital, proporcionándola los apoyos que precise en función de sus demandas e intereses y de su individualidad y necesidades evolutivas.
— Ejercer de administrador de sus bienes con total lealtad y trasparencia.
— Representarla y apoyarla en todas las acciones, actividades, etc. que sea necesario (de acuerdo con su sentencia de modificación de la capacidad).
— Proteger y procurar los apoyos que precise para gobernarse personal e individualmente, favoreciendo su propia toma de decisiones y administración de sus recursos.
— Apoyarla en el ejercicio de sus derechos.

La administración de los bienes del sometido a tutela y la representación legal que ostenta el tutor, no quiere decir, de ninguna manera, que el tutor no tenga que tener en cuenta la voluntad del tutelado. Cosa distinta es que la voluntad del tutor sea la decisiva para la validez y eficacia del acto jurídico de que se trate.

Quiero insistir en algo que ya se ha indicado en nota y se trata de que en el propio Código Civil, el artículo 273, luego de los dos preceptos anteriores en los

que se señalan una serie numerosa de actos en los que el tutor tiene que recabar previa autorización judicial y otros en los que se requiere aprobación posterior, se dice que el Juez, antes de autorizar o aprobar lo que pretende hacer el tutor o que ya ha hecho, tiene que oír al tutelado[22]. Esta audiencia significa que el Juez, en una correcta supervisión de la tutela, podrá no autorizar aquellas actuaciones que quiera hacer el tutor, cuando el tutelado manifieste que no desea realizar ese acto. En todo caso, luego de la negativa del tutelado, el Juez, para autorizar o aprobar el acto de que se trate, tendrá que motivar su decisión contraria a los deseos del tutelado. La audiencia del tutelado, no es, en absoluto, habitual en la práctica judicial. Los jueces, al parecer, «no lo consideran oportuno».

Evidentemente no es lo mismo tomar decisiones respecto de la administración de los bienes de una persona que tiene solo una pensión no contributiva, que, como ocurre en el caso Bettencourt, llegar a un acuerdo con Nestlé, para que esta sociedad tome una participación en L'Oreal, o transmitir la nuda propiedad de acciones de L'Oreal, reservándose los derechos políticos, que son alguna de las operaciones que han aparecido en los medios y que han realizado los administradores en nombre de Liliane Bettencourt.

IV. LILIANE BETTENCOURT

El primero de los tres casos que quiero exponer es muy conocido. Se trata de la señora que controlaba la sociedad de cosméticos L'Oreal y un grupo amplio de empresas, lo que la convierte en la mujer más rica de Europa y una de las grandes fortunas del mundo. Se habla de 17.000 millones de euros (algo *menos,* 21.650 millones de dólares, según Forbes).

La Sra. Bettencourt, de 92 años, se ha visto envuelta en varios escándalos, de los que dos, al menos, son verdaderos escándalos y el otro es una lucha por el control del ingente patrimonio.

Conoció en 1987 a un fotógrafo, François-Marie Banier, el cual, según han dicho los Tribunales, captó su voluntad y recibió de Liliane Bettencourt cuantiosas donaciones en dinero, cuadros (Matisse, Picasso y otros grandes maestros), una isla en las Seychelles, en el Océano Índico (la isla de Arros[23]) e incluso llego a sugestionar a la mujer para que llamara al Notario de su confianza y cambiar el testamento, instituyendo al tal Banier legatario universal, lo que con el sistema francés de legítimas suponía entre un 10 y un 20% de la fortuna de la señora. La hija de la millonaria acusó al fotógrafo del delito de abuso de debilidad (*abus de faiblesse*[24]).

La hija, alarmada y supongo que temerosa de *quedar mal* en la herencia de su madre, mandó al mayordomo de la suntuosa residencia de Bettencourt en Neuilly-sur-Seine, que grabara las conversaciones de su madre. Entabló un largo proceso para intentar una declaración judicial que sometiera a su madre

a tutela. Tuvo muchas complicaciones por la complicidad de algunos médicos que testificaban que Liliane Bettencourt estaba en su sano juicio y podía atender sola a sus intereses. Finalmente consiguió varios testimonios que manifestaron las diversas enfermedades que padecía su madre y fue sometida a tutela.

Las grabaciones revelaron no solo las donaciones que Liliane Bettencourt hizo a François-Marie Banier, sino también donaciones a un partido político, que presuntamente excedían de lo permitido. Las conversaciones grabadas ponían de relieve la posible entrega de 150.000 euros a la UMP, el partido de Nicolas Sarkozy, precisamente para colaborar en la campaña a la Presidencia de la República del señor Sarkozy.

Liliane Bettencourt, como puso de relieve el solicitado dictamen médico padecía una «demencia mixta» y el mal de Alzheimer en un «estado moderadamente severo», manifestando que la anciana tenía «problemas cognitivos evidentes con desorientación temporal, problemas de memoria, de razonamiento y elementos afásicos». Además no reconocía su estado.

Los doctores insisten tras el examen, en que la mujer más rica de Francia está afectada por «la enfermedad de Alzheimer en un estado moderadamente severo, con una posibilidad de participación vascular».

A pesar de su estado seguía manteniendo el control de la sociedad L'Oreal y del consorcio financiero que gestionaba su fortuna (Téthys) por medio de un poder que había otorgado a favor de Patrice de Maistre (podría haber dicho que había celebrado un *mandat de protection future*. Pero en el momento del poder no se había introducido en el Code Civil la figura).

Liliane tiene una única hija y dos nietos. La hija entabló un procedimiento de sometimiento a tutela, intentando también que se anularan las donaciones a Banier. Con este llegó a un acuerdo. Pero el procedimiento de delación de la tutela siguió su curso, salpicado de incidencias, ya que la Sra. Bettencourt afirmaba: «Soy muy consciente de haber regalado una parte de mi fortuna. Tengo los medios para ser libre de mis actos, todo lo que he regalado lo he hecho voluntariamente». Estas palabras aparecen en una entrevista de la anciana al diario 'Le Monde'.

No obstante estas afirmaciones, se estimó la falta de capacidad de Liliane Bettencourt y en consecuencia de ello se le sometió a tutela, distinguiendo entre tutela personal y real, recayendo la primera en uno de sus nietos y la segunda en la hija Françoise Meyers-Bettencourt.

No parece cuestionable que con las enfermedades que revelan los exámenes médicos, la Sra. en cuestión es persona con discapacidad. Manifiesta claramente su voluntad de realizar las donaciones que efectuó y había ordenado sus asuntos por medio de un poder que posibilitaba la administración de sus intereses patrimoniales. No obstante todo ello se le ha sometido a tutela.

El Tribunal de Burdeos, donde finalmente se ha visto el caso de abuso de debilidad, ha manifestado lo siguiente: «Le président du tribunal, Denis

Roucou, a insisté sur la "particulière vulnérabilité" de Liliane Bettencourt, 92 ans aujourd'hui». «Ceux des prévenus qui la fréquentaient régulièrement» ne pouvaient l'ignorer et «elle s'est retrouvée à la merci d'hommes en qui elle plaçait sa confiance», a-t-il déclaré».

La Sala de Burdeos ha dictado sentencia en el orden penal, condenando a François Marie Banier y a De Maistre, junto a otros, aunque el exministro de la UPM Eric Woerth ha quedado absuelto.

V. REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

Cualquier negocio jurídico, e incluso cualquier declaración de voluntad no negocial exige dos requisitos: uno interno que hace referencia a la formación de la voluntad y otro externo que exige la expresión de la voluntad internamente conformada (puede haber dolo del art. 1269; es posible que haya, en ocasiones, intimidación, art. 1267, o error). De esta forma cualquier declaración de voluntad con trascendencia jurídica exige la conformación de una libertad interna y la expresión de la misma. Se requiere que haya conformidad entre lo que se quiere y lo que se manifiesta querer. En el caso Bettencourt, las diferentes dolencias que le afectaban, pueden fundamentar que sus manifestaciones con trascendencia jurídica no sean eficaces por incapacidad natural o por captación de voluntad (la persona no dice lo que quiere él mismo, sino lo que quiere quien capta su voluntad). La persona declara lo que quiere, pero lo que quiere no ha sido decidido con libertad. Los franceses regulan el delito de *abus de faiblesse* (esto es, debilidad de espíritu). De esta forma las diferentes donaciones, los contratos de seguro de vida, y otros que Liliane Bettencourt hizo a favor de François-Marie Banier, e incluso el pretendido testamento en el que le nombraba legatario universal, serían nulos[25] por ausencia de libertad interna, aunque la voluntad manifestada sea la realmente querida por quien la hace, porque más bien es querida por quien capta su voluntad interna[26].

En el caso de una persona sometida a tutela, se determina que nunca conforma correctamente su voluntad por razón de la afectación que padece. No significa de ninguna manera que el tutelado no tenga preferencias, deseos, aspiraciones…, sino que estas no son eficaces por una viciosa conformación de la voluntad interna. Los recientes documentos a propósito de la Convención, que he podido leer hablan, muchas veces, de deseos sin ninguna relevancia, como ir al cine, comprar cosas de escaso valor, y situaciones semejantes. Pero no se puede colocar en el mismo plano el deseo de ver una película en una sala de cine, con la donación de mil millones de euros, o de una isla en el Océano Índico, como tampoco lo es contratar un préstamo con garantía hipotecaria.

Ante este problema, se puede plantear si los actos del incapaz sometido a tutela son radicalmente nulos o si son meramente anulables. Las manifestaciones

concordes con una voluntad interna deficientemente conformada, generan en quien recibe esa declaración de voluntad una confianza que debe ser protegida y en consecuencia deberían ser anulables. Aunque también hay que pensar que quien recibe la declaración de voluntad puede conocer la deficiente voluntad de quien la expresa, porque el aspecto externo del sujeto revela su ausencia de autogobierno. En ese caso no debe ser protegido.

VI. AURELIA SORDI

En el caso de la Sra. Sordi se trataba de una anciana de 95 años, hermana del famoso actor de cine, romano, Alberto Sordi que luego de una carrera de éxito, había fallecido en estado de soltería y sin descendencia, siendo heredera su hermana Aurelia. La herencia de *Albertone* la hizo titular de una fortuna de varias decenas de millones de euros.

El asunto de Aurelia Sordi comenzó con una denuncia por estafa contra tres personas: el chófer de la señora (Arturo Artadi), un abogado civilista (Francesca Piccolella) y un notario (Grabriele Sciumbata). Hubo, al parecer, una connivencia entre las tres personas indicadas. El abogado redactó el poder (*procura*, en terminología italiana) que se firmó en la notaría por virtud del cual el chófer tenía plena y exclusiva disposición sobre todas las cuentas y posiciones patrimoniales de Aurelia Sordi. El chófer era persona de mucha confianza de los hermanos Sordi, primero de Alberto y luego de Aurelia; les había atendido desde los dieciocho años cuando le trajeron de Perú. Arturo Artadi manejaba una cuenta para los gastos ordinarios de la casa, pero a consecuencia de un poder que le autorizaba a disponer de todas las cuentas, se pusieron en alerta los Bancos, en concreto un director de una sucursal, amigo de los hermanos Sordi.

Fueron, por tanto, los responsables del Banco, quienes sospecharon de un poder tan amplio y solicitaron de Abbamonte (Ministerio Público), que se examinara a Aurelia y se estableciera su capacidad intelectual y de autogobierno. El resultado del examen médico realizado inicialmente por un neurólogo y corroborado más tarde por tres profesores universitarios, con asistencia de personas representantes de las partes implicadas, puso de relieve que Aurelia Sordi era persona incapaz que, entre otras deficiencias, desconocía el valor del dinero; el diagnóstico se efectuó con la asistencia del Fiscal, concluyendo que la firma del poder general en favor del chófer no era libre, por lo que se ordenó la extinción del poder; que la Sra. Sordi había sido estafada (*raggirata*). Se determinó asimismo que la captación engañosa de la voluntad se había producido también en el pasado.

Eugenio Abbamonte, fiscal, solicitó del tribunal la incapacitación de Aurelia Sordi por ausencia de la capacidad de entender y de querer.

Una de las pruebas determinantes fue la de que antes de las maquinaciones sobre Aurelia Sordi, esta había testado, sin dejar nada a sus sirvientes. Y doce meses más tarde fueron beneficiarios de varias donaciones por valor de dos millones y medio de euros. Poco más tarde el chófer se encuentra apoderado para la gestión de todo el patrimonio.

La fiscal Loy ha pedido un *amministratore di sostegno* para Aurelia Sordi. Con posterioridad a todos estos acontecimientos, Aurelia Sordi ha fallecido siendo su heredera universal la Fundación «Museo Alberto Sordi». El chófer durante tantos años se lamenta de que le hayan apartado del cuidado de la señora con la que se sentía muy unido y a la que consideraba una madre, atendiendo no solo el cuidado material, sino también cuidándose del tratamiento médico que requería el estado de salud de la casi centenaria Sra. Sordi.

VII. ALFREDO DI STÉFANO.

El tercer ejemplo es del famoso futbolista nacionalizado español, argentino de nacimiento, que a los 86 años ha manifestado su deseo de contraer matrimonio con una señora 50 años menor que él.

Alfredo di Stefano nace en 1926 y juega al futbol desde 1945 hasta 1964, en equipos argentino (River Plate), colombiano (Millonarios de Bogotá) y español (Real Madrid). Todo el mundo deportivo se deshace en elogios sobre su técnica y polivalencia jugando al futbol. Siendo jugador del Real Madrid, este equipo alcanzó los mayores éxitos de su historia, sobre todo en la llamada entonces Copa de Europa. El equipo, con di Stéfano como delantero centro, ganó cinco Copas de Europa.

Su fichaje por un equipo español fue complicado pues tenían derechos sobre su traspaso el equipo argentino River Plate y el Millonarios de Bogotá y querían adquirir sus servicios el Barcelona y el Real Madrid. Finalmente, en 1953, se arreglaron los problemas y comienza a jugar en el equipo madrileño, consiguiendo muchísimos títulos y alcanzando tal fama que ha sido considerado uno de los cinco mejores futbolistas del mundo. Jugó hasta 1964. Se había nacionalizado español y jugó en la selección española.

Su historia vital se vio salpicada por un secuestro sufrido en Caracas (Venezuela) perpetrado por el Frente de Liberación Nacional de Venezuela, el 20 de agosto de 1963. El secuestro duró dos días.

Cuando se retira del ejercicio del futbol como jugador, se dedicó unos años a ejercer de entrenador, y finalmente se quedó a vivir en España, concretamente en Valencia. Después de su retiro definitivo ha sido nombrado Presidente de Honor del Real Madrid.

Aparte su historia deportiva, el famoso futbolista conocido como «La Saeta Rubia», ha sufrido diversos problemas médicos, entre ellos un infarto, y en la

actualidad se encuentra en situación de no poder andar por sí mismo y tener que desplazarse en silla de ruedas.

Alfredo di Stefano estuvo casado muchos años con Sara Freitas de la que ha tenido seis hijos. Estos hijos, cuando conocen las *intenciones* de boda de su padre, son quienes presentan la demanda de incapacitación el 24 de abril 2013 y la solicitud de medidas cautelares en relación con los bienes. La salud de di Stéfano empeoró en los últimos meses de su vida. Sus problemas de memoria se acrecentaron y surgieron complicaciones psíquicas. Pero fuentes conocedoras de su estado aseguran que está «tranquilo y bien atendido».

La agencia EFE publicó: «ante el deterioro evidente de las facultades físicas e intelectivas que se viene observando en nuestro padre desde hace meses, sus cinco hijos, previo diagnóstico médico de su estado de salud, tomamos la decisión de solicitar ante los juzgados competentes, y en su exclusivo interés, su declaración de incapacidad, promoviendo de forma simultánea la adopción de medidas cautelares en orden a la preservación de su patrimonio».

Los hijos presentaron esta demanda de incapacidad al descubrir que en los juzgados de la madrileña calle de Pradillo habían comenzado a tramitarse los papeles para celebrar la boda de su progenitor con Gina González, su secretaria, representante y acompañante en los últimos años. El 26 de abril de 2013, el juez admitió la demanda. Sus últimas declaraciones datan de mediados de julio (2013). «Mis hijos me cuidan muy bien. Si no me cuidan ellos, ¿quién lo va a hacer?» «Estoy bien, recuperándome», añadía. Las medidas cautelares fueron adoptadas, aunque no se llegó a declarar su incapacidad y consiguientemente sometimiento a tutela o a curatela. Falleció el 7 de julio de 2014, a los 88 años de edad.

VIII. REPRESENTACIÓN FRENTE A APOYO PARA LA TOMA DE DECISIONES

La tutela es institución que implica representación; en ella el pupilo es la persona representada y el tutor el representante. Se trata de una representación legal que, como se sabe, engloba esta y, además, la del menor *in potestate* y la del ausente.

Entre los *convencionalistas*[27] se trata de suprimir de nuestras leyes la representación legal del pupilo por el tutor porque, dicen, en la relación pupilo-tutor hay *sustitución* de la personalidad, como si el tutor en su deber representativo prescindiera en absoluto de la voluntad y deseos del tutelado, para imponer los suyos propios frente a los del sometido a tutela[28].

Hay veces, ciertamente, en las que la representación legal implica sustitución, como en el caso del *infans* representado por sus padres o el caso del ausente, del que no se sabe *ubi sit et an sit*, y estas situaciones de, infancia

menor de la persona y de ausencia o desconocimiento de voluntad alguna en caso del ausente, hace que, necesariamente, el representante del ausente tenga que hacer valer su voluntad prescindiendo en absoluto de la de la persona representada, de la que no se sabe si tiene voluntad y, si la tiene, no se conoce.

Se encuentra alguna manifestación en la jurisprudencia acerca de la representación; me parece particularmente interesante la contenida en la STS 625/2011, de 21 de septiembre *(RJ* 2011, 6575) cuando dice: «La representación legal del tutor le impone el deber de injerencia en la esfera jurídica del incapaz cuando sea necesario para obtener su protección, si bien no libremente, sino con las limitaciones que derivan de la naturaleza de función que tiene la tutela y por ello el ejercicio de la acción de divorcio por parte de los tutores debe responder a las mismas reglas que rigen la representación legal …».

Ocurre que la representación por el tutor, en la jurisprudencia, se ha discutido especialmente en el caso de ejercicio por el tutor de la acción de divorcio. Hay varias resoluciones en esta materia [sentencia AP Álava 316/2004, de 20 de diciembre *(RJ* 2005, 250), AP Álava 349/2001, de 31 de diciembre *(RJ* 2002, 1320), TS 149/1999, de 27 de febrero *(AC* 1999, 1418), AP Asturias, auto 26/1998 de 4 de febrero *(AC* 1998, 3516) y AP Asturias 105/1998 de 23 de febrero *(AC* 1998, 248), además de la ya mencionada en el texto de 2011]. No menciono aquí la STC en esta misma materia. Las soluciones de los tribunales son diferentes, siendo negativas a la legitimación del tutor tres de ellas y afirmativas otras tres[29].

En la práctica cotidiana del ejercicio tutelar se plantean cuestiones mucho más modestas. Escuchaba hace poco en una conferencia dirigida a los voluntarios tutelares la necesidad de atender, por ejemplo, el deseo de una persona con discapacidad intelectual o del desarrollo de practicar la natación, o de ir al cine, o de escuchar determinada música. Y se dice que el tutor tiene que atender a las preferencias del pupilo en estos asuntos, tan sencillos. En verdad que, para llegar a estas conclusiones de que debe atenderse a las preferencias del incapaz, no hace falta que nos lo diga la Convención de la ONU, porque un buen ejercicio tutelar no puede prescindir de los deseos del tutelado, teniendo, incluso, que alentar las capacidades de la persona sometida a tutela para que desarrolle todas sus capacidades, como determina, por otra parte, el Código Civil cuando dispone que es obligación del tutor procurar la recuperación de la capacidad del sometido a tutela y de ejercer el cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos respetando su integridad física y psicológica (arts. 269, 3.º y 268 del Código Civil).

Y, con mucha frecuencia, así se hace. Un buen ejercicio tutelar impide al tutor obligar a practicar baloncesto cuando al tutelado lo que le gusta verdaderamente es nadar…

Pero hay asuntos mucho más complejos, como muchos de los que enumera el artículo 271 del Código Civil. Me fijo únicamente en un punto: 271.8.º «dar y tomar dinero a préstamo». Para ser prestatario hay que tener especiales co-

nocimientos por lo que se ha desatado una polémica, en la que ha intervenido incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, acerca de las cláusulas insertadas por los prestamistas en los contratos de préstamo. Hacer que el tutor represente al tutelado, previamente autorizado por la autoridad judicial, con intervención del Ministerio fiscal, e interviniendo finalmente un notario para autorizar la póliza del préstamo, no me parece una solución que vulnere los derechos de la persona con discapacidad incapacitada judicialmente. Parecidas consideraciones pueden hacerse respecto de otros negocios de los mencionados en el artículo 271 (ventas, hipotecas, aceptación de herencias…).

Todas las cautelas que establece el Código Civil, en su actual redacción, entiendo que no deben ser eliminadas en aras de una afirmación —creo que falsa— de que todos tenemos la misma capacidad jurídica, en el buen entendimiento de que esta afirmación del artículo 12 de la Convención de la ONU, de que la capacidad a la que se refiere el precepto incluye la de obrar. Porque de la capacidad jurídica, nadie discute. La afirmación del artículo 12 de la Convención de 2006 es gratuita, puesto que al igual que dice que todos tenemos la misma capacidad jurídica, podría haber dicho que todos medimos 1,80 metros de altura, o que todos somos capaces de resolver una raíz cúbica. El papel lo resiste todo. Se puede escribir lo que se quiera; cosa distinta es que lo escrito sea cierto.

Hay que entender que *el apoyo* que necesitan tantas personas sin posibilidad de entender y de querer es precisamente la tutela, en el Derecho español, aunque como hemos visto en otros países este *apoyo* puede ser una *amministrazione di sostegno*. Porque la expresión *apoyos* es más propia de la psicología que el derecho. También es muy utilizada la expresión *apoyos* por los asistentes sociales.

Los tres casos de los que me he ocupado son supuestos de maltrato, claramente económico en, al menos, dos de los supuestos; los de Lilliane Bettencourt y Aurelia Sordi. Ahora bien ¿Cómo se afrontan los supuestos de maltrato?

Ya hemos visto que en el caso de la francesa, la justicia enfrenta el caso desde el punto de partida del Derecho penal. Para poder enfocarlo penalmente, tiene que estar descrito en las leyes penales, el supuesto, porque *nullum crimen, nulla pena sine previa lege penale*. En el caso español, el planteamiento es civil, sin que pueda descartarse que los actos descritos en el caso de Aurelia Sordi puede —y así ocurrió— ser atacado por fraude. El de di Stéfano tiene un enfoque civil.

NOTAS

[1] El documento tiene fecha 13 de junio de 2012 y lo firma la Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad. Hay otros trabajos de interés sobre este tema; me ha interesado especialmente el

de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, de marzo de 2015, titulado «Sobre la reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad».

[2] El proyecto de ley de Jurisdicción Voluntaria de 2013, actualmente en tramitación en las Cortes Generales, no contempla el procedimiento para la modificación de la capacidad como uno de los de jurisdicción voluntaria.

[3] La «audiencia» ya está prevista en el artículo 273 del Código Civil, según resulta de la redacción procedente de la reforma de 24 de octubre de 1983. Cosa distinta es que dicha audiencia no se pida por los jueces antes de autorizar —previamente— o aprobar —posteriormente— alguno de los actos o negocios de los artículos 271 y 272, ambos del propio Código Civil.

[4] Así se expresan Rafael DE ASÍS, Patricia CUENCA y otros en el Informe «El tiempo de los Derechos» núm. 23 (Capacidad jurídica y discapacidad. Propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al artículo 12 de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad), abril 2012, pp. 80 y sigs.

[5] Ver, recientemente, Carlos MARÍN CALERO, *El derecho a la propia discapacidad. El régimen de la discapacidad de obrar*, Madrid 2013.

[6] Hay un video en youtube titulado «Olvidados de los dioses» que relata la penosa situación de las personas con discapacidad en el Nepal. Después de reflexionar sobre la situación que describe, no parece que las soluciones puedan generalizarse, porque se parte de convicciones sociales radicalmente diferentes.

[7] Commissioner for Europe, Estrasburgo, 9 de octubre de 2013. CommDH (2013) 18. Versión original en inglés. Hay versión española que es la que he manejado.

[8] Es un poco fuerte estar de acuerdo en que las decisiones de los tribunales españoles en estos temas de capacidad son *infundadas*. Lo que no quiere decir que existe una utilización abusiva de la tutela, que es otro tema. Desde luego en la Constitución se exige que todas las sentencias de los tribunales estén motivadas (art. 120).

[9] Me llama la atención que el Comisario se refiere en este punto de la capacidad a las personas con discapacidad *intelectual o psicosocial* por contraste con otros documentos, en esta misma línea de pensamiento que se refieren genéricamente a las personas con discapacidad, sin concretar el tipo de discapacidad que les afecta. No se refiere al grado de afectación que puede determinar la necesidad de apoyos puntuales o de una tutela en toda regla. De todos modos el acento hay que ponerlo en la idea imperante de eliminar la llamada «toma de decisiones sustituida» por un sistema de «apoyo para la toma de decisiones». Y también la afirmación de que la tutela no encaja en los planteamientos de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad.

[10] Protección y apoyo son expresiones que significan lo mismo. En el diccionario de la RAE se puede leer «Apoyo»: protección, auxilio o favor. La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2010 se refiere a las «medidas de protección o apoyo en los procedimiento sobre determinación de la capacidad…».

[11] No debe olvidarse que la tutela, la curatela y la guarda de hecho, así como la patria potestad, son institutos de guarda y protección.

[12] Entre la amplia literatura sobre el abuso a los mayores, véase Isabel IBORRA MARMOLEJO, *Violencia contra personas mayores*, Barcelona, 2005.

[13] Se trataba, en el caso, de presuntas donaciones al partido político del que luego fuera Presidente de la República, que excedían de las autorizadas por la legislación francesa.

[14] Un romano que trabajó en el cine, fundamentalmente, muchas veces como actor, aunque también lo hizo como director. Como actor trabajó desde 1937 hasta 1998, y protagonizó más de 100 películas (entre ellas una de las más famosas fue «La gran guerra», obra maestra dirigida por Mario Monicelli (1959).

[15] Cyril N. PARKINSON, *Al patrimonio por el matrimonio. Tercera Ley de Parkinson*, Círculo de Lectores, 1970. Las situaciones de utilización del matrimonio de manera fraudulenta para alcanzar fines distintos de los propios de la institución matrimonial son, desgraciadamente, muy frecuentes en la España de hoy.

[16] El artículo 460 Cc francés, dispone: Le mariage d'une personne en curatelle n'est permis qu'avec l'autorisation du curateur ou, a défaut celle du juge. / Le mariage d'une personne en tutelle n'est permis qu'avec l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué et après audition des futurs conjoints et recueil, le cas échéant des parents et de l'entourage.

[17] Recuérdese que el artículo 96 de la Constitución Española señala que «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». Se publicó en el *BOE* de 21 de abril de 2008.

[18] Como ejemplo de lo que señalo en el texto, puede verse el párrafo de los Documentos de Trabajo del Real Patronato de personas con discapacidad: «En el primer párrafo del presente artículo, se señaló como recomendable que la actual redacción refleje de un modo más preciso el presupuesto de partida, es decir que «todas las personas son iguales ante la ley sin distinción por motivo de discapacidad». Asimismo, se señaló la necesidad de que el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad incluya la «capacidad de obrar». Cuando el ejercicio de la capacidad de obrar de modo autónomo y personal pueda verse dificultado a causa de la discapacidad, los Estados deberían proveer un sistema de apoyo para el ejercicio de dicha capacidad jurídica, así como garantizar la protección contra el abuso en dicho apoyo, protección que no debe presuponer el modelo de tutela actual».

El sistema de apoyo no tan claramente expuesto comenzó su andadura en la Ley 1/2009, de modificación del Registro civil, concretamente en su Disposición final primera, cuando señala: «Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar. El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006». El legislador insiste en señalarse plazos que luego incumple, puesto que los seis meses terminaron el 26 de junio de 2009.

Desde el procedimiento de incapacitación se ha pasado al procedimiento de modificación de la capacidad y, ahora, hay pretensiones de cambiarlo de nuevo para denominarlo «procedimiento para el establecimiento de planes personalizados de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad». (Rafael DE ASÍS, Patricia CUENCA *et alii,* Informe «El tiempo de los derechos» núm. 23, pp. 80 y sigs.).

[19] El día 2 de enero de 2014 se pudo leer en los periódicos que Ariel Sharon, el que fuera Primer ministro del Estado de Israel ha empeorado y que su vida corre serio peligro. Lleva en coma desde 2006. Si hubiera habido necesidad de gestionar algún asunto del político israelí, tendría que haberlo hecho otro por él ya para él.

[20] Se refieren los *convencionalistas,* constantemente a las preferencias del tutelado, pero nunca hablan de las posibilidades. Esta reflexión podría hacerse extensiva a todos los individuos, con independencia de que adolezcan de discapacidad o no. Una cosa es lo que cada persona *prefiere* y otra muy distinta es lo que *puede* hacer.

[21] Publicado en Madrid, 2012, y elaborado por Josep TRESSERRAS, Marta SUNYER, Pedro María FERNÁNDEZ ROBLES, Mikel BARRÓN y Arancha PINAR. Puede consultarse en la página web de la Asociación Española de Fundaciones Tutelares (se ha publicado el texto en papel).

[22] Artículo 273. «Antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los dos artículos anteriores, el Juez oirá al Ministerio Fiscal y al tutelado, si fuese mayor de doce años o lo considera oportuno, y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes».

[23] Comprada, al parecer, para evadir impuestos y regalada a Banier.

[24] Section 6 bis: De l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse.

Article 223-15-2

Modifié par LOI núm. 2009-526 du 12 mai 2009 - artículo 133

Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont

la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables.

Lorsque l'infraction est commise par le dirigeant de fait ou de droit d'un groupement qui poursuit des activités ayant pour but ou pour effet de créer, de maintenir ou d'exploiter la sujétion psychologique ou physique des personnes qui participent à ces activités, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende.

[25] La doctrina española no está de acuerdo en si estos actos son radicalmente nulos o simplemente anulables. En el caso de Liliane Bettencourt no se puede sostener que debe ser protegida la apariencia, porque Banier conocía perfectamente la situación mental de su cocontratante.

[26] El caso de las donaciones no se plantea en términos de Derecho civil, sino en los del Derecho penal. Por eso se habla de delito de *abus de faiblesse*.

[27] Llamo así a los juristas partidarios de la aplicación incondicionada de la Convención de la ONU de derechos de las personas con discapacidad.

[28] Muy significativo del modo de pensar, Luis CAYO PÉREZ BUENO, «… el ámbito en el que hay un mayor desencuentro … es el que afecta a la regulación de los derechos de la personalidad y la capacidad jurídica y de obrar de las personas con discapacidad, y las restricciones y sustituciones que estas pueden encontrar, por razón precisamente de su discapacidad, en los ordenamientos de tradición continental latina, como es el caso español. El artículo 12 de la Convención consagrado [*sic*, debe decir *consagrando*] el reconocimiento de la igualdad plena ante la Ley de las personas con discapacidad, incide de lleno en las instituciones que en nuestro Derecho preexistente regulan esta materia, y obligan a un replanteamiento, sobre cuya necesidad, con anterioridad incluso al Tratado internacional, ya se había pronunciado el movimiento social de la discapacidad y la más esclarecida doctrina [*sic*]. El entendimiento de la plena personalidad a efectos jurídicos de las personas con discapacidad, incluidas aquellas que presentaban discapacidades que tradicionalmente se habían considerado comprometían la capacidad de gobierno de sí mismas y de sus intereses de todo orden, lleva consigo una revisión profunda de instituciones tan arraigadas como desde un punto de vista sustantivo, los complementos de la capacidad (tutela, curatela, guarda de hecho, prórroga de la patria potestad, etc.) o, desde un punto de vista formal, los procesos de la hasta ahora llamada *incapacitación judicial* (fraseología que habría que desterrar en el futuro). La Convención se sitúa —y sitúa a los Estados parte— en un paradigma de personalidad jurídica plena, indemne a toda forma de intervención restrictiva, y orienta la legislación a la regulación de apoyos y asistencias para que la completa capacidad sea una realidad efectiva». En La Recepción de la Convención de la ONU en el Ordenamiento Jurídico Español: Ajustes Necesarios, *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo,* (Luis Cayo Pérez Bueno, dirección. Ana Sastre, edición), Pamplona 2009, pp. 323-324.

[29] Puede verse el comentario a este asunto de Rodrigo BERCOVITZ, Separación matrimonial de un incapaz, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, vol. I (BIB 1999\751*. Verdaderamente las cuestiones relativas al estado civil se encuentran fuera de la representación: nadie entendería que el tutor pudiera casar a su tutelado, ni que otorgara testamento por él, o que reconociera a un hijo. Sin embargo, prevalece en la doctrina y en la jurisprudencia es discutido, si el tutor puede divorciar al sometido a tutela. Conceptualmente habría que decir que no puede hacerlo, pero los casos que se han planteado son de abusos y malos tratos por parte del cónyuge capaz respecto del tutelado, siendo el divorcio la única medida protectora para remediar el abuso.

(Trabajo recibido el 10-6-2015 y aceptado para su publicación el 20-7-2015)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Algunas consideraciones sobre el Registro de Bienes Muebles

Some Considerations on the Personal Property Registration System

por

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS
Abogado del Estado

RESUMEN: En el trabajo se aborda críticamente la estructura del Registro de Bienes Muebles. Se mantiene que la organización del mismo debe basarse en los objetos que en el mismo se inscriben y no en los derechos que se constituyen sobre esos objetos. Se destaca que en aquel Registro no todo lo inscrito son bienes, ni los que lo son, todos son muebles. Resulta peculiar el dar entrada en él a las cláusulas de condiciones generales. A su vez, al tratar de las participaciones de las sociedades limitadas, se entra en la naturaleza jurídica de dichas participaciones.

ABSTRACT: This paper takes a critical look at the structure of the personal property registration system. The system ought to be organized based on the objects registered, not the rights in such objects. Not everything registered in the system is property, nor is all the property registered in the system personal property. It seems strange that clauses of general terms and conditions should be eligible for registration in the personal property registration system. Where interests in private limited companies are concerned, the legal nature of the interests becomes an issue.

PALABRAS CLAVE: Registro de Bienes Muebles. Valores mobiliarios. Participaciones. Venta a plazos.

KEY WORDS: Personal property registration system. Securities. Interests. Sales on the instalment plan.

SUMARIO: I. CREACIÓN DEL REGISTRO DE BIENES MUEBLES.—II. NO TODOS SON MUEBLES.—III. NO TODOS SON BIENES.—IV. LO QUE DEBE EXCLUIRSE DEL REGISTRO.—V. CONFIGURACIÓN DEL REGISTRO EN RAZÓN DE LOS OBJETOS.—VI. SECCIONES QUE PUEDEN CONFIGURAR EL REGISTRO.—VII. REFERENCIA A LAS TRES PRIMERAS SECCIONES.—VIII. SECCIÓN 4.ª: CREACIONES DEL INGENIO.—IX. SECCIÓN 5.ª: LOS VALORES MOBILIARIOS.—X. EN ESPECIAL LAS PARTICIPACIONES.—XI. MÁS SOBRE LAS PARTICIPACIONES.—XII. COORDINACIÓN DEL REGISTRO MOBILIARIO CON LOS SOCIETARIOS.—XIII. SECCIÓN 6.ª: VENTA A PLAZOS DE MUEBLES.—XIV. SECCIÓN 7.ª: BIENES OBJETO DE PRENDA.—XV. SECCIÓN 8.ª: OTROS BIENES IDENTIFICABLES.—XVI. ENCAJE DE LOS ELEMENTOS EXCLUIDOS.—XVII. RETOQUES Y PRETENDIDAS AMPLIACIONES DEL REGISTRO.—XVIII. ¿CONSIDERACIÓN GENERALISTA DEL REGISTRO?

I. CREACIÓN DEL REGISTRO DE BIENES MUEBLES

El Registro indicado, aunque había sido anunciado hacía tiempo, nació de forma un tanto extravagante en la disposición adicional única del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, que regulaba el Registro de condiciones generales de la contratación. Tras su creación en el apartado 1, el 2 de aquella disposición define el Registro de Bienes Muebles como el de titularidades y gravámenes sobre bienes de esa naturaleza, así como de condiciones generales de la contratación.

Como normativa subsidiaria el apartado 6 de la adicional única menciona la Ordenanza del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, el Reglamento del Registro Mercantil y el Reglamento Hipotecario.

Aquel apartado 1 de creación enuncia las secciones del nuevo Registro:

1.ª Sección de Buques y Aeronaves.
2.ª Sección de Automóviles y otros Vehículos de Motor.
3.ª Sección de Maquinaria Industrial, Establecimientos Mercantiles y Bienes de equipo.
4.ª Sección de otras Garantías Reales.
5.ª Sección de otros Bienes Muebles registrables.
6.ª Sección del Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Lo curioso es que el RD 1828/1999 no siguiera en la denominación de la Sección 4.ª lo que antes había previsto la OM de 19 de julio de 1999, que aprobó la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, pues esta, en virtud de la autorización concedida al Ministro de Justicia en la disposición final 2.ª de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos de 13 de julio de 1998, estableció, en la disposición transitoria apartado 2, las secciones del futuro Registro de Bienes Muebles, y la sección 4.ª la denominaba «Sección de Garantías Reales sobre Derechos de Propiedad Intelectual e Industrial». Aunque esta denominación no se haya respetado por el RD 1828/1999, la realidad es que los gravámenes de aquellas propiedades incorporales donde se inscriben es en la citada Sección 4.ª. Así se ha dispuesto hasta con rango legal.

II. NO TODOS SON MUEBLES

Una primera observación que hemos de hacer sobre el Registro de Bienes Muebles es que no todos los que en él se inscriben tienen naturaleza mobiliaria. Comencemos por la maquinaria industrial, que entra en la Sección 3.ª. Pues bien, la Exposición de Motivos de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, de 16 de diciembre de 1954 (preámbulo que por cierto era de una magnífica factura) indicaba que con esas máquinas ocurría algo análogo a lo previsto en el artículo 334 núm. 5 del Código Civil, pero referido no a bienes inmuebles sino a industrias. Por ello, afirmaba la Exposición, para la hipoteca mobiliaria es indiferente que la finca donde se instaló la maquinaria sea propiedad del dueño de esta; basta que sea suya la industria.

Ahora bien, conforme a dicho precepto del Código Civil, las máquinas destinadas por el propietario de la finca a la industria que se realice en un edificio o heredad y que directamente concurran a satisfacer las necesidades de esa explotación, son bienes inmuebles. De ahí que cuando la maquinaria industrial la coloque el dueño del inmueble, lo que conforme a la Ley de 1954 se está hipotecando es un bien de carácter inmobiliario. Y eso en un Registro que nominalmente es de muebles.

En segundo lugar está el caso de las cosechas. En la Exposición de Motivos de la Ley de 1954 se dice que entre las cosas muebles no susceptibles de identificación registral existen algunas que… por su carácter futuro (cosecha esperada)… no admiten el desplazamiento posesorio. Como en ellas no cabe ni la hipoteca ni la prenda común, era pues necesario admitir una garantía real sobre estas cosas muebles (y lo fue la prenda sin desplazamiento de posesión).

Pero unas líneas más arriba la Exposición de Motivos decía «la más grave consideración fue la de que… se dejaban fuera de la posibilidad de ser objeto de garantía real a estos 'bienes inmuebles', solución que no se podía aceptar».

La Ley cita aquí como bienes inmuebles a los que poco después denominará como bienes muebles. Parece que en lo primero estamos ante una errata que no se ha subsanado en el texto. Pero si tenemos en cuenta que, conforme al artículo 334 del Código Civil en su núm. 2, son bienes inmuebles los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieran unidos a la tierra o formasen parte integrante de un inmueble, resulta que la errata podía estar no al hablar de inmuebles sino cuando se dijo son muebles, al menos en el caso concreto de las cosechas. En ellas tampoco el Registro es fiel a su nombre.

III. NO TODOS SON BIENES

Si en este Registro no todos los bienes inscritos son muebles, tampoco todo lo que a él acude es propiamente un bien. Así la OM de 18 de diciembre de 1998 (*BOE* del 23) prescribe la inscripción de las afecciones de créditos no hipotecarios constituidas a favor del Banco de España, del Banco Central Europeo o de los Bancos Centrales de los Estados miembros de la Unión Europea a que se refiere la Disposición Adicional 3.ª de la Ley 46/1998 de 17 de diciembre de introducción al euro. La inscripción de la afección es requisito para que la misma constituya una garantía real con eficacia frente a terceros.

GÓMEZ GÁLLIGO, en su trabajo El Registro de Bienes Muebles (*RCDI* núm. 657 de enero de 2000), entiende que tales afecciones se anotarán en la Sección 5.ª del Registro indicado, la dedicada a otros bienes registrables. Lo que ocurre es que esos créditos personales (no son pues hipotecarios) no pueden considerarse propiamente bienes, cual después veremos.

Lo mismo puede decirse de la prenda sin desplazamiento de la posesión de créditos. A ella se refiere la Ley 41/2007 de reforma hipotecaria que en su Disposición Final 3.ª añade dos párrafos al artículo 54 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 1954. Este artículo en el apartado 1 contemplaba la prenda de colecciones. Pues bien, en el añadido 2 regula la prenda de créditos contra la Administración; y en el 3 establece que los derechos de crédito podrán sujetarse a prenda sin desplazamiento, pero para su eficaz constitución deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles; estos créditos no pueden estar representados por valores ni tener la consideración de instrumentos financieros.

No es cosa de entrar ahora en cuál sería la sección oportuna para su inscripción. Tampoco en que esa posibilidad legal es compatible con la tradicional prenda de créditos prevista en el Código Civil. Lo que sí dudamos es de que aquí se estén inscribiendo verdaderos bienes, cual enseguida veremos.

Y en el caso de las condiciones generales, ni siquiera cabe la duda, pues no estamos aun ante un contrato, sino solo ante una cláusula determinada que se inserta en una convención. También después volveremos sobre ellas.

IV. LO QUE DEBE EXCLUIRSE DEL REGISTRO

Para abundar en el tema suscitado al tratar de los créditos, hemos de comenzar aludiendo a los requisitos que, según la doctrina patria autorizada, habían de darse para estar ante una cosa en sentido jurídico. El primero la utilidad, que propiamente hace que una cosa se constituya en un bien. El segundo, la sustantividad o individualización. Y el tercero la apropiabilidad; con independencia de que la cosa sea corporal o incorporal, siempre que quepa tal apropiación.

Entendemos que el derecho de crédito no es un bien. Y en tal sentido he aquí algunas opiniones de la doctrina. Por lo que hace a la francesa, COLIN y CAPITANT en su conocido Tratado hablan de la confusión entre las cosas y los derechos que existen sobre las cosas. Añaden que si el ordenamiento francés ha acumulado o incluido entre los muebles a todos los elementos del patrimonio que no son inmuebles, ello es porque erróneamente ha hecho una *summa divisio* con la diferenciación de los bienes en muebles e inmuebles.

En nuestra patria es coincidente la opinión que se contiene en la obra *El Código Civil y su jurisprudencia,* dirigida por el magistrado ALBÁCAR. Se lee en el Tomo II que si los derechos son el ejemplo típico de las cosas incorporales, ello es por haber asumido por inercia la consideración de los derechos como cosas incorporales. En definitiva, los derechos deben entenderse excluidos de la categoría de bienes.

Contundente se muestra nuestro MANRESA en sus *Comentarios al Código Civil,* Tomo III. Afirma que ese cuerpo legal se aparta de la concepción general que tiene la palabra cosas, pues el mismo considera cosas muebles a los derechos, que no son materiales. Y termina con una lapidaria frase: «sin género de duda, el derecho no es una cosa sino una relación».

En efecto, en los típicos derechos de crédito su esencia consiste en una relación entre acreedor y deudor. El dinero que este pueda debernos no es un objeto apropiable por nuestra voluntad, pues en el fondo depende de una actuación humana que no puede quedar cosificada. Lo contrario ocurre con los auténticos bienes, aunque fueran inmateriales, como es el caso de las creaciones intelectuales o industriales o las propias energías naturales susceptibles de apropiación.

Lo que más claramente se excluye del concepto bien son esas condiciones generales admitidas en nuestro Registro y que ni siquiera son derechos. No obstante, hay que reconocer, como afirma David MORÁN, en la obra *Derecho Mercantil,* Editorial Ariel, que la sección de aquel Registro dedicada a las condiciones de la contratación tiene un contenido fácil de entender.

Otra cosa ocurre con la inclusión legal de ellas. GÓMEZ GÁLLIGO, en el trabajo antes citado, indica que el Registro de condiciones generales de la contratación, se ha incardinado en el Registro de Bienes Muebles por razón de la afinidad de las técnicas de llevanza. Añade que en el artículo 11 de la ordenanza del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles hay una referen-

cia a las condiciones generales y a su inscripción. Pero es ese mismo autor, en el trabajo Propuesta de reforma del Registro de Bienes Muebles en general y del Registro de condiciones generales de la contratación en particular (*RCDI* núm. 692 de noviembre y diciembre de 2005), el que apoya más la inclusión del segundo Registro en el primero: porque en los contratos de venta a plazo y otros muchos sobre bienes muebles hay condiciones generales. Argumento este que en verdad vemos como bastante extrínseco.

Así el mismo autor reconoce que ese Registro de las condiciones generales tiene una normativa específica en la que los principios hipotecarios no siempre son aplicables. Aquel se articula sobre el folio personal que se abre a cada profesional y en él, un subfolio a cada condición. Es, pues, claro que no estamos ante un Registro de Bienes.

Lo mismo puede decirse con relación a la propuesta de GÓMEZ GÁLLIGO (*RCDI* núm. 692), de que el Registro de Bienes Muebles debía asumir como una sección más el Registro de Contratos de Seguro, creado por la Ley de 14 de noviembre de 2005, aprovechando la infraestructura del primero. Tampoco el contrato de seguro es un bien, sino una relación obligatoria.

Y esto mismo cabría decir de otros derechos de carácter administrativo, como las licencias, que de otro lado encuentran su regulación adecuada en el derecho público, siendo así que en el Registro que contemplamos se está ante lo que denominamos una administración del derecho privado. Aquellas licencias y las concesiones tienen sus especiales formas de transmisión o gravamen, en el caso de que ello sea posible.

V. CONFIGURACIÓN DEL REGISTRO EN RAZÓN DE LOS OBJETOS

Tras hablar de lo que debe excluirse, hemos de decir, siguiendo a GÓMEZ GÁLLIGO, que el Registro de Bienes Muebles se organiza en razón del objeto, según su naturaleza; por lo mismo, debía adaptarse a la técnica del folio real, abriéndose uno particular a cada bien identificable donde figurarían después los contratos sobre esos bienes. Es un Registro de titularidad y gravámenes.

Pero sus distintas secciones, en esa línea, deben configurarse en atención a los bienes inscribibles en cada una, y no en razón a las cargas establecidas. Por ello, una sección como la denominada «de otras garantías reales» no tiene sentido. Las secciones deben responder a la clase de bienes con acceso a cada una de ellas y no a la naturaleza del derecho que sobre esos bienes se constituya. Lo cual no quiere decir que en cada una de las secciones del Registro tengan aplicación todas las garantías reales que el ordenamiento prevé para aquel. Nada hay que añadir sobre la sección 6.ª que es la de las condiciones generales. A este criterio objetivo que aquí mantenemos se atendrá la nueva propuesta que hagamos en cuanto a las posibles secciones del Registro.

Supuesto lo anterior, es importante para configurar tales secciones la distinción básica a la que acude la Exposición de Motivos de la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 1954. La misma distingue dos clases de bienes por la identificación registral de los mismos. Para los que admitan una perfecta identificación la Ley trasplanta el régimen de la hipoteca, mediante la novedosa hipoteca mobiliaria. El buque y la aeronave pueden ser los ejemplos paradigmáticos de estos bienes.

Junto a ellos están las cosas no susceptibles de identificación registral, objetos para los que la ley crea la figura de la prenda sin desplazamiento de posesión. Los frutos separados de las explotaciones agrícolas y las mercaderías y materias primas almacenadas serían los ejemplos más claros de estos objetos de la prenda sin desplazamiento.

Lo que ocurre es que la Exposición de Motivos indicada considera bienes de más difícil identificación a los cuadros y cualesquiera otros objetos de valor artístico o histórico, dificultad que no siempre se da en la realidad. Piénsese en las obras de arte eximias, que posiblemente tienen una individualidad superior a la de cualquier buque o aeronave, sobre todo en el conocimiento de la colectividad.

Por ello la propia Exposición, unas líneas después, y al mencionar para la prenda esos objetos artísticos o históricos, reconoce que son muebles con individualidad propia. En momento posterior volveremos sobre esto para salvar en lo posible esta contradicción que aparece en la Ley de 1954.

VI. SECCIONES QUE PUEDEN CONFIGURAR EL REGISTRO

Con base en lo anterior, he aquí la propuesta personal en cuanto a cuáles habrían de ser las secciones del Registro de Bienes Muebles. Las tres primeras respetan la redacción que le dio el Real Decreto 1828/1999, pues en ellas se reflejan determinadas clases de bienes claramente delimitados y con tratamiento también bastante diferenciado.

La sección 4.ª merece atribuirse a las creaciones del ingenio, que también son bienes inmateriales claramente diferenciados. Ahora bien, la denominación no debería ser la inexpresiva de «otras garantías reales» (por las razones dichas), ni siquiera añadiéndole que recaen sobre la propiedad intelectual y la industrial. Bastaría con el nombre: «Sección de las propiedades intelectual e industrial». En ella se encajaría la Sección adicional que la Ley sobre el cine núm. 55/2007 de 28 de diciembre estableció para acomodar las obras y grabaciones audiovisuales.

Como sección 5.ª podía configurarse la dedicada a las acciones y participaciones, pues son también bienes claramente diferenciados de los otros y que por su importancia merecen esa inclusión separada.

La sección 6.ª puede dedicarse a los bienes muebles objeto de venta a plazos, que, aun siendo susceptibles de identificación registral, tienen un régimen

peculiar de tratamiento en su Ley reguladora de 13 de junio de 1998. A tenor de ello sería la denominación de esa sección.

La sección 7.ª, que es la que recogería los bienes objeto de prenda sin desplazamiento de posesión, podría llamarse «de bienes que no son objeto de identificación registral». No decimos que no pueden ser identificados, puesto que, como se deducía de la Exposición de Motivos de la Ley de 1954, sí cabía muchas veces cierta individualidad. Lo que queremos destacar es que en aquel contrato pignoraticio no aparecen esos bienes con identificación individualizada; en algunos casos (mercaderías o materias primas) porque ello ni siquiera es posible.

Y para cerrar el elenco, la sección 8.ª se dedicaría a otros bienes muebles que, distintos de los de las otras secciones, sí son objeto de identificación registral. A ellos nos referiremos más adelante.

VII. REFERENCIA A LAS TRES PRIMERAS SECCIONES

Sobre las tres primeras secciones muy poco vamos a decir. Para la primera el Reglamento del Registro Mercantil que incluía a los buques y aeronaves da materia suficiente. En el caso de la tercera, la Ley de Hipoteca Mobiliaria contiene regulación amplia y detallada. En otro orden de cosas el proyecto de Reglamento del Registro de Bienes Muebles, que GÓMEZ GÁLLIGO articula en el libro *Derecho de los Bienes Muebles,* contiene una precisa normativa para el supuesto de los automóviles. Para estos GONZÁLEZ LAGUNA (*RCDI* núm. 676 de marzo y abril de 2003), recuerda que la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de diciembre de 2002 faculta a los Registradores para que sigan usando las consultas a la base de datos de la Dirección General de Tráfico como instrumento auxiliar en su calificación.

VIII. SECCIÓN 4.ª: CREACIONES DEL INGENIO

Por lo que se refiere a la sección 4.ª, la Ley de Patentes de 20 de marzo de 1986 en el artículo 24 prevé que las patentes son transmisibles y pueden ser dadas en garantía mediante la constitución de una hipoteca mobiliaria. Su constitución se notificará al Registro de la Propiedad Industrial. El artículo 79 prescribe que tales actos solo surtirán efectos frente a terceros de buena fe desde que hubiesen sido inscritos en el Registro de Patentes.

A su vez, en la Ley de Marcas de 7 de diciembre de 2001 el artículo 46 prevé en el apartado 2 que aquellas pueden transmitirse, darse en garantía o ser objeto de otros derechos reales. Concretamente en el caso de hipoteca mobiliaria, esta se inscribirá en la Sección 4.ª del Registro de Bienes Muebles, con

notificación para que se anote en el Registro de Marcas. El apartado 3 repite lo que el artículo 79 de la Ley de Patentes prescribía y anotamos antes.

La coordinación entre ambos Registros queda también reflejada en el artículo 76 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 1954 y el 26 de su Reglamento. La constitución del gravamen se notificará de oficio a los Registros Especiales (los de la Propiedad Intelectual e Industrial) que acusarán recibo y realizarán las anotaciones correspondientes. El artículo 76 citado prescribe que el no tomar razón en esos Registros Especiales no alterará los efectos de la inscripción en el Libro de Hipoteca Mobiliaria. Habría que cotejar este precepto con lo que disponían el artículo 79 de la Ley de Patentes y el 46.3 de la Ley de Marcas.

Realmente esta coordinación recuerda la que desde antiguo establecía el artículo 64 del Reglamento Hipotecario para los aprovechamientos de aguas públicas obtenidos por concesión, pues para su inscripción había que acompañar el certificado de hallarse inscritos en el Registro Administrativo organizado por Real Decreto de 12 de abril de 1901. Registros estos de aguas que, aun teniendo aquel carácter, producían notables efectos jurídicos. En otro caso, antes de presentar ese certificado podía tomarse anotación preventiva.

Hoy día con la rapidez y casi inmediación de las comunicaciones, los traslados entre ambos Registros pueden obtenerse sin dilación alguna. Lo cual será muy importante para la vida de estos bienes incorporales que acceden a la Sección 4.ª del Registro de Bienes Muebles.

IX. SECCIÓN 5.ª: LOS VALORES MOBILIARIOS

Si en la Sección 5.ª del Registro que analizamos se inscriben actos sobre las acciones y participaciones, David MORÁN en la obra ya citada indicaba, respecto a las primeras, que las acciones accederían cuando los títulos sean nominativos y no las reflejadas en anotaciones en cuenta.

En trabajo que REDONDO TRIGO dedicó a «la inscripción de titularidades y gravámenes sobre acciones y participaciones sociales en el Registro de Bienes Muebles (una visión personal)», publicado en la *RCDI* núm. 675 de enero y febrero de 2003, se hacía referencia a la importante Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de julio de 2002, que respondía a consulta del autor.

Según ella, es posible la inscripción en el Registro de Bienes Muebles de las transmisiones y gravámenes sobre participaciones sociales y acciones de las sociedades mercantiles, con excepción de las acciones representadas mediante anotaciones en cuenta. Las inscripciones se practicarán en la Sección 5.ª del Registro de Bienes Muebles, en virtud de certificación del órgano de administración de la sociedad en que así se acredite, con referencia al correspondiente

Libro (si son participaciones sociales o acciones nominativas), o mediante la exhibición de los títulos, si son acciones al portador, no representadas en anotaciones en cuenta.

En el proyecto de Reglamento del Registro que analizamos GÓMEZ GÁLLIGO también indica esa Sección 5.ª como la adecuada para inscribir estas acciones y participaciones. Y en cuanto a las primeras, la exclusión de las anotadas en cuenta se debe a que estas van al Registro contable especialmente previsto para ellas y al que aludiremos después.

Si nos detenemos primero en el caso de las acciones, puede ser ilustrativa la consideración que hacía GÓMEZ DE LA SERNA en sus tempranos *Comentarios a la Ley Hipotecaria* de 1861. «No puede decirse que los bienes sociales estén representados por las acciones; estas solo significan una parte alícuota del capital social, sin determinación de los bienes en que consiste (ya sean raíces o muebles o cosas incorporales). El accionista, aunque representa una parte del capital social, no puede disponer de él en absoluto, solo del derecho que le corresponde, conforme a los Estatutos, porque las cosas son de la sociedad y no privativas de ningún socio». Hasta aquí dicho autor.

Nuestro clásico MANRESA, al comentar el Código Civil, indicaba que las acciones y cuotas de participación de las sociedades mercantiles e industriales se reputan muebles, ya que la Ley Hipotecaria las excluye de los bienes inmuebles. En el mismo sentido el profesor CASTÁN, en el Tomo I, Volumen 2 de su *Derecho Civil,* donde estudia la relación jurídica, expone que son también necesariamente cosas muebles las acciones y cuotas de participación de las sociedades industriales y mercantiles.

Más recientemente ALBÁCAR en la obra citada expone que deben considerarse como bienes muebles las acciones y en general los títulos al portador, los derechos que incorporan las energías naturales y las creaciones del entendimiento humano. También para DÍEZ-PICAZO las acciones de las sociedades anónimas son bienes muebles. Y lo mismo proclama aquella Resolución de la Dirección General de 12 de julio de 2002.

Cuando esa acción se incorpora a un título podemos decir que se cosifica. La relación primariamente obligacional queda sustituida por la de carácter real que se tiene sobre un objeto. Nace así el título-valor, que, aunque no sea estrictamente de los de crédito, sino los de tipo participativo, no deja de significar la incorporación a un documento y de tener un valor económico y transmisible. De ahí su nombre.

La cosificación es más tenue cuando las acciones quedan representadas mediante anotaciones en cuenta; pero no por eso dejan de ser valores mobiliarios, aunque no sean títulos. La constancia en el Registro contable suple al documento y permite la negociación de ese valor con toda facilidad y garantía.

X. EN ESPECIAL LAS PARTICIPACIONES

La cuestión requiere una consideración mucho más detenida cuando se trata de las sociedades de responsabilidad limitada y de sus participaciones. Por ello conviene acudir a algunos pronunciamientos de la doctrina.

El que más se aparta de nuestra opinión es el expuesto por Demófilo DE BUEN en sus anotaciones al Tratado de COLIN y CAPITANT. Según él, en los bienes de que la persona social tenga la propiedad, el socio tendrá un derecho de crédito, cuya naturaleza será la que corresponda a los derechos de crédito. Bien es verdad que el autor habla aquí directamente de derecho sobre el bien y no sobre la cuota social.

Para otros, la participación en la limitada está a caballo entre los derechos de crédito, los derechos reales y los que recaen sobre bienes inmateriales; y ello porque el socio tiene un complejo derecho subjetivo. Así se indica en el *Curso de Derecho Mercantil* de URÍA y MENÉNDEZ; y es ya una postura más intermedia. Recordemos aquella frase de GÓMEZ DE LA SERNA en el sentido de que el socio tiene el derecho que le corresponda con arreglo a los Estatutos.

Concuerda con nuestra opinión MANRESA, en sus *Comentarios al Código Civil,* cuando afirma que el derecho del socio en proporción a sus acciones o cuotas es esencialmente mueble. Y la expresión «cuota» entendemos es aplicable a la sociedad limitada, donde esa cuota se traduce en participaciones.

Finalmente DÍEZ-PICAZO, en el Volumen III de sus *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial,* indica que a los cuatro supuestos de bienes muebles que enumera el artículo 336 del Código Civil habría que añadir, junto a las acciones de la anónima, las participaciones de una sociedad limitada.

Para seguir ahondando en lo que la participación sea, veamos el tenor de sus leyes reguladoras. En la de 17 de julio de 1953 el artículo 1 prescribía que el capital determinado de la limitada estará «dividido en participaciones, iguales, acumulables e indivisibles, que no podrán incorporarse a títulos negociables ni denominarse acciones». El artículo 20 terminaba diciendo que «la transmisión de participaciones sociales se formalizará en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil».

Era totalmente clara la opción legal. Esas cuotas del socio no podían denominarse acciones, porque la Ley les daba otro nombre propio y adecuado. Tampoco podían incorporarse a títulos, pues no se daba esa documentación que sí ocurría en el caso de las anónimas; lo que no era óbice a que esas participaciones fueran negociables, como indicaba el artículo 20, al expresar la forma de documentar esa transmisión.

Frente a ello, he aquí el panorama en la nueva Ley de Sociedades Limitadas de 23 de marzo de 1995. El artículo 26, sobre documentación de las transmisiones, establece en el apartado 1 que «la transmisión de las participaciones sociales, así como la constitución del derecho real de prenda sobre las mismas,

deberán constar en documento público». Para otros derechos reales se prevé la constancia en escritura pública. Hoy lo mismo establece el artículo 106 apartado 1 del texto refundido de las leyes de sociedades de capital.

Sobre las participaciones sociales el artículo 90 de dicho texto refundido establece que las mismas son indivisibles y acumulables. Para tales sociedades limitadas el artículo 1 prescribe que el capital social se divide en participaciones. Pero el fundamental es el artículo 92 apartado 2 del texto refundido. Conforme al mismo las participaciones sociales no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, no podrán denominarse acciones y en ningún caso tendrán el carácter de valores.

Más que el haberse suprimido en el artículo 90 la referencia a la igualdad de las participaciones, lo que interesa considerar es el artículo 92 apartado 2 que hemos mencionado en el párrafo anterior. El que no se denominen acciones no requiere especial comentario, es algo obvio, pues cada cosa tiene un nombre. A la proscripción de que se documenten en títulos se suma ahora la de que no se representen mediante anotaciones en cuenta, que es una nueva forma que se da para las acciones de la anónima y que no existía en 1951; no cabe pues ese reflejo en el Registro contable.

En cambio es novedosa la afirmación del apartado 2 citado en el sentido de que las participaciones sociales no tendrán el carácter de valores. Lo mismo decía la ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1995, aunque en ella no figuraba la expresión en ningún caso. Desde luego en la Exposición de Motivos de esa Ley de 1995 no hay justificación de esto, pues en el punto 1 del apartado II de ella lo único que se dice es que esas participaciones no pueden incorporarse a títulos-valores ni estar representadas por medio de anotaciones en cuenta. La expresión «títulos valores» no es la que luego recogerá el texto legal de 1995, que habla de «representación por medio de títulos», ni tomará la del texto de 1953, que se contraía a «títulos negociables». En todo caso, la E. de M. no se refiere a ese no tener el carácter de valores (se entiende valores mobiliarios).

Y es esa afirmación la discutible. Que la participación no sea un valor negociable puede admitirse. Ha estudiado a fondo el tema de estos valores LÓPEZ SANTANA en su obra sobre «el contrato bancario de administración de valores». En efecto, la emisión en serie y la libre negociabilidad no son precisamente las características que se dan en las participaciones: esto es claro al hablar de emisión, el que sean numeradas no es igual a formar serie, y la transmisión está sujeta a importantes restricciones.

Pero esto no quiere decir que no estemos ante un valor, ni que ese valor deje de tener carácter mobiliario, como antes hemos apuntado. Y que la participación puede ser objeto como tal de negocios jurídicos no puede dudarse. Ahora se exige para ellos o documento público o escritura pública, según el caso; pero como indicaba REDONDO TRIGO en su trabajo citado más arriba,

aunque la Ley de 1995 no exija para la transmisión el inscribirse en el Registro Mercantil, tampoco lo excluye. Lo mismo establece hoy el artículo 106 apartado 1 del texto refundido. Ya vimos lo que defendía aquella Resolución de 12 de julio de 2002.

En su clásico *Derecho Mercantil* Rodrigo URÍA, tras señalar las diferencias entre la acción y la participación, concluía que esta es en el fondo «una acción no documentada». En esto conviene ahondar. Porque las propias acciones de la anónima es cierto que en ocasiones se documentan, cuando lo hacen por medio de títulos nominativos o al portador. Pero en otras ocasiones tienen un mero reflejo contable, cuando se representan por anotaciones en cuenta.

Si en el primer caso se habla de «título-valor», en el segundo se las ha calificado de valores anotados. Personalmente nos inclinamos por la denominación de «anotación-valor», que guarda total paralelismo con la otra alternativa. Y el artículo 51 de la Ley de 1989 prescribe que en uno y otro caso tendrán la consideración de valores mobiliarios. Lo mismo en el artículo 92 apartado 1 del texto refundido.

Pues bien, en el supuesto de la limitada las participaciones tienen también una cierta representación. Figuran en la escritura constitutiva, tienen individualidad, e incluso numeración propia, y ostentan finalmente un valor nominal. Lo que ocurre es que en ellas esa representación no es cartácea ni registral sino escrituraria. Escritura pública en la creación y documento público para las transmisiones posteriores; y por supuesto las participaciones representan un valor económico que el socio tiene en la sociedad y que cabe transmitir, porque, aunque para ello tenga restricciones, las partes que un socio titula pueden enajenarse en parte o en totalidad y a favor de una o de otras varias personas.

Así como antes se había hablado de valores anotados, ahora podríamos referirnos a los valores escriturados. Y cual entonces se optó para las anotaciones en cuenta, ahora deberíamos denominar a las participaciones «escrituración-valor».

XI. MÁS SOBRE LAS PARTICIPACIONES

Al mismo tenor de ello, la Resolución varias veces citada de 2002 afirmaba que las participaciones de una sociedad de responsabilidad limitada son bienes muebles; en otro momento se refería a su carácter mobiliario; y por esto su inscripción en una sección del Registro de Bienes Muebles.

Visto lo anterior, es claro que no se comparte la opinión de BROSETA PONS en su *Manual de Derecho Mercantil*. Para él en la participación no se da una objetivación como en la acción. En esta última es su adquisición lo que confiere la cualidad de socio; en cambio en la primera es porque se ingresa como socio o asociado la razón de que se reciba una participación.

Nos parece exagerada esa contraposición. Si vamos al momento constitutivo de las dos clases de sociedades, veremos que sus respectivas leyes reguladoras, cuando establecen los requisitos de la escritura de constitución, incluyen como mención la aportación que el socio hace y las acciones o participaciones que a cambio percibe. Es verdad que en el primer caso se habla de número de acciones y en el segundo de numeración de las participaciones, pero en el fondo es lo mismo. En un supuesto se dice atribuidas en pago (art. 8) y en el otro asignadas en pago (art. 12); otra vez absoluta igualdad. Hoy esa igualdad es total en el artículo 22 del texto refundido que emplea la expresión atribuidas. Con lo cual se está en contraposición con aquella opinión de BROSETA, puesto que en el artículo 91 del texto refundido se prescribe que las dos, las acciones y las participaciones atribuyen la condición de socio.

Y lo mismo que el socio puede transmitir a otra persona todas o parte de sus acciones, el partícipe de la limitada puede transferir a uno o varios individuos sus participaciones en total o en una porción. Es cierto que las transferencias en la segunda sociedad están restringidas por el carácter de cerrada que a la misma atribuye la Ley; pero no lo es menos que también en la anónima pueden existir cláusulas limitativas de la transmisión de las acciones, y no por ello ha pensado nadie que estas en este caso dejen de ser valores mobiliarios.

Por tanto, este carácter tendrán las acciones documentadas (título-valor), las anotadas en cuenta (anotación-valor) y las participaciones de la limitada (escrituración-valor). Podrá ser que unas y otras, si encierran cláusulas restrictivas, (por ley o por estatuto), no sean valores negociables; pero seguirán siendo un valor objetivado de carácter mobiliario.

Otra cosa ocurre en cambio en el caso de las puras sociedades personalistas, esto es la colectiva y la comanditaria simple. En la primera de ellas puede incluso faltar el capital patrimonial inicial, pues, pese a alguna vacilación doctrinal, el artículo 116 del Código de Comercio permite constituir la sociedad mercantil con la aportación de bienes, industria o alguna de estas cosas. Y es claro que el incorporar solo industria o trabajo donde operará es solo en la colectiva. Lo cual es independiente de que si algún socio aporta bienes, los mismos se consignen en la escritura.

En la colectiva no se objetiviza la parte del socio, y por ello los artículos 140 y 143 hablan no de cuota de capital o de participación sino del interés que el socio tiene en la compañía. El primer precepto, el 140, para el reparto de ganancias asigna también una porción al socio industrial. Y en definitiva aquí sí que no cabe transmitir ese interés sin el consentimiento de los demás socios, pues falta toda objetivación en esos derechos que al socio corresponden. No en balde la mención del capital es bastante irrelevante en estas sociedades personalistas, en las que la garantía de los acreedores descansa básicamente en los patrimonios personales de los socios colectivos.

XII. COORDINACIÓN DEL REGISTRO MOBILIARIO CON LOS SOCIETARIOS

Un tema de interés en la inscripción de las acciones y participaciones es el concerniente a la relación entre el Registro de Bienes Muebles en su Sección 5.ª y los existentes para aquellos valores en las leyes de anónimas y limitadas. No se habla aquí de las anotaciones en cuenta que no acceden al Registro del que nos ocupamos.

La Resolución de 12 de julio de 2002, cuando pide que se aporte la certificación del órgano de administración de la sociedad correspondiente, lo hace, según REDONDO TRIGO en el trabajo antes citado, para buscar que exista una concordancia entre la realidad tabular y la societaria en cuanto a la titularidad de dichos bienes muebles. Pero en el caso de las acciones nominativas, él indica que pueden darse ciertas descoordinaciones entre el Registro de Bienes Muebles y el especial de esas acciones de la anónima.

Y en el supuesto de las participaciones de la limitada, recoge la opinión de URÍA para el que las anotaciones en el Libro de socios de tal sociedad no pueden considerarse título legitimador para disponer de ellas, y no constituyen el instrumento exclusivo de las relaciones socio-sociedad.

Cuando se trate de las acciones al portador representadas en títulos, como la Resolución de 2002 pedía su exhibición ante el Registro mobiliario, podía pensarse en un estampillado de las mismas para que constara en ellas el negocio jurídico que habría accedido a aquel Registro.

Por lo demás esos libros de anotaciones de los socios de la limitada y de las acciones nominativas de la anónima presentan defectos de regulación; y el que haya que coordinarlos con las inscripciones del Registro de los Bienes Muebles es una ocasión oportuna para introducir en ellos los retoques o perfeccionamientos que se estimasen necesarios; punto este que excede del objeto de nuestras consideraciones.

XIII. SECCIÓN 6.ª: VENTA A PLAZOS DE MUEBLES

Decíamos antes que la Sección 6.ª podía dedicarse a los bienes identificables que son objeto de la venta de muebles a plazos. Esta materia tiene un volumen importante y una normativa propia bien detallada, con la Ley de 13 de julio de 1998 y la Ordenanza de 19 de julio de 1999, por lo que merece ocupar en exclusiva esta Sección. Y es que no en balde la adicional única del Real Decreto 1828/1999 de 3 de diciembre preveía que dentro de cada Sección se aplicará la normativa específica de los actos en ella inscribibles.

Tan peculiar sería tal sección que GÓMEZ GÁLLIGO, en su estudio sobre El Registro de Bienes Muebles (*RCDI* núm. 657 de enero de 2000), afirmaba

que en esa venta de bienes muebles a plazos el principio de especialidad se cumple de una forma peculiar para la inscripción, porque es la ley la que fija el contenido del contrato a inscribir.

XIV. SECCIÓN 7.ª: BIENES OBJETO DE PRENDA

Indicábamos más arriba que la Sección 7.ª propuesta podría dedicarse a los bienes que no son objeto de identificación registral y que se someten a la prenda sin desplazamiento de posesión. También aquí la peculiaridad del derecho o garantía que se constituye y la extensa normativa reguladora (Ley de Hipoteca Mobiliaria de 1954 y su Reglamento de 17 de junio de 1955) aconsejan dedicarle en exclusiva esa Sección.

Sobre los bienes susceptibles de entrar aquí no hay sino remitirse a la Ley de 1954 que los enumera ampliamente. Ya dijimos que cosechas, mercaderías y materias primas eran los casos prototípicos de bienes no individualizables.

En cuanto a las colecciones artísticas, ciertamente que sus elementos componentes serían susceptibles de una individual identificación. Pero cuando el número de objetos es muy grande (lo que puede ocurrir) y el valor de cada pieza no es exagerado, tiene sentido que la colección sea considerada en su conjunto al efecto del gravamen. Parece que en ese mismo sentido el artículo 346 de nuestro Código Civil se refiere a las colecciones científicas y artísticas.

Como ampliación de esa idea, en el Proyecto de Reglamento del Registro de Bienes Muebles, GÓMEZ GÁLLIGO considera como objeto de inscripción a las universalidades de bienes, como son los stocks de vehículos, que normalmente así figuran en poder de los concesionarios.

En otro lugar apuntábamos que las cosechas no eran bienes muebles. Pero, como entendemos que en ese Registro de tan reciente creación no se puede estar a los escrúpulos dogmáticos, sino más bien a la declaración de la ley, habría que considerar incluibles en este Registro y en sus secciones los objetos o bienes que la ley disponga, aunque no respondan exactamente al nombre o denominación con que el Registro aparece.

XV. SECCIÓN 8.ª: OTROS BIENES IDENTIFICABLES

Finalmente la Sección 8.ª de las que proponíamos se dedicaría a otros bienes muebles que son objeto de identificación registral y que no están relacionados en las demás secciones del Registro.

Pensamos en primer lugar en lo que prescribe el artículo 54 apartado 1 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 1954. Declara susceptibles de prenda sin desplazamiento a las distintas colecciones de valor artístico o histórico, pero

añade: «también podrán serlo dichos objetos, aunque no formen parte de una colección».

Y es que efecto, algunos objetos u obras de arte de índole individual pueden alcanzar tanto valor que ellos solos superen al que tal vez tendrían colecciones enteras. Y en esos casos tales objetos, cumpliendo todos los requisitos legales, si se ofrecen en garantía es como plenamente individualizables. Por ello y dada su perfecta identificación registral, no vemos inconveniente en que pudieran ser objeto tanto de prenda como de hipoteca inmobiliaria. Ambas figuras encontrarían encaje en esta Sección para ese bien.

El otro ejemplo también lo suministra la Ley de Hipoteca Mobiliaria. En el artículo 52 prescribe que podrán constituir prenda sin desplazamiento los titulares de las explotaciones agrícolas sobre: «4.º las máquinas y aperos de las referidas explotaciones».

Y es cierto que tales aperos y algunas máquinas más elementales están bien consideradas como objeto de tal prenda. Pero hoy día la maquinaria agrícola ha avanzado tanto y ofrece ejemplos de valor tan elevado que podrían perfectamente (igual que ocurre con la maquinaria industrial) ser objeto de perfecta identificación registral y ofrecerse como garantía en forma de hipoteca mobiliaria. También las dos clases de gravamen encajarían en esta Sección para esos bienes.

Si acaso por las mayores formalidades que presenta el gravamen hipotecario, al regularse más detalladamente el contenido de esta propuesta Sección 8.ª, podría discriminarse cuándo se admite esa figura de la hipoteca, acudiendo por ejemplo a un valor mínimo del bien en esos casos; lo que ya ocurre en nuestra legislación positiva a otros efectos (art. 5 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles).

Y lo dicho para el objeto artístico de importante valor o para la maquinaria agrícola de elevada cuantía, sería también aplicable a aquellos otros objetos en los que se dieran las mismas razones de inclusión.

XVI. ENCAJE DE LOS ELEMENTOS EXCLUIDOS

Tras aludir a las secciones propuestas, queda una mención a las que a contrario se consideran excluidas. En su artículo sobre Propuesta de reforma del Registro de Bienes Muebles (*RCDI* núm. 692), GÓMEZ GÁLLIGO indicaba que aquella institución debía asumir como una sección más al Registro de Contratos de Seguros, creado por la Ley de 14 de noviembre de 2005; y ello para aprovechar la infraestructura que el primero tiene. Con todo, al tratarse de seguros de vida y considerarse fundamentalmente en el momento del deceso de una persona, parece preferible su ubicación en el Registro de Actos de Últimas Voluntades, para que así, al conocer el testamento y sus

disposiciones del fallecido, al mismo tiempo se tenga noticias de los seguros que pudo dejar.

Por lo que se refiere a las condiciones generales de la contratación, ya dijimos que ni son bienes ni siquiera contratos, sino meras cláusulas para determinados contratos. No convencen pues en absoluto los motivos aducidos para incluir al Registro que las publica como una Sección del de Bienes Muebles. Por exclusión, esas condiciones podían insertarse como una sección o apéndice del Registro Mercantil. Este se abre a los empresarios, que serán los que fundamentalmente articulan esas condiciones. Pero además el artículo 16 del Código de Comercio prevé que en dicho Registro se inscriban los actos y contratos que diga la ley. Y eso es lo que podría decirse para el que albergue a las condiciones generales. En definitiva, estaría a cargo del mismo Cuerpo de Registradores.

También dijimos más arriba que los créditos personales no son bienes muebles, por lo que ni la afección que de ellos regula la OM de 18 de diciembre de 1998, ni la prenda sin desplazamiento de tales créditos que previó la reforma del artículo 54 de la Ley de Hipotecaria Mobiliaria por la ley 41/2007, deberían figurar en un Registro que es de bienes muebles y no de créditos. No obstante, en este caso concreto, y teniendo en cuenta que la inscripción de esas garantías en el Registro Mercantil también sería algo forzada, podría admitirse como mal menor que tales afecciones y prenda de crédito, figuraran como en un apéndice del Registro de Bienes Muebles, con una sección propia para cada una de las dos figuras. Se destacaría así que su naturaleza se aparta de lo que es objeto de aquel en todas las demás secciones.

XVII. RETOQUES Y PRETENDIDAS AMPLIACIONES DEL REGISTRO

Como conclusión podemos decir que la doctrina es concorde en pedir una normativa más clara en varias de las secciones del Registro que se han enumerado. Igualmente se ha pedido un Reglamento de aquel que se adecuara más a su actual o futura estructura; en tal sentido el proyecto de Decreto redactado por GÓMEZ GÁLLIGO.

Y siempre se debe respetar la normativa propia que exige cada sección. Así, aparte lo indicado para la venta a plazos de bienes muebles, la Exposición de Motivos de la Ley de Hipoteca Mobiliaria de 1954 indica que, frente al Registro sobre la base de bienes (que es posible en aquel gravamen), en los objetos de prenda sin desplazamiento la organización debe basarse en el contrato.

Finalmente, REDONDO TRIGO y GÓMEZ GÁLLIGO coinciden en que, al regularse adecuadamente el Registro de Bienes Muebles, habría que modificar el artículo 464 del Código Civil, puesto que el principio de este de que en

materia de muebles la posesión equivale al título, habría de ceder cuando un bien estuviese inscrito en aquel Registro Mobiliario.

Una pretensión que ha aparecido en la doctrina en relación a aquel Registro es la de ampliar su ámbito de actuación. Ya la Exposición de Motivos antes citada sentaba que el sistema de Registro más completo hubiera sido el de propiedad, hacia el cual existe un criterio favorable con relación a los muebles. En referencia a los seguros de vida ya anteriormente expusimos nuestro criterio, que no iba por incorporarlos al Registro de Bienes Muebles.

Con respecto al Registro de Acciones nominativas, FERNÁNDEZ DEL POZO indicaba que al estar llevado por las sociedades anónimas queda privado de la fe pública. Y ello es un menoscabo a las garantías de la seguridad jurídica.

Finalmente este autor se ocupa de Un nuevo Registro de Bienes: el sistema de anotaciones en cuenta de valores, publicado en la *RCDI,* núm. 593 de julio y agosto de 1989. El Registro donde aquellas se anotan es uno de seguridad jurídica, en concreto de bienes muebles registrables: Los valores negociables representados mediante anotaciones en cuenta. Y entiende que en él debía darse intervención a los registradores hasta que se hubiese constituido un sistema completo de publicidad mobiliaria registral. A su vez, la Resolución de 12 de julio de 2002 de la Dirección General sienta que de *lege ferenda* sería bueno el unificar el Registro de Bienes Muebles y el de las anotaciones en cuenta.

XVIII. ¿CONSIDERACIÓN GENERALISTA DEL REGISTRO?

Con independencia de estas sugerencias concretas, REDONDO TRIGO concluía que el Registro mobiliario de que nos ocupamos tiene una vocación generalista, por lo que está llamado a acoger toda clase de bienes muebles. En concreto, por lo que hace a los valores mobiliarios, ya COLIN y CAPITANT comprobaron que esos títulos y acciones habían experimentado un extraordinario incremento de valor. Y entre nosotros REDONDO TRIGO pronosticaba que el acceso de las acciones y participaciones al Registro de Bienes Muebles tendría un aumento importante en un periodo de tiempo no muy largo.

Sobre esta tendencia expansionista queremos terminar con la reflexión de Valerio PÉREZ DE MADRID, al estudiar «la prenda de créditos y la reforma de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión». Aparece el trabajo en la obra colectiva, con motivo de la Ley 41/2007, *Hacia un nuevo derecho hipotecario* publicada por la Academia Sevillana del Notariado.

Dice que solo con la polémica doctrinal que ha seguido a la interpretación de la disposición final 3.ª de la Ley 41/2007 (mencionada en el apartado III de este trabajo), ha quedado claro que el Registro de Bienes Muebles no se puede construir cabalmente sobre la base de los principios y la estructura del Registro

de la Propiedad. Pero también, añade, lleva a reflexionar sobre si es posible la unificación de aquel Registro, dada la notable heterogeneidad de los bienes muebles, que lo hacen inhábil para cualquier empresa unificadora, como no sea para convertirlo en un archivo electrónico de documentos con una finalidad exclusivamente publicitaria.

Con las reflexiones que hemos hecho a lo largo de todas estas páginas creemos haber huido de ese peligro, para atenernos más a lo que en realidad puede conseguirse. En primer lugar, no cabe exigir para la inclusión de bienes en el Registro una extraordinaria pureza conceptual, que dejaría fuera algunos de interés; hay que estar más bien al pronunciamiento positivo de nuestra legislación. En segundo lugar tampoco se debe dar al Registro una extensión tan desmesurada que desvirtuaría su verdadera naturaleza. Y siempre debe tenerse en cuenta la peculiaridad de las Secciones, pues no es lo mismo la hipoteca de algunos bienes, el darlos en prenda sin desplazamiento o la venta a plazos de otros de ellos. En ese equilibrio podría estar el acierto.

(Trabajo recibido el 1-7-2014 y aceptado para su publicación el 1-9-2014)

DICTÁMENES Y NOTAS

Privilegio inmatriculador de la Iglesia Católica y vulneración de principios constitucionales a la luz de la STEDH «Sociedad Anónima del Ucieza contra España»

Registration privilege of the Catholic Church and violation of constitutional principles in the light of the JECHR «SA of Ucieza against Spain»

por

MIGUEL AGUDO ZAMORA

Profesor titular de Derecho Constitucional acreditado a Catedrático

Universidad de Córdoba

RESUMEN: La inmatriculación por parte de la Iglesia Católica de numerosos inmuebles usando la potestad atribuida por el artículo 206 de la Ley Hipotecaria ha sido de hondo calado público. La razón de ser de esta repercusión social parte de una modificación normativa efectuada en el año 1998 y que permitió a la Iglesia Católica inscribir lugares de culto y otras propiedades que no estuvieran registradas con una mera certificación expedida por el Obispado. La consecuencia de esta reforma fue una intensa actividad registral por parte de las Diócesis. En este proceso, la Iglesia registró a su nombre más de 4.500 propiedades. Tras un breve recorrido por los antecedentes histórico-jurídicos

de este precepto, que explican su existencia, en este trabajo se exponen los argumentos en los que basar una posible inconstitucionalidad del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, referidos a la violación de los principios constitucionales de aconfesionalidad del Estado y de igualdad. En este sentido, se concluye que este artículo es susceptible de ser declarado inconstitucional puesto que estos principios reconocidos en la Constitución Española chocan con el privilegio de la Iglesia para inmatricular bienes a su nombre con un certificado que firme el propio obispo. Las vías de impugnación ante el Tribunal Constitucional del referido precepto son también objeto de estudio; en concreto el recurso de inconstitucionalidad, con la específica problemática derivada de tratarse de un caso de inconstitucionalidad sobrevenida, y la cuestión de constitucionalidad. La última parte del trabajo se centra en la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos «Sociedad Anónima del Ucieza contra España», con relevancia específica para el objeto de nuestro estudio.

ABSTRACT: Registration of many buildings by the Catholic Church using the power conferred by Article 206 of the Mortgage Act has been a public matter. A legal modification succeed in 1998 and which allowed the Catholic Church to register places of worship and other properties that were not registered with a mere certificate issued by the diocese. The consequence of this reform was an intense registration activity by the Diocese. In this process, Catholic Church registered over 4,500 properties. After a brief review of the historical background of this legal precept, which explain its existence, we analyze the arguments on which to base a possible unconstitutionality of Article 206 of the Mortgage Act, concerning the violation of constitutional principles as secularism of the State and equality. In this sense, it is concluded that this article is liable to be declared unconstitutional because these principles collide with the privilege of the Church to matriculate property in their name with a certificate signed by the bishop himself. The last part of the paper focuses on the recent judgment of the European Court of Human Rights «SA of Ucieza against Spain», with specific relevance to the subject of our study.

PALABRAS CLAVE: Inmatriculación. Iglesia Católica. Igualdad. Aconfesionalidad. Inconstitucionalidad.

KEY WORDS: Registration. Church catholic. Equality. Secularism. Unconstitutionality.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA POTESTAD INMATRICULADORA A FAVOR DE LA IGLESIA CATÓLICA OTORGADA POR EL

ARTÍCULO 206 DE LA LEY HIPOTECARIA.—III. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 206 LH POR VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE ACONFESIONALIDAD DEL ESTADO.—IV. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 206 LH POR VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD.—V. VÍAS DE IMPUGNACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 206 LH: 1. El recurso de inconstitucionalidad: por qué no es extemporáneo. 2. La impugnación del artículo 206 LH a través de una cuestión de constitucionalidad.—VI. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS *«SOCIEDAD ANÓNIMA DEL UCIEZA CONTRA ESPAÑA»*.—VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La inmatriculación de numerosas fincas por parte de la Iglesia Católica usando la potestad atribuida por el artículo 206 de la Ley Hipotecaria ha sido una polémica de hondo calado público, que nos obliga a reflexionar sobre la relevancia jurídica y la probable inconstitucionalidad de dicho precepto, máxime tras la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos «Sociedad Anónima del Ucieza contra España» de 4 de noviembre de 2014.

La razón de ser de esta repercusión social parte de una modificación normativa efectuada en el año 1998 que permitió a la Iglesia Católica inscribir lugares de culto y otras propiedades que no estuvieran registradas con una mera certificación expedida por el Obispado. La consecuencia de esta reforma fue una intensa actividad registral por parte de las Diócesis. En este proceso, la Iglesia registró a su nombre más de 4.500 propiedades, según fuentes fiables cercanas a los Registros de la Propiedad, aunque no existe realmente ningún listado público en el que se encuentren referidas todas las inscripciones registrales llevadas a cabo por la Iglesia

Navarra es la comunidad donde el fenómeno de las inmatriculaciones ha sido más estudiado y ha dado lugar al nacimiento de una *Plataforma de Defensa del Patrimonio Navarro*[1] a la que se han adherido 117 municipios. Dicha plataforma ha llegado a censar hasta 1.087 propiedades a nombre de la diócesis de Pamplona y Tudela. «A principios de 2007, de manera casual», señala un documento de esta plataforma, «se descubrió que la Diócesis navarra estaba inmatriculando masivamente todo tipo de edificios religiosos, casas, tierras, arbolados, cementerios… más de mil escrituraciones desde el año 1998», señala el mencionado documento.

Asociaciones como Europa Laica han tratado de llamar la atención de la opinión pública sobre este asunto, que también ha llegado en varias ocasiones a las Cortes Generales. Actualmente se está debatiendo una reforma de la Ley Hipotecaria que suprimiría este privilegio hipotecario de la Iglesia, pero que no afectaría a los inmuebles ya inscritos registralmente

Uno de los bienes inmuebles cuya inmatriculación ha sido especialmente controvertida es la Mezquita-Catedral de Córdoba[2]. Esta inmatriculación ha dado lugar a una polémica que ha traspasado la dimensión local y nacional, llegando a convertirse en un asunto de referencia internacional[3]. A finales de 2013 se creó una plataforma cívica para tratar de frenar este proceso. En un manifiesto que ha recibido más de 200.000 firmas la *Plataforma Mezquita-Catedral de Córdoba: patrimonio de todos*[4] exige la titularidad y gestión pública del inmueble para que deje de ser instrumento al servicio de la Iglesia. La plataforma ha recibido el respaldo de numerosos intelectuales. Entre ellos, Federico MAYOR ZARAGOZA, que fuera durante doce años director general de la UNESCO —entre 1987 y 1999— y actualmente presidente de la Fundación Cultura de Paz, quien advirtió incluso de la posibilidad de que el monumento perdiera la titularidad de Patrimonio Mundial que le otorgó la UNESCO en 1984[5].

En este estudio, tras un breve recorrido por los antecedentes histórico-jurídicos de este precepto, que explican su existencia, se exponen los argumentos en los que basar una posible inconstitucionalidad del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, referidos a la violación de los principios constitucionales de aconfesionalidad del Estado y de igualdad, se analizan las posibles vías de impugnación ante el Tribunal Constitucional del referido precepto; en concreto el recurso de inconstitucionalidad, con la específica problemática derivada de tratarse de un caso de inconstitucionalidad sobrevenida, y la cuestión de constitucionalidad; y se finaliza con un comentario de la reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos «Sociedad Anónima del Ucieza contra España», de 4 de noviembre de 2014, con relevancia específica para el objeto de nuestro estudio.

II. LA POTESTAD INMATRICULADORA A FAVOR DE LA IGLESIA CATÓLICA OTORGADA POR EL ARTÍCULO 206 DE LA LEY HIPOTECARIA

La Ley Hipotecaria (LH, en adelante), aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946, concede al Obispo Diocesano la categoría de funcionario público, para poder acreditar inmatriculaciones a través del juego combinado de los siguientes preceptos:

— Artículo 199 LH [Medios de inmatriculación de fincas no inscritas]

La inmatriculación de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna se practicará:

a) Mediante expediente de dominio.

b) Mediante el título público de su adquisición, complementado por acta de notoriedad cuando no se acredite de modo fehaciente el título adquisitivo del transmitente o enajenante.
c) Mediante el certificado a que se refiere el artículo 206, solo en los casos que en el mismo se indican.

— Artículo 206 LH (primer párrafo)

El Estado, la provincia, el municipio y las Corporaciones de derecho público o servicios organizados que forman parte de la estructura política de aquel y las de la Iglesia Católica, cuando carezcan del título escrito de dominio, podrán inscribir el de los bienes inmuebles que les pertenezcan mediante la oportuna certificación librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los mismos en la que se expresará el título de adquisición o el modo en que fueron adquiridos.

— Artículo 207 LH

Las inscripciones de inmatriculación practicadas con arreglo a lo establecido en los dos artículos anteriores no surtirán efectos respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha.

— Artículo 4 del Reglamento Hipotecario (Modificado parcialmente en 1998)

Serán inscribibles los bienes inmuebles y los derechos reales sobre los mismos, sin distinción de la persona física o jurídica a que pertenezcan, y por tanto, los de las Administraciones públicas y los de las entidades civiles o eclesiásticas.

— Artículo 304 del Reglamento Hipotecario (redacción de 1947)

En el caso de que el funcionario a cuyo cargo estuviese la administración o custodia de los bienes no ejerza autoridad pública ni tenga facultad para certificar, se expedirá la certificación a que se refiere el artículo anterior por el inmediato superior jerárquico que pueda hacerlo, tomando para ello los datos y noticias oficiales que sean indispensables. Tratándose de bienes de la Iglesia, las certificaciones serán expedidas por los Diocesanos respectivos.

La inmatriculación, como es bien sabido, no otorga la titularidad del derecho que se inscribe, pero sí es cierto que genera la apariencia jurídica de

su pertenencia, obligando a quien la cuestione, dado que no podría accionar el expediente de dominio establecido en la legislación hipotecaria, a recurrir potestativamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado o ser impugnadas directamente ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble[6].

Para comprender el origen histórico de este problema, tal como han estudiado prestigiosos miembros de la doctrina civilista y del Derecho Eclesiástico[7], hay que remontarse al siglo XIX, tiempos en los que el modelo de relaciones Iglesia-Estado era de corte confesional.

La Ley de 1 de mayo de 1855, decretó la desamortización general de los bienes del Estado y de la Iglesia Católica. A raíz de ello, el Convenio-Ley de 4 de abril de 1860, realizó una distinción entre:

1) Bienes que la Iglesia adquiriese con posterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley, los cuales quedaban excluidos del ámbito de aplicación de las leyes desamortizadoras, no estableciéndose respecto a ellos limitación alguna en cuanto a su disfrute y enajenación.
2) Bienes que la Iglesia poseyera con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 1860, que sí estaban sujetos a desamortización, y por tanto, podía imponerse a su titular la venta forzosa de los mismos.

El Real Decreto de 21 de agosto de 1860 desarrolla lo dispuesto en el artículo 6 de la citada Ley de 4 de abril de 1860, (relativo a los bienes que quedaban exentos de desamortización, y por lo tanto de venta forzosa), y con la finalidad de que quedase constancia de la existencia de dichos bienes, se ordenaba a las Diócesis en que estuvieran radicados dichos inmuebles, que realizaran una relación de fincas por triplicado, a incluir en los archivos diocesanos. Se arbitraría para los bienes eclesiásticos que carecieran de título inscrito una fórmula para su inscripción, semejante a la que había respecto a los bienes inmuebles estatales: la certificación posesoria expedida por el Obispo. Este documento acreditaba tanto la posesión del documento por la Iglesia como por las entidades eclesiásticas, como que dicho inmueble a inscribir figuraba en el Archivo Diocesano y quedaba excluido de la aplicación de las leyes desamortizadoras. El apartado 5.º del artículo 7 del citado Real Decreto de 21 de agosto de 1860, exceptuaba de la inclusión en dichos inventarios a todos los edificios que sirven en el día para el culto, dato que resulta de gran importancia para comprender bien la problemática de este asunto.

El Real Decreto de 6 de noviembre de 1863, que regulaba un régimen de certificaciones de posesión para poder proceder a la inscripción de bienes inmuebles en el Registro de la Propiedad, instituido en 1861, en supuestos de falta de títulos escritos que pudieran acreditar la titularidad dominical, expresamente señalaba en su Exposición de Motivos que: *La Ley hipotecaria ofrece en casos*

análogos a los particulares el remedio sencillo de las informaciones de posesión; este mismo remedio puede servir al Estado, pero con la ventajosa diferencia de que si aquellos no pueden justificar su posesión sino con el testimonio de personas privadas, este puede hacerlo más fácilmente con documentos auténticos, los cuales son según la ley, títulos inscribibles. No sería además materialmente posible, sino con un número larguísimo de autos, instruir, para cada finca de las muchas que se hallan en aquel caso, un expediente de posesión, ni sería tampoco conforme a los buenos principios de la Administración, para justificar hechos que le constan oficialmente y sobre los cuales puede certificar, necesitara abonar su dicho con testigos particulares.

Los puntos 6.º a 12.º desarrollaban el régimen de inscripción mediante certificaciones posesorias, y en el punto 13.º, se extendía la citada regulación a los bienes en posesión del clero y debían permanecer en su poder amortizados, señalándose en ese caso que las certificaciones precisas serían expedidas por los Diocesanos, al indicar textualmente que: *en la misma forma se inscribirán los bienes que posea el Clero o se le devuelvan y deban permanecer en su poder amortizados; pero las certificaciones de posesión que para ello fueren necesarias, se expedirán por los Diocesanos respectivos.*

Lo que viene a ocurrir con todo esto es que, dado que los bienes no se pueden amoldar a los requisitos de la legislación registral, es el Registro el que se acomoda a los bienes[8].

El régimen de certificaciones posesorias, tras una serie de modificaciones, es recogido en los artículos 24 a 31 del Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915, haciéndose referencia en el artículo 31 al régimen de inscripción de bienes de la Iglesia, sobre la base de los precedentes analizados, los Reales Decreto de 6 de noviembre de 1863 y 11 de noviembre de 1864.

Con la reforma hipotecaria de 1944-1946, la posesión, en cuanto hecho jurídico, desaparece del Registro de la Propiedad, lo cual da lugar a la transformación de las certificaciones posesorias en certificaciones de dominio, flexibilizándose el acceso de la propiedad al Registro, lo cual se prefiere a admitir la inscripción de la posesión como una forma de admitir el acceso al Registro de la Propiedad de títulos defectuosos o de situaciones jurídicas no plenamente acreditadas.

Pese a que la legislación desamortizadora fue derogada por la Ley de Bases del Patrimonio del Estado de 23 de abril de 1964, continúa formalmente en vigor la normativa aplicable para determinar el procedimiento de inmatriculación de bienes de la Iglesia de los que no exista título de dominio, surgida de la reforma de la Legislación Hipotecaria de 1944-1946, de forma que el artículo 19 del Reglamento Hipotecario permite la inscripción de los bienes que pertenezcan a la Iglesia o a las Entidades eclesiásticas, o se les devuelvan, y deban quedar amortizados en su poder.

La reforma del Reglamento Hipotecario operada mediante el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, suprimió la excepción contenida en el artículo

5.4 del Reglamento Hipotecario en virtud de la cual se excluía de la inscripción registral a los templos destinados al culto católico, en lo que parecía constituir una equiparación al régimen aplicable a los bienes inmuebles públicos, que tampoco podían acceder al Registro, y que, paradójicamente, lejos de suponer un privilegio a favor de la Iglesia, suponía para la misma la imposibilidad de gozar de las ventajas de la publicidad registral respecto a esos inmuebles que quedaban fuera de la inscripción.

La supresión de esta anómala normativa, en virtud de la cual se exceptuaba de la inscripción registral a los templos destinados al culto católico, venía justificada en la propia Exposición de Motivos del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en su propia inconstitucionalidad, algo que pese a resultar a todas luces evidente, tardó en ser modificado casi veinte años desde la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978.

La nueva redacción dada por el artículo 1 del citado Real Decreto 1867/1998, a los artículos 4 y 5 del Reglamento Hipotecario, posibilitó el acceso al Registro Hipotecario, de cualesquiera bienes inmuebles de titularidad eclesiástica, así como de los derechos reales constituidos sobre los mismos. Sin embargo, en ese momento, se dejó escapar la posibilidad[9] de aprovechar esta oportunidad en que se afrontaba una reforma a fondo de nuestra legislación hipotecaria, para haber procedido a la modificación de los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 304 de su Reglamento, en que se equipara a la Iglesia Católica con el Estado, la Provincia, el Municipio y las Corporaciones de Derecho Público, a la hora de facilitar la inmatriculación de bienes inmuebles de titularidad eclesiástica, al legitimarse a los Diocesanos a expedir las certificaciones pertinentes, asimilándoles de este modo a auténticos funcionarios públicos, en un país cuya Carta Magna afirma que ninguna confesión tendrá carácter estatal, una situación de hecho que encierra un contrasentido normativo evidente, pues si ninguna confesión tiene carácter estatal, cómo entender esta extraordinaria prerrogativa preconstitucional reconocida a los Diocesanos católicos, que les atribuye funciones de fedatarios públicos en manifiesta contradicción, a nuestro modo de ver, con los postulados constitucionales, tal como exponemos a continuación.

III. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 206 LH POR VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE ACONFESIONALIDAD DEL ESTADO

Existen unos principios, básicos desde la óptica constitucionalista, necesarios para alcanzar la definición de Estado de Derecho; a saber, separación de poderes, imperio de la ley, soberanía popular y reconocimiento y protección de derechos. Principios que ya se encontraban en las constituciones francesas y norteamericana de finales del XVIII. Dentro de los derechos consustanciales

a la imprescindible defensa de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad como esencia de nuestro sistema democrático, cobra especial intensidad el reconocimiento y protección de la libertad religiosa, así como la necesaria, y en cierto modo instrumental a efectos de garantizar la anterior, separación entre Religión y Estado. No existe Estado Constitucional, en el último sentido axiológico del término, allá donde no se produzca esta separación. En esta materia, la Constitución de 1978 reconoce la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley.

Este derecho reconocido en el artículo 16 conlleva que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Así ha reconocido el Tribunal Constitucional en varias sentencias[10] que la libertad ideológica tiene una dimensión interna que consiste en adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones y, además, una dimensión externa, que consiste en expresar esas propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos[11].

Esta, en nuestra opinión, intachable doctrina constitucional, que es la que se colige de los dos primeros párrafos del mencionado precepto, podría considerarse que adolece de una cierta merma del principio de igualdad en el tercero por el que se establece la aconfesionalidad del Estado español y se hace una mención expresa a la Iglesia Católica en estos términos: *«Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones»*.

La aconfesionalidad del Estado se sustenta sobre dos pilares. En primer lugar sobre la neutralidad del Estado, que implica igualdad y neutralidad en el trato dado a los ciudadanos en relación al fenómeno religioso; estricto mantenimiento de la «apariencia» de neutralidad con lo que ello supone de limitación de los derechos de los funcionarios y personal al servicio de la Administración; y prohibición de sostenimiento económico de las Iglesias.

En segundo lugar, la aconfesionalidad solo puede existir en aquellos Estados cuyos ordenamientos jurídicos reconozcan y garanticen la libertad de conciencia y el libre ejercicio del culto sin más limitaciones que el respeto del orden público[12].

En nuestra doctrina constitucional, partiendo del tenor literal del artículo 16.3 CE, que establece que «ninguna confesión tendrá carácter estatal», debemos recalcar que se trata de una disposición que atiende al pluralismo de creencias existente en la sociedad española, y que actúa como una garantía de la libertad religiosa de todos (STC 340/1993). Se trata, a juicio del TC, del «presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática (art. 1.1 CE)» (STC 177/1996).

El carácter aconfesional del Estado español supone la afirmación de un principio de neutralidad, que posee diversos significados[13]:

a) Impide a las confesiones religiosas trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado, ocupando igual posición jurídica (STC 340/1993, sobre la inconstitucionalidad de la ley que equiparaba la Iglesia Católica al Estado en cuanto a beneficios en materia de arrendamientos, a la que haremos referencia posteriormente).
b) Asimismo, esta neutralidad «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales» (STC 24/1982). Esta prohibición se concreta, por ejemplo, en el hecho de que, una vez dispuesta la inclusión como asignatura la enseñanza de religión sobre la base del deber de cooperación del Estado con las confesiones religiosas, el credo religioso objeto de enseñanza en los colegios deba ser el definido por cada Iglesia, comunidad o confesión, sin que el Estado pueda intervenir en este punto. También ha deducido de aquí el TC que deban ser las confesiones las que deban emitir un juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respectivo credo (STC 38/2007).
c) Para el TC, con el artículo 16.3 CE «el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso» (STC 24/1982).
d) Por último, el principio de neutralidad también impide «que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos» (STC 24/1982). Ahora bien, el carácter aconfesional del Estado español no obliga a eliminar toda institución que tenga un origen religioso (STC 19/1985).

Por lo tanto, con la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, se instaura un modelo en el que:

1. El Estado se encuentra separado de la Iglesia.
2. El Estado adopta una posición de neutralidad en sus relaciones con las confesiones religiosas y con los colectivos de ciudadanos no creyentes. La Iglesia Católica ya no es, tal como quedaba establecido en el régimen de Franco, por iniciativa de la doctrina conciliar y decisión política fundamental del Estado español, Corporación de Derecho Público equiparable a las que forman parte de la organización política estatal (como recordaremos a los efectos del artículo 206 de la Ley Hipotecaria). Porque ni los fines propios de la Iglesia coinciden con los del Estado, ni su actividad es homologable a la de los órganos del Estado, ni la Iglesia como unidad puede ser sustituida dentro de la organización del Estado.
3. Al afirmarse en el artículo 16.3 que ninguna confesión tendrá carácter estatal, es decir que la Iglesia se encuentra separada del Estado, este

> debe adoptar una posición de exquisita neutralidad frente a las diversas creencias religiosas de los ciudadanos.

Por ello, puede entenderse que los principios de libertad e igualdad religiosa y de aconfesionalidad del Estado reconocidos en la Constitución Española chocan con el privilegio de la Iglesia para inmatricular bienes a su nombre con un certificado que firme el propio obispo.

Para llegar a estas conclusiones, resulta especialmente relevante el estudio de la STC 340/93, de 16 de noviembre, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 76.1 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, que equiparaba a la Iglesia Católica con el Estado, la Provincia, el Municipio y las Corporaciones de Derecho Público, a la hora de no estar obligada a justificar la necesidad de ocupación de los bienes que tuviere dados en arrendamiento, lo que suponía una clara forma de facilitar la resolución de este tipo de contratos, fortaleciendo notablemente la posición del arrendador frente al arrendatario, cuando quien arrendaba esos bienes inmuebles era un ente eclesiástico. Situación de privilegio que es claramente análoga a la que se plantea en relación a la inmatriculación de fincas, y que se declaró inconstitucional por atentar a los principios de igualdad y de aconfesionalidad del Estado[14].

Cabe preguntarse desde una perspectiva teórica por los fundamentos jurídicos que sirvieron de apoyo a este precepto que contemplaba un estatuto privilegiado para la Iglesia Católica en materia de arrendamientos urbanos, tanto respecto a las demás Confesiones religiosas, como del resto de colectivos de no creyentes. En el fondo la explicación última se encontraba en la adopción durante la dictadura del general Franco de un modelo de carácter confesional a la hora de regular las relaciones Iglesia-Estado.

Indica el Tribunal Constitucional en esta sentencia, cuyo razonamiento jurídico extrapolamos a continuación, que si se considera, en primer lugar, la razón de ser de esta diferencia de trato en favor de la Iglesia Católica, los ya indicados antecedentes del precepto evidencian que el mismo se halla en este punto estrechamente vinculado al carácter confesional del Estado en la época en que esta normativa fue promulgada[15].

Conviene apreciar también si la proclamación de la no confesionalidad del Estado, no puede entrar en contradicción, en este aspecto, con el mandato constitucional de que los poderes públicos mantengan «relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones».

Para resolver esta cuestión, citamos literalmente la doctrina del Tribunal Constitucional: «*Ahora bien, sin necesidad de entrar a considerar el fundamento y los límites de estas relaciones de cooperación, tal justificación del precepto cuestionado no puede ser acogida. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que los términos empleados por el inciso inicial del artículo 16.3 CE no solo expresan el carácter no confesional del Estado en atención al pluralismo de*

creencias existente en la sociedad española y la garantía de la libertad religiosa de todos, reconocidas en los apartados 1 y 2 de este precepto constitucional. Al determinar que «Ninguna confesión tendrá carácter estatal», cabe estimar que el constituyente ha querido expresar, además, que las confesiones religiosas en ningún caso pueden trascender los fines que les son propios y ser equiparadas al Estado, ocupando una igual posición jurídica; pues como se ha dicho en la STC 24/1982, fundamento jurídico 1.º, el artículo 16.3 CE «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales»[16].

Lo que es especialmente relevante en relación con el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, dado que este precepto ha llevado a cabo precisamente —por las razones históricas antes expuestas— una equiparación de la posición jurídica de la Iglesia con el Estado y los otros entes de Derecho público en materia de inmatriculación de fincas.

En definitiva, podemos concluir que la justificación del precepto cuestionado, que equipara a la Iglesia Católica con los Entes públicos allí mencionados, se encuentra únicamente en el carácter confesional del Estado con anterioridad a la vigencia de la Constitución Española de 1978, lo que es contrario al inciso inicial del artículo 16.3 de nuestra Norma fundamental. Y el artículo 206 de la Ley Hipotecaria tampoco puede encontrar justificación en la previsión de dicho precepto constitucional sobre relaciones de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas. Lo que conduce a estimar, en definitiva, que este precepto carece de la justificación objetiva y razonable que toda diferenciación normativa, por imperativo del artículo 14 CE, debe poseer para ser considerada legítima, como analizaremos a continuación, y atenta contra el principio de aconfesionalidad del Estado; resultando, pues, sobrevenidamente inconstitucional y, por consiguiente, susceptible de poder considerarse su nulidad en cuanto a la mención de «la Iglesia Católica».

A modo de resumen de nuestra argumentación, la Sentencia del Tribunal Constitucional 340/1993, estableció dos conclusiones verdaderamente esclarecedoras, que son extrapolables íntegramente a este estudio[17]:

1. Afirma que el precepto impugnado no encuentra acomodo en un Estado aconfesional, siendo en el fondo un resquicio de un modelo de relaciones Iglesia-Estado de corte confesional.
2. Entiende que el deber de cooperación del Estado con las confesiones religiosas establecido en el artículo 16.3 de la CE no da cobertura a este precepto porque en ningún caso las confesiones religiosas pueden *trascender los fines que les son propios y ser equiparables al Estado ocupando una igual posición jurídica*.

En este punto el Tribunal Constitucional viene a reiterar, pues, lo que afirmó anteriormente en la STC 24/1982, en la que expresamente se advertía que el

artículo 16.3 CE *veda cualquier confusión entre funciones religiosas y funciones estatales*[18].

IV. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 206 LH POR VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Nuestra Constitución proclama la libertad y la igualdad como valores superiores del ordenamiento jurídico. La libertad, entendida en su acepción más omnicomprensiva, que incluye la necesidad del libre desarrollo de la personalidad, precisa de la igualdad formal y material, pues solo estando en condiciones de igualdad jurídica y de dignidad vital se puede decidir individualmente con libertad y colectivamente se puede desarrollar una convivencia en paz. Máxime si recordamos el importante papel fundamentador del orden político y de la paz social que la libertad, la igualdad, y su desarrollo y plasmación en derechos y libertades individuales, desempeñan en un Estado social y democrático de Derecho.

La igualdad formal, o isonomía, es el gran hallazgo de la Revolución francesa. Se identifica con la exigencia jurídico-política de la igualdad ante la ley, lo que supone el reconocimiento de la identidad del estatuto jurídico de todos los ciudadanos: la equiparación de trato en la legislación y en la aplicación del Derecho.

La igualdad ante la ley se despliega en tres aspectos: igualdad como generalización, igualdad procesal e igualdad de trato formal[19].

En nuestra Constitución, el artículo 14, a través del que se reconoce este principio de igualdad ante la ley, es el que sirve de preámbulo a la declaración de derechos, libertades y deberes. En este precepto se proclama la igualdad desde un punto de vista formal, susceptible de complementarse con la visión material que hace de la misma el artículo 9.2.

Como ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional[20], al establecer el precepto mencionado el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone a los poderes públicos la obligación de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes encargados de la aplicación de las normas jurídicas.

Ese trato igual significa que a los supuestos de hecho iguales han de serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia que aparezca, al mismo tiempo, como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados.

Es un derecho de naturaleza relacional y no autónomo, de manera que no se viola la igualdad en abstracto sino en relación con otros derechos. Además,

en el citado precepto el constituyente trata de excluir cualquier diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable por cualquier circunstancia personal o social, si bien hace una especial referencia de aquellas categorías sospechosas de discriminación, tales como el nacimiento, la raza, el sexo, la religión o la opinión[21].

Pues bien, en relación con el precepto cuestionado se aprecia claramente que existe un trato discriminatorio, que se separa de las más elementales notas caracterizadoras de la igualdad formal.

Por ello, para que pudiera entenderse avalado constitucionalmente el trato favorable otorgado a la Iglesia Católica por el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, conviene analizar si existen razones materiales que justificaran dicho trato.

La igualdad material o sustancial se conecta con la idea de justicia material y con la consecución de los valores y medios que permitan el pleno desarrollo de la persona y su participación en la organización económica, política, cultural y social.

Igual que sucede con la igualdad formal, la igualdad material implica tener en cuenta dos aspectos: la equiparación, lo que supone el respeto y protección de las necesidades básicas de los individuos, pudiendo servirnos como ejemplo la generalización del derecho a la educación o del derecho a la salud; y la diferenciación.

La igualdad material como diferenciación implica la finalidad de conseguir el respeto de las necesidades básicas de los individuos, lo que se puede realizar eliminando privilegios, lo que en nuestra opinión es más bien una proyección concreta del principio de igualdad formal, estableciendo derechos subjetivos o, de forma menos intensa, directrices que se desarrollen con posterioridad.

Al establecerse un derecho subjetivo se obliga, pues, a los poderes públicos a satisfacer una necesidad que no se puede llevar a cabo desde el ámbito privado.

En nuestra Constitución, el artículo 9.2 establece que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Por lo tanto, la promoción de la igualdad real y efectiva permite justificar un tratamiento diferenciado, a través de medidas de discriminación positiva.

El Tribunal Constitucional español ha establecido, en una jurisprudencia bastante consolidada, las condiciones para que el establecimiento de un trato desigual constituya una diferenciación admisible: desigualdad de supuestos de hecho, finalidad razonable de la diferenciación, trato diferenciador racional y proporcionalidad entre el trato desigual y la finalidad perseguida[22].

En el supuesto del trato favorable a la Iglesia Católica a efectos de la inmatriculación de fincas, no puede entenderse que la Iglesia Católica se encuentre en una situación especial, pues el proceso desamortizador desapareció hace más de

un siglo, de modo que el contexto en que surge este privilegio, *no puede equipararse a la actualidad, ni justifica una posible situación de utilidad o interés general a su favor.* Tal principio no exige un trato exactamente igual a todos los individuos, pues caben tales diferencias si están debidamente justificadas. La sentencia del Tribunal Constitucional 340/1993, en su Fundamento Jurídico 4.º, letra c), señala respecto a la diferencia de trato que en el mencionado precepto se establecía entre los supuestos de titularidad del bien arrendado por parte de la Iglesia Católica y los de otra Confesión, o un particular, razonamiento[23] que, por analogía, aplicamos en el asunto motivo del recurso:

1. Que no toda desigualdad de trato legislativo en la regulación de una materia entraña una vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la Ley del artículo 14 CE, sino únicamente aquellas que introduzcan una diferencia de trato entre situaciones que puedan considerarse *sustancialmente iguales* y *no posean una justificación objetiva y razonable*.

La justificación de este trato de favor para la Iglesia Católica encuentra un fundamento especialmente difícil desde el momento en que la propia jurisprudencia constitucional ha señalado que no hay una *distinción objetiva* en la posición jurídica de la Iglesia Católica y las demás personas físicas y jurídico privadas (las demás confesiones por ejemplo) que justifique una solución diferente.

2. Que para que la diferencia de trato sea constitucionalmente lícita, las consecuencias jurídicas que se deriven de tal diferencia deben ser *proporcionadas* a la finalidad perseguida por el legislador.

Tal *juicio de proporcionalidad*, ha manifestado el Tribunal Constitucional[24] deberá recaer sobre el análisis conjunto de estos tres elementos:

a) La *medida* que se ha adoptado: estamos ante un trato de favor a la Iglesia Católica que no puede encontrar más justificación que la de haber tenido su génesis en un modelo de Estado confesional, en estos momentos superado.
b) El *resultado* producido: que no es otro que una vulneración del principio de aconfesionalidad del Estado.
c) La *finalidad* pretendida por el legislador en el supuesto concreto: que no es asumible por un Estado aconfesional en el que no cabe equiparar los fines religiosos con los fines públicos, ni emitir juicios de valor de carácter positivo referidos al hecho religioso en cuanto tal.

No existiría justificación a este trato de favor de la Iglesia Católica, ni por la finalidad que persigue la disposición ni por los efectos que la misma genera. El trato de favor que se evidencia en ayuda de la Iglesia Católica se manifiesta enormemente vinculado a un sentido confesional del Estado, ciertamente propio de una época determinada pero en nada parecido a la situación actual ni conforme con la Constitución, que proclama en su artículo 16.3 que

«ninguna confesión tendrá carácter estatal». Por lo que estaríamos ante un caso de inconstitucionalidad sobrevenida.

Esta diferencia de trato no encuentra justificación alguna desde el punto de vista del principio de igualdad, pues para que una diferencia de trato pueda resultar justificada, conforme a la interpretación que de este principio hace la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es preciso que supere un juicio de proporcionalidad en función de la relación existente entre la *medida* adoptada, el *resultado* producido y la *finalidad* pretendida por el legislador. Dicha desigualdad de trato solo estaría justificada:

1. Cuando dicho tratamiento responda a circunstancias objetivamente desiguales, y la aplicación rigurosa del principio de igualdad diera lugar a consecuencias injustas.

Para justificar la legislación hipotecaria objeto de controversia, sería preciso alegar que la Iglesia Católica está en una situación objetivamente desigual respecto a las demás confesiones religiosas, e incluso, respecto a las demás personas que se encuentran en la situación de poder inscribir bienes inmuebles carentes de título de dominio escrito.

Resulta evidente que la Iglesia no se encuentra a día de hoy en una situación especial (como se encontrase anteriormente a raíz de la legislación desamortizadora), que objetivamente justifique el tratamiento desigual y privilegiado que mantiene la vigente legislación hipotecaria.

2. O cuando la Ley que establezca el trato desigual persiga una finalidad protectora, constitucionalmente justificada.

No cabe entender que en el supuesto de la legislación hipotecaria que es objeto de controversia exista una eventual finalidad protectora, derivada de los principios constitucionales, que justifique su mantenimiento. La única mención que la Constitución hace a la Iglesia Católica en su artículo 16.3 es para equiparar a la misma con las demás confesiones religiosas, no estableciendo un principio de protección, justificativo de la desigualdad, sino simplemente un principio de cooperación, sometido por razones de lógica gramatical y sistemática, a la afirmación previa según la cual, *ninguna confesión tendrá carácter estatal*.

Además, no es extensible este privilegio a las demás confesiones religiosas, y no solo porque la Iglesia Católica y personas jurídicas eclesiásticas de esa confesionalidad ya no forman parte de la organización política del Estado —ni obviamente las de cualquier otra confesión—, sino porque, además, de mantenerse ese entendimiento, se lesionaría el principio de igualdad en relación a las personas jurídicas no religiosas y a las naturales.

A mayor abundamiento, en relación al principio de igualdad entre confesiones religiosas reconocido constitucionalmente, la solución no pasaría por equiparar a las distintas religiones en la posibilidad de establecer un privilegio similar a la hora de la inmatriculación de sus bienes, pues de ese modo lo que

se conseguiría es una lesión aún mayor del principio de aconfesionalidad del Estado.

Por todo ello ha de entenderse que la referencia a la Iglesia Católica incluida en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria viola el principio de igualdad establecido en el artículo 14 CE.

V. VÍAS DE IMPUGNACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 206 DE LA LEY HIPOTECARIA

1. El recurso de inconstitucionalidad: por qué no es extemporáneo

Dado que estamos hablando de una norma preconstitucional nos encontraríamos ante lo que se denomina «supuesto de inconstitucionalidad sobrevenida». Por lo tanto conviene reflexionar sobre la competencia del Tribunal para declarar la inconstitucionalidad e invalidez, sobrevenida y —como consecuencia— la derogación de leyes preconstitucionales que se opongan a la Constitución.

Para ello, siguiendo la doctrina emanada del Tribunal Constitucional[25], «el Tribunal Constitucional —artículo 161.1 a) de la Constitución— es competente para conocer de los recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de Ley, y de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces y Tribunales de acuerdo con el artículo 163 de la propia Constitución». Mediante estos procedimientos, señala el artículo 27 de su Ley Orgánica, «el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados».

De acuerdo con estos preceptos expuestos, no puede negarse que el Tribunal, intérprete supremo de la Constitución según el artículo 1 de su Ley Orgánica, es competente para enjuiciar la conformidad o disconformidad con aquella de las leyes preconstitucionales impugnadas, declarando, si procede, su inconstitucionalidad sobrevenida y, en tal supuesto, la derogación operada por virtud de la Disposición Derogatoria.

A mayor abundamiento debe señalarse que la afirmación de la competencia del Tribunal Constitucional para entender de la constitucionalidad de las Leyes preconstitucionales ha sido la solución acogida tanto en el sistema italiano como en el alemán, recuerda el Tribunal Constitucional en la STC 4/81.

Conviene recordar también que así como frente a las Leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de constitucionalidad.

El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad —es decir, el que actúe previamente un Juez o Tribunal al que se le suscite la duda— no es un requisito para que el Tribunal Constitucional pueda enjuiciar las leyes preconstitucionales. El enjuiciamiento de la conformidad de las Leyes con la Constitución es, por el contrario, una competencia propia del mismo que, solo excepcionalmente, en cuanto a las anteriores a la Constitución, corresponde también a los Jueces y Tribunales integrados en el Poder Judicial; los cuales, al inaplicar tales leyes, no enjuician realmente la actuación del legislador —al que no le era exigible en aquel momento que se ajustase a una Constitución entonces inexistente—, sino que aplican la Constitución, que ha derogado las leyes anteriores que se opongan a lo establecido en la misma y que —por ello son— inconstitucionales. En definitiva, no corresponde al Poder Judicial el enjuiciar al Poder legislativo en el ejercicio de su función peculiar, pues tal enjuiciamiento está atribuido al Tribunal Constitucional.

Siguiendo de nuevo la doctrina de la STC 4/81, conviene señalar también que la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida —y consiguiente derogación— efectuada por el Tribunal Constitucional tiene plenos efectos frente a todos, si bien, salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la Ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad. Todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164 de la Constitución, en conexión con su Disposición Derogatoria. De esta forma, la sentencia del Tribunal Constitucional —dado su valor *erga omnes*— cumple una importante función, que es la de depurar el Ordenamiento resolviendo de manera definitiva y con carácter general las dudas que puedan plantearse.

Por último, hay que señalar que pudiera entenderse que no sería de aplicación en este caso la Disposición Transitoria 2.ª Uno LOTC[26], puesto que la inconstitucionalidad del precepto impugnado trae causa del efecto combinado del tenor literal del artículo 206 de la Ley Hipotecaria y de la derogación del anterior artículo 5.4 del Reglamento Hipotecario, operada mediante el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre. En esta reforma del Reglamento Hipotecario se suprimió la excepción contenida en dicho artículo 5.4 del Reglamento Hipotecario en virtud de la cual se excluía de la inscripción registral a los templos destinados al culto católico, en lo que parecía constituir una equiparación al régimen aplicable a los bienes inmuebles públicos, que tampoco podían acceder al Registro, y que paradójicamente, lejos de suponer un privilegio a favor de la Iglesia, suponía para la misma la imposibilidad de gozar de las ventajas de la publicidad registral respecto a esos inmuebles que quedaban fuera de la inscripción.

Como hemos señalado previamente, la supresión de esta normativa, en virtud de la cual se exceptuaba de la inscripción registral a los templos destinados al culto católico, venía justificada en la propia Exposición de Motivos del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en su propia inconstitucionalidad.

La nueva redacción dada por el artículo 1 del citado Real Decreto 1867/1998, a los artículos 4 y 5 del Reglamento Hipotecario, posibilitó el acceso al Registro Hipotecario, de cualesquiera bienes inmuebles de titularidad eclesiástica, así como de los derechos reales constituidos sobre los mismos, modificación normativa no susceptible de impugnación ante el Tribunal Constitucional[27].

En ese momento se dejó escapar, pues, la posibilidad de haber procedido a la modificación de los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 304 de su Reglamento, en que se equipara a la Iglesia Católica con el Estado, la Provincia, el Municipio y las Corporaciones de Derecho Público. Al no hacerse esta modificación y tras la derogación del anterior artículo 5.4 del Reglamento Hipotecario, se concedió un privilegio a la Iglesia Católica, privilegio que entendemos inconstitucional, tal como hemos expuesto previamente.

Como es bien conocido, el artículo 31 LOTC, siguiendo lo dispuesto en el artículo 161.1.a) CE, circunscribe la presentación del recurso de inconstitucionalidad a la impugnación de leyes y a la de disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley. Por esta razón no fue impugnable la reforma del Reglamento Hipotecario realizada en 1998, y por lo tanto no se pudo presentar recurso alguno en el plazo establecido en el artículo 33.1 LOTC.

Y no resulta de aplicación la Disposición Transitoria 2.ª Uno LOTC, puesto que la inconstitucionalidad del precepto impugnado (art. 206 LH) deviene no solo de su tenor literal sino del efecto combinado del mismo junto a la derogación de la citada excepción contenida en el anterior artículo 5.4 del Reglamento Hipotecario.

Por ello, en caso de que se pretendiera aplicar el plazo establecido en esta Disposición Transitoria para no admitir a trámite este recurso se estaría vulnerando no solo el derecho de los representantes del pueblo español a presentar recurso de inconstitucionalidad, establecido en el artículo 161.1 a) CE, sino que se estaría poniendo en peligro el principio de supremacía normativa de la Constitución, piedra angular de nuestro sistema constitucional.

Al ser una norma subordinada, la validez de la ley depende de que respete los postulados constitucionales, esto es, no solo los concretos preceptos que en la Constitución se contienen sino también los principios que de ellos se derivan y los valores de los que la misma arranca. Todo el ordenamiento ha de entenderse con referencia y en función de la Constitución. El dogma de la supremacía de la Ley que caracterizó al siglo XIX dejó paso al dogma de la soberanía de la Constitución: el Estado de Derecho es el imperio de la Ley, la convivencia dentro de las leyes, pero no de cualesquiera leyes o normas, sino precisamente de las leyes que a su vez se produzcan dentro de la Constitución, por la voluntad popular y con garantía plena de los derechos fundamentales, de los principios y valores constitucionales y de los mecanismos para su producción establecidos constitucionalmente.

Esta subordinación de la Ley a la Constitución y esta, en definitiva, superioridad jerárquica de la Constitución sobre el resto de las normas del ordenamiento

solo puede manifestarse cuando es posible calificar de antijurídico todo aquello que contravenga lo dispuesto en la Ley Fundamental. Por muy importantes que fueren los preceptos insertos en el código constitucional, ningún valor tendrían si su violación no estuviera sancionada. Por ello, para que la supremacía de la Constitución no sea una mera quimera se establecen mecanismos que garanticen su acatamiento. De poco sirven loables declaraciones de voluntad si no van acompañadas de eficaces instrumentos de defensa.

Y si por parte del Tribunal no se entendiera la necesidad de que la normativa impugnada, normativa propia de un sistema de valores muy diferente que deviene antijurídica a partir de la derogación de un Reglamento —modificación no impugnable ante el Tribunal Constitucional—, fuera sometida al preceptivo examen de constitucionalidad, entonces se estaría cuestionando la superioridad jerárquica de nuestra Constitución y, en consecuencia, poniendo en peligro el eje axial y jurídico de nuestro modelo político.

2. La impugnación del artículo 206 LH a través de una cuestión de constitucionalidad

La eficacia directa de la Constitución obliga a los tribunales a utilizar para la solución de los conflictos jurídicos las normas constitucionales y el resto de las normas del ordenamiento constitucional.

Los problemas surgen cuando en un proceso determinado los jueces o tribunales que conocen del asunto tienen que decidir entre aplicar la Constitución y una ley o norma con rango de ley incompatibles. Un sistema de eficacia directa puro obligaría al juez a aplicar directamente la Constitución y desechar el precepto de la norma inconstitucional. Pero nuestro modelo constitucional no admite que los jueces se conviertan en jueces de la constitucionalidad de la Ley, atribuyendo el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional[28]

La cuestión de inconstitucionalidad del artículo 163 de la Constitución se convierte así en el instrumento que permite combinar la eficacia directa de la Constitución, que obligaría a incumplir las normas inconstitucionales, y el deber de sometimiento de los jueces y tribunales a la Ley en el ejercicio de su función jurisdiccional. La cuestión se define, pues, como un supuesto de control concreto impropio, con una doble naturaleza. Desde una perspectiva procesal se comporta como una cuestión prejudicial devolutiva[29], en la que juega un papel fundamental la existencia de un proceso principal tanto para la admisión como para la subsistencia de la cuestión constitucional. Desde una perspectiva constitucional, además de un instrumento de colaboración entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional para garantizar la integridad de la CE, es un instrumento más de control abstracto de la constitucionalidad de las leyes[30], que

presenta la ventaja de evitar los elementos más sensibles de la politización que en la práctica manifiesta el recurso directo de constitucionalidad, ventaja que en este asunto se revela como de gran importancia.

Concretando, en relación al tema que estudiamos en este trabajo, una vía para explorar la posibilidad de que se planteara una cuestión de constitucionalidad sería la siguiente:

1.º El Estado o quien se considerara con interés legítimo podría dirigirse al Registro de la Propiedad con la finalidad de inscribir el bien que ya ha sido objeto de inscripción registral por parte de la Iglesia Católica. Si fuera el Estado u otra Administración Pública lo haría mediante la oportuna certificación librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los mismos[31] (art. 206 LH y 304 RH).

2.º El Registro de la Propiedad, probablemente, calificará negativamente este documento. Con base en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria, podrá recurrirse potestativamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado o ser impugnadas directamente ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal.

3.º En la demanda ante los Tribunales se plantearía la cuestión de constitucionalidad, que no decaería en el Tribunal Constitucional, como si puede suceder en el caso del recurso de inconstitucionalidad, si se aprobara la reforma de la Ley Hipotecaria, actualmente en tramitación en las Cortes Generales.

4.º En caso de que se reconociera vía cuestión de constitucionalidad la inconstitucionalidad del artículo 206 LH, como efecto concreto, se anularía la inscripción registral realizada por el Obispado.

VI. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS «SOCIEDAD ANÓNIMA DEL UCIEZA CONTRA ESPAÑA»

Conviene, en primer lugar, antes de adentrarnos en el análisis y la influencia que la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Sociedad Anónima del Ucieza contra España*, de 4 de noviembre de 2014, tiene sobre nuestro tema de estudio, hacer una breve referencia al valor de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La Constitución española se enmarca dentro del fenómeno europeo de posguerra de apertura del constitucionalismo a los fenómenos de cooperación e integración internacional, insertándose en materia de derechos fundamentales y libertades públicas dentro del contexto europeo y mundial. El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, cuya finalidad es el establecimiento de un sistema eficaz para la protección

internacional de los derechos humanos, se enmarca dentro de este fenómeno de internacionalización de los derechos humanos, que no deja de ser un hecho histórico reciente, que surge tras la 2.ª Guerra Mundial como reacción a las masivas violaciones de derechos y libertades realizadas por el nazismo durante la guerra. De este modo se estrecharon las relaciones entre el Estado democrático de Derecho y el respeto y protección de los derechos del individuo, poniéndose de manifiesto, también, que la situación de los derechos humanos no era exclusivamente un problema interno sino que afectaba directamente a las relaciones internacionales y a la paz mundial.

En este contexto histórico y teniendo como precedente la Declaración Universal de Derechos Humanos se firmó en Roma el 4 de noviembre de 1950 el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, en adelante), con el que nace también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante). La homogeneidad de las situaciones sociopolíticas y económicas de los Estados de Europa Occidental, una común aspiración de concordia y paz y la defensa de los derechos y libertades como un signo inequívoco de la identidad europea posibilitaron, en primer lugar, el nacimiento del Consejo de Europa y, unos años más tarde, la aparición de las Comunidades Económicas Europeas.

El Convenio, y de su mano el Tribunal, es el resultado de la principal tarea que emprendió el Consejo de Europa una vez constituido; tarea que surgió con el fin de paliar, aunque fuera a nivel regional, las dificultades que encontraba la aceptación de un sistema universal para la protección de los derechos humanos en el seno de las Naciones Unidas.

La presencia de un órgano jurisdiccional, competente para dar una interpretación *latu sensu* «autentica» del CEDH, introduce, tal como nos recuerda MILIONE[32], un problema nuevo respecto al relacionado con el valor intrínseco del CEDH: es decir, el problema del valor de las SSTEDH[33].

Efectivamente, puesto que existe un órgano con competencia jurisdiccional —y por esa misma razón, con competencia interpretativa, siendo el momento de la interpretación de la ley un momento imprescindible de toda actividad jurisdiccional— y puesto que a este órgano le compete la función de aplicar en la realidad concreta los principios recogidos en el tenor del Convenio, una exigencia misma del derecho a la tutela judicial requiere que, una vez conseguido el acceso a la justicia y la existencia de un fallo, este encuentre una aplicación concreta: esto es, que se ejecute[34].

Se puede, por tanto, afrontar el problema del posible conflicto entre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y los ordenamientos internos desde dos puntos de vista distintos: el primero relativo a la función y al valor hermenéutico de las SSTEDH, el segundo relativo a la posible inmediata eficacia del contenido de las mismas para el Estado que se ha adherido al Convenio.

Sin embargo lo que es posible y necesario preguntarse es ¿qué efectos jurídicos se desprenden de estas sentencias declarativas?

Vemos entonces, cómo, por un lado, cierta doctrina considera que esta naturaleza no implica para los Estados interesados la obligación de dar eficacia interna a las sentencias del Tribunal de Estrasburgo[35]; mientras, por otro, un sector doctrinal distinto sostiene que la naturaleza declarativa del TEDH no implica, necesariamente, una falta absoluta de efectos jurídicos internos[36].

Como señala SALADO[37], es posible argumentar la obligatoriedad interna —o ejecutividad— de las SSTEDH en razón de una interpretación sistemática de los artículos 1 y 46 del Convenio[38]. En este sentido, resulta claro cuál es el alcance concreto de las funciones que desarrolla el TEDH. Se puede afirmar pues que este órgano judicial no representa una última instancia en la que se puede anular o corregir la decisión de una determinada autoridad judicial o administrativa, ni tampoco anular normas de derecho interno. Pero sí parece claro que todo Estado contratante se hace cargo de llevar a cumplimiento una obligación de resultados, es decir, un compromiso que implica la ejecución de lo que está previsto en las resoluciones judiciales del Tribunal de Estrasburgo, en condiciones de total libertad por lo que concierne a la elección de medios e instrumentos ejecutivos[39].

En relación a la función y valor hermenéutico de las SSTEDH, el mandato constitucional contenido en el artículo 10.2 CE es especialmente revelador e indicativo del trascendental papel homogeneizador de la doctrina de derechos que juega el Tribunal de Estrasburgo en nuestro ordenamiento interno y a nivel europeo.

Entrando en el asunto en cuestión, señalamos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo ha dictado la sentencia «Sociedad Anónima del Ucieza contra España», con fecha 4 de noviembre de 2014, en la que considera que el Estado español violó el derecho de propiedad de la Sociedad Anónima del Ucieza en su litigio con la Diócesis de Palencia por la propiedad del monasterio de Ribas de Campos.

La Sociedad Anónima del Ucieza adquirió en 1978 una finca en Ribas de Campos (Palencia) en la que se enclava una iglesia cisterciense y algunos otros edificios adjuntos, como un molino de agua o una sacristía. Formaban parte en su día del monasterio de Santa Cruz de la Zarza, perteneciente a la Orden de los Premostratenses, orden desaparecida de España desde comienzos del siglo XIX. En la inscripción registral de la adquisición de la finca por parte de la empresa en el Registro de Astudillo se detallaban todos estos edificios como parte del bien comprado.

Dieciséis años más tarde, sin embargo, el obispo de Palencia inscribió a su nombre esas instalaciones eclesiásticas valiéndose del privilegio contemplado en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria.

A pesar de la existencia de una previa inscripción registral a nombre de la Sociedad Anónima del Ucieza, tanto el registrador como los tribunales, en su momento, dieron por buena la inscripción registral realizada a nombre del Obispado de la Iglesia bajo el amparo del citado artículo 206.

La Sociedad Anónima del Ucieza apeló a los tribunales españoles sin éxito hasta llegar al Tribunal Supremo, que no admitió el recurso de casación, por la cuantía del objeto de litigio, y al Tribunal Constitucional, que en 2008, tampoco admitió el recurso de amparo.

El Obispado de Palencia siempre mantuvo que la desamortización eclesiástica de 1841 excluía a las iglesias, catedrales y anexos y que esas instalaciones seguían siendo, por tanto, propiedad de la diócesis.

El Tribunal de Estrasburgo ha declarado, por unanimidad, que el Estado español ha violado el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por la inadmisión del recurso de casación por el Tribunal Supremo. Este artículo expresa que «toda persona tiene derecho a que su causa sea escuchada equitativamente por un tribunal».

A los efectos de nuestro trabajo, lo que nos interesa resaltar es que por seis votos contra uno, el Tribunal considera también que se ha violado el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio, que enuncia que «*toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes*» y que solo se puede privar de tal derecho a alguien cuando hay una «utilidad pública», en relación al principio de igualdad contenido en el artículo 14.

Realmente este caso no es exactamente extrapolable al resto de denuncias por inmatriculaciones de la Iglesia Católica, dado que en este caso las instalaciones religiosas sí estaban a nombre de alguien: el de la empresa. Normalmente, la Iglesia Católica ha registrado a su nombre bienes que no están oficialmente a nombre de nadie aprovechando la potestad que le confiere la Ley Hipotecaria española.

La línea argumentativa del Tribunal, por la que se entiende violado el Convenio, en el aspecto que nos interesa en relación a este trabajo, se fundamenta[40] en que la inscripción registral del Monasterio a nombre del Obispado, con la única base del certificado expedido por el propio Obispo, supone una manera arbitraria y difícilmente predecible de inscripción que priva a otros interesados de las garantías procesales básicas para la protección de sus derechos e intereses. En particular, el artículo 206 de la Ley Hipotecaria no satisface suficientemente las exigencias de precisión y previsibilidad que implica el concepto de ley tal como lo entiende el Convenio Europeo de Derechos Humanos[41].

La Corte de Estrasburgo considera aún más sorprendente que un certificado expedido por el Obispado pueda tener el mismo valor que los certificados emitidos por los funcionarios públicos, equiparándolo pues con los poderes públicos, y también se pregunta por qué el artículo 206 de la Ley Hipotecaria se refiere solo a los obispos de la Iglesia Católica, con exclusión de los representantes de otras religiones. Asimismo, señala que no hay límite de tiempo para la inmatriculación y que esta se realiza además sin publicidad, lo que implica una violación del principio de seguridad jurídica[42].

Igualmente, el Tribunal entiende que la desigualdad de trato ha de ser también tomada en consideración a la hora de entender la existencia de una violación del artículo 1 del Protocolo.

Así el Tribunal[43] señala que «la ausencia de un debate y la desigualdad de armas, combinado con el obstáculo para el pleno disfrute de los derechos de propiedad y la falta de compensación, llevan al Tribunal a concluir que la demandante tuvo que soportar una carga especial y exorbitante que rompe el justo equilibrio que debe reinar entre las exigencias del interés general, por una parte, y la salvaguarda del derecho a la propiedad, por otro lado»[44].

En relación al contenido de nuestro estudio, nos interesa destacar especialmente que, por virtud del artículo 10.2 CE, el contenido constitucional del derecho a la igualdad en relación al derecho de propiedad ha de interpretarse conforme a la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por lo que las argumentaciones jurídicas contenidas en la sentencia «Sociedad Anónima del Ucieza contra España» reafirman las razones por las que se puede considerar inconstitucional el artículo 206 LH, tal como ha quedado expuesto en los apartados 3.º y 4.º de este trabajo.

VII. CONCLUSIONES

I. A partir de una modificación de la normativa hipotecaria efectuada en el año 1998 se permitió a la Iglesia Católica inscribir lugares de culto con una mera certificación expedida por el Obispado. La consecuencia de esta reforma fue una intensa actividad registral por parte de las Diócesis. En este proceso, la Iglesia registró a su nombre más de 4.500 propiedades.

II. El artículo 206 de la Ley Hipotecaria es susceptible de ser declarado inconstitucional por atentar contra el principio de igualdad (art. 14 CE) y el de aconfesionalidad del Estado (art. 16.3 CE). Se puede afirmar, pues, que los principios de igualdad religiosa y de aconfesionalidad del Estado reconocidos en la Constitución Española chocan con el privilegio de la Iglesia para inmatricular bienes a su nombre con un certificado que firme el propio obispo.

III. El principio de aconfesionalidad impide dotar a las Confesiones religiosas del estatuto de Corporaciones de Derecho Público, no cabiendo asimilar los fines religiosos con los públicos, ni a los miembros de una Confesión religiosa, por muy cualificada que sea su posición dentro de la misma, con los funcionarios públicos, por lo que la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Constitucional 340/1993 es plenamente trasladable a los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 304 de su Reglamento, constituyendo base suficiente para plantear un recurso ante el Tribunal Constitucional.

En la medida que persista el mantenimiento de estos preceptos, se estará contraviniendo manifiestamente la doctrina del Tribunal Constitucional tendente

a vedar cualquier confusión entre funciones religiosas y funciones estatales, recogida en el Fundamento Jurídico 4.º, letra d) de la sentencia 340/1993, y el Fundamento Jurídico 1.º de la sentencia 24/1982.

IV. En relación al principio de igualdad entre confesiones religiosas reconocidas en el Estado, la solución nunca pasaría por equiparar a las distintas religiones para que todas ellas pudieran inmatricular bienes, pues de ese modo lo que se conseguiría es una lesión aún mayor del principio de aconfesionalidad del Estado.

V. La declaración de inconstitucionalidad del artículo 206 de la Ley Hipotecaria haría avanzar una línea jurisprudencial, iniciada por el Tribunal Constitucional en la STC 340/93, que puede abrir camino para contribuir sensiblemente a depurar determinadas áreas de nuestro ordenamiento jurídico sobre las que pueden recaer fundadas sospechas de inconstitucionalidad por ser resquicios de un modelo de relaciones Iglesia-Estado de corte confesional, que fue superado con la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, que instaura un modelo en el que:

1. El Estado se encuentra separado de la Iglesia.
2. El Estado adopta una posición de neutralidad en sus relaciones con las confesiones religiosas y con los colectivos de ciudadanos no creyentes.

VI. Plantear un recurso de inconstitucionalidad serviría también para visibilizar una profundización en la separación Estado-Iglesia, esencialmente necesaria en un Estado democrático. Paralelamente, y con la misma finalidad, podría accionarse la vía judicial ordinaria, como camino para poder solicitar la cuestión de constitucionalidad.

VII. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo ha dictado la sentencia *«Sociedad Anónima del Ucieza contra España»,* con fecha 4 de noviembre de 2014, en la que considera que el Estado español violó el derecho de propiedad de la Sociedad Anónima del Ucieza en su litigio con la Diócesis de Palencia por la propiedad del monasterio de Ribas de Campos, pues la inscripción registral del Monasterio a nombre del Obispado, con la única base del certificado expedido por el propio Obispo, supone una manera arbitraria y difícilmente predecible de inscripción que priva a otros interesados de las garantías procesales básicas para la protección de sus derechos e intereses.

La Corte de Estrasburgo considera contrario a derecho que un certificado expedido por el Obispado pueda tener el mismo valor que los certificados emitidos por los funcionarios públicos, equiparándolo pues con los poderes públicos, y que además la legislación hipotecaria se refiera solo a los obispos de la Iglesia Católica, con exclusión de los representantes de otras religiones. Asimismo, señala que no hay límite de tiempo para la inmatriculación y que esta se realiza además sin publicidad, lo que implica una violación del principio

de seguridad jurídica. Igualmente, el Tribunal entiende que la desigualdad de trato ha de ser también tomada en consideración a la hora de entender la existencia de una violación del contenido del derecho de propiedad regulado por el artículo 1.º del Protocolo 1.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

VIII. Así pues, las argumentaciones jurídicas contenidas en la Sentencia «Sociedad Anónima del Ucieza contra España» reafirman las razones por las que se puede considerar inconstitucional el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, tal como se ha expuesto en este trabajo.

NOTAS

[1] Consultar en *www.plataforma-ekimena.org/*

[2] El 2 de marzo de 2006, el Cabildo Catedralicio de Córdoba inmatriculó *la Mezquita-Catedral* con el nombre de *«Santa Iglesia Catedral de Córdoba»*.

[3] Valga como referencia, entre otras muchas, el reciente estudio que le dedica la revista Foreign Policy http://foreignpolicy.com/2015/04/10/the-reconquista-of-the-mosque-of-cordoba-spain-catholic-church-islam/

[4] Consultar en *www.change.org/p/salvemos-la-mezquita-de-c%C3%B3rdoba-por-una-mezquita-catedral-de-todos*

[5] Para un estudio profundo de este tema puede consultarse el siguiente informe: AGUDO ZAMORA, M. *La inmatriculación de la Mezquita-Catedral; relevancia jurídico-constitucional* (2015) en *www.centrodeestudiosandaluces.es*

[6] Artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria, que más adelante serán referidos.

[7] TORRES GUTIÉRREZ, A., A propósito de la reforma del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en materia de registro de los bienes inmuebles de titularidad eclesiástica, en *Boletín de la Sociedad Española de Ciencias de las Religiones*, núm. 9, 1998, pp. 79 a 81. TORRES GUTIÉRREZ, A., Estudio crítico de los privilegios de la Iglesia Católica en materia de inmatriculación de bienes, en VV.AA., *Escándalo monumental. La privatización de las iglesias, ermitas, casas, tierras y otros bienes públicos en Navarra*, Altaffaylla Kultur Aldea, Tafalla, 2009, pp. 183 a 193.; DE LA HAZA DÍAZ, P., Inmatriculación de bienes de la Iglesia mediante certificación expedida por el Diocesano, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 71, núm. 630, 1995, pp. 1591 y sigs.; MALUQUER DE MOTES BONET, C. J., Titularidad de los montes vecinales y constitucionalidad o no del artículo 206 de la Ley Hipotecaria por lo que toca a los bienes de la Iglesia Católica. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 18 de noviembre de 1996, en *Revista de Derecho Privado*, febrero de 1993, pp. 128 a 137; BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., Rectificaciones constitucionales a la vigencia actual de la certificación de dominio público como medio inmatriculador, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Registral,* núm. 563, 1984, pp. 843 a 866; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales y Derecho Hipotecario*. Tomo II. Derechos reales de garantía. Registro de la Propiedad, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, p. 491; GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de Legislación Hipotecaria y del Registro Mercantil*, 2.ª Edición, Madrid, 1990, p. 97; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil. III. Bienes*, Edisofer, Madrid, 2003, 10.ª Edición, p. 873; LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil. III bis. Derecho Inmobiliario Registral*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 343; RODRÍGUEZ BLANCO, M., Las certificaciones de dominio de la Iglesia Católica. Análisis del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, en *Revista jurídica del Notariado*, n. 34, abril-junio de 2000, pp. 276 y 277.

[8] El Real Decreto de 11 de noviembre de 1864, desarrollaba el sistema de inmatriculación mediante certificaciones posesorias, complementando la norma anterior.

[9] Tal como señala TORRES GUTIÉRREZ A. *En torno a la inconstitucionalidad del proceso inmatriculador de fincas de los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 304 de su Reglamento*, consultado en http://laicismo.org, (consultado el 12-11-2014, a las 17.30 hs.), al que seguimos en este apartado.

[10] Valga la STC 120/1990 por todas.

[11] La Ley Orgánica 7/80, de 5 de julio, de Libertad Religiosa es la que ha desarrollado legalmente este derecho.

[12] En un sentido parecido, cabe recordar la doctrina del Consejo de Estado francés en su *Informe de 27 de noviembre de 1989 sobre el uso de «signos de pertenencia a una comunidad religiosa» en los colegios*, en el que afirma que el Estado se compromete a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio el derecho a acceder a una enseñanza sin distinción alguna especialmente de religión y a tomar las medidas adecuadas para hacer efectivo tal derecho; a asegurar la libertad de pensamiento, conciencia y de religión, la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, con las únicas reservas de los límites previstos por la ley y necesarios para la protección de la seguridad, del orden y de la salud públicas, de la moral o de las libertades y derechos fundamentales de los demás; a respetar, en el campo de la educación y de la enseñanza, el derecho de los padres a asegurar que esta educación sea conforme con sus convicciones religiosas; y a tomar las medidas necesarias para que la educación favorezca la comprensión y la tolerancia entre todos los grupos raciales y religiosos.

Así mismo, implica el reconocimiento del libre pensamiento y del humanismo racionalista como una verdadera opción espiritual.

[13] Entre otros autores que han estudiado este principio se puede citar a LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., y SUÁREZ PERTIERRA, G., El fenómeno religioso en la Constitución Española, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 61, Madrid, 1980, pp. 16 y sigs. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., Actitud de la España democrática ante la Iglesia, en *Iglesia Católica y regímenes autoritarios y democráticos (experiencia española e italiana)*, Madrid, 1987, p. 170 y 171. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho Eclesiástico del Estado. Derecho de la libertad de conciencia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1991, 2.ª Edición, p. 263. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., Principios, técnicas y modelos de relación entre Estado y Grupos Ideológicos religiosos (Confesiones Religiosas)y no religiosos, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 88, abril-junio de 1995, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 57. PRIETO SANCHÍS, L., Principios constitucionales del Derecho Eclesiástico Español, en VV.AA., *Curso de Derecho Eclesiástico*, Servicio de Publicaciones de la UCM, Madrid, 1991, p. 204. VILADRICH, PEDRO J., y FERRER ORTIZ, J., Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español, en VV.AA., *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, EUNSA, Pamplona, 1996, 4.ª Edición, p. 135.

[14] Ver al respecto, TORRES GUTIÉRREZ, A., Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 340/1993, de 16 de noviembre, (por error aparece impresa la fecha 13 de mayo), en MARTÍNEZ TORRÓN, J., (coord.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Comares, Granada, 1998, pp. 849 a 856.

[15] Tal como señala expresamente la propia STC 340/1993 (F.J.4, letra d) *«…el mismo se halla en este punto estrechamente vinculado al carácter confesional del Estado en la época en que el artículo 76.1 fue promulgado»*. Pues basta observar que si este carácter confesional se proclama en el Fuero de los Españoles de 1945 (art. 6), a ello se corresponde la asimilación de la Iglesia, a los efectos del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, a las Corporaciones de Derecho público; mención que se mantuvo tras la nueva proclamación de la confesionalidad del Estado contenida en la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958 (Principio II).

[16] STC 340/93, F.J. 4.º d).

[17] La trasladabilidad de los argumentos de la sentencia del Tribunal Constitucional 340/1993 ha sido sostenida por civilistas españoles del prestigio de ALBALADEJO, LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ, RAMS ALBESA, o DE LA HAZA DÍAZ. En el mismo sentido opina Manuel PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, que entiende que este privilegio de la Iglesia Católica *está derogado por la Constitución (cfr. Disp. Derogatoria 3 CE), por tratarse de una disposición contraria a los principios constitucionales de igualdad ante la Ley (cfr. Artículo 14 CE) y de aconfesionalidad del Estado (cfr. Artículo 16 CE)*. De idéntico parecer es MALUQUER DE MOTES BONET. Todos ellos citados en nota previa.

[18] Existe además otra sentencia que es especialmente relevante respecto a este asunto, y que traemos como argumento adicional: el Fundamento Jurídico 2.º de la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1996, encuentra *sugerente* la argumentación sobre la inconstitucionalidad de los artículos 206 de la Ley Hipotecaria, y 303 y 304 de su Reglamento, (pese a no entrar directamente en el asunto, por no haberse planteado la cuestión de inconstitucionalidad en el proceso *a quo*), por entender que son incompatibles con los artículos 14 y 16.3 de la Constitución, en los siguientes términos:

«… el tema de la posible inconstitucionalidad del referido precepto 206 de la Ley Hipotecaria (en relación al 303 y 304 del Reglamento, resulta sugerente y si bien esta Sala no ha de entrar en su análisis, sí conviene hacer constar nuestra opinión en la cuestión, al darnos ocasión casacional para ello, y referida a la inmatriculación de bienes de la Iglesia Católica, cuando los mismos están desamparados de título inscribible, pues en principio puede suponer desajuste con el principio constitucional de la confesionalidad del Estado Español (art. 16 de la Constitución), no coincidente con la situación existente en el siglo pasado, concretamente referida al tiempo de 1 de mayo de 1855, de cuya fecha es la Ley de Desamortización General de los Bienes del Estado y de la Iglesia Católica y el Convenio-Ley 4 abril 1860, que propiciaron la inscripción registral de los bienes que quedaron en poder de la Iglesia y excluidos de la venta forzosa, arbitrándose una fórmula similar a la establecida para el acceso al Registro de la Propiedad de los bienes estatales y que consistía en la certificación eclesiástica, no del dominio sino de posesión, expedida por el Obispo, y este título el que en la actualidad tiene difícil encaje en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

El precepto registral 206 se presenta poco conciliable con la igualdad proclamada en el artículo 14 de la Constitución, ya que puede representar un privilegio para la Iglesia Católica, en cuanto no se aplica a las demás confesiones religiosas inscritas y reconocidas en España, dado que en la actualidad la Iglesia Católica no se encuentra en ningún sitio especial o de preferencia que justifique objetivamente su posición registral y tratamiento desigual respecto a las otras confesiones, consecuencia del principio de libertad religiosa establecida en el artículo 16.1 de la Constitución».

[19] La igualdad como generalización implica que las normas van dirigidas al individuo en abstracto. Supone la generalidad de la ley y forma parte, pues, del núcleo esencial del concepto de seguridad jurídica. Como la ley es igual porque es general, no se tienen en cuenta las circunstancias sociales, se eliminan los privilegios y se establece el principio de sometimiento de todos a la misma.

La igualdad procesal exige que haya un único procedimiento, igual para todos, a la hora de impartir justicia y que se eliminen los procesos y tribunales especiales.

La igualdad de trato formal implica, por una parte, la equiparación que supone el principio de no discriminación y el mismo trato a los que son iguales; y, por otra parte, la diferenciación, que conlleva la regulación diferente de los casos que son distintos. Su finalidad es la de conseguir la igualdad ante la ley y, en cierto modo, se conecta con el principio de igualdad material. Un ejemplo claro de esta igualdad diferenciadora lo hallamos en materia tributaria en la que se establece un trato diferenciador por medio de la progresividad según la capacidad económica de los contribuyentes.

[20] STC 49/1982, por todas.

[21] Sobre el principio de igualdad, tanto en su dimensión formal como material, son numerosísimas las referencias que podríamos citar. Este somero resumen del mismo puede ampliarse

en AGUDO ZAMORA, M. *Estado social y felicidad. La exigibilidad de los derechos sociales en el constitucionalismo actual*. Ed. Laberinto, Madrid, 2007. Pp. 59 y sigs.

[22] En primer lugar, ha de darse una *desigualdad de los supuestos de hecho*. La diferenciación precisa que se trate de situaciones de hecho o condiciones de aplicación que por ser diferentes admiten un tratamiento también diferente. Por ello, este Tribunal entiende que el principio de igualdad se viola cuando se trata desigualmente a los desiguales.

En segundo lugar, para que esta diferenciación esté constitucionalmente justificada la misma debe tener una *finalidad razonable*. Por lo tanto, la finalidad, que de por sí ya es requisito imprescindible pues nunca se podrían admitir medidas que conllevaran tratos diferenciados sin perseguir ningún fin, que se pretende ha de ser un objetivo constitucionalmente admisible y razonable. En este sentido es suficiente con que la finalidad sea acorde con los valores que la Constitución acoge.

En tercer lugar, el trato diferenciador debe ser considerado *racional*. La racionalidad estriba en la adecuación del medio y el fin. Por lo tanto, ha de darse una relación entre la condición de aplicación, el supuesto de hecho que lo justifica y la finalidad que se persigue.

En cuarto y último lugar, entre todos estos elemento se exige la *proporcionalidad*, fundamentalmente entre el trato desigual y la finalidad perseguida.

[23] Ver TORRES GUTIÉRREZ, A., Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 340/1993, de 16 de noviembre, *op. cit*.

[24] STC 110/93, FJ. 4.º.

[25] STC 4/81, de 2 de febrero, en su Fundamento Jurídico Primero.

[26] En sentido contrario se ha manifestado el Letrado Mayor del Parlamento de Andalucía que, en relación a la Propuesta de acuerdo de interposición de recurso de inconstitucionalidad 9-14/RI-000002, contra los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 304 del Reglamento Hipotecario, ha señalado que «la citada propuesta es inadmisible a trámite por evidente inviabilidad procedimental» por manifiestamente extemporánea, sin entrar a analizar, en nuestra opinión con la suficiente profundidad, el juego combinado de normas que aquí se plantea.

[27] Artículo 31 LOTC.

[28] Así lo declaraba el Tribunal Constitucional en una de sus primeras resoluciones, «no corresponde al Poder Judicial el enjuiciar al Poder legislativo en el ejercicio de su función peculiar, pues tal enjuiciamiento está atribuido al Tribunal Constitucional» (STC 4/1981, F. J. 1, *c*).

Y lo desarrollaba por extenso, en la STC 17/1981:

«La cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución. La estricta aplicación del principio de jerarquía permitiría al juez resolver el dilema en que lo situaría la eventual contradicción entre la Constitución y la ley con la simple inaplicación de esta, pero ello hubiera implicado someter la obra del legislador al criterio tal vez diverso de un elevado número de órganos judiciales, de donde podría resultar, entre otras cosas, un alto grado de inseguridad jurídica. El constituyente ha preferido, para evitarlo, sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar la ley que emana del legislador constituido, aunque no la de cuestionar su constitucionalidad ante este Tribunal que, en cierto sentido, es así, no solo defensor de la Constitución, sino defensor también de la ley. La defensa de la Constitución frente a las eventuales extralimitaciones de los órganos dotados de poder para crear normas de carácter general corresponde, en primer lugar, a los jueces y Tribunales, que han de negar validez, a las normas reglamentarias que sean contrarias a la Constitución, inaplicándolas, y están facultados para inaplicar también incluso las normas legales que adolezcan del mismo defecto, cuando sean anteriores a la Constitución. La supremacía de esta obliga también a los jueces y tribunales a examinar, de oficio o a instancia de parte, la posible inconstitucionalidad de las leyes en las que, en cada caso concreto, hayan de apoyar sus fallos, pero, en defensa, como antes se dice, de la dignidad de la ley emanada de la representación popular, el juicio adverso a que tal examen pueda eventualmente conducirlos no los faculta para dejar sin más de aplicarlas, sino solo para

cuestionarlas ante este Tribunal. La depuración continua del ordenamiento desde el punto de vista de la constitucionalidad de las leyes, y siempre a salvo la acción del propio legislador, es así resultado de una colaboración necesaria entre los órganos del poder judicial y el Tribunal Constitucional, y solo esta colaboración puede asegurar que esta labor depuradora sea eficaz y opere de manera dinámica y no puramente estática, ya que solo por esta vía, y no por la del recurso de inconstitucionalidad, cabe tomar en consideración el efecto que la cambiante realidad social opera sobre el contenido de las normas» (F. J. 1).

[29] ATC 69/83.

[30] STC 94/86.

[31] Acompañando (art. 303 RH):

1.º La naturaleza, situación, medida superficial, linderos, denominación y número, en su caso, y cargas reales de la finca que se trate de inscribir.

2.º La naturaleza, valor, condiciones y cargas del derecho real inmatriculable de que se trate y las de la finca a que se refiere la regla anterior.

3.º El nombre de la persona o corporación de quien se hubiere adquirido el inmueble o derecho, cuando constare.

4.º El título de adquisición o el modo como fueron adquiridos.

5.º El servicio público u objeto a que estuviere destinada la finca.

[32] MILIONE FUGALI, C. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

[33] Sobre esta materia, cabe recordar SÁIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El art 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999; AGUDO ZAMORA, M. J., Eficacia interna y ejecutoriedad de las sentencias del Tribunal europeo de Derechos Humanos, en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1581-1592; LIÑÁN NOGUERAS, D., Los efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho Español, en *Revista Española de Derecho Internacional*, XXXVII, 1985, pp. 355 y sigs.; SORIA JIMÉNEZ, A., La problemática ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 36, 1992, pp. 313 y sigs.; IZQUIERDO SANS, C., El carácter no ejecutivo de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en *Derecho Privado y Constitución*, 11, 1997, pp. 372 y sigs.; RUIZ MIGUEL, C., *La ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998; Una posición doctrinal que merece la pena evidenciar es la de FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A., Posibilidades de un sistema supranacional de Derecho Eclesiástico en el marco de la Unión Europea, en *La Armonización Legislativa de la Unión Europea*, CESSJ Ramón Carande, II, Madrid, 2000, p. 111, que considera que las sentencias del TEDH *«tienen fuerza obligatoria y son de ejecución inmediata por los Estados»*.

[34] Véanse sobre este argumento, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional Español (a partir de ahora, SSTC) 32/1982, 104/1994, 189/1990, 367/1993, 23/1994, 39/1994, y particularmente el Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español de 14 de febrero de 2008.

[35] Esto es lo que considera, por ejemplo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo español, que, en su sentencia de 4 de abril de 1990, recuerda como *«según la opinión absolutamente dominante, el Convenio no obliga a dar efecto interno a las sentencias del Tribunal europeo»* ni tampoco *«a introducir reformas legales»*. En este mismo sentido se encuentra el Tribunal Constitucional en su sentencia 241/1991, de 16 de diciembre, cuando afirma que *«ha de darse la razón al Tribunal Supremo cuando afirma que la Sentencia pronunciada por el TEDH es una resolución meramente declarativa, sin efecto directo anulatorio interno, ni ejecutoriedad a cargo de los Tribunales españoles»*.

[36] LIÑÁN NOGUERAS, D. J., Los efectos de las sentencias del TEDH en Derecho Español, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1985, p. 467; BONET I PÉREZ, J., El problema de la efectividad interna de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 92, núm. 1, 1993, pp. 59-90, por el que la naturaleza declarativa no debe crear *«sin embargo, la falsa impresión de que carecen de efectos jurídicos vinculantes para el Estado cuya actuación es considerada contraria al Convenio Europeo, el cual, no hay que olvidarlo, ha debido aceptar previamente la competencia del Tribunal Europeo para conocer del asunto, conforme el Artículo 46 del Convenio Europeo»*, pues para esta autor las sentencias del TEDH *«son obligatorias para el Estado cuya conducta se considera como contraria al Convenio Europeo, y en consecuencia, le vinculan jurídicamente»*, por efecto de tal obligatoriedad, *«el Estado adquiere el compromiso de dar cumplimiento al fallo pronunciado por el Tribunal»;* CARRILLO SALCEDO, J. A., España y la protección de los derechos humanos: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Español, en *Archiv des Völkerrechts*, 1994, p. 164.

[37] SALADO OSUNA, A., «Efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo», en M. Carrasco Durán, F. J. Pérez Royo, J. Urías Martínez, M. J. Terol Becerra, (coord.) *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, vol. 1, 2006, pp. 1833-1850.

[38] En este sentido, esta eficacia interna debería ser consecuencia de la elección libre de un Estado de adherirse al contenido convencional, y, por lo tanto, de respetar, en favor de toda persona dependiente de su jurisdicción, los derechos y libertades recogidos en el CEDH. Más aun, cuando el mismo artículo 46 CEDH llama las Altas Partes Contratantes a aceptar el contenido de las sentencias emitidas por el TEDH.

A este respecto, el Tribunal de Estrasburgo ha querido resaltar que sus resoluciones judiciales dejan al Estado la posibilidad de decidir los instrumentos y los medios a utilizar en su ordenamiento jurídico interno para adaptarse a lo que impone el Convenio, puesto que el TEDH no dispone de competencia en relación a estos medios de ejecución.

[39] Así, la obligatoriedad interna de las SSTEDH queda definitivamente sancionada por esta norma convencional, más aun teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 46.2 CEDH, por el que el Comité de Ministros está llamado a velar sobre la ejecución de las sentencias definitivas a él transmitidas.

[40] Párrafos 95 a 101 de la sentencia.

[41] Párrafo 95. Traducción propia desde la versión en francés.

[42] Párrafo 99. Traducción propia desde la versión en francés.

[43] Párrafo 101. Traducción propia desde la versión en francés.

[44] Ver casos *Sporrong c. Lönnroth; Erkner c. Hofauer; 78 -79 c. Poiss,; Almeida Garrett, MascarenhasFalcão y Otros c Portugal*, entre otros citados por el propio TEDH en el Párrafo 101 de la Sentencia.

(Trabajo recibido el 28-4-2015 y aceptado para su publicación el 14-5-2015)

DERECHO COMPARADO

Análisis crítico del sistema español de *numerus apertus* en materia de derechos reales*

Critical analysis about numerus apertus spanish system in property rights

por

LEOPOLDO L. PERALTA MARISCAL**
Catedrático de Derecho Civil en la Universidad Nacional del Sur (Buenos Aires)
Magistrado de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca (Poder Judicial de Buenos Aires)

RESUMEN: En este trabajo se demuestra que el número abierto es económicamente ineficiente, en comparación con el régimen de *numerus clausus* en materia de derechos reales. En primer lugar se definen los dos regímenes posibles, *numerus clausus* y *numerus apertus*. Luego se analiza cuál es el vigente en España y el debate doctrinario suscitado al respecto. Seguidamente se exponen los argumentos empleados por la dogmática jurídica tradicional para apuntalar cada uno de los sistemas de derechos reales. Todo esto se realiza sintéticamente, pues se presupone que el lector conoce la temática y, además, existen diversas fuentes de esta información, muchas en esta prestigiosa *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* citadas en la bibliografía[1]. Finalmente, se

* Investigación postdoctoral realizada en el Departamento de Economía Aplicada de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, como becario de la Fundación Carolina del Reino de España y el Ministerio de Educación de la Nación Argentina.

** Para comunicarse con el autor, pónganse en contacto en: peraltamariscal@derecho.uba.ar

afirma que el *numerus apertus* es un sistema de derechos reales ineficiente en comparación a su opuesto, punto que se aborda exhaustivamente.

ABSTRACT: On this paper I demonstrate that the numerus apertus is economically inefficient, in comparison with the numerus clausus regime. First we define the two possible systems: numerus clausus and numerus apertus. Then we analyze which is the current regime in Spain, and the doctrinarian discussion in that respect. Then we explain the arguments used by the traditional scholars to defend each system. We do that synthetically, because we suppose the reader knows the subject, and also there are enough information about the topic, especially in this prestigious Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, aforementioned at the bibliography. Finally, we uphold that the numerus apertus is an inefficient system compared with its opposite, something we analyze exhaustively.

PALABRAS CLAVE: *Numerus apertus*. *Numerus clausus*. Derechos reales. Eficiencia economía tipos legales

KEY WORDS: Numerus apertus. *Numerus clausus*. *Property rights*. *Efficiency economics types legal*.

SUMARIO: I. LOS SISTEMAS DE *NUMERUS CLAUSUS* Y *NUMERUS APERTUS* EN MATERIA DE DERECHOS REALES: 1. Consideraciones preliminares. 2. El *numerus clausus*, genéricamente analizado. 3. El *numerus apertus*, analizado desde el derecho español.—II. ARGUMENTOS DE DEFENSA DE LOS DOS SISTEMAS DE DERECHOS REALES, DESDE LA ÓPTICA JURÍDICA TRADICIONAL: 1. Propedéutica. 2. Argumentos defensivos del *numerus clausus*. 3. Argumentos defensivos del *numerus apertus*. 4. Nuestra opinión: desde la óptica jurídica tradicional, el *numerus clausus* es el sistema de derechos reales más conveniente.—III. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS SISTEMAS DE DERECHOS REALES: 1. Propedéutica. 2. Distintos tipos de concurrencia que pueden presentarse respecto de la propiedad de una cosa. Especial análisis de la propiedad anticomún (o propiedad dividida). 3. Dos desgracias simétricas: la «tragedia de los bienes comunes» y la «tragedia de los bienes anticomunes». 4. El *numerus clausus* es el sistema de derechos reales más eficiente. 5. Exposición y refutación de la postura que sostiene una mayor eficiencia económica del régimen de *numerus apertus*. —IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA

I. LOS SISTEMAS DE *NUMERUS CLAUSUS* Y *NUMERUS APERTUS* EN MATERIA DE DERECHOS REALES

1. Consideraciones preliminares

A) Un poco de historia

Antes de estudiar cada uno de los sistemas de derechos reales (el *numerus apertus,* en cuanto permite a la autonomía privada modelar nuevos tipos de derechos reales, y el *numerus clausus,* en tanto lo prohíbe, pues solo la ley establece cuáles son las especies posibles y su contenido), es importante repasar los antecedentes de esta problemática.

No hay datos históricos fidedignos que permitan afirmar categóricamente cuál de los dos regímenes nació primero. No obstante, es una certeza que el debate *numerus clausus - numerus apertus* tuvo inicio después de la Revolución Francesa, en razón de la ambigüedad del Código Napoleón sobre el punto, a pesar de que en los trabajos preparatorios quedaba claro que el sistema debía ser de número cerrado. Antes de ese hito no hubo construcciones dogmáticas que abordaran el tópico, aunque los periodos romano y feudal son de estudio imprescindible para comprender cómo nació la disyuntiva.

La propiedad civil surgió en Roma como un Derecho Absoluto, que concedió Numa Pompilio, al morir Rómulo, a favor de los jefes de familia. Representaba la máxima expresión de la libertad y el poder del *pater familiae*. No se pagaban impuestos sobre la tierra, sino solo tributos personales. No estaba sujeta a desmembración alguna, ni siquiera a servidumbres, a la sazón innecesarias dado que ninguna propiedad lindaba con la vecina, pues había un espacio intermedio de cinco pies. Los derechos reales sobre cosa ajena no existieron en la época clásica (130 a.C. – 230 d.C.); aparecieron con posterioridad debido a las exigencias de la economía y el tráfico jurídico. Los juristas romanos no distinguieron sistemáticamente los derechos reales de los personales, sino a través de las acciones dadas en su protección: *actio in rem,* que se dirigía contra quien poseyere la cosa al momento de demandar o se opusiere a la pretensión del demandante, y *actio in personam,* en que el legitimado pasivo era el deudor. Había tantas acciones como situaciones jurídicas merecedoras de tutela, y frecuentemente eran creadas por el pretor. Con base en la distinción entre las acciones de sujeto pasivo indeterminado y determinado, los glosadores elaboraron posteriormente la teoría de los derechos reales y personales. La ausencia de distinción entre derechos reales y personales demuestra que no pudo haber en Roma un *numerus clausus* de los primeros, puesto que tiene como presupuesto necesario la discriminación entre los diversos tipos de derechos. Fue el formalismo en los medios de constitución y las limitadas necesidades de entonces lo que llevó a que, de facto, el número de derechos reales fuera bastante limitado.

El periodo feudal tiene gran importancia en la temática que aquí abordamos. El feudalismo se desarrolló en la Edad Media, probablemente a partir del Tratado de Verdún (843). Su característica principal era que la tierra estaba dividida en feudos, grandes latifundios a cargo de Señores, quienes concedían territorios a sus vasallos contra la prestación de distintos servicios personales y reales sobre la propiedad. Estas relaciones se desarrollaban en el marco del contrato de feudo, que funcionaba paralelamente en dos niveles: entre el Rey y el Señor, por un lado; y entre el Señor y el Vasallo, por otro. El primero concedía territorios y protección al segundo a cambio de distintos servicios y prestaciones que le eran debidos como contraprestación. En esta época, el concepto mismo de soberanía estaba en duda, pues si bien en teoría correspondía al Rey, en la práctica era muchas veces ejercida por el Señor, quien solía no respetar el deber de sumisión que tenía frente a su Rey. El régimen de propiedad feudal limitaba las potestades sobre la tierra y la desvalorizaba como consecuencia de los distintos derechos del Señor sobre los inmuebles, quien podía exigir del vasallo diversos tipos de prestación y a la vez utilizar de muy variadas maneras la tierra cedida: para cazar, leñar, pescar, etc. La Revolución francesa acabó con todos los privilegios derivados del feudalismo. La formación de los nuevos Estados Nacionales hizo que el carácter público del régimen feudal perdiera su razón de ser, subsistiendo solo como un sistema de privilegios que deseaban destruir quienes tenían derechos limitados sobre la tierra y quienes poseían capital para invertir en ella. El tráfico inmobiliario pasó a ser libre y la soberanía se circunscribió en el Estado. Se redistribuyeron las tierras confiscadas, suprimiéndose las cargas reales y consagrándose la propiedad como un derecho inviolable. El movimiento se extendió por Europa y comenzaron a aparecer los sistemas de *numerus clausus* en materia de derechos reales, que buscaban satisfacer la exigencia de afirmación del individuo frente al Estado y permitir el desarrollo económico.

En España el feudalismo acabó en tiempos especialmente tardíos, habiéndose extendido durante casi todo el siglo XIX. Era más débil que en el resto de Europa, porque la sumisión de los Señores al Rey era mucho más clara; sin embargo, los complejos derechos reales que caracterizaron al feudalismo eran una realidad, incluso mayor que en el resto de Europa: hubo mayorazgos, fideicomisos familiares, se restringió fuertemente la libertad de disposición de los inmuebles, existieron distintas formas de propiedad colectiva con bienes pertenecientes a municipios y entidades menores, pastos de aprovechamiento común y bosques comunales. Esto generó una enmarañada estructura cuyos vestigios se advierten en la actualidad en algunas zonas como Extremadura, habiendo tenido una importante incidencia en el sistema de derechos reales.

El final del feudalismo tuvo como lógica consecuencia la generalización del régimen de *numerus clausus,* que aseguraba la libertad de la tierra y evitaba su endeudamiento; no obstante, también se impuso el *numerus apertus* en algunos países.

B) Tanto el numerus clausus *como el* numerus apertus *son sistemas viables*

La adopción de un sistema de derechos reales, ya sea de *numerus clausus* o de *numerus apertus,* no es una imposición de lógica jurídica, sino una decisión política de orden organizacional. Es un criterio de ordenación, producto de una valoración abstracta e intrínseca del sistema jurídico, que se erige en una fórmula descriptiva del grado de tutelabilidad de ciertos intereses a través de la atribución de un poder que se ejerce en forma directa e inmediata sobre las cosas, independientemente del comportamiento de otros, y oponible a todos.

2. EL *NUMERUS CLAUSUS,* GENÉRICAMENTE ANALIZADO

A) Conceptualización del numerus clausus

Entre dos vías que son *a priori* hábiles para generar tipos de derechos reales, la pública y la privada, el régimen de *numerus clausus* permite solo la primera.

El orden público tiene masiva preeminencia en materia de derechos reales, mientras que en el campo de los derechos personales actúa excepcionalmente.

En general, los sistemas de *numerus clausus* conllevan dos prohibiciones: crear derechos reales no previstos por la ley y modificar el contenido de los legislados. La segunda, muy común en el derecho comparado, no es esencial (salvo en lo que se refiere a los contornos básicos de cada figura) y suele resultar flexibilizada a través de normas que permiten el juego de la autonomía privada en derechos reales tales como el uso, la habitación y la servidumbre. Sin la primera, en cambio, el régimen no sería de *numerus clausus*.

El orden jurídico determina en abstracto los derechos reales posibles, pero su fuente concreta es, habitualmente, la autonomía privada, que solo tiene vedada la modelación de nuevos tipos.

Si bien la autonomía privada solo tiene fuerza jurígena en el ámbito de los derechos reales cuando la ley lo admite expresamente, normalmente se le da cabida en varios casos, existiendo en la regulación de los derechos reales en particular diversas referencias a ella, implícitas y explícitas. En el derecho real de servidumbre, habitualmente el juego de la autonomía privada es muy amplio.

El *numerus clausus* engloba distintas especies de tipicidad: formal, sustantiva genérica y sustantiva específica. La formal consiste en que solo la ley determina cuáles son derechos reales. La sustantiva genérica implica que es la ley la que da el contenido a cada derecho real. La sustantiva específica conlleva la existencia de subtipos dentro de un tipo de derecho real, como normalmente ocurre con las servidumbres en particular frente al tipo genérico de servidumbre. La tipicidad sustantiva específica es, a diferencia de la sustantiva genérica, contingente; sin esta, en cambio, el régimen no sería de *numerus clausus*.

Para que exista un derecho real típico es necesario que la ley describa suficientemente una situación jurídica y establezca para ella un régimen real, más allá de que enuncie o no formalmente que se trata de un derecho real. En otras palabras, no es necesaria la existencia de una tipicidad formal; basta una tipicidad sustantiva con esencia real.

El régimen de *numerus clausus* no impide que el Estado genere nuevos tipos de derechos reales; es una limitación dirigida exclusivamente a los particulares. La lista de derechos reales admisibles podría ser ampliada (o reducida) por el Parlamento en cualquier momento para adaptar la normativa a la realidad social.

Normalmente, el *numerus clausus* también alcanza a las obligaciones reales y a las cargas reales. No obstante, no abarca las causas de constitución, modificación o extinción de los derechos reales; es una tipología de situaciones jurídicas y no de actos jurídicos.

3. El *numerus apertus*, analizado desde el derecho español

A) Conceptualización preliminar del numerus apertus

En el sistema abierto pueden crearse novedosos derechos reales al amparo de la autonomía privada, pero no es imperativo que exista una libérrima amplitud, pues basta la posibilidad de que los particulares modelen nuevas formas de propiedad, aunque existan límites rigurosos.

B) Vigencia práctica del numerus apertus *en España*

La normativa española no es categórica a la hora de determinar el sistema de derechos reales vigente, lo que trajo enormes disputas doctrinarias durante muchas décadas, aún no totalmente aquietadas. El Código Civil guarda silencio. La Ley Hipotecaria y su Reglamento son ambiguos. Atañe específicamente a esta cuestión el segundo inciso del artículo segundo de la Ley Hipotecaria («En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:… 2.º Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales») y el artículo séptimo de su Reglamento («Conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley, no solo deberán inscribirse los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales que en dichos párrafos se mencionan, sino cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego, o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales»).

Ninguna de estas normas es decisiva, a pesar de que su redacción exhibe cierta tendencia a la apertura. Cuando la Ley menciona «otros cualesquiera reales», bien puede referirse a derechos de esa naturaleza tipificados por el ordenamiento jurídico pero no incluidos en la enumeración, quizá por la duda que pudiere suscitarse respecto de su naturaleza, como los derechos de adquisición preferente (tanteo, retracto, opción). A la vez, la referencia del Reglamento a «cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique… algunas de las facultades del dominio sobre inmuebles o inherentes a derechos reales», tampoco implica ineludiblemente un *numerus apertus,* porque lo que no tiene nombre propio no es el derecho real modificado o constituido, sino el «acto o contrato de trascendencia real», que bien puede ser atípico pero dar lugar a la generación o modificación de un derecho típico. Además, una norma de rango reglamentario es inidónea para establecer el sistema de derechos reales.

Hasta mediados del siglo XX los autores locales dieron por sentada, en general, la vigencia de un *numerus clausus* en materia de derechos reales, aunque sin abordar directamente la dicotomía[2]. De allí en adelante el panorama cambió: la cuestión fue abordada explícitamente y se inclinaron masivamente a sostener la vigencia del *numerus apertus*[3], aunque con disidencias que se mantienen actualmente. No obstante, es mayoritaria la doctrina que sostiene que en materia de derechos reales de garantía rige el *numerus clausus*. Hemos identificado cuatro posturas distintas: a) La más flexible, predica una amplísima libertad de los particulares para generar nuevos derechos reales, siempre que sean efectivamente tales y estén dotados de inherencia en la relación con la cosa; b) Otros autores sostienen que el sistema es de *numerus apertus,* por así resultar de la legislación, pero ello no significa que existan amplios poderes para crear nuevos derechos reales, sino que la autonomía privada tiene graves cortapisas. Algunos doctrinarios de este grupo postulan que los nuevos derechos deben responder a una función «económico-social», introduciéndose el concepto de «tipicidad causal» de los derechos reales[4]; c) Se ha sostenido también que rige un *numerus clausus* en cuanto a la posibilidad de constituir derechos reales atípicos, pero un *numerus apertus* respecto a la factibilidad de modificar el contenido de los típicos[5]; d) Finalmente hay quienes sostienen la vigencia del *numerus clausus*[6].

El problema es de difícil solución. Si tenemos en cuenta que un sistema de *numerus apertus* solo puede funcionar adecuadamente si se delimitan rigurosamente las condiciones de desenvolvimiento de la autonomía privada[7] y hay un adecuado régimen de publicidad, y que en España no se da la primer premisa, podría razonablemente sostenerse que el sistema es de *numerus clausus,* pues como hemos visto, los textos legales dejan margen suficiente para esta interpretación*;* sin embargo, la abrumadora inclinación doctrinaria *de lege lata* por el sistema de *numerus apertus*, avalada por las jurisprudencias registral y judicial (a las que luego nos referiremos), nos lleva a sostener que en los hechos rige el *numerus apertus,* máxime cuando la Ley Hipotecaria y su Reglamento, con su ambigüedad, dejan razonable espacio para esta interpretación.

C) Funcionamiento del régimen español de derechos reales: generalidades

Si bien no es fácil generar novedosos derechos reales atípicos, porque todo se circunscribe a lograr nuevas formas de aprovechamiento de las cosas y esta tarea se viene llevando a cabo durante siglos, de tanto en tanto van apareciendo y puede mencionarse una variedad interesante: condominio *pro diviso;* derechos de adquisición preferente sobre derechos de disfrute; derechos de disfrute circunscriptos a cierta clase de frutos; servidumbres sobre cosas muebles; derecho a percibir una pensión sobre una cosa mueble; fideicomiso de garantía; derecho perpetuo y transmisible a ocupar una localidad en un teatro; derecho de sobreedificación; derecho de subedificación; etc.

El sistema español de derechos reales es complejo y ha sido objeto de un profundo debate, a cuyas conclusiones principales hemos pasado breve revista. Uno de los principales problemas es la borrosa frontera que divide los derechos reales y personales, que genera infiltraciones en el Registro de la Propiedad de derechos obligacionales que luego deben ser expulsados, produciendo en el ínterin un lastre que atenta contra la seguridad jurídica inmobiliaria.

La característica fundamental del régimen es que existe bastante restricción para la generación de derechos reales atípicos, y mucha flexibilidad para modelar el contenido de los típicos a través de la autonomía privada. Es particularmente acomodaticio en figuras como el usufructo (se permiten actos de disposición, conf. arts. 467 y 470 del Código Civil), el condominio (en cuyo marco se relega a la autonomía privada todo aquello que no está especialmente vedado —art. 392 del Código Civil—) y las servidumbres (arts. 536, 551, 594 y 598 del Código Civil), el uso y la habitación (art. 523 del Código Civil).

D) Orientación de la Dirección General de Registros y del Notariado

En España, el Registro de la Propiedad, o más propiamente la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN), tiene una función de importancia fundamental, pues determina en la práctica los alcances del régimen vigente, más allá de toda posible disquisición teórica.

Las resoluciones de la DGRN tienen carácter de jurisdicción voluntaria y no gozan de valor vinculante para los magistrados judiciales que pudieren entender en una controversia. No obstante, la jurisprudencia registral es muy respetada, tanto por la función que cumple, cuanto por la calidad técnica de sus resoluciones. Aunque carece de carácter vinculante aún respecto de la propia DGRN, es de hecho tenida en cuenta en casos posteriores; es muy importante su estudio ya que, sin perjuicio de lo que resuelva la justicia en los asuntos que son objeto de litigio, tiene enorme valor para determinar cuáles son derechos reales inscribibles y cuáles no.

La propia Dirección General de Registros y del Notariado ha señalado su función en este campo, en resolución de 1 de abril de 1981, al puntualizar «Que el criterio *numerus apertus* adoptado por nuestra legislación, obliga al Registrador, a una misión ciertamente no sencilla, como ya ha declarado este Centro, al estudio en cada caso concreto del acto o pacto que se pretende inscribir, al objeto de examinar si se dan o no los caracteres típicos del derecho real, es decir, la absolutidad y la inmediatividad, que determinarían su acceso a los libros registrales, y caso de que no fuera así, poder rechazarlo, a fin de evitar que entren en el Registro derechos de naturaleza personal»[8].

Ha reconocido la vigencia del *numerus apertus* no solo a través de resoluciones, sino también por intermedio del Preámbulo de la Instrucción de 29 de octubre de 1996: «Más aún, debe concretarse dicho contenido (el referido al *Índice General Informatizado de las fincas y los derechos inscritos en todo el territorio nacional y de sus titulares* a que alude el artículo 398 inc. *c* del Reglamento Hipotecario), si se tiene en cuenta el sistema de *numerus apertus* por el que se rige nuestro Derecho, civil y registral, causa de la amplitud y eficacia de la protección jurídica extrajudicial que los principios de legitimación, fe pública e inoponibilidad prestan a los derechos y pactos inscritos y a sus titulares»[9].

A la vez, distintas resoluciones del Cuerpo demuestran y declaran la vigencia del régimen de *numerus apertus*. Entre ellas, cabe destacar la de 4 de marzo de 1993, donde dijo que «No se duda de que en España se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2, 2.º LH y 7 RH) y, en concreto, de que se permite alterar por pacto el contenido típico de la copropiedad»[10]. También sobresalen las de 28 y 31 de octubre de 1988: se había pactado un derecho de subedificación, transmisible y perpetuo a favor de dos personas en el subsuelo de un edificio; y una de ellas transmitió su derecho. El registrador no lo admitió, pues entendió que previamente debía declararse la construcción realizada y constituirse bajo el régimen de propiedad horizontal. La DGRN revocó la decisión entendiendo que no hay razón para sostener la resolución recurrida; que el constituido fue un derecho atípico o innominado, por lo que no puede pretenderse que la escritura que lo constituye haga una exacta calificación[11]. Es igualmente representativa de esta doctrina la decisión de 25 de noviembre de 1992, que otorga naturaleza de derecho real autónomo al anejo a la propiedad de un local para instalar carteles en la terraza del edificio[12]. Podrían mencionarse muchas otras que no habré de citar en homenaje a la brevedad, pero cabe destacar por su poca antigüedad la de 8 de junio de 2011, donde se ha resuelto que «ningún obstáculo puede existir acerca de la posibilidad de creación de nuevas figuras de derechos reales con arreglo a los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario; pero tampoco puede existir ningún obstáculo para que la autonomía de la voluntad pueda adaptar los derechos ya tipificados a las exigencias de la realidad económica y social siempre y cuando se respeten las características estructurales

típicas de tales derechos reales, cuales son, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado.— Como ha declarado este Centro Directivo (cfr. resolución de 31 de diciembre de 2007), en nuestro Ordenamiento el propietario puede disponer de sus bienes y, por ende, constituir gravámenes sobre ellos, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (art. 348 del Código Civil). No solo se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2.2.º de la LH y 7 del RH) sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, en concreto (cfr. arts. 647 del Código Civil y 11, 23 y 37 de la LH) sujetarlos a condición, término o modo. Pero es también cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia *erga omnes* de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atenerse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad de tráfico, etc. (cfr. resoluciones de 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987, y 4 de marzo de 1993)»[13].

Es necesario señalar que, no obstante esta línea jurisprudencial, la DGRN suele mostrarse muy restrictiva para admitir nuevos derechos reales, en ocasiones refiriéndose explícitamente a las ventajas del sistema de *numerus clausus*. No viene al caso citar aquí las respectivas resoluciones, pues implicaría alejarse de la temática de este estudio[14].

Las pautas directrices que la Dirección General ha perfilado pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1. En España rige el sistema de *numerus apertus*; se permite generar nuevos derechos reales y modificar el contenido de los típicos.
2. El régimen de *numerus clausus* es más acorde a la naturaleza de los derechos reales.
3. El *numerus apertus* no permite inscribir cualquier pacto como derecho real, sino solo los que constituyen derechos bien definidos que reúnen todos los requisitos necesarios para ser considerados tales. En la práctica, solo lo serán aquellos que obtengan una calificación que determine que son registrables.
4. Debe excluirse del Registro todo derecho de contenido meramente obligacional, criterio inspirado por la última reforma de la Ley Hipotecaria (arts. 1 y 98 de la Ley y 355 del Reglamento). A tal fin, el registrador debe distinguir y discriminar entre los actos que crean auténticos derechos reales y aquellos que solo constituyen derechos personales.

No pueden ingresar al Registro derechos de dudoso carácter real. La función calificadora es fundamental para evitar la inscripción de derechos personales, que «constituyen un farragoso lastre de cargas, que inútilmente se mencionan y arrastran en el Registro, en detrimento de la contratación y de la fluidez del tráfico negocial», tal como se ha dicho en las resoluciones de la DGRN de 29 de marzo de 1955, 1 de agosto de 1959 y 21 de diciembre de 1980[15].

5. El sistema de *numerus apertus* debe interpretarse restrictivamente de acuerdo a las siguientes limitaciones: a) la naturaleza de las cosas; b) las normas imperativas; c) la caracterización causal de la relación jurídico-real, de manera que el derecho que pretende inscribirse cumpla una función económico-social merecedora de tutela jurídica; d) el orden público sistemático; e) la armonía y coherencia de las normas registrales; f) la canalización de las pretensiones a través de las figuras típicas, en la medida en que sea posible.

E) Orientación del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo no solo sostiene en sus sentencias que rige el *numerus apertus,* sino que le otorga gran amplitud, lo que se constata en el siguiente fragmento de una antigua sentencia: «—Derecho real; características generales: En el desarrollo de la propiedad con las relaciones sociales del hombre surgen modificaciones y limitaciones de los elementos que concurren en el derecho de dominio, originando actos jurídicos impuestos por la voluntad, creando nuevos derechos, a los que se dan la denominación de reales, por llevar el carácter esencial que los distingue de recaer directamente sobre la cosa, sin sujeto pasivo individualmente determinado, dando lugar a una acción eficaz contra cualquier poseedor de la misma, hallándose comprendido en estos derechos el de superficie, que por su naturaleza constituye un gravamen de bien inmueble en beneficio de otro, perteneciente a distinto dueño, o en provecho de una o más personas o de una comunidad, conforme a lo prevenido en los artículos 530 y 531 del Código Civil»[16].

En sentencia de 18/05/1963 admitió la posibilidad de crear desmembraciones de la propiedad distintas de las tipificadas en la ley, cuando sostuvo que «no cabe duda que si el propietario que tiene el pleno señorío de la cosa puede transmitir a otro ese pleno señorío de la cosa, también podrá transmitir alguna o algunas de las facultades que lo integran, reservándose el resto de ellas, con lo que dará lugar al nacimiento de los derechos reales limitativos del dominio y al de ciertas ventas especiales —venta a plazos o con reserva de dominio y pacto de resolución, venta con pacto de cobración (sic.), *venta del suelo o del vuelo,* venta de la nuda propiedad con reserva de usufructo, etc.»[17].

En una antigua decisión de 1893 reconoció la plena eficacia del condominio *pro diviso,* o propiedad dividida: «Aunque no haya comunidad en todos los disfrutes y aprovechamiento de una finca, no puede menos que reputarse como copropietario de cosa común al que tiene el derecho de siembra y aquel a quien pertenece el arbolado, ya porque este se halla adherido al terreno y no puede subsistir apartado de él, ya porque los derechos de ambos dueños están relacionados y subordinados de manera que el uno en las operaciones de cultivo no puede hacer nada que redunde en menoscabo o detrimento de los árboles, ni es lícito al otro utilizarse de ellos, entorpecer o perjudicar la explotación agrícola del suelo»[18]. Y en 1922 dispuso que «Debe estimarse la existencia de condominio o comunidad de bienes no solo en el caso de que la propiedad de una cosa pertenezca *pro indiviso* a diferentes personas, sino también cuando el dominio a los aprovechamientos que de él se deriven están distribuidos de tal forma que hay entre los copartícipes algo común»[19].

En síntesis, la tendencia aperturista del Tribunal Supremo no solo es indudable, sino que es más clara y definida que la de la Dirección General de Registros y del Notariado.

F) Requisitos para la constitución de nuevos derechos reales

Los derechos reales tienden a ser «permanentes», por lo que además de que deben ser respetados por quienes no los crearon, también pueden beneficiar a quienes no los modelaron. Por lo tanto, es necesario ser preciso a la hora de generarlos para que su perfil quede perfectamente definido. La cuestión radica en determinar cómo, en qué condiciones y bajo qué límites puede desplegarse la autonomía privada para crear derechos reales, lo que tiene concretas ventajas como facilitar la labor calificadora registral, allanar los cálculos de terceros y evitar la creación de derechos de características ambiguas.

Los recaudos que deben cumplirse para generar nuevos derechos reales se clasifican en: 1) anteriores a la constitución (presupuestos); 2) contemporáneos a la constitución; 3) posteriores a la constitución.

1) Los requisitos anteriores a la constitución son los siguientes: 1. a) No debe haber una prohibición especial que impida su establecimiento; 1. b) Las partes deben ser capaces (de hecho y de derecho) para constituir el derecho real; 1. c) Debe respetarse la regla *nemo plus juris:* el transmitente, que genera en el adquirente el nuevo derecho real, debe tener una potestad jurídica sobre la cosa suficiente, es decir no menor a la que otorga el derecho que se pretende constituir en cada uno de sus aspectos. Si se trata de un régimen de inscripción registral constitutiva, el otorgante debe tener anotado su título; 1. d) No debe haber incompatibilidad del nuevo derecho con otros que se encuentren vigentes sobre la misma cosa; 1. e) Si la generación del nuevo derecho depende de una autorización previa, debe estar otorgada; 1. f) Ante una hipotética concepción

fraudulenta de derechos a favor de más de una persona, debe respetarse el principio de prelación; es decir que solo será válido (o, en su caso, tendrá preferencia) aquel al que la ley le asigne primacía por algún método (el primero que se constituyó, el que se inscribió previamente, el que recibió una reserva registral de prioridad, etc.); 1. g) En el caso de derechos reales «forzosos», debe constatarse la presencia del presupuesto legal (por ejemplo que la propiedad esté efectivamente encerrada, si se trata de una servidumbre de tránsito).

2) Los requisitos contemporáneos a la constitución son los siguientes: 2. a) Debe tratarse de una relación de inherencia entre la persona y la cosa; el derecho generado debe ser una suerte de «sustracción del dominio», siendo insuficiente que las partes quieran crear un derecho real si la vinculación con el objeto no es directa e inmediata; 2. b) Cuando se modelan derechos reales novedosos o se modifican los típicos, debe determinarse precisamente el contenido de la figura: en qué consiste su ejercicio, cuáles son las formas de disfrutarlo y las de comercializarlo; 2. c) El nuevo derecho real debe ser especial en cuanto al objeto; es imprescindible individualizar la cosa sobre la que recae; 2. d) Debe determinarse la persona beneficiaria del nuevo derecho real; 2. e) El derecho que se está constituyendo debe respetar las normas de cierre del sistema, como la prohibición de violar la moral, el orden público o las buenas costumbres; 2. f) Si el derecho se constituye a favor de varias personas, debe especificarse la porción que corresponde a cada una; de lo contrario, se entiende que se les atribuye en partes iguales; 2. g) Es necesario mencionar el nombre de los derechos reales típicos que se constituyen y facultativo asignarle uno a los atípicos, si es que no lo tuvieran dado por la costumbre; 2. h) Corresponde determinar la causa final objetiva del derecho real, que debe ser de inherencia respecto de la cosa e independiente de toda prestación personal, de pactos bilaterales y de hechos positivos del hombre. Todo derecho real debe tener una causa inmanente. Según parte de la doctrina, debe cumplir además una función económico-social objetivamente merecedora de tutela jurídica; 2. i) En los derechos constituidos a título oneroso debe indicarse su apreciación cuantitativa o precio; 2 j) En la generación de censos, rentas y derechos análogos debe guardarse proporcionalidad entre la prestación debida y el valor de la finca, de manera que aquella no alcance a este. La pensión no debe superar las tres cuartas partes del valor del inmueble; 2. k) Si el derecho que se constituye se somete a condición o plazo, debe aclarárselo y hacerse constar las especificaciones pertinentes; 2. l) Deben respetarse los preceptos que impiden la amortización de la propiedad y que aseguran su libre circulación y adecuada explotación; 2. m) Es imperativo respetar las formalidades necesarias para la constitución de derechos reales, como el documento público en materia inmobiliaria; 2. n) Las características externas que han de trascender a terceros no pueden ser otras que las que ya se vienen respetando con relación a la cosa. A través de un derecho real no pueden imponerse a personas ajenas a la contratación limitaciones que antes no tenían.

3) Los requisitos posteriores a la constitución son los siguientes: 3. a) Es necesaria la toma de posesión para que el derecho real quede constituido, salvo en los que no se ejercen a través de ella (art. 609 del Código Civil); 3. b) Cuando la inscripción reviste la calidad de constitutiva, es imprescindible llevarla a cabo para la existencia del derecho real. En los demás casos, la publicidad —que puede o no ser registral— es necesaria para la eficacia *erga omnes* del derecho; 3. c) Si la ley exige para la validez de un derecho real constituido por un condómino la notificación, el reconocimiento o la aceptación por parte de los demás consortes, debe procederse en consecuencia.

G) El ejercicio de la autonomía privada dentro de los derechos reales típicos

Independientemente de la posibilidad de constituir figuras atípicas, el sistema español goza de mucha plasticidad dentro de las típicas, que se desarrolla casi exclusivamente en los derechos reales distintos del dominio; en este no hay lugar para la autoregulación, pues al ser el más amplio, no puede extendérselo sin violar la ley.

En el condominio, el margen de acción de la autonomía privada es muy amplio, pues se permite sujetar su régimen a la voluntad de las partes (art. 392 del Código Civil); y si bien es temporario, la indivisión no puede pedirse en caso de que torne inservible la cosa para el uso al que se destinaba (art. 401 del Código Civil).

En cuanto a los derechos de disfrute sobre cosa ajena, siendo el usufructo el más amplio imaginable, la autonomía privada debería quedar *a priori* bastante relegada dentro de su esquema, a diferencia de lo que ocurre con los limitados, como el uso, la habitación y la servidumbre. Sin embargo, aún en el usufructo la autonomía privada puede actuar grandemente, por así autorizarlo el artículo 467 del Código Civil. En este campo no resta margen para el descubrimiento de nuevas figuras ya que, sea cual fuere su contenido, podrá ser encuadrado dentro del usufructo, el uso, la habitación o las servidumbres; salvo la posibilidad atípica de generar servidumbres mobiliarias.

La doctrina mayoritaria, que avalamos, sostiene que derechos reales de garantía son un supuesto «cerrado» porque entrañan facultades excepcionales, como los privilegios (hipoteca y prenda) y el derecho de retención oponible *erga omnes* (anticresis), que solo puede tipificar la ley por afectar la igualdad de los acreedores y el patrimonio del deudor como prenda común.

Los censos dejan un acotado margen para la acción de la autonomía privada, pues el Código Civil no solo define el género sino también las tres especies admisibles (reservativo, consignativo y enfitéutico), y establece puntualmente un amplio campo que resulta inmodificable.

Finalmente, en el ámbito de los derechos de adquisición hay mucha libertad; todas las especies son admisibles: tanteo, retracto y opción. El problema no

consiste en la posible aparición de otros nuevos sino en que, siendo potestativos, debe determinarse la medida y las circunstancias en que pueden ser oponibles a terceros.

II. ARGUMENTOS DE DEFENSA DE LOS DOS SISTEMAS DE DERECHOS REALES, DESDE LA ÓPTICA JURÍDICA TRADICIONAL

1. Propedéutica

La doctrina se ha dedicado con detenimiento al análisis de los sistemas de derechos reales. En tal contexto, algunos autores han defendido el *numerus clausus* y otros han hecho lo propio con el *numerus apertus,* dato que por sí solo demuestra la importancia del tema, pues da cuenta de que hay demanda de nuevos tipos de derechos reales[20], siendo importante que el Derecho determine claramente si se pueden o no tallar a través de la autonomía privada, y con qué alcances[21].

Seguidamente sintetizaremos las argumentaciones realizadas a favor de cada régimen de manera fundamentalmente aséptica. Luego daremos las razones por las cuales reputamos preferible el sistema de *numerus clausus* desde la óptica jurídica tradicional. No abordaremos argumentos que impliquen efectuar un análisis económico del derecho; solo tocaremos tangencialmente explicaciones de esa índole en la medida en que la doctrina tradicional las haya desarrollado, pues la parte final de este trabajo estará especialmente dedicada al análisis económico, o de eficiencia, de los sistemas de derechos reales.

No obstante, antes de explicar los fundamentos con que se ha intentado defender uno y otro sistema debemos avocarnos a una cuestión preliminar, pues algunos autores afirman que la discusión no tiene sentido por ser ambos regímenes equiparables en la práctica. Esta teoría se fundamenta en que en el *numerus apertus* se imponen serias cortapisas a la autonomía privada y en el *numerus clausus* hay tipos legales con tanta flexibilidad (como el uso o las servidumbres) que por su intermedio se podría generar todo tipo de figura de aprovechamiento de las cosas, con eficacia *erga omnes*.

Por nuestra parte, creemos que es pertinente la distinción. Es verdad que las restricciones para la generación de derechos reales se presentan en todos los regímenes jurídicos[22], pero operan en niveles distintos. En un sistema de *numerus clausus* que no prevé la enfiteusis no se puede satisfacer suficientemente esta necesidad, ni a través de un usufructo, ni por medio de una locación; en España, si bien no podrían constituirse derechos reales extravagantes, el *numerus apertus* brinda una plasticidad mucho mayor a la hora de generar negocios que importen la desmembración del dominio. A pesar de que la ju-

risprudencia registral exhibe una tendencia restrictiva, en general no impide la creación de nuevos derechos reales, sino de esquemas que no se condicen con el concepto de derecho real, lo que es razonable teniendo en cuenta que un sistema de *numerus apertus* lo es de «derechos reales» y no de figuras jurídicas cualesquiera a las que caprichosamente pretenda asignárseles carácter real. Entonces, no es una discusión meramente teórica la atinente a la regencia del *numerus apertus* o del *numerus clausus,* pero sí es cierto que hay que situar el planteamiento en su verdadera dimensión; de lo que se trata en los regímenes de *numerus apertus* es de establecer si el fruto de la autonomía privada es un verdadero derecho real (y, según algunos autores, si brinda una utilidad social concreta) o, por el contrario, se limita a constituir derechos personales. En el primer caso la figura será inscribible en el Registro y en el segundo no, puesto que la Ley Hipotecaria solo admite la anotación de actos y contratos de trascendencia real, impidiendo que ingresen al Registro derechos personales. En algún supuesto teórico los sistemas pueden asemejarse bastante, pero las diferencias son inevitables.

2. Argumentos defensivos del *numerus clausus*

Esquemáticamente, los fundamentos con que se ha defendido el régimen de *numerus clausus* son, independientemente de su eficacia, los siguientes:

A) El orden público

La mayor incidencia del orden público en materia de derechos reales impide que sean generados por la autonomía privada. Como significan una asignación duradera de bienes con eficacia *erga omnes,* solo el Estado debe estar habilitado para crearlos, pues los particulares no pueden regular intereses de terceros. De esta manera se facilitan las transacciones, porque la posibilidad de que existan desmembraciones atípicas del dominio generaría en los potenciales adquirentes una mayor incertidumbre respecto del contenido y el valor del derecho que desean obtener. Los derechos reales innominados constituyen situaciones objetivamente irrelevantes para el sistema económico, aún cuando pudieren ser valiosas para los involucrados. Es saludable que las cosas se encuentren a salvo de multiplicidad de gravámenes imposibles de prever, que obstaculizan el tráfico jurídico y ahogan la propiedad con desarticulaciones que impiden su adecuada explotación; el Estado no puede consentir escenarios de esa laya, pues la libertad de los bienes es una exigencia del tráfico jurídico, y la propiedad, como cimiento del Estado liberal, debe estar suficientemente protegida de desmembraciones arbitrarias. Además, en

un sistema de *numerus clausus* el contenido de los derechos reales es fácilmente cognoscible y estandarizado, bastando leer su nombre para tener una idea suficiente de su contenido, lo que otorga dinamismo al tráfico inmobiliario y facilita el estudio de títulos y los cálculos de terceros. Se aminora drásticamente, también, la probabilidad de que aparezcan derechos reales en conflicto, que ensombrecen las facultades de cada titular. Asimismo, en un sistema de *numerus apertus* pueden imponerse a los sujetos jurídicamente débiles modos atípicos desfavorables de goce de los bienes, lo que no es posible en uno de *numerus clausus*.

B) Las diferencias estructurales entre los derechos reales y personales

Existe un derecho real omnicomprensivo, el dominio, del cual todos los demás son derivaciones, lo que constituye un límite natural —por decirlo de algún modo— a la autonomía privada; en cambio, no hay ningún derecho personal por excelencia del que los demás resulten una derivación. La posibilidad de generar nuevos derechos personales es *a priori* ilimitada; en cambio, los potenciales nuevos derechos reales siempre deben estar bajo el ala del dominio. En el plano teórico podría existir un sistema totalmente cerrado de derechos reales, pero nunca completamente abierto, pues siempre operará como límite el máximo provecho que puede obtenerse de las cosas, a través de las facultades de uso, goce y disposición. Los derechos personales, por regla, desaparecen con su ejercicio, mientras que los reales perduran, lo que permite contenidos atípicos para los primeros, pues fatalmente se extinguirán, a diferencia de los segundos. La diferencia de estructura que existe entre las dos categorías consiente hacer una previsión meditada y razonable de todos los derechos reales necesarios en el seno de una sociedad; en cambio, es inconcebible pensar en un catálogo predeterminado y suficiente de derechos personales.

C) La facilitación del funcionamiento de los registros inmobiliarios

Como los derechos reales típicos están predeterminados y los atípicos no, el sistema registral se torna más engorroso e ineficaz en un sistema de *numerus apertus,* pues caso por caso debe calificarse el pretendido nuevo derecho real y describírselo suficientemente para la cognoscibilidad de los terceros. Además, el *numerus apertus* no permite la utilización de la simple, práctica y eficaz técnica registral de «breves notas» que se aplica en muchos regímenes de *numerus clausus,* pues es incapaz de reflejar los matices de los potencialmente ilimitados derechos reales atípicos.

D) La rigidez del numerus clausus *puede neutralizarse construyendo tipos flexibles de derechos reales*

El mayor inconveniente del sistema de *numerus clausus,* que es su rigidez, se supera si se tipifican figuras flexibles de derechos reales dentro de las cuales exista suficiente plasticidad de contenido. Un sistema de estas características es difícil que obstaculice el tráfico jurídico, ya que serán pocas las hipótesis en que los contratantes no encuentren en los moldes legales la posibilidad de adaptar las necesidades que desean satisfacer.

E) Los derechos reales son más potentes, seguros y confiables en un sistema de numerus clausus

Los derechos reales en un sistema de *numerus clausus* son más seguros y confiables que en uno de *numerus apertus*. Paralelamente, en un régimen que admite derechos reales atípicos, estos son más endebles que los estandarizados por la ley. Vista la cuestión desde el sistema español, un derecho real atípico corre tres riesgos distintos, ninguno de los cuales es padecido por uno típico: a) que a la hora de presentarlo para su inscripción, el registrador lo rechace por entender que no es procedente; b) que, aún admitido por ese funcionario, tiempo después sea rechazado por la Dirección General al analizar, por ejemplo, la inscribibilidad de otro derecho que le resulta incompatible; c) que no sea reconocido en juicio por el Poder Judicial, si se planteare una controversia atinente a su registrabilidad. Además, en un sistema de *numerus clausus* los derechos reales quedan configurados con mayor nitidez y exactitud, puesto que el fruto de la actividad legislativa es en la mayoría de los casos más estudiado y debatido que un contrato.

F) La mayor importancia de los derechos reales sobre los personales

Ha llegado a sostenerse que el *numerus clausus* encuentra justificación en la mayor importancia que tienen los derechos reales respecto de los personales, por vincularse más directamente con el interés general, ya que el nivel de producción de la tierra depende en buena medida del sistema de derechos reales instaurado.

G) Los problemas que genera en la práctica el numerus apertus

Los sistemas de *numerus apertus* traen aparejados importantes inconvenientes. Por lo pronto, es una complicación grave la delimitación de los derechos reales atípicos, pues siendo fruto de la autonomía privada no es dable el recurso

a la analogía para llenar los vacíos. Poniendo como ejemplo el condominio *pro diviso,* común en Extremadura, tiene el inconveniente —entre otros— de la asignación de los derechos residuales: ¿a quién pertenecen las atribuciones no específicamente concedidas a alguno de los copropietarios, teniendo en cuenta que no hay ningún derecho «madre» que las absorba? Deben agregarse los problemas registrales que el *numerus apertus* conlleva: distinción entre los derechos reales y los que no lo son, ingreso al registro de derechos personales solapados bajo el ropaje de figuras reales, etc. Hasta el concepto mismo de derecho real es un inconveniente en el sistema de *numerus apertus,* porque donde rige el sistema cerrado la cuestión no excede el debate doctrinario, mientras que en los regímenes abiertos es imperativo un concepto preciso de derecho real para determinar si las pretendidas nuevas figuras encuadran o no en él.

3. Argumentos defensivos del *numerus apertus*

Siguiendo similar metodología que en el apartado anterior, explicaremos los fundamentos con que se ha defendido el régimen de *numerus apertus,* independientemente de su eficacia. Cuando el argumento respectivo haya sido especialmente sostenido por algún autor, sin resultar atribuible a la generalidad de la doctrina de orientación similar, citaremos la referencia.

A) Como consecuencia del principio de libertad, a priori *debe regir un sistema de* numerus apertus

En un Estado democrático donde reina la libertad, el paradigma que *a priori* debe regir es el de *numerus apertus,* por ser el único que la respeta. Únicamente cuando razones serias lo justifican cabe imponer restricciones a la autonomía privada, que solo debe tener los límites necesarios. Parte de la doctrina ha postulado que es mejor un control *a posteriori,* donde el Estado otorgue eficacia jurídica al derecho real solo cuando resulte merecedor de tutela por parte del ordenamiento, que el cercenamiento *a priori* de la autonomía privada a través del *numerus clausus*[23], lo que incluso se ha propuesto como modelo uniforme para la Comunidad Europea[24].

B) Razones de orden público, como la posibilidad de satisfacer nuevas necesidades económicas, justifican el flexible sistema de numerus apertus

Existe una fuerte reclamación social en la imposición de variados derechos reales para alcanzar objetivos económicos no previstos en la ley, pues las

ilimitadas formas de aprovechamiento de los bienes no pueden encasillarse en acotados tipos legales, necesariamente impotentes de preverlo todo. Las formas modernas de producción, que tienden a satisfacer una demanda más variada y singularizada de productos y servicios, justifican el sistema de *numerus apertus*[25]. Solo es de interés general impedir el establecimiento de nuevos derechos reales si afectan a la libertad de los fundos y de las personas, pero no se justifica la prohibición si tienen utilidad para quienes los constituyen sin menoscabar dichas instituciones. Esto es así porque resulta ventajoso para la sociedad que los mismos bienes puedan servir a la vez a un número mayor de individuos; el *numerus apertus* es más flexible que el *numerus clausus,* cuya rigidez puede dejar sin eficacia real a situaciones jurídicas que la ameritan.

Además, el hecho que los particulares modelen figuras novedosas de derechos reales permite que se generalicen y adquieran tipicidad social, allanando el camino al legislador para incorporarlas luego a la legislación positiva.

C) El numerus apertus, *implementado con un adecuado régimen de publicidad, asegura suficientemente el tráfico jurídico*

Si los derechos reales están correctamente determinados y suficientemente publicitados, el *numerus apertus* es un sistema eficaz.

D) Existe una imposibilidad lógica de prever de antemano los derechos reales posibles

Los derechos reales no pueden existir *a priori,* como presupone un sistema de *numerus clausus,* sino *a posteriori*[26]. Así como no pueden preverse de antemano todos los contratos posibles, tampoco puede hacérselo con los derechos reales.

E) Las ventajas del numerus apertus *no pueden resignarse por un obstáculo instrumental, como la generación de mayores complicaciones a los registros inmobiliarios*

Decir que la facilitación de la tarea registral conlleva que debe imponerse un sistema de *numerus clausus* es poner las cosas al revés, generando una grotesca subversión de los medios sobre los fines. No pueden truncarse soluciones sustantivas valiosas por razones meramente instrumentales[27].

F) El estado actual de la evolución del derecho justifica el sistema de numerus apertus

Actualmente no tiene sentido la supresión de la autonomía privada en la configuración de derechos reales, resultando suficiente una adecuada restricción, sobremanera cuando la evolución del sistema de publicidad registral torna factible dar a conocer en forma eficaz los diversos derechos reales atípicos que pudieran generarse.

4. Nuestra opinión: desde la óptica jurídica tradicional, el *numerus clausus* es el sistema de derechos reales más conveniente

Ninguno de los dos sistemas es «correcto» o «incorrecto»; ambos tienen virtudes y defectos. No obstante, en términos comparativos, el *numerus clausus* es más conveniente que su opuesto, por las siguientes razones principales:

a) Los derechos reales significan una asignación duradera de bienes y quedan «gravados» sobre las cosas, de manera que se impondrán a futuros subadquirentes que no los consintieron. Esta afectación a terceros lleva a que deba ser exclusivamente el encargado de proteger el bien público, es decir el Estado, quien regule la calidad y extensión de los derechos reales; no puede pretenderse que lo hagan los particulares, pues a ellos solo interesa la satisfacción de sus propios intereses: la autonomía privada es esencialmente arbitraria mientras que el ejercicio del poder estatal es discrecional[28], y la modelación de figuras de derechos reales —por definición trascendentes— debe estar confiada a poderes discrecionales que tienden al bien común.
b) No es verdad que el *numerus apertus* facilita la iniciativa económica de los particulares; por un lado, porque todas las formas imaginables de disfrute de las cosas pueden lograrse a través de la instauración de derechos personales, sin perjuicio de su oponibilidad relativa; y por otro, porque el sistema abierto llevaría al establecimiento de complejos entramados de derechos sobre las cosas que limitarían en gran medida su aprovechamiento por cada uno de los titulares y, por lo tanto, su utilización para el progreso económico. El principio de libertad económica justifica el *numerus clausus* y no el *numerus apertus*.
c) La multiplicidad de derechos sobre una cosa implica la presencia de más personas que se interrelacionan en la explotación, lo que potencia la generación de conflictos que tienen costes de resolución y tornan borrosos los contornos de las facultades de los distintos titulares, generándose una disminución de valor.

d) Aún con un sistema de publicidad moderno y evolucionado, el *numerus clausus* permite conocer con mayor rapidez y eficacia el contenido de los derechos reales, pues basta leer su nombre para estar al tanto de sus características principales. Esto reduce los costes de transacción, pues el acceso a la información es más eficiente.
e) El contenido de los derechos reales típicos es siempre preciso mientras que el de los atípicos puede ser ambiguo, generando un inconveniente gravísimo que en casos extremos puede dejar a la cosa fuera del comercio debido a la ausencia de certeza respecto de su *status* jurídico. Además, los derechos reales atípicos son más endebles e inseguros que los típicos.
f) En un régimen de *numerus clausus,* el sistema registral es mucho más eficiente, enormemente más ágil y claramente menos costoso.

III. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS SISTEMAS DE DERECHOS REALES

1. Propedéutica

A) Introducción

En los puntos anteriores hemos expuesto sintéticamente los argumentos que, desde la óptica jurídica tradicional, ha utilizado la doctrina para apuntalar cada uno de los sistemas de derechos reales. Mucho se ha debatido sobre esto en España, por lo que aportaría poco un análisis más exhaustivo y referenciado, que de todas formas puede consultarse en otra obra, a la que nos remitimos[29].

Opuestamente, la doctrina jurídica ortodoxa española no se ha hecho cargo, salvo tangencial y en algún caso intuitivamente[30], del análisis económico de los sistemas de derechos reales; no se ha utilizado la teoría económica de manera sistemática para poner a prueba los regímenes de derechos reales y determinar cuál es el más eficiente. Suplir ese vacío es el principal objetivo de este estudio.

La economía se ocupa de los recursos escasos y la propiedad inmobiliaria es uno de los principales, por lo que el sistema de derechos reales no puede serle indiferente. Es de su incumbencia determinar la forma más eficiente de asignar los recursos, y no es un dato menor que una proliferación excesiva de derechos reales genere —como luego demostraremos— una subexplotación de de los activos, una baja en los precios y por ende en los excedentes. RUDDEN[31] y MERRILL & SMITH[32] se muestran sorprendidos porque la literatura económica no se haya ocupado del tema, aunque después de sus trabajos la cuestión ha comenzado a cambiar en la órbita del *common law,* sistema que nos ha brindado una valiosa fuente de información, inexistente en el ámbito del *civil law*.

La ciencia económica se orienta al estudio de los comportamientos que buscan los mejores resultados posibles con la menor inversión en recursos escasos; su norte son las elecciones racionales. Tiene un perfil transversal donde, además de su tema de estudio, importa su enfoque, aplicable a todas las ciencias sociales, a las que brinda información sobre la eficiencia de las distintas decisiones alternativas que pueden ser tomadas en su ámbito.

Dedicamos este apartado a hacer un análisis económico de los sistemas de derechos reales en la búsqueda de nuevos datos útiles, adelantando que la conclusión será que los criterios de eficiencia económica desaconsejan sistemas de *numerus apertus* como el vigente en España, siendo preferible el régimen de *numerus clausus*.

Este estudio no busca sustituir los efectuados desde la óptica tradicional, pues los criterios económicos no ponderan gran cantidad de variables que es necesario tener en cuenta a la hora de analizar cualquier institución jurídica. Empero, entendemos al análisis económico del derecho como una importante herramienta de observación de las instituciones jurídicas, apta para revelar nuevos datos dignos de ser tenidos en cuenta a la hora de tomar decisiones tales como optar por alguno de los sistemas de derechos reales: *numerus apertus* o *numerus clausus*. Y si la conclusión ratifica, como ocurre en este caso, las inferencias efectuadas a través de los análisis ortodoxos, estos quedan fuertemente robustecidos.

El análisis económico nos proporciona técnicas analíticas para inferir recomendaciones sobre qué normas deberían regir en diversas áreas, entre las que cuenta la política en materia de derechos reales y sus específicos alcances o modalidades. Sobre todo, es útil para nuestro estudio la teoría institucionalista, que incorpora al examen los conceptos de «institución» y «derechos de propiedad». Como puntualiza ROEMER, «La nueva perspectiva institucional trata, como mínimo, de demostrar que las instituciones importan. Cada estructura organizacional distinta afecta los incentivos y el comportamiento, no obstante, las propias instituciones se consideran como objetos legítimos de análisis económico. Como ha expuesto COASE, es posible utilizar la teoría para analizar las instituciones de tal manera que su funcionamiento se explique y forme parte integral del modelo económico»[33].

El sistema de derechos reales reviste gran importancia, pues influye en la asignación y utilización de los recursos económicos; «… la estructura particular de los derechos de propiedad en una economía, influye sobre la asignación y utilización de los bienes económicos (recursos) en formas específicas y predecibles. Efectivamente, las asignaciones de los derechos de propiedad especifican las normas de comportamiento respecto a objetos que cada persona debe observar en su interacción con otras personas, o en su defecto, cargar con los costes del incumplimiento. De ello se desprende que los derechos de propiedad poseen un valor económico y deben ser respetados en forma socialmente reconocida. La situación general puede considerarse de esta manera: el sistema de derechos de propiedad adoptados dentro

de una sociedad, ofrece un mecanismo para asignar a individuos específicos la autoridad para decidir cómo pueden ser usados los recursos en cuestión»[34].

Dos premisas que deben considerarse axiomáticas:

a) Que los derechos de propiedad estén correctamente definidos ofrece incentivos para la producción, puesto que cuanta más indeterminación padezcan, menos aliciente habrá para emplear recursos en ellos dado que el resultado de la inversión se tornará más riesgoso.
b) El marco institucional de los derechos reales tiene directa incidencia en los costes sociales de comercialización; ergo, el gobierno debería adoptar como política legislativa un sistema de derechos de propiedad que reduzca al mínimo posible los costes de transacción[35].

2. Distintos tipos de concurrencia que pueden presentarse respecto de la propiedad de una cosa. Especial análisis de la propiedad anticomún (o propiedad dividida)

A) Propiedad común, propiedad anticomún y propiedad privada

Se pueden dar tres situaciones teóricas de concurrencia de derechos sobre una cosa: a) propiedad común, b) propiedad anticomún y c) propiedad privada.

a) Una situación de propiedad «común» se presenta cuando, respecto de un recurso, todos tienen derecho a utilizarlo y ninguno a excluir su uso por parte de los demás, como puede ocurrir con una laguna pública;
b) Una situación de propiedad «anticomún» se manifiesta cuando todos tienen derecho a excluir a los demás y nadie puede utilizar el recurso, como ocurre en ciertas zonas naturales especialmente preservadas;
c) Una situación de propiedad privada aflora cuando, respecto de un recurso, una persona tiene derecho a utilizarlo y a excluir a los demás de su utilización, como ocurre en el dominio pleno y perfecto.

A pesar de su estructura formal, un condominio de unas pocas personas o una propiedad desmembrada con algún derecho real, como usufructo o servidumbre, no constituyen respectivamente ni una situación de bienes «comunes» ni «anticomunes», puesto que estas se dan en casos extremos, donde la «comunidad» y «anticomunidad» incluye tal número de personas que se elevan enormemente los costes de transacción y se hace difícil lograr acuerdos eficientes. Por lo tanto, a los efectos económicos, un pequeño condominio o una propiedad con alguna desmembración deben considerarse situaciones de propiedad privada.

B) La propiedad anticomún «pura» suele presentarse casi con exclusividad en el plano teórico, por lo que cabe utilizar un enfoque atenuado de relevancia práctica

Una situación de concurrencia «anticomún» tal como ha sido precedentemente definida, en una versión que podríamos llamar «pura», es difícil que pueda presentarse en la práctica, lo que ha llevado a que en la teoría económica tenga mucho más desarrollo la problemática de los bienes comunes (que dio lugar a la denominada «tragedia de los comunes») que la atinente a los bienes anticomunes (que generó la designada por oposición como «tragedia de los anticomunes», que es un problema que puede producir el régimen del *numerus apertus* en materia de derechos reales y que por ello estimamos apropiado analizar aquí)[36].

La situación de propiedad común se presenta con los bienes pertenecientes al dominio público y librados al uso general, donde todos tienen derecho a su utilización y nadie a excluir el uso de los demás, como acontece con el aire o una laguna pública. La situación de propiedad anticomún se da cuando, respecto de un recurso escaso, todos tienen derecho de excluir a los demás y nadie el de permitir su uso, como podría ocurrir en una zona natural reservada a la que nadie puede acceder y todos tienen el derecho de evitar que los demás accedan. Si bien esta situación de no explotación puede ser económicamente deseable en algún caso en particular, en la enorme mayoría de los supuestos lo apetecible es su explotación óptima, como sucede con la totalidad de los bienes que se encuentran en el mercado. Así esquematizada, la propiedad anticomún solo excepcionalmente se presenta en el plano de los hechos.

Como los denominados «bienes anticomunes» se reducen poco menos que a un experimento intelectual, HELLER propone una versión atenuada[37] que resulta mucho más útil, puesto que responde a una categoría de circunstancias que es harto más probable que se presente en la realidad; de hecho, el sistema de *numerus apertus* en materia de derechos reales es un caldo de cultivo para que se generen este tipo de situaciones. Estos supuestos más «realistas» se dan cuando muchas personas tienen derecho a excluir respecto de una cosa el uso de las demás y, a su vez, su derecho de explotación se encuentra acotado, no pudiendo usarla libremente, por lo menos en plenitud. Esto ocurre cuando hay gran cantidad de derechos cualitativamente distintos y cuantitativamente limitados sobre una cosa.

Si observamos un inmueble afectado por muchos derechos reales limitados, evidentemente la situación de propiedad anticomún «pura» no puede darse desde que cada uno de los titulares tiene un haz de facultades que puede ejercer en forma inconsulta, aunque su derecho sea cualitativamente muy pequeño; solo mirando el conjunto de facultades posibles se advierte que no pertenece a nadie

en particular, justamente porque está dividido en porciones cualitativamente definidas. En estas situaciones puede complicarse la explotación y llegarse a la subexplotación, sobre todo cuando no existen reglas claras para la resolución de los conflictos que pueden presentarse entre los titulares de los derechos parciales. Esto es lo que se pretende demostrar a través de la denominada «tragedia de los anticomunes», que en su versión pura llevaría a la inexistencia de explotación (zona natural reservada a la que nadie puede entrar, salvo con el consentimiento de todos los demás) y en su adaptación menos drástica —aunque más realista—, si bien no desembocaría en la inexistencia de explotación, muy probablemente acarrearía una subexplotación como consecuencia de los problemas de interrelación entre los distintos titulares de derechos, es decir como derivación de la existencia de costes de transacción. La subdivisión de los derechos sobre una cosa trae aparejados los denominados «problemas de fragmentación»: un derecho real, vitalicio o no vitalicio, trae mayores ventajas a su titular que un derecho personal de contenido análogo, pues es oponible *erga omnes*, de lo que se sigue que la desmembración de la propiedad es en principio útil; no obstante, si sobrepasa cierto límite, la existencia de los consecuentes derechos reales fragmentados disminuye la productividad de la cosa, aun cuando cada uno pueda mantener un valor económico[38].

C) Características que se vinculan con la propiedad anticomún

La propiedad «no privada» se clasifica en común y anticomún. Es común cuando los derechos de uso predominan respecto de los de exclusión y es anticomún cuando los derechos de exclusión prevalecen sobre los de utilización.

La propiedad anticomún presenta las siguientes características:

a) Múltiples propietarios con facultades cualitativamente acotadas sobre la cosa tienen el derecho de impedir que los otros propietarios y terceras personas se inmiscuyan en la esfera de su propio derecho (hay múltiples y bien definidos derechos de exclusión).
b) Los copropietarios cualitativamente limitados tienen derecho a impedir que cualquiera de los demás concentre el núcleo de las facultades sobre la cosa o, por lo menos, ninguno centraliza de hecho un haz importante de prerrogativas. En la propiedad anticomún no hay un derecho principal o dominante.
c) Los distintos derechos de propiedad no son fácilmente enajenables, sus titulares no pueden utilizarlos óptimamente y no hay una forma clara de tomar decisiones para resolver los problemas comunes.

D) La existencia de costes de transacción es lo que torna inconvenientes las situaciones de propiedad anticomún

A priori, los bienes anticomunes no constituyen un problema para el uso eficiente de los recursos. En un mundo sin costes de transacción, los propietarios podrían reordenar sus derechos en cualquier momento a través de una negociación colectiva de manera de llegar a su más eficiente asignación, quizá convirtiendo la propiedad «anticomún» en «privada» mediante las respectivas compensaciones a quienes pierden sus derechos. Pero *a posteriori* el panorama es distinto: los costes de transacción no solo existen sino que tienden a ser cuantiosos, tal como lo explica COASE: «Hemos seguido hasta aquí el argumento bajo el supuesto (…) de que no existían costos para llevar a cabo las transacciones de mercado. Este es, obviamente, un supuesto muy irreal. Para llevar a cabo las transacciones de mercado es necesario, entre otras cosas, descubrir con quién deseamos transar, informar a la gente qué deseamos intercambiar y en qué términos, conducir negociaciones que lleven a un convenio, redactar el contrato, llevar a cabo la inspección necesaria para asegurarnos de que los términos del contrato se observan. Estas operaciones son, a menudo, muy costosas; suficientemente costosas para evitar muchas transacciones que se llevarían a cabo en un mundo en el que el sistema de precios funcionase sin costos»[39].

Si diversas personas tienen distintos derechos reales sobre la misma cosa, a la hora de negociar entre ellas necesitan incurrir en costes de transacción que pueden llevar a que no se llegue a un acuerdo aceptable, incluso si los propietarios no son muchos. Es cierto que en cuantiosos casos de propiedad anticomún, contratos informales entre los copropietarios pueden permitir una explotación eficiente de la propiedad; pero esto no se da necesariamente y depende en gran medida de la buena voluntad de todos, con la que no necesariamente se puede contar. El régimen de propiedad anticomún puede funcionar correctamente en un inmueble familiar donde cada miembro tiene derechos definidos que no se sobreponen con los de los demás, pero esta situación parte de las premisas de que existe un número no demasiado amplio de copropietarios anticomunes y de que hay nexos familiares entre ellos que *a priori* coadyuvan con el buen rumbo de la situación.

Así como la propiedad común tiende casi inevitablemente a la sobreexplotación («tragedia de los bienes comunes», que seguidamente desarrollaremos), la propiedad anticomún conduce a la subexplotación («tragedia de los bienes anticomunes», que explicaremos detenidamente). Puede haber algunos ejemplos teóricos que lleven en condiciones muy específicas a la consecuencia inversa, como lo demuestra HELLER[40], pero se trata de situaciones raras que solo pueden darse en circunstancias excepcionales, que no son las que de ordinario se presentarían por la multiplicación de derechos reales en un sistema de *numerus*

apertus. Las condiciones de bienes «comunes» y «anticomunes» generalmente desembocan en las respectivas «tragedias»[41].

Sentado que vivimos en un mundo en que los costes de transacción existen, el denominado Teorema de Coase nos ayuda en nuestra tarea: hay que buscar que los derechos de propiedad estén bien definidos y que los costes de transacción sean bajos. La sintética y acertada formulación que de él hacen COOTER y ULEN nos lleva a la conclusión de que es muy importante la elección de un adecuado sistema de derechos reales: «Cuando los costos de transacción son lo suficientemente elevados para impedir la negociación, el uso eficiente de los recursos dependerá de la manera en que se asignen los derechos de propiedad»[42]. Si bien es cierto que los costes en la sociedad actual no son siempre tan elevados como para impedir una negociación, en muchas ocasiones son bastante altos como para dificultar seriamente la transacción, razón por la cual es importante un sistema de derechos reales que permita una asignación eficiente de los recursos.

Los costes de transacción, o de intercambio, aparecen en tres niveles diferentes: en la elección del cocontratante, en la negociación para llegar al arreglo, y en su ejecución, lo que incluye el monitoreo de cumplimiento del acuerdo.

Los costes en la elección del cocontratante son por regla general mayores cuanto menos estandarizado sea el producto que se quiere comerciar, y viceversa. En la compra-venta de una lata de guisantes son insignificantes, puesto que quienes quieren comprar saben dónde están los que quieren vender y los que quieren vender tienen buenas formas de atraer a los que quieren comprar, a través de la publicidad. En la compraventa de una edición limitada de un automóvil fabricado en 1967 estos costes aumentan, pues pocas personas quieren comprar la cosa y a las que quieren comprarlo no les resulta fácil encontrar vendedor.

La segunda etapa involucra los costes de negociación. Son mayores cuanto menos conocida por ambas partes es la información relevante para llegar a un acuerdo y son menores cuanto más comprendida es. Parte de la información, que llamamos pública, es dominada por todos los contratantes; pero otros datos, que denominamos privados, son conocidos únicamente por algunas de las partes involucradas. Esto explica por qué los costes de negociación son menores en la compra de un automóvil cero kilómetro que en la de uno usado: en el primer caso, ambas partes conocen con cierta exactitud el estado del vehículo; en el segundo, el vendedor sabe algo menos de esa condición que quien enajena un automóvil nuevo y el comprador sabe muchísimo menos al respecto. El conocimiento de esta vital información ayuda a las partes a lograr un acuerdo razonable mientras que el desconocimiento las aleja de tal posibilidad. En materia inmobiliaria, las negociaciones sobre un campo incluyen información privada sobre el estado de la tierra que solo conoce el vendedor, pues él sabe qué sembró en los últimos años; el comprador, por su parte, está al tanto de sus posibilidades de financiación, mas no así el vendedor. La participación

equitativa en el excedente cooperativo (es decir la suma del mayor valor que cada una de las partes asigna a la cosa de la otra —inmueble, precio— por sobre la propia) depende del conocimiento de mucha información que en varias ocasiones es privada y las partes son reacias a divulgar. Cada una trata de imaginar el excedente de la otra en la transacción para así negociar desde una postura más ventajosa; pero si el cálculo no es preciso, los contratantes se sorprenderán al encontrar a su contrario en una postura aparentemente intransigente, pero que en realidad no lo es teniendo en cuenta la verdadera magnitud de su ganancia en la operación.

En general, las partes tienden a colaborar más, brindando información a la otra, cuando sus derechos son claros que cuando son ambiguos. En este sentido, los Registros de la Propiedad Inmueble hacen pública mucha información que antes era privada, reduciendo los costes de transacción en las operaciones inmobiliarias. Estos costes se multiplican cuando hay más partes involucradas, lo que es un elemento a ponderar a la hora de juzgar con disfavor el sistema de *numerus apertus*, que permite la potencial existencia de un número ilimitado de partes en un trato para transmitir el dominio pleno y perfecto de un inmueble. Como dicen COOTER y ULEN, cuando hay varias partes en la negociación, esta se vuelve más costosa y difícil, sobre todo si los contratantes están dispersos entre sí[43], como ocurre con los copropietarios *pro diviso*. Asimismo aparecen nuevos costes a la hora de redactar el acuerdo, pues suelen surgir contingencias que afectan el valor de la negociación. Y todo ello hablando de costes «normales», es decir sin contar los que provocan las partes «hostiles» (o las que sin serlo se comportan de forma poco razonable —por ejemplo tratando de maximizar desmesuradamente su excedente—), de las que hay a raudales: «Siempre habrá uno dispuesto a «perjudicarse» para perjudicar a todos», afirma GARCÍA AMIGO[44].

Los costes de tercer rango, es decir de ejecución, no existen en los negocios de cumplimiento instantáneo (compra-venta manual), pero pueden ser muy elevados en ciertas operaciones a plazo. Casi siempre se presentan en las transacciones inmobiliarias, puesto que entre el arreglo *inter* partes y su concreción a través del título suficiente, la tradición y la inscripción registral, suele transcurrir un periodo considerable de tiempo.

Los costes de transacción pueden ir desde cero a infinito. Hasta un determinado punto, no es necesaria la injerencia estatal para asignar la propiedad de los recursos, porque el mercado lo hará eficientemente; a partir de determinado nivel es oportuna, puesto que el mercado no puede actuar eficazmente. Justamente esto ocurre con la determinación de la clase de derechos posibles sobre las cosas. La existencia de muchas partes en una eventual negociación y la presencia de derechos inciertos y complejos, para cuya aparición resulta un auténtico caldo de cultivo el sistema de *numerus apertus*, constituyen factores que elevan los costes de transacción[45].

3. Dos desgracias simétricas: la «tragedia de los bienes comunes» y la «tragedia de los bienes anticomunes»

A) Introducción. Consecuencias de la disconformidad entre los derechos de uso y exclusión: sobreexplotación y subexplotación de los recursos

Los problemas de los bienes comunes y anticomunes son la consecuencia de la falta de conformidad entre los derechos de uso y de exclusión. En las hipótesis de propiedad común, todos tienen amplias potestades de uso sobre las cosas y nadie tiene facultades para excluir el uso de los otros. En muchos supuestos de propiedad dividida de la tierra (anticomún), las potestades de los distintos titulares son mínimas, pero los derechos de exclusión que a ellos pertenecen son más claros y fácilmente ejercibles.

La propiedad privada (ni común, ni anticomún) es la única forma de cortar de raíz estos inconvenientes, aunque su existencia en exclusividad y en términos categóricos es un supuesto teórico extremo que también se torna ineficiente, y de hecho no existe en ninguna legislación conocida, pues siempre se admiten aunque sea unos pocos derechos reales parciales sobre las cosas.

Si hay múltiples derechos de exclusión entre diversos propietarios de una misma cosa, existirá una tendencia a que cada uno intente de alguna manera «retener» parte del recurso de los demás impidiendo su utilización, lo que lleva a la ineficiencia en la explotación[46]. Este ejercicio irracional de los derechos de exclusión, que lleva a la subexplotación, se da porque los individuos no internalizan la totalidad de los costes de subexplotación (paralelamente, cuando se trata de bienes comunes, la sobreexplotación se presenta porque cada propietario común no internaliza la totalidad de los costes de sobreexplotación). Un claro ejemplo se presenta cuando alguien quiere comprar la totalidad de los derechos sobre un inmueble y un propietario fragmentario se opone, aun cuando la cosa en una sola mano valga mucho más que si las facultades están divididas; su resistencia basta para que no se pueda unificar la propiedad, y si bien perjudica su propio derecho, no internaliza todo el coste de su desacuerdo, sino una mínima parte que coincide con la magnitud de su derecho parcial. Este inconveniente se presenta tanto en los supuestos de propiedad común (condominio) como anticomún (propiedad dividida). Según Parisi, Depoorter y Schulz, la dificultad de los bienes anticomunes puede ser entendida como el problema generado por la posibilidad de que distintos dueños de una propiedad dividida decidan independientemente sobre un mismo proyecto[47].

Las propiedades común y anticomún constituyen desviaciones respecto de la privada que se proyectan en direcciones simétricas. En los dos supuestos hay una discordancia entre los derechos de uso y exclusión que no se presenta en la propiedad ordinaria, donde el titular tiene ambas potestades en plenitud. En la propiedad común, los derechos de uso son mayores que los de exclusión;

en la propiedad anticomún, los derechos de uso son reducidos en comparación con los de exclusión. En las dos hipótesis se genera una ineficiencia que desemboca en que la explotación no sea óptima: hay sobreexplotación de los bienes en propiedad común y subexplotación de los bienes en propiedad anticomún[48].

El artículo 98 de la Ley Hipotecaria, en cuanto busca excluir del Registro de la Propiedad asientos que solo reflejan derechos personales, tiende a evitar la situación anticomún que se presenta porque muchas personas (por hipótesis titulares de derechos personales registrados) pretenden tener situaciones oponibles a todos respecto de las cosas, es decir procuran poseer derechos de exclusión sobre ellas.

Aun cuando cabe presumir que los dueños no han de estar dispuestos a subdividir ineficientemente su propiedad de manera deliberada, igualmente puede caerse en situaciones de propiedad anticomún, porque nadie es infalible a la hora de predecir la utilización futura de un inmueble; ergo, circunstancias posteriores a la subdivisión inicial pueden llevar a una nueva fragmentación, y así sucesivamente, sin contar que la originaria puede tornarse ineficiente con el transcurso del tiempo por causas fortuitas[49]. Una propiedad menos dividida que lo óptimo es fácil de subdividir; en cambio, una propiedad más fragmentada que lo deseable es muy difícil de revertir.

B) La tragedia de los bienes comunes

No hay mejor manera de conceptualizar la «tragedia de los comunes» que transcribiendo algunos párrafos de su mentor, GARRET HARDIN: «Imagine un pastizal abierto para todos. Es de esperarse que cada pastor intentará mantener en los recursos comunes tantas cabezas de ganado como le sea posible. Este arreglo puede funcionar razonablemente bien por siglos gracias a que las guerras tribales, la caza furtiva y las enfermedades mantendrán los números tanto de hombres como de animales por debajo de la capacidad de carga de las tierras. Finalmente, sin embargo, llega el día de ajustar cuentas, es decir, el día en que se vuelve realidad la largamente soñada meta de estabilidad social. En este punto, la lógica inherente a los recursos comunes inmisericordemente genera una tragedia.— Como un ser racional, cada pastor busca maximizar su ganancia. Explícita o implícitamente, consciente o inconscientemente, se pregunta, ¿cuál es el beneficio para mí de aumentar un animal más a mi rebaño? Esta utilidad tiene un componente negativo y otro positivo.— 1. El componente positivo es una función del incremento de un animal. Como el pastor recibe todos los beneficios de la venta, la utilidad positiva es cercana a + 1.— 2. El componente negativo es una función del sobrepastoreo adicional generado por un animal más. Sin embargo, puesto que los efectos del sobrepastoreo son compartidos por todos los pastores, la utilidad negativa de cualquier decisión

particular tomada por un pastor es solamente una fracción de (1.). Al sumar todas las utilidades parciales, el pastor racional concluye que la única decisión sensata para él es añadir otro animal a su rebaño, y otro más… Pero esta es la conclusión a la que llegan cada uno y todos los pastores sensatos que comparten recursos comunes. Y ahí está la tragedia. Cada hombre está encerrado en un sistema que lo impulsa a incrementar su ganado ilimitadamente, en un mundo limitado. La ruina es el destino hacia el cual corren todos los hombres, cada uno buscando su mejor provecho en un mundo que cree en la libertad de los recursos comunes. La libertad de los recursos comunes resulta la ruina para todos»[50].

POSNER indica que «…los derechos comunales difieren solo en grado de la ausencia de derechos, de modo que son ineficientes a menos que los costes de ejecución de derechos individuales sean desproporcionados en relación con los beneficios. Por extraño que parezca, a menudo los derechos comunales son creados por los individuos, aunque en circunstancias en que se minimiza el problema de la ineficiencia…»[51]. Tal es el caso de un padre que deja un campo en condominio a sus dos hijos, con los inconvenientes de que la inversión que uno haga beneficiará gratuitamente al otro, etc., fomentando el comportamiento oportunista. No obstante, en esta hipótesis el problema podría verse mitigado por los lazos afectivos que existen entre los hermanos copropietarios.

C) La tragedia de los bienes anticomunes

La «tragedia de los anticomunes» es el opuesto no solo nominal sino también en los hechos a la «tragedia de los comunes» y consiste en la subexplotación a la que se exponen los bienes cuando nadie tiene derechos óptimos de explotación y todos tienen derechos de exclusión[52]. La calamidad es que los individuos racionales, actuando separadamente, llevan en conjunto a desperdiciar el recurso por subexplotación, en comparación con el aprovechamiento que se obtendría de darse una situación de propiedad privada[53]. Así como en la tragedia de los comunes los costes de la sobreexplotación del recurso se distribuyen entre todos los que tienen el derecho al uso y por lo tanto solo en mínima medida los afectan individualmente, mientras que los beneficios de la sobreexplotación son individuales, en la tragedia de los anticomunes los costes de subexplotación son mínimos para cada uno debido a su muy parcializado (tanto cualitativa como cuantitativamente) derecho de explotación, aunque si se mira la producción de la cosa en su conjunto, se generan pérdidas importantes para la comunidad. En los bienes anticomunes, los costes individuales de transacción para lograr una explotación óptima son mayores que los que genera la subexplotación del bien, es decir que los beneficios que produce una explotación óptima son menores

que los costes necesarios para lograrla. Esto es así porque los costes de transacción los soporta cada propietario *pro diviso* en particular, mientras que los de subexplotación se dividen entre todos. Por lo tanto, cuando la fragmentación llega a un punto en que el coste de reunificación del dominio es mayor que el beneficio, el recurso se subexplota. Para que un sistema de derechos reales sea eficiente, por un lado no deben concederse demasiados derechos de uso sin el correlativo poder de exclusión, y viceversa; por otro, no deberían existir muchas personas con potestad para impedir la reunificación del dominio.

BUCHANAN y YOON no solo sostienen que los bienes anticomunes llevan a una subutilización de los recursos, sino que afirman que esa infraexplotación es similar a la sobreexplotación que se da en el supuesto de los bienes comunes. Dicen que los «anticomunes» son una metáfora utilizada para comprender por qué potenciales valores económicos pueden desaparecer en un «agujero negro» de desaprovechamiento de recursos, cuantitativamente comparable a la sobreutilización a la que se encuentran propensos los bienes comunes. El nivel de infrautilización está en relación con la cantidad de personas que tienen derechos simultáneos, y en el caso límite en que muchas personas tengan derechos de exclusión y quienes quieren utilizar el bien necesitan el permiso de todos para poder hacerlo, el recurso podría ser completamente desaprovechado a pesar de su valor potencial[54].

Pongamos un ejemplo. Imaginemos cuán importantes serían las trabas al óptimo aprovechamiento de un inmueble que da a la Plaza Mayor de Madrid si el vendedor lo enajenara con la reserva, transmisible a título hereditario, de que podría utilizarlo con exclusividad determinados días festivos del año. Y que además, siendo un ateo fundamentalista, prohibiera con efectos reales la realización de toda actividad religiosa en el inmueble. Conjeturemos también que se pacta que los días en que tiene derecho a utilizarlo debe conservarse con determinado mobiliario, no pudiendo alterarse el color de las paredes por él asignado. Esta propiedad, aunque medianamente aprovechable por el adquirente, sería prácticamente invendible, o su precio sería irrisorio. Estaríamos ante una drástica disminución del valor del recurso que solo podría solucionarse mediante un acuerdo con el vendedor originario o sus sucesores, para cuyo logro podrían presentarse importantes costes de transacción y comportamientos oportunistas. Supongamos también que escenarios análogos puedan presentarse con los distintos inmuebles de una ciudad. La situación, de por sí caótica, se agravaría con cada enajenación «personalizada» del inmueble que se hiciera posteriormente, pues el pacto debería respetar las cargas anteriores y añadiría otras nuevas. La disminución de la riqueza global sería enorme. Por supuesto que el sistema de *numerus apertus* español es lo suficientemente restrictivo como para que situaciones de esa laya no puedan darse; no obstante, el ejemplo sirve como razonamiento por el absurdo, para demostrar la peligrosidad del sistema de *numerus apertus:* al permitir la personalización de los derechos

reales, genera una merma en el valor de la propiedad. Se trata de una cuestión de grados: a partir de determinado punto, que podríamos considerar óptimo para evitar la frustración de expectativas (unos pocos derechos reales sobre cosa propia, como el dominio, la propiedad horizontal, la multipropiedad, los conjuntos inmobiliarios, etc., más otros pocos derechos reales de disfrute sobre cosa ajena que sean a lo sumo vitalicios, agregando las servidumbres reales necesarias para el adecuado aprovechamiento de la cosa y algunos derechos reales de garantía), toda proliferación de derechos reales sobre cosa ajena ha de generar obstáculos al aprovechamiento y pérdida de valor, sobremanera si ni siquiera están lo suficientemente estandarizados como para minimizar los costes de información. Los datos que averigüemos respecto de un inmueble serían inútiles con relación a los demás, y resultaría muy difícil establecer el valor de una finca en comparación con otra.

Analicemos otro ejemplo, más realista. Supongamos que en Extremadura, donde un campo tiene muy diversos titulares de distintos tipos de aprovechamiento (árboles de distintas especies, sus desechos, pastos de invierno, pastos de verano, etc.), se descubren nuevas técnicas que permiten hacer rendir a esas tierras ciertos cultivos de muy elevado precio, pero que desde la siembra hasta la cosecha abarcan parte del invierno y parte del verano y, además, para que crezcan adecuadamente es necesario talar todos los árboles de distintas especies con la consecuente pérdida de sus desechos; y conjeturemos también que el rendimiento de esos nuevos cultivos justifica con creces la tala de todos los árboles, la pérdida de sus desechos y la de los pastos. En un sistema de propiedad privada inmediatamente se cambiaría la explotación; en un sistema de propiedad dividida (condominio *pro diviso)*, o anticomún, ello probablemente no se logre como consecuencia de los costes de transacción necesarios para conseguir el consentimiento de todos para efectuar la plantación, con lo que el campo quedaría subexplotado y, en definitiva, todos perderían. Como explica GARCÍA AMIGO, además del perjuicio que estas comunidades *pro diviso* representan en primer lugar para los copropietarios involucrados y en segundo lugar para la economía general, se presentan las situaciones de «capricho personal» de algunos de los condóminos que buscan impedir, aún con perjuicio para sí, que los demás se beneficien, «moral imperante en muchas, por no decir todas, de estas situaciones […]. Todo lo demás son perjuicios: no se produce, no se explotan los suelos, no se invierte, no se crean —se amortizan— puestos de trabajo»[55]. Páginas después el mismo autor se refiere a las distintas posibilidades para «dividir» la comunidad: «La primera que cabe pensar es la de aplicar el principio básico de la *autonomía de la voluntad:* todos los partícipes en el «con-dominio», puestos de acuerdo, deciden buscar una solución racional al problema. Esta posibilidad está prácticamente descartada por la exigencia de sus propios requisitos: se requiere la *unanimidad,* con lo que basta que uno no esté de acuerdo para hacer inviable este procedimiento —y siempre habrá uno dispuesto a «perjudicarse» para perjudicar a todos—»[56].

La sub-explotación también puede estar dada por la imposibilidad de capitalizar el recurso por parte de los distintos propietarios anticomunes, ya que un derecho tan fraccionado difícilmente pueda ser utilizado como garantía de préstamos o para invertir en un negocio que involucre a otras personas, pues estas probablemente no tendrán la suficiente confianza respecto del futuro aprovechamiento de la cosa. Los posibles socios del propietario anticomún, o quienes podrían prestarle dinero, factiblemente solo se asociarán con quien tenga un derecho de propiedad pleno o le facilitarán efectivo a quien ostente un derecho de dominio perfecto, en desmedro del propietario anticomún[57].

Finalmente, la propiedad dividida dificulta la circulación de los bienes. Cuando varias personas tienen derechos reales sobre un objeto y quieren transferir el dominio, necesitan el consentimiento de todos; si alguno se opone, ocurre la tragedia de los bienes anticomunes[58]. Como dice POSNER, «… si 50 personas son usufructuarios conjuntos de un pedazo de tierra, la venta de la propiedad requerirá que todos convengan en el precio y en su división entre ellos; habrá problemas de comportamiento socarrón. Las complicadas redes de parentesco de las sociedades primitivas obstruyen el surgimiento de derechos de propiedad en tales sociedades. La eficiencia requiere que los derechos de propiedad sean transferibles, y si muchas personas tienen un derecho sobre cada pedazo de tierra, las transferencias serán difíciles de arreglar»[59].

4. El *numerus clausus* es el sistema de derechos reales más eficiente

A) La imposición de un régimen de numerus clausus *como forma de evitar las tragedias de los bienes comunes y anticomunes*

La forma de superar ambas tragedias consiste en tender hacia la propiedad privada, ni común ni anticomún[60], y eso es lo que ofrece el sistema de *numerus clausus:* ve con disfavor el condominio (supuesto teórico de los bienes comunes), permitiendo y facilitando su división en cualquier momento; e impide la proliferación de derechos reales parciales (situación propicia para la aparición de la propiedad anticomún).

Debe ponderarse que a los problemas de funcionamiento de la propiedad anticomún se agrega su dificultad de reversión, dada la necesidad de consentimiento de todos los involucrados y las disputas que se generan a la hora de intentarlo. Estos conflictos producen competencia, la que debe tenderse a minimizar en cuanto sea posible. Para evitar las situaciones anticomunes es necesario, por aplicación del teorema de Coase, definir claramente los derechos de propiedad[61], tornándolos identificables y verificables[62]; la experiencia demuestra que el contenido de la propiedad es extremadamente importante, y no

solo la claridad de los derechos acordados. Cuando inadvertidamente se crean propiedades anticomunes se pagan precios muy elevados[63].

La propiedad común es en este sentido menos problemática, porque siempre se prevén formas expeditas de división.

B) La factibilidad de redención de los derechos reales parciales como forma de evitar los efectos de la tragedia de los bienes anticomunes

La posibilidad de crear muchas desmembraciones en la propiedad es inconveniente debido a los efectos de la «tragedia de los anticomunes», que infecta potencialmente a todas las especies de derechos de propiedad fraccionados y reduce su valor. Pero eso no obsta a que pueda haber formas de aprovechamiento dividido ventajosas, que es conveniente admitir en la medida en que sean fácilmente redimibles, por lo que el meollo de la cuestión no está en impedir la subdivisión de la propiedad, sino en facilitar su manumisión[64]. Esa es la intención de la ley al establecer el carácter a lo sumo vitalicio de los derechos reales de disfrute sobre cosa ajena, salvo las servidumbres prediales.

Si damos por sentada la posibilidad de existencia de propiedad anticomún, la ley debería prever mecanismos para deshacerla eficientemente. Su necesaria temporalidad podría ser una salida; la posibilidad de redención por procedimientos seguros y ágiles podría ser otra, etc. Esto es particularmente necesario en caso de permitirse el florecimiento de derechos reales atípicos, puesto que cuando son típicos normalmente tienen previstos mecanismos eficientes para evitar las situaciones indeseables, como ocurre con la temporalidad del condominio, la intransmisibilidad hereditaria del usufructo, etc.

El devenir histórico revela sustanciales grados de dificultad para lograr mecanismos que permitan reunificar eficientemente la propiedad fragmentada, de lo que el legislador debe tomar nota previendo sistemas que minimicen las probabilidades de subexplotación de los bienes, sin que ello implique eliminar totalmente la autonomía privada[65].

Aun siendo indisimulables los inconvenientes de la propiedad anticomún, en ciertos casos constituye una ventaja que existan distintos derechos parciales sobre una misma cosa, de lo que se induce que la ley debe buscar un equilibrio en el que no se coarten la autonomía privada y las posibilidades de explotación fragmentada de los bienes, a la vez que se impida caer en las disfuncionalidades de la propiedad anticomún. La forma más adecuada es implantar un *numerus clausus* con suficiente flexibilidad de los tipos legales y, además, permitir que por la vía contractual se regulen las restantes formas de aprovechamiento de la tierra con alcance obligacional. No es que la coexistencia de derechos reales sea *a priori* inconveniente; lo indeseable es que no se pueda revertir, por lo que lo ideal es aprovechar los beneficios que pueden emerger de las situaciones

de explotación parcializada por la vía contractual, que «nace para extinguirse», más que por la vía del derecho real, que «nace para perdurar».

C) La creación de derechos reales no estandarizados genera costes sociales que el régimen de numerus clausus *tiende a evitar*

La conformación de derechos reales atípicos genera costes a toda la sociedad. Es cierto que si alguien acepta recibir un derecho real no estandarizado y los terceros (como futuros adquirentes, por ejemplo) lo rechazan, bajará el valor de la propiedad, perjudicando a quien lo adquirió; pero el daño se expande y genera costes sociales, pues reduce la riqueza global y obstaculiza el crecimiento económico, que requiere orientar las actividades económicas de manera que la ganancia personal por emprenderlas coincida con el beneficio social[66]. Cuando se crean derechos reales, se genera una red intercontractual que afectará en el futuro a todos los que pretendan adquirir derechos de igual clase sobre el mismo objeto, perjudicando la alienabilidad del recurso[67]. El *numerus clausus* orienta la voluntad del propietario hacia la disposición de activos, desincentivando la creación de complejas y novedosas formas de propiedad; uno de los principales fines que lo inspiran es la limitación de la fragmentación intertemporal del dominio, reduciendo los derechos parciales a figuras que permiten una descomposición, a lo sumo, vitalicia. Si de un lado está la libertad del dueño de ejercer el derecho de disposición de las cosas que constituyen su patrimonio, del otro está el interés de la sociedad en preservar la alienabilidad de los recursos inmobiliarios Si bien la autonomía privada es un concepto general aceptado por el Derecho, también lo es la alienabilidad de los recursos inmobiliarios, siendo pertinentes los límites donde el desenvolvimiento de uno dificulta gravemente el ejercicio del otro. Se trata de dos instituciones fundamentales cuyo desarrollo debe ser optimizado por el orden jurídico, impidiendo que uno ponga cotos inaceptables al otro. La solución óptima consiste en la maximización del desenvolvimiento de cada uno, minimizando las interferencias negativas en el otro. Cuando se crean derechos reales parciales, se generan cargas reales que limitan el poder del propietario y, consiguientemente, su autonomía privada respecto del recurso. El ejercicio indiscriminado de esta potestad restringe, correlativamente, el poder de uso de los distintos sujetos contratantes respecto del objeto, aunque los poderes de exclusión normalmente se mantienen fuertes, generándose una disconformidad creciente que desemboca en la tragedia de los bienes anticomunes. En este ámbito, la libertad de enajenación puede llevar a la inalienabilidad del recurso; el ejercicio de la libertad contractual puede impedir que otros la practiquen[68].

Las decisiones puramente privadas pueden imponer costes de largo término para la propiedad y cabe presumir que el coste social de la segmentación inter temporal excede los beneficios privados de quien en un momento determinado las impone[69]. Paralelamente, los costes de reunificación del dominio superan holgada-

mente a los de fragmentación[70], lo que lleva a la subexplotación. Si la regla de imposibilidad de división intertemporal del dominio (o el carácter a lo sumo vitalicio de los derechos de disfrute sobre cosa ajena, como el usufructo, el uso, la habitación y las servidumbres personales) fuera abrogada, renacería la posibilidad de que los testadores constituyan mayorazgos, patronatos y otras vinculaciones hereditarias que imponen a la tierra condiciones de explotación que difieren dramáticamente de las socialmente óptimas, configurándose una pirámide de derechos sobre la propiedad de enorme complejidad, que en algunas ocasiones destruiría completamente la productividad de los bienes[71], tal como ocurrió durante el feudalismo.

El mercado no estandariza por sí solo los derechos reales a un nivel óptimo, por lo que es necesaria la intervención estatal para lograr el objetivo. Como dicen HANSMANN y KRAAKMAN, el régimen de los *property rights,* o derechos reales, debe ser elegido socialmente; no puede ser dejado a la libertad de los particulares ni abandonado a la labor del mercado pues, en este campo, no existe una «mano invisible» que asegure que se adoptará el régimen más eficiente[72], lo que demuestra la ineficiencia del sistema de *numerus apertus,* pues obstaculiza el desiderátum de que los derechos reales queden perfectamente definidos y protegidos[73]. Pero ello no quiere decir que el *numerus clausus,* que se impone como modelo de eficiencia, deba ser «estricto», habiéndose observado por la doctrina del *common law* que no es conveniente implementarlo con rigurosidad[74]. No debe ser entendido como un concepto antagónico al de la autonomía privada, pues ambos pueden complementarse, y de hecho así ocurre en la mayoría de los países. De lo que se trata es de comprender por qué es adecuado que la ley proteja determinadas situaciones con el rango de derecho real y confine otras al terreno obligacional[75]. En los casos en que determinados aprovechamientos parcializados podrían provocar una subexplotación de los bienes, es políticamente conveniente relegar su aparición al campo obligacional, evitándose enormes costes de transacción. No se trata de que los casos de propiedad «atípicos» no tengan cabida, sino de que la ley les brinde diferente protección que a los típicos. PARISI, DEPOORTER & SCHULZ sostienen acertadamente que la creación de formas atípicas de propiedad debe quedar gobernada por el derecho obligacional, que ofrece suficiente protección en la mayoría de las circunstancias, justificándose la dicotomía de tratamiento en la finalidad de minimizar importantes y estratégicos costes de transacción derivados de la disfuncionalidad generada por la propiedad anticomún[76].

D) El sistema de numerus clausus *reduce los costes de información de los potenciales adquirentes de derechos de propiedad*

El *numerus clausus* reduce los costes de información, y por ende de transacción, de quienes buscan adquirir derechos de propiedad[77]. La estandarización

en tipos predeterminados y definidos permite tener mejor información sobre los derechos reales, evitándose errores de cálculo que pueden coadyuvar a la configuración de catastróficas crisis inmobiliarias, como las ocurridas hace poco tiempo en Europa y los Estados Unidos. El *numerus apertus* provee un excelente camuflaje para cargas deletéreas, cuya capacidad destructiva es frecuentemente subestimada[78]. Si bien son diversas y complejas las razones que pueden derivar en una crisis inmobiliaria, la existencia de cantidades y calidades descontroladas de derechos reales conlleva importantes problemas de información y de administración que la facilitan. Dada la lista cerrada, un potencial comprador solo necesita determinar cuáles de los derechos predeterminados se le ofrecen o por cuáles está limitada la propiedad; no necesita incurrir en costes adicionales para determinar el contenido de posibles derechos no estandarizados. El coste marginal de adquirir un derecho real sobre una cosa aumenta cuanto más amplia es la variedad disponible, lo que se potencia si ni siquiera están predeterminados. Paralelamente, el beneficio marginal de contar con una mayor diversidad de derechos reales disminuye a medida que se van agregando nuevos tipos, los cuales cubren necesidades cada vez menos comunes y de menor valor.

El *numerus apertus* incrementa los costes de información sobre la situación jurídica de los inmuebles, porque permite que se graven con desmembraciones cualitativamente indeterminadas, mientras que en un sistema de *numerus clausus* se sabe de antemano que las fragmentaciones no pueden consistir más que en un puñado predeterminado y de contorno definido, salvo en cuanto es disponible el contenido de los tipos legales, disminuyéndose de esta manera los riesgos de quienes buscan adquirir derechos reales[79]. Consecuentemente, el *numerus apertus* aumenta los costes de transacción a la hora de adquirir derechos reales inmobiliarios, porque las cargas reales que pueden generarse sobre los inmuebles pueden crecer de manera indefinida y desordenada, generando un entramado que sobrepasaría la capacidad humana de comprender cabalmente la dimensión de los derechos involucrados. Como metafóricamente señala RENDER, el *numerus clausus* «domestica a la bestia» que significa una miscelánea de derechos reales[80], que denomina «complejidad en la propiedad en el plano computacional», porque genera una enorme cantidad de datos que deben procesarse para obtener suficiente información acerca del estado jurídico de una cosa, en cuanto al alcance del derecho de dominio y las cargas que lo gravan[81]. La «estandarización» que se logra a través del *numerus clausus* reduce sensiblemente los costes de información, evitándose además la floración de figuras de contenido ambiguo, en el límite entre lo real y lo personal, con las perniciosas consecuencias que irrogan al tráfico jurídico; se facilitan así los cálculos de los terceros, reduciéndose los costes de transacción, lo que lo convierte en un sistema más eficiente.

E) La publicidad de los derechos reales y los costes de acceso a la información

Siguiendo a ARRUÑADA, cabe señalar que para que los derechos reales sean efectivos, para que resulten «enforzados», es necesario un adecuado sistema de publicidad; de lo contrario, la mayoría de las buenas transacciones inmobiliarias que se concretan diariamente se frustrarían en virtud de la asimetría informativa que existe entre el enajenante y el adquirente, ya que este último no tendría una adecuada forma de conocer los derechos reales que existen sobre la propiedad que pretende comprar y que, por ende, le serán oponibles. Esa publicidad se logra, en la mayoría de los estados modernos, a través de los registros inmobiliarios. No obstante, la adecuada publicidad es insuficiente para que un sistema de derechos reales resulte eficaz. Es que aún debidamente publicitados, cuanto mayor sea la cantidad de derechos reales que afectan a un inmueble, mayores serán los costes de transacción en las operaciones, por dos razones: por un lado, porque debe hacerse un minucioso estudio de esos derechos para ver en qué medida podrían afectar al adquirente; por otro, porque para que la adquisición del derecho de propiedad sea «plena» y «limpia» se necesita el consentimiento[82] de todos los titulares de derechos reales parciales. Esa conformidad se puede lograr por dos caminos: a) contratando con cada titular de manera directa y b) a través del tiempo, mediante un sistema de prescripción. Cada una de estas vías tiene graves inconvenientes: la primera es extremadamente costosa, sobre todo ante la probable presencia de comportamientos oportunistas; la segunda es pavorosamente insegura, porque antes de que se cumpla el plazo de prescripción el titular del derecho real parcial podrá lograr con éxito el reconocimiento pleno de su derecho.

Uno de los grandes problemas del *numerus apertus,* que acompaña la tendencia a la subexplotación de los recursos, es que al permitir muchos derechos reales entorpece las transacciones, puesto que la obtención del consentimiento de todos los titulares se hace muy dificultosa. Esto lleva a una retracción en el tráfico inmobiliario y por ende en el desarrollo. En efecto, los contratos individuales no transmiten la propiedad plena si no se logra la aquiescencia de todos los titulares de derechos reales que afectan a la cosa. Desde otro ángulo, esos acuerdos transmitirán el dominio, pero limitado y condicionado por todos los demás derechos reales de cuyos titulares no se obtuvo el visto bueno para que la nueva transmisión sea completa. En palabras de ARRUÑADA, «para crear derechos reales perfectos tiene que producirse algún tipo de contratación secundaria entre las partes que celebran la transacción y quienes ostenten derechos reales afectados por aquella, a fin de que estos últimos presten su consentimiento»[83]. Esta transacción «secundaria» no tiene que ser necesariamente *ex post;* puede obtenerse en el acto mismo de la contratación, o mediante un negocio secundario posterior, o incluso implícitamente a través del transcurso del tiempo (tal es el caso de la prescripción adquisitiva), pero en este supuesto

el derecho será inseguro, porque mientras el plazo de prescripción no se cumpla no será oponible al titular de un derecho real contradictorio[84].

Si bien se observa, los derechos reales generan grandes ventajas para la sociedad, pero también conllevan inconvenientes, entre los cuales se destacan los costes de transacción de los negocios inmobiliarios. Un buen sistema de derechos reales tiene que contemplar esta circunstancia y, además de garantizar la adecuada especialización en la utilización de la riqueza inmobiliaria y la seguridad de los derechos reales, debe afianzar un ágil sistema de transmisiones que de seguridad jurídica a los adquirentes. Optar por un sistema de *numerus apertus* o de *numerus clausus* e imponer las condignas limitaciones al régimen que se adopte no es indiferente a este respecto, y a esta altura resulta evidente que la estandarización de los derechos reales, con suficiente disponibilidad de su contenido, es la mejor opción.

5. Exposición y refutación de la postura que sostiene una mayor eficiencia económica del régimen de *numerus apertus*

A) La opinión de Figueroa Cercedo y su refutación

En 2004, FIGUEROA CERCEDO ha sostenido que es económicamente más eficiente el sistema de *numerus apertus*[85]. La conclusión es falsa, por lo que no conmueve la expuesta en el apartado anterior. El procedimiento que ha utilizado es erróneo ya que partió de premisas equivocadas, omitió datos trascendentes, no analizó avances esenciales del análisis económico del derecho, y los silogismos que empleó son en varios casos equivocados.

Por lo pronto, el autor enfrenta el *numerus apertus* a un sistema cerrado «que no permite la creación o modificación de derechos reales»[86], cuando todos los sistemas de *numerus clausus* tienen alguna disponibilidad de contenido de los tipos legales. Sostiene que al no permitirse la creación de nuevos derechos reales, no se logran los resultados buscados, por lo que se debe recurrir al asesoramiento profesional, lo que genera mayores costes y hace menos eficiente el sistema[87]; pero no advierte que en un régimen abierto también tendría que recurrirse al asesoramiento profesional para lograr la creación de nuevas figuras de derechos reales, perfilarlos adecuadamente e instrumentarlos de manera tal que tengan posibilidades razonables de superar el tamiz del control de acceso al Registro de la Propiedad. Postula que limitar los derechos reales en un marco en que se inscriben ciertos derechos personales (como el arrendamiento) sería absurdo, volviéndose intrascendente la discusión *numerus apertus — numerus clausus*, pues bastaría con la inscripción de todo derecho real que pudiera constituirse. El error consiste aquí en equiparar un derecho personal inscripto a un derecho real, como si la única diferencia que existe entre ellos fuera la oponibilidad.

El análisis de costes que efectúa para concluir en la mayor eficiencia del *numerus apertus* es equivocado, pues solo pondera los costes y beneficios individuales de quienes pretenden generar derechos reales[88], omitiendo datos tan trascendentes como los costes sociales que se producen al engendrar situaciones reales inconvenientes. Esto es inaceptable, porque el meollo del problema radica en los costes sociales derivados de la imposición de figuras reales deletéreas que habrán de soportar quienes deseen adquirir en el futuro la titularidad de las cosas que los soportan. El autor parece centrar el problema en la «oponibilidad» de los derechos reales, que sin duda se solucionaría con una adecuada publicidad, sin advertir que el punto crucial es el carácter imbricativo que tienen sobre las cosas, que conlleva que cuando se tornan ineficientes significan una merma de productividad, debido a su dificultosa redención.

Luego se refiere a los accesibles costes de inscripción de un derecho real, sin recabar en los de calificación, y mucho menos en los de información, lo que se hace evidente cuando dice que los costes de publicidad de nuevos derechos reales «serían los mismos que acarrea inscribir un contrato de arrendamiento…»[89]. Apelando al criterio de eficiencia de KALDOR-HICKS[90] concluye en la superioridad del sistema abierto, pues los beneficios económicos serían mayores que los costos, pero el razonamiento se descalifica con solo advertir que analiza los costes materiales de constitución, sin ponderar los sociales que la modelación de nuevas figuras que se adhieren permanentemente a la cosa generan para toda la sociedad.

Más incompartible todavía es que lo único problemático de un régimen de *numerus apertus* en la necesidad de publicidad, con la cual ya estaría protegida toda la sociedad[91]; ese es solo el comienzo del problema, como lo hemos demostrado.

Tampoco analiza, y mucho menos sopesa, que muchas de las supuestas ventajas y «eficiencias» que postula del sistema abierto se logran a través de contrataciones en grado personal con similar contenido, pues parte de la equivocada premisa de que las formas atípicas de utilización de los bienes solo podrían lograrse a través de derechos reales[92].

Sostiene que el sistema español es «mucho más eficiente para las operaciones comerciales, ya que las personas dan el uso adecuado de sus bienes de acuerdo a las necesidades y requerimientos de otras personas u operaciones comerciales»[93], sin siquiera analizar las abundantes y complejas resoluciones de la DGRN, que tornan muy dificultoso el acceso al Registro de nuevos derechos reales, además de no ponderar la tutelabilidad de esas situaciones en grado personal que puede lograrse en todos los sistemas de *numerus clausus*.

Finalmente, ni siquiera menciona avances ineludibles efectuados por el Análisis Económico del Derecho (método del que dice valerse), que llevan a conclusiones opuestas a las que postula, como las tragedias de los bienes comunes y anticomunes, lo que resta todo valor al *opus*.

IV. CONCLUSIONES

1. Sinopsis de las razones que apuntalan la ineficiencia económica del sistema de *numerus apertus* en materia de derechos reales

Existen dos premisas en materia de análisis económico de los derechos reales: a) que los derechos de propiedad estén correctamente definidos ofrece incentivos para la producción, puesto que cuanta más indeterminación padezcan, menos aliciente habrá para emplear recursos en ellos dado que el resultado de la inversión se tornará más riesgoso; b) el marco institucional de los derechos reales tiene decisiva incidencia en los costes sociales de comercialización, por lo que el gobierno debería adoptar como política legislativa un sistema de derechos de propiedad que reduzca al mínimo posible los costes de transacción.

Se pueden dar tres situaciones teóricas de concurrencia de derechos sobre una cosa: a) propiedad común, b) propiedad anticomún y c) propiedad privada. La propiedad común se presenta cuando, respecto de un recurso, todos tienen derecho a utilizarlo y ninguno a excluir su uso por parte de los demás, como ocurre con una laguna pública o las calles de una ciudad. La propiedad anticomún se manifiesta cuando todos tienen derecho a excluir el uso de los demás y nadie a utilizar el recurso, como podría darse en ciertas zonas naturales especialmente preservadas. La propiedad privada aflora cuando, respecto de un recurso, una misma persona tiene derecho a aprovecharlo y a excluir a los demás de su utilización, como sucede si un solo individuo es dueño de una cosa.

Tanto en la propiedad común como en la anticomún existe una disconformidad entre los derechos de uso y exclusión que no se presenta en la propiedad privada.

A pesar de su estructura formal, un condominio de unas pocas personas o una propiedad desmembrada con algún derecho real, como usufructo o servidumbre, no constituyen respectivamente ni una situación de propiedad «común» ni «anticomún», puesto que estas se dan en casos extremos, donde la «comunidad» y «anticomunidad» incluyen tal número de personas que se elevan enormemente los costes de transacción y se hace difícil lograr acuerdos eficientes. Consecuentemente, desde la óptica económica, un pequeño condominio o una propiedad con alguna desmembración deben considerarse situaciones de propiedad privada.

Una hipótesis de concurrencia anticomún estricta suele darse muy excepcionalmente, lo que ha llevado a la teoría económica a proponer un modelo atenuado que resulta más realista y se da cuando muchas personas tienen derecho a excluir respecto de una cosa el uso de las demás y, paralelamente, su propio derecho de utilización se encuentra acotado, no pudiendo gozarlo en plenitud, lo que ocurre cuando hay varios derechos cualitativamente distintos y cuantitativamente limitados sobre una cosa, verbigracia un inmueble afectado por gran cantidad de derechos reales asignados a personas distintas. Un típico

ejemplo es el del condominio *pro diviso*. El sistema de *numerus apertus* es un caldo de cultivo para esta clase de escenarios.

La disconformidad entre los derechos de uso y exclusión lleva a que sean ejercidos de manera irracional, desembocando en la sobreexplotación y subexplotación de los bienes. Cuando los derechos de uso superan a los de exclusión, se genera una sobreexplotación; cuando los de exclusión superan a los de uso, se presenta una subexplotación. El ejercicio insensato de los derechos de uso y exclusión encuentra explicación en que sus titulares no internalizan la totalidad de los costes de sobreexplotación y subexplotación, sino una mínima parte. Esto ha sido demostrado en la ciencia económica a través de dos teorías simétricas opuestas: la «tragedia de los bienes comunes» y la «tragedia de los bienes anticomunes».

La «tragedia de los bienes comunes» consiste en la sobreexplotación a la que tienden los recursos comunes, debido a que cada agente económico trata de obtener el máximo provecho posible sin considerar adecuadamente los costos, porque los beneficios los recibe en exclusividad mientras que los costos los comparte con el resto de la comunidad que utiliza el recurso.

La «tragedia de los bienes anticomunes» radica en la subexplotación a la que llevan los recursos anticomunes, que halla explicación en que cada individuo incurre en costes de negociación que asume íntegramente para intentar una explotación óptima, pero soporta con toda la comunidad los costes de no lograrla, lo que desemboca en que los beneficios que genera una explotación adecuada sean menores que los costes necesarios para conseguirla. El nivel de subutilización está relacionado con la cantidad de personas que gozan de derechos simultáneos; en el caso límite en que muchos individuos tienen derechos de exclusión y quienes quieren utilizar el bien necesitan el permiso de todos para lograrlo, el recurso podría ser completamente desaprovechado a pesar de su valor potencial. La subexplotación se genera debido a la existencia de costes de transacción; sin ellos los propietarios anticomunes podrían reordenar sus derechos en cualquier momento a través de una negociación colectiva que lleve a una asignación eficiente de sus posesiones, pero es indiscutible que los costes de negociación no solo existen, sino que tienden a ser cuantiosos, lo que lleva a que por aplicación del teorema de Coase («cuando los costos de transacción son lo suficientemente elevados para impedir la negociación, el uso eficiente de los recursos dependerá de la manera en que se asignen los derechos de propiedad») sea decisivo elegir un sistema de derechos reales que permita una asignación eficiente de los recursos. Hasta un determinado grado de costes de transacción no es necesaria la injerencia estatal para asignar la propiedad de los recursos porque el mercado puede hacerlo eficientemente, pero a partir de determinado nivel es imprescindible. Esto ocurre cuando se trata de especificar la clase de derechos posibles sobre las cosas, dado que la existencia de muchas partes en una eventual negociación, sumada a la presencia de derechos inciertos

y complejos, constituyen factores que elevan de manera significativa los costes de transacción.

La forma de evitar las tragedias de los bienes comunes y anticomunes consiste en tender hacia la propiedad privada, y ello se logra a través de un régimen de *numerus clausus*, que por un lado ve con disfavor el condominio, facilitando su disolución y evitando por ende los problemas de la propiedad común, y por otro conjura la proliferación de derechos reales parciales, con lo que soslaya los inconvenientes de la propiedad anticomún.

Aun dentro de un sistema de *numerus clausus* es necesario facilitar la redención de los derechos reales parciales; es por ello que normalmente los derechos de disfrute sobre cosa ajena son, a lo sumo, vitalicios.

El *numerus clausus* orienta la voluntad del propietario hacia la disposición de activos y desincentiva la creación de complejas y novedosas formas de propiedad; uno de los principales fines que lo inspiran es la limitación de la fragmentación inter temporal del dominio, reduciendo los derechos parciales a figuras que permiten una descomposición, a lo sumo, vitalicia. Es que si bien de un lado está la libertad del dueño de ejercer el derecho de disposición de las cosas que constituyen su patrimonio, del otro está el interés de la sociedad en preservar la alienabilidad de los recursos inmobiliarios. Las decisiones puramente privadas pueden generar costes de largo término para la propiedad y cabe presumir que el coste social de la segmentación inter temporal excede los beneficios privados de quien en un momento determinado la impone.

La generación de tipos de derechos reales no puede quedar sujeta a la libertad de los particulares ni abandonada al mercado ya que, en este campo, no existe una «mano invisible» que asegure que se tomarán las decisiones más eficientes. La creación de formas atípicas de aprovechamiento de las cosas debe quedar gobernada por el derecho obligacional, que ofrece suficiente protección en la mayoría de las circunstancias; de esta manera se minimizan importantes y estratégicos costes de transacción derivados de la disfuncionalidad generada por la propiedad anticomún.

En materia de derechos reales, el *numerus clausus* es más eficiente que el *numerus apertus* porque: a) reduce los costes de información de quienes buscan adquirir derechos reales; b) evita la floración de figuras de contenido ambiguo, en el límite entre lo real y lo personal, con las perniciosas consecuencias que irrogan al impedir que los terceros calculen adecuadamente el valor de la propiedad y la dimensión de los derechos parciales; c) el coste marginal de adquirir un derecho real sobre una cosa aumenta cuanto más amplia es la gama de opciones, sobremanera si ni siquiera están predeterminadas; d) el beneficio marginal de contar con mayor disponibilidad de derechos reales disminuye a medida que se van agregando nuevas figuras, las cuales cubren necesidades cada vez menos comunes y de menor valor.

V. BIBLIOGRAFÍA

ACEDO, J. Derechos reales innominados, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año 1959, núm. 374, Madrid, pp. 485-505.

ADROGUÉ, M. I. *El derecho de propiedad en la actualidad - Introducción a sus nuevas expresiones,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

ALBALADEJO, M. *Derecho Civil* - III - *Derecho de Bienes* - Volumen primero - *Parte general y derecho de propiedad,* 8.ª edición, Barcelona, Bosch, 1994.

ALBALADEJO GARCÍA, M. *Instituciones de Derecho Civil - Derecho de Cosas,* Bolonia, Real Colegio Mayor de San Clemente de los Españoles en Bolonia, 1964.

AKKERMANS, B. The principle of numerus clausus in European property law, Intersentia, *Ius Commune Europaeum Series,* núm. 75, 2008.

ALCHAIN, A. A. Some economics of property rights, en *Il Politico, Revista di Scienze Politiche directa da Bruno Leoni,* Año XXX, núm. 4, diciembre de 1965, pp. 816-829.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., SOMARRIVA, U., M., VODANOVIC, A. *Tratado de los Derechos Reales,* Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, 2 tomos.

ALLENDE, G. L. *Panorama de Derechos Reales,* Buenos Aires, La Ley, 1967.

ALPA, G., BESSONE, M., FUSARO, A. Tipicità e numero chiuso dei diritti reali. Posizioni della dottrina, orientamenti giurisprudenziali, en *Altalex - Quotidiano d´informazione giuridica,* publicación on line en www.altalex.com, s.d.

ALTERINI, J. H. El *numerus clausus* en los derechos reales, en Autores Varios: *Código Civil peruano - diez años - balance y perspectivas,* Tomo I, publicación a cargo de la Universidad de Lima, Perú, WG Editor EIRL, 1995.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. *Curso de derechos reales,* Tomo I: *Propiedad y posesión,* Madrid, Civitas, 1986.

AREÁN, B. *Derechos Reales,* 6.ª edición, Tomo 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2003.

ARGÜELLO, L. R. *Manual de derecho romano. Historia e instituciones,* Buenos Aires, Astrea, 3.ª edición, 1988.

ÁRRAGA PENIDO, M. O. *Servidumbres atípicas,* Buenos Aires, La Ley 1985-C-199/234.

ARRUÑADA, B. *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico,* Madrid, Centro de Estudios, 2004. Título original: Property Enforcement as Organized Consent, en *Journal of Law, Economics and Organization, vol. 19, núm. 2,* 2003, pp. 401-444.

BARBERO, D. *Sistema del Derecho Privado II - Derechos de la Personalidad - Derecho de Familia - Derechos Reales,* traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1967 —original: Sistema del diritto privado italiano, 6.ª edición, publicada por la Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1962—.

BELFIORE, A. *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali,* Milano, Giuffrè, 1979.

BIANCA, C. M. *Diritto Civile. VI. La proprietà,* Milano, Giuffrè, 1999.

— Oneri reali e obbligazioni reali: tra *numerus clausus*, principio di relatività dei contratti e funzione sociale della proprietà, en VVAA: *Studi in onore di Giuseppe Gandolfi,* vol. I, Academia dei Giusprivatisti Europei, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 535-541.

BIGLIAZZI GERI, L., BUSNELLI, F. D., BRECCIA, H., NATOLI, U. *Diritto Civile 2. I diritti reali,* Torino, Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1988.

— Oneri reali e obbligazioni *propter rem,* en Cicu, Antonio; Messineo, Francesco; Mengoni, Luigi: *Trattato di Diritto Civile e Comérciale,* Milano, Giuffrè, 1984.
BORDA, G. A. *Tratado de Derecho Civil - Derechos Reales,* 4.ª edición, Buenos Aires, Perrot, 1992.
BORRELL Y SOLER, A. M. *Derecho Civil Español,* Tomo Segundo: *Derechos Reales,* Barcelona, Bosch, 1955.
BRANCA, G. *Instituciones de derecho privado,* traducción de la sexta edición italiana por Pablo Macedo, México, Porrúa, 1978.
BUCHANAN, J. M., YOON, Y. J. Symmetric tragedies: commons and anticommons, en *Journal of Law and Economics,* vol. 43, núm. 1. —Apr. 2000—, pp. 1-13.
CANTÚ, C. *Historia Universal*, desde los tiempos más remotos hasta nuestros días, vertida al español en vista de las reformas y correcciones hechas por el autor en la última edición italiana por distinguidos literatos y continuada bajo la dirección de D. Francisco Nacente y Soler. Edición original en Milán, sin fecha, con prólogo de 1847. Edición en español: Marcelino Bordoy, Buenos Aires, sin fecha. 12 tomos.
CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español Común y Foral, obra ajustada al programa para las oposiciones a notarías determinadas,* sexta edición, Tomo II [Derechos reales - Derecho de obligaciones], Madrid, Reus, 1943.
CHÉNON, É. *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution,* Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1923.
CHICO ORTIZ, J. M. *Complemento al derecho hipotecario y su legislación,* Madrid, Montecorvo, 1974.
— *Estudios sobre Derecho hipotecario,* Tomo I, 3.ª edición, Madrid, Marcial Pons, 1994.
— Momento actual de la legislación hipotecaria española, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año LIII, julio-agosto 1977, núm. 521, Madrid, pp. 819 y sigs.
CLEMENTE DE DIEGO, F. *Instituciones de Derecho Civil Español,* Tomo I: Introducción - Parte General - Propiedad - Derechos Reales, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1941.
CLERC, C. M. *Derechos reales e intelectuales,* Tomo I, Buenos Aires, Hammurabi, 2007.
COASE, R. El problema del costo social, publicado originalmente bajo el título: The Problem of Social Cost, en *The Journal of Law and Economics,* octubre de 1960, pp. 1-44.
COMPORTI, M. Capitolo XXX, en Besone, Mario [dir]: *Istituzioni di diritto privato,* 5.º ed., Torino, Giappichelli, 1998.
— Diritti reali in generale, en Cicu, Antonio; Messineo, Francesco; Mengioni, Luigi: *Trattato di diritto civile e comerciale,* vol. VIII, t. I, Milano, Giuffrè, 1980.
— Tipicità dei diritti reali e figure di nuova emersione, en *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca,* Tomo II, Milano, Giuffrè, 2006.
CONTRERAS, P. P. Capítulo 1 en Contreras, Pedro Pablo [coord], Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos y Pérez Álvarez, Miguel Ángel: *Curso de Derecho Civil [III] - Derechos Reales,* Madrid, Colex, 2004.
COOTER, R., ULEN, T. *Derecho y economía,* traducción de Eduardo L. Suárez [título original: Law and Economics], México, Fondo de Cultura Económica, 1.ª edición en español, reimpresión, 1999.
CORRAL DUEÑAS, F. La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año 1984, núm. 561, Madrid, pp. 271-307.

COSSARI, NELSON G. A. El derecho real de superficie en los albores del siglo XXI: nuevas manifestaciones legislativas en Cataluña, Brasil y Argentina, en *Revista Electrónica de Derecho Comparado,* Madrid, Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos, s.d.

COSSÍO CORRAL, A. de. *Instituciones de Derecho Civil, 2. Derechos Reales. Derecho de familia y Sucesiones,* Madrid, Alianza Editorial S.A., 1975.

COSTANZA, M. *Il contratto atipico,* Milano, Giuffrè, 1981.

CUADROS VILLENA, C. F. *Derechos Reales,* Tomo I, Lima, Cultural Cuzco S.A., 1994.

CUNHA GONÇALVES, L. da. *Tratado de Direito Civil em comentario ao Código Civil Porgugês,* 2.ª edição atualizada e aumentada e 1.ª edição brasileira, vol. XI, Tomo I, anotado por Jayme Landim, São Paulo, Max Limonad, ¿1962? —s.d.—.

CURA GRASSI, D. C. *Derechos Reales - I - Parte General,* Buenos Aires. Depalma, 1998.

DAGAN, H. *Property. Values and institutions,* England, Oxford University Press, 2011.

DASSEN, J., VERA VILLALOBOS, E. *Manual de Derechos Reales,* Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina S.A., 1962.

DELLA COSTA, H. *Breviario de los Derechos reales romanos,* Buenos Aires, Cathedra, 1970.

DAVIDSON, N. M. Standardization and pluralism in property law, en *Vanderbilt law review,* vol. 61, núm. 6, noviembre de 2008, pp. 1597-1663.

DE BUEN, D. *Derecho Civil Español Común,* 2.ª edición, Madrid, Reus, 1930.

— Notas sobre el Derecho Civil Español, en Colin, Ambrosio; Capitant, H: *Curso Elemental de Derecho Civil*, traducción por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 2.ª edición revisada por Juan Ossorio Morales, tomo II, vol. II: De los bienes y de los derechos reales principales, Madrid, Reus, 1942.

DEMOLOMBE, C. *Traité de la distinction des biens; de la propriété; de l´usufruit de l´usage et de l´habitation,* 10.ª edición, Tomo 1.º, París, Auguste Durand y L. Hachette et Cie., 1861.

DIAS PEREIRA, A. G. *Servidões Prediais e Obrigações propter rem,* participación presentada en el Congreso Conmemorativo de los 35 años del Código Civil —Derechos Reales—, que tuvo lugar los días 28 y 29 de noviembre de 2003 en la Facultad de Derecho de Coimbra, Internet, http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Dias2003.pdf

DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro - 4. Direito das Coisas,* 24.ª edição reformulada, Editora Saraiva, São Paulo, 2009.

DÍEZ-PICAZO, L. Autonomía Privada y Derechos Reales, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año LII, marzo-abril de 1976, núm. 513, Madrid, pp. 273-305; también publicado en Autores Varios: *Libro Homenaje a Ramón M.ª Roca Sastre*, vol. II, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1977, pp. 299-330.

— *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* Volumen tercero: *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión.* 4.ª edición, Madrid, Civitas, 2005.

DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil,* vol. III, *Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral,* 7.ª edición, Madrid, 2001 —1.ª edición: 1977—.

DORFMAN, A. *Property and collective undertaking: The principle of numerous clauses,* 61 University of Toronto Law Jornal, 467 2011.

EDGEWORTH, B. The *numerus clausus* principle in contemporary australian property law, en *Monash University Law Review,* vol. 32, núm. 2, 2006, pp. 387-419.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. Autonomía privada y garantías reales, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* —obra al cuidado de un comité organizador integrado por Antonio Cabanillas Sánchez, Jorge Caffarena Laporta, José María Miquel González, Vicente L. Montés Penadés, Antonio Manuel Morales Moreno y Fernando Pantaleón Prieto—, Tomo III: Derecho Civil - Derechos Reales - Derecho de Familia, Madrid, Civitas, 2003.

ESPÍN CANOVAS, D. *Manual de Derecho Civil Español,* vol. II: *Derechos Reales,* 5.ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado y Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1977.

FALCÓN, M. *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral,* Tomo II, 3.ª edición, España, Gracia - Tipografía Industrial Económica, 1888.

FEIGÍN DE BENDERSKY, M. E. La autonomía de la voluntad en materia de derechos reales, en *Lecciones y Ensayos,* núm. 31, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, 1966, pp. 93-116.

FERNÁNDEZ DE CARBALLO, A. R., FRONTINI, E. M. Á., FRONTINI, Á. A. La influencia de la práctica en la evolución de la estructura de los derechos reales, en *Revista Notarial,* núm. 57, Córdoba, Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, 1989.

FIGUEROA CERCEDO, S. M. *¿Es eficiente tener un sistema de derechos reales «numerus clausus»?,* Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, e-book.

FONT BOIX, V. Posibilidad de nuevos tipos de derechos reales: posición de la ley, de la doctrina y de la jurisprudencia, en *Revista de Derecho Español y Americano,* año V, núm. 24, Madrid, 1958.

FUENTES CASTRO, D. *Teorías [demasiado] trágicas sobre la explotación de recursos en régimen de propiedad común,* Universidad de Vigo, Internet, s.d.

FUSARO, A. Il numero chiuso dei diritti reali, en *Rivista Critica del Diritto Privato,* Anno XVIII, núm. 3, settembre 2000, pp. 439-450.

GAMBARO, A. Note sul principio di tipicità dei diritti reali, en *Le monografie di Contratto e impressa. Serie diretta da Francesco Galgano. 49. Clausole e principi generali nell´ argomentazione giurisrudenziale degli anni novanta,* al cuidado de Luciana Cabella Pisu y Luca Nanni, Milán, Cedam, 1998.

GARCÍA AMIGO, M. Condominio pro diviso o propiedad separada, en *Revista de Derecho Privado,* Tomo LVIII [enero-diciembre 1974], Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1974, pp. 173-201.

GARCÍA GARCÍA, J. M. La función registral y la seguridad del tráfico inmobiliario, en Gómez Gálligo, Francisco Javier: *La calificación registral,* Tomo 1, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Segunda edición, Madrid, Thomson-Civitas, Aranzadi, Navarra, 2008.

GARRIDO, P. *Spain,* Internet, s.d. http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/Spain.pdf

GATTI, E., ALTERINI, J. H. *El derecho real - Elementos para una Teoría General,* Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2005.

GATTI, E. *Derechos Reales - Teoría General [Tesis Doctoral «Premio Facultad»],* Buenos Aires, Lajouane, 2006.

GIL DE AZZOLLINI, R. Recepción de los Derechos Reales del Derecho Romano en el Derecho Peruano, en Torrent Ruiz, Armando: *Actas del II Congreso Internacional y*

V Iberoamericano de Derecho Romano —Los Derechos Reales—, Madrid, Edisofer S. L., 2001.

GOMES, O. *Direitos Reais,* Río de Janeiro, Companhia Editôra Forense, 1.ª edição, 1958.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. La calificación registral en el pensamiento de don Jerónimo González. Su vigencia actual, en Gómez Gálligo, Francisco Javier: *La calificación registral,* Tomo 1, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Segunda edición, Madrid, Thomson-Civitas, Aranzadi, Navarra, 2008.

GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J. *Estudios de Derecho Hipotecario*, Madrid, Imprenta de Estanislao Maestre, 1924.

— *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil,* Tomo III, Madrid, Ministerio de Justicia - Sección de Publicaciones, 1948.

GONÇALVES, C. R. *Direito Civil Brasileiro,* 4.ª edição revista, Editoria Saraiva, São Paulo, 2009.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. 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, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXII, enero-febrero 2006, núm. 693, Madrid, pp. 309-315.

— La especialidad de los derechos reales como requisito civil y registral y su extensión a todas las situaciones jurídicas inscribibles, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año 2007, núm. 699, Madrid, pp. 313-319.

GORDILLO CAÑAS, A. Bases del Derecho de cosas y principios inmobiliario Registrales: Sistema español, en *Anuario de Derecho Civil,* vol. 48, núm. 2, Madrid, Ministerio de Justicia —Centro de Publicaciones— y Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 527-694.

GORDILLO CAÑAS, A. El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular, en *Anuario de Derecho Civil,* Tomo LI, fascículo II, Madrid, Ministerio de Justicia —Centro de Publicaciones— y Boletín Oficial del Estado, 1998.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español,* 5.ª edición, Tomo Segundo, Madrid, Librería de Gabriel Sánchez, 1881.

HANSMANN, H., KRAAKMAN, R. Property, contract, and verification: the *numerus clausus* problem and the divisibility of rights, *Journal of Legal Studies,* vol. XXXI [June 2002], University of Chicago, pp. 373-420.

HARDIN, G. *La tragedia de los comunes,* traducción de Horacio Bonfil Sánchez, en Gaceta Ecológica, núm. 37, Instituto Nacional de Ecología, México, 1995 —título original: The Tragedy of Commons, en *Science*, v. 162, 1968, pp. 1243-1248.

HEDEMANN, J. W. *Derechos Reales,* vol. II, Versión española y notas de José Luis Diez Pastor y Manuel González Enríquez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.

HELLER, M. A. The boundaries of private property, en *The Yale Law Journal,* vol. 108, núm. 6 [Apr., 1999], pp. 1163-1223.

— The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets, en *Harvard Law Review,* vol. 111, January 1998, núm. 3, pp. 622-688.

HERNÁNDEZ GIL, A. *Derecho de obligaciones,* Madrid, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1983.

HIGHTON, E. I. *Lineamientos de Derechos Reales,* Buenos Aires, *Ad Hoc,* 1988.

JOSSERAND, L. *Derecho Civil,* Revisado y completado por André Brun, Tomo I, vol. III: *La propiedad y los otros derechos reales y principales,* traducción de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América y Bosch y Cía. editores, 1952.

LACRUZ BERDEJO, J. L. El sistema de derechos reales limitados. ¿*numerus clausus* o *numerus apertus*? Planteamiento. La polémica en el Derecho español. Los límites a la creación de nuevos tipos de derecho real, en Lacruz Berdejo, José Luis - Luna Serrano, Agustín - Delgado Echeverría, Jesús - Mendoza Olivan, Víctor: *Elementos de Derecho Civil, III, Derechos Reales,* Volumen Primero: *Posesión y Propiedad,* 3.ª edición [reimpresión revisada en 1991], Barcelona, Bosch, 1990.

LAFAILLE, H. *Derecho Civil,* Tomo III, *Tratado de los Derechos Reales,* vol. I, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores SRL, 1943.

LALAGUNA D., E. *Curso de Derecho civil III - Derecho de cosas. Volumen I - Introducción. La posesión,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.

LAQUIS, M. A. *Derechos Reales,* Tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1975.

LASARTE, C. *Principios de derecho civil,* Tomo 4, *Propiedad y derechos reales de goce,* 4.ª edición, Barcelona, Marcial Pons, 2002.

LAURENT, F. *Principios de Derecho Civil,* traducción castellana —sin dato de traductor—, 2.ª edición, Tomo 6, Puebla, J. B. Gutiérrez, 1912.

LEGÓN, F. *Tratado de los Derechos Reales en el Código y en la Reforma,* Tomo V: Súper-Estructura de los Derechos Reales, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1942.

LÓPEZ CASTIÑEIRA, J. L. Comentario al artículo 2502 del Código Civil, en Kiper, Claudio [director]: *Código Civil Comentado - Doctrina - Jurisprudencia - Bibliografía. Derechos Reales, Tomo I, artículos 2311 a 2610,* Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.

LÓPEZ DE ZAVALÍA, F. J. *Derechos Reales,* Tomo I, Buenos Aires, Zavalía, 1989.

MAISCH VON HUMBOLDT, L. Derechos Reales, en *Código Civil. V. Exposición de motivos y comentarios,* Lima, Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, 1988.

MARIANI DE VIDAL, M. *Derechos Reales,* 7.ª edición, Buenos Aires, Zavalía, 2004.

MARTÍN PÉREZ, A. *Derechos Reales I - Doctrinas Generales - La Posesión,* Zaragoza, Noticiero, 1958.

MATEO Y VILLA, Í. *El sistema inmobiliario suizo,* Granada, Comares, 2013.

MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., MAZEAUD, J. *Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, vol. IV,* Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América —Ejea—, 1960; s.d. de la edición original.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. La función calificadora: una aproximación desde el análisis económico del derecho, en Gómez Gálligo, Francisco Javier: *La calificación registral,* Tomo 1, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Segunda edición, Madrid, Thomson-Civitas, Aranzadi, Navarra, 2008.

— Derechos reales y titularidades reales, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 736 (pp. 763-859).

MERRILL, T. W., SMITH, H. E. Optimal Standardization in the Law of Property: The *Numerus Clausus* Principle, in *The Yale Law Journal,* vol. 110, October 2000, num. 1, pp 1-70.

MERRYMAN, J. H. Policy, autonomy, and the *numerus clausus* in Italian and American property law, en *The American Journal of Comparative Law,* vol. 12, 1963, pp. 224-231.

MESSINEO, F. *Manual de Derecho Civil y Comercial,* Traducción de Santiago Sentís Melendo de la octava edición italiana [título original: Manuale di diritto civile e commerciale —diritti della personalità, diritto della famiglia; diritti reali—]; Tomo III: Derechos de la personalidad - Derecho de familia - Derechos reales, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1954.

MESSINETTI, D. *Oggettività giuridica delle cose incorporalli,* Milano, Giuffrè, 1970.

MONTÉS PENADÉS, V. L. El Derecho Real. 3. Organización y disciplina de los derechos reales. 6. La cuestión del *numerus clausus*. Los derechos reales atípicos, en López y López, Ángel M. y Montés Penadés, Vicente L —coordinadores—: *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

MOZOS, J. L. de los. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica,* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado - Editoriales de Derecho Reunidas, 1993.

— *Estudios sobre Derecho de los bienes,* Madrid, Montecorvo, 1991.

MUSTO, N. J. *Derechos Reales,* Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 2000.

NATUCCI, A. *La tipicità dei diritti reali,* Pádova, Cedam, 1982.

NÚÑEZ LAGOS, R. El Registro de la Propiedad Español, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año XXV, núm. 250, mayo de 1949, pp. 137-171.

O'CONNOR, P. *Contractual specification of new property rights in resources: the problema of measurement costs,* in *Monash University Law Review,* vol. 39, núm. 1, 2013, pp. 38-65.

OLIVEIRA ASCENSÃO, J. de. *A tipicidade dos direitos reais,* Lisboa, Livraria Petrony, 1968.

— *Direito civil - Reais,* 5.ª edición revisada y ampliada, Portugal, Coimbra Editora Limitada, 1993.

OSSORIO MORALES, J. *Las servidumbres personales [ensayo de sistematización],* Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1936.

OTERO VALENTÍN, J. Derechos posibles con relación a las cosas, en *Revista de Derecho Privado,* Tomo VIII, enero-diciembre de 1921, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 262-264.

— Determinación específica de derechos reales, en *Revista de Derecho Privado,* Tomo XVI, enero-diciembre de 1929, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 41-47.

— Límites generales en la determinación de derechos reales», en *Revista de Derecho Privado,* Tomo IX, enero-diciembre de 1922, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 97-102.

PARISI, F. Entropy in property, en *The American Journal of Comparative Law,* vol. 40, 595 2002, pp. 595-632.

PARISI, F., DEPOORTER, B., SCHULZ, N. Duality in Property: Commons and Anticommons, en *International Review of Law and Economics,* vol. 25, núm. 4, 2005; University of Virginia School of Law, Law & Economics Research Papers Series, Research Paper núm. 00-16; George Mason University School of Law, Law and Economics Research Papers Series, Research Paper núm. 00-32.

PEÑA GUZMÁN, L. A. *Derecho Civil - Derechos Reales,* Tomo I, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1973.

PERALTA MARISCAL, L. L. *Sistemas de Derechos Reales:* numerus apertus *y* numerus clausus, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.

PÉREZ LASALA, J. L. *Derechos Reales y Derechos de Crédito - Consideración especial del arrendamiento,* Buenos Aires, Depalma, 1967.

PÉREZ PÉREZ, E. *Las cotitularidades sobre bienes inmuebles. Derecho estatal y autonómico,* 2.ª edición ampliada y actualizada, Madrid, Bosch, 2008.

PINA, R. de. *Elementos de Derecho civil mexicano,* Volumen segundo, 2.ª edición, México, Porrúa, 1962.

PIRAINO LETO, A. *Contratti atipici e innominati* [Collana di studi notariali, diretta da Gianfranco Gallo-Orsi], Torino, Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1974.

PLANIOL, M., RIPERT, J. *Tratado práctico de Derecho Civil Francés,* traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz, Tomo III: Los Bienes [con el concurso de Mauricio Picard], Habana, Juan Buxó, 1930; nueva edición: Habana, Cultural S.A., 1932.

POMEROY, C. J. Why is Property so Hard?, en *Rugers Law Review,* vol. 65: 2, 2013, pp. 505-542.

PONSSA DE LA VEGA DE MIGUENS, N., TRINCAVELLI, N. E. *Los Derechos Reales en Roma,* Buenos Aires, Lerner, 1971.

POSNER, R. A. *El análisis económico del derecho,* traducción de Eduardo L. Suárez [título original: Economic Analysis of Law], México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

PRETEL SERRANO, J. J. Sistemas registrais: a propriedade inscrita como a propriedade protegida, ponencia en el *XIV Congreso Internacional de Derecho Registral,* Moscú, 1 al 7 de junio de 2003.

PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil,* Tomo III: Derecho de Cosas, Barcelona, Bosch, 1953.

PUIG PEÑA, F. *Tratado de Derecho Civil Español,* Tomo III: Derechos Reales, vol. I. Teoría General de los Derechos Reales, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, s/d.

QUESADA SÁNCHEZ, A. J. *El legislador y los particulares a la hora de crear nuevos Derechos Reales: reflexiones inducidas por una Ley,* Internet, s.d.

RAMÍREZ, E. M. *Tratado de Derechos Reales. Exposición y crítica al sistema universal dominante.* Tomo I: *Teoría General de los Derechos Reales. Bienes. Posesión,* Lima, Rodhas, 1996.

RAMS ALBESA, J. *El derecho real o de cosas,* en Rams Albesa, Joaquín —dir.—: *Tratado de Derecho Civil,* Tomo VI, *Derechos Reales,* vol. 1, Madrid, Iustel, 2014.

REINA TARTIÈRE, G. de. *La tipicidad de los derechos reales,* Buenos Aires, La Ley, 23/7/2004.

— *Sistema de Derechos Reales - Derechos reales de goce,* Buenos Aires, *Ad-Hoc,* 2006.

— *Sistema de Derechos Reales - Parte General,* Buenos Aires, *Ad-Hoc,* 2005.

RENDER, MEREDITH, M. Complexity in property, en *Tennessee Law Review,* vol. 81, pp. 79-143, 2014.

RIGAUD, L. *El Derecho Real. Historia y teorías. Su origen institucional,* traducción de J. R. Xirau, Madrid, Reus, 1928.

RIPERT, G., BOULANGER, J. *Traité De Droit Civil D´Après le Traité de Planiol*, París, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, sin fecha de publicación. Se utilizó la traducción al español de Delia García Daireaux: Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol, supervisada por el Dr. Jorge Joaquín Llambías, Buenos Aires, La Ley, 1987.

RIVERO VALDÉS, O. *Temas de Derechos Reales,* La Habana, Ed. Félix Varela, 2001.
ROCA SASTRE, R. M. *Derecho Hipotecario,* Tomo II, sexta edición, Barcelona, Bosch, 1968.
RODRIGUES, S. *Direito Civil* - vol. 5, *Direito das coisas,* 28.ª edição, 4.ª tiragem, Editora Saraiva, São Paulo, 2007.
ROEMER, A. *Introducción al análisis económico del derecho,* traducción de José Luis Pérez Hernández, México, editado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y el Fondo de Cultura Económica, 2001.
ROJINA VILLEGAS, R. *Derecho Civil Mexicano,* Tomo Tercero: *Bienes y Derechos Reales,* vol. I, 4.ª edición, México, Cárdenas, 1969.
ROMÁN GARCÍA, A. *La tipicidad en los Derechos Reales,* Madrid, Montecorvo, 1994.
ROMANO, F. *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale,* Napoli, Morano, 1967.
RUDDEN, B. La Teoria Economica contro la Property Law: il problema del Numerus Clausus, en *Rivista Critica del Diritto Privato,* Anno XVIII, núm. 3, settembre 2000, pp. 451-481.
SALVAT, R. M. *Tratado de Derecho Civil Argentino - Derechos Reales,* 4.ª edición actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Sofanor Novillo Corvalán, Tomo I, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951.
SALVO VENOSA, S. de. *Direito Civil,* vol. 5, *Direitos Reais,* 9.ª edição, Atlas, São Paulo, 2009.
SÁNCHEZ ROMÁN, F. *Estudios de derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código Civil é Historia General de la Legislación Española,* Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», Madrid, 1900.
SANCHO REBULLIDA, F. de A. El sistema de los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra, en *Anuario de Derecho Civil,* enero-marzo MCMLXXIV, Madrid, Publicación periódica del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1974, pp. 67-90.
SANTOS BRIZ, J. *Derecho Civil - Teoría y Práctica,* Tomo II: Derecho de Cosas, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, s.d.
SANZ FERNÁNDEZ, Á. *Instituciones de Derecho Hipotecario,* Tomo II, Madrid, Reus, 1953.
SATURNO, A. Capitolo 39 en Stanzione, Pasquale [dir]: *Manuale di diritto privato,* Torino, Giappichelli, 2006.
SCHÄFER, H.-B., OTT, C. *Manual de análisis económico del derecho,* traducción de Macarena Von Carstenn - Lichterfelde [título original: Lehrbuch der ökonomischen analyse des Zivilrechts], Madrid, Tecnos, 1986.
SERVAT ADUÁ, J. Derechos reales y pactos de trascendencia real, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año 1948, núm. 247, Madrid, pp. 750-769.
SMITH, H. E. *Community and custom in property,* en *Theoretical Inquiries in Law,* vol. 10:5, 2009, pp. 5-41.
SPARKES, P. Certainty of Property: *Numerus Clausus* or the rule of no name?, en *European Review of Private Law* 3-2012, Kluwer Law International BV, pp. 769-804.
TRABUCCHI, A. *Instituciones de Derecho Civil. I. Parte General. Negocio jurídico. Familia. Empresas y Sociedades. Derechos reales*. Traducción de la decimoquinta

edición italiana, con notas y concordancias al Derecho Español por Luis Martínez-Calcerrada, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1967.

TRIMARCHI, P. *Istituzioni di diritto privado,* 12.ª edición, Milano, Giuffrè, 1998.

TRUJILLO CALZADO, M. I. *La constitución convencional de comunidades: el contrato de comunicación de bienes,* Barcelona, Bosch, 1994.

VALDES, H., ORCHANSKY, B. *Lecciones de Derechos Reales,* Tomo I, Buenos Aires, Lerner, 1969.

VALENCIA ZEA, A. *Derecho Civil*. Tomo II: *Derechos Reales,* Bogotá, Temis, 1958.

VALIENTE NOAILLES (H), L. M. *Derechos reales,* Buenos Aires, Depalma, 1958.

VALLET DE GOYTISOLO, J. Derechos reales - Cursillo de conferencias pronunciadas por D. Juan Vallet, reseña efectuada por Francisco Sánchez de Frutos, en *Anuario de Derecho Civil,* enero-marzo MCMLII, Madrid, Publicación periódica del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1952, pp. 675-695.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B. Determinación de las relaciones jurídicas referentes a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto de tercero, en *Estudios sobre Derecho de Cosas. I - Temas Generales,* Madrid, Montecorvo, 1985, pp. 253-364.

VALVERDE Y VALVERDE, C. *Tratado de Derecho civil Español,* Tomo II, *Parte Especial - Derechos Reales,* 2.ª edición, Valladolid, Talleres Tipográficos Cuesta, 1920.

VÉLEZ TORRES, J. R. *Curso de Derecho civil,* Tomo II: *Los bienes. Los derechos reales,* Madrid, sin dato, 1983.

VODANOVIC H., A. *Curso de Derecho Civil, basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga,* Tomo II: *De los bienes,* 2.ª edición, Santiago de Chile, Nascimento, 1957.

WAAL, M. J. de. The Uniformity of Ownership, *Numerus Clausus* and the Reception of the Trust Into South African Law, en *European Review of Private Law,* volume 8, núm. 1, Ed. E. H. Hondus —Holanda— & M. L. Storme —Bélgica—, impreso en Holanda, 2000, pp. 439-452.

WOLFF, M. *Derecho de cosas,* décima revisión por Martin Wolff y Ludwig Raiser [traducción española con anotaciones de Blas Pérez González y José Alguer], Volumen Primero: *Posesión - Derecho Inmobiliario - Propiedad,* Tercera edición al cuidado de José Puig Brutau, en Enneccerus, Ludwig - Kipp, Theodor - Wolff Martin: *Tratado de Derecho Civil*, Tercer tomo: *Derecho de cosas* I, Barcelona, Bosch, 1971.

WORTHINGTON, S. *The Disappearing divide between property and obligation: The impact of a aligning legal analysis and comercial expectation,* in *Texas International Law Journal,* vol, 42: 917, s.d., pp. 917-939.

YGLESIAS, A. El número de los derechos reales, la superficie y los derechos de adquisición, en *Anuario de Derecho civil uruguayo,* Tomo XXV, al cuidado de Santiago Carnelli —jurisprudencia— y Jorge Gamarra —doctrina—, Uruguay, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1995.

ZAVALA RODRÍGUEZ, C. J. *El derecho de propiedad: Los criterios de Vélez,* E.D. pp. 28-855.

ZIFF, B. *Yet another function for the Numerus Clausus principle of property rights, and a useful one at ohat,* (March 19, 2012), University of Albarta, Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2026088 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2026088.

NOTAS

[1] También puede consultarse mi tesis doctoral, donde se analizan detenidamente todas las cuestiones que aquí se exponen de manera resumida (PERALTA MARISCAL, Leopoldo L.: *Sistemas de derechos reales: numerus apertus y numerus clausus,* Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015).

[2] GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español,* 5.ª edición, Tomo Segundo, Madrid, Librería de Gabriel Sánchez, 1881, en pp. 52-55.

FALCÓN, M. *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral,* Tomo II, 3.ª edición, España, Gracia - Tipografía Industrial Económica, 1888, p. 20.

SÁNCHEZ ROMÁN, F. *Estudios de derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código Civil é Historia General de la Legislación Española,* Est. Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», Madrid, 1900, p. 10.

VALVERDE Y VALVERDE, C. *Tratado de Derecho civil Español,* Tomo II, *Parte Especial - Derechos Reales,* 2.ª edición, Valladolid, Talleres Tipográficos Cuesta, 1920, p. 19.

[3] DE BUEN, D. Notas sobre el Derecho Civil Español en COLIN, Ambrosio; CAPITANT, H: *Curso Elemental de Derecho Civil*, traducción por la Redacción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 2.ª edición revisada por Juan Ossorio Morales, Tomo segundo, vol. II: De los bienes y de los derechos reales principales, Madrid, Reus, 1942.

CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español Común y Foral, obra ajustada al programa para las oposiciones a notarías determinadas,* sexta edición, Tomo II [Derechos reales - Derecho de obligaciones], Madrid, Reus, 1943, p. 28. ROCA SASTRE, Ramón M.ª: *Derecho Hipotecario,* Tomo II, sexta edición, Barcelona, Bosch, 1968, p. 635.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B. Determinación de las relaciones jurídicas referentes a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto de tercero, en *Estudios sobre Derecho de Cosas. I - Temas Generales,* Madrid, Montecorvo, 1985, pp. 253 y sigs.

ROCA SASTRE, R. M.ª: *Derecho Hipotecario,* Tomo II, sexta edición, Barcelona, Bosch, 1968, p. 635.

VÉLEZ TORRES, J. R. *Curso de Derecho civil,* Tomo II: *Los bienes. Los derechos reales,* Madrid, sin dato, 1983, p. 31.

CHICO ORTIZ, J. M. *Complemento al Derecho hipotecario y su legislación,* Madrid, Montecorvo, 1974, p. 120.

SERVAT ADUÁ, J. Derechos reales y pactos de trascendencia real, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año 1948, núm. 247, Madrid, p. 752.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. Autonomía privada y garantías reales, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* —obra al cuidado de un comité organizador integrado por Antonio Cabanillas Sánchez, Jorge Caffarena Laporta, José María Miquel González, Vicente L. Montés Penadés, Antonio Manuel Morales Moreno y Fernando Pantaleón Prieto—, Tomo III: «Derecho Civil - Derechos Reales - Derecho de Familia», Madrid, Civitas, 2003, p. 3754.

RODRÍGUEZ ROSADO, B. *Fiducia y pacto de retro en garantía,* Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 177.

GARCÍA AMIGO, M. Condominio pro diviso o propiedad separada, en *Revista de Derecho Privado,* Tomo LVIII [enero-diciembre 1974], Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1974, p. 187.

OTERO VALENTÍN, J. Derechos posibles con relación a las cosas, en *Revista de Derecho Privado,* Tomo VIII, enero-diciembre de 1921, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 262-264.

SANZ FERNÁNDEZ, Á. *Instituciones de Derecho Hipotecario,* Tomo II, Madrid, Reus, 1953, p. 350.

NÚÑEZ LAGOS, R. El Registro de la Propiedad Español, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año XXV, núm. 250, mayo de 1949, p. 146.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. *Curso de Derecho civil III - Derecho de cosas. Vol. I - Introducción. La posesión,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, pp. 45-46.

ESPÍN CANOVAS, D. *Manual de Derecho Civil Español,* vol. II: *Derechos Reales,* 5.ª edición, Editorial Revista de Derecho Privado y Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1977, p. 11.

ROMÁN GARCÍA, A. *La tipicidad en los Derechos Reales,* Madrid, Montecorvo, 1994, p. 74.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. La calificación registral en el pensamiento de don Jerónimo González. Su vigencia actual, en Gómez Gálligo, Francisco Javier: *La calificación registral,* Tomo 1, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Segunda edición, Madrid, Thomson-Civitas, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 150.

QUESADA SÁNCHEZ, A. J. *El legislador y los particulares a la hora de crear nuevos Derechos Reales: reflexiones inducidas por una Ley,* Internet.

MOZOS, J. L. de los. *Estudios sobre Derecho de los bienes,* Madrid, Montecorvo, 1991, pp. 48-49.

PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho Civil,* Tomo III, Barcelona, Bosch, 1953, p. 31.

SANTOS BRIZ, J. *Derecho Civil - Teoría y Práctica,* Tomo II: «Derecho de Cosas», Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, sin data, pp. 22-23.

GARRIDO, P. *Spain,* Internet, http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/Spain.pdf, pp. 3-4.

OSSORIO MORALES, J. *Las servidumbres personales [ensayo de sistematización],* Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1936, pp. 88-91.

MONTÉS PENADÉS, V. L. El Derecho Real. 3. Organización y disciplina de los derechos reales. 6. La cuestión del *numerus clausus*. Los derechos reales atípicos, en López y López, Ángel M. y Montés Penadés, Vicente L —coordinadores—: *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 55.

FONT BOIX, V. Posibilidad de nuevos tipos de derechos reales: posición de la ley, de la doctrina y de la jurisprudencia, en *Revista de Derecho Español y Americano,* año V, núm. 24, Madrid, 1958, pp. 373-374.

BORRELL Y SOLER, A. M. *Derecho Civil Español,* Tomo Segundo: *Derechos Reales,* Barcelona, Bosch, 1955, p. 429.

CONTRERAS, P. P. Capítulo 1 en Contreras, Pedro Pablo [coord], Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos y Pérez Álvarez, Miguel Ángel: *Curso de Derecho Civil [III] - Derechos Reales,* Madrid, Colex, 2004, p. 42.

CORRAL DUEÑAS, F. La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año 1984, núm. 561, Madrid, p. 274, quien cita la comunicación presentada Enrique Moreno de Acevedo a las Jornadas Nacionales de Derecho Agrario, organizadas por el IRYDA, Madrid, 1974.

[4] ROMÁN GARCÍA, A. *La tipicidad en los Derechos Reales,* Madrid, Montecorvo, 1994, p. 84.

DÍEZ PICAZO, L. Autonomía Privada y Derechos Reales, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año LII, marzo-abril de 1976, núm. 513, Madrid, p. 303; también en Autores Varios: *Libro Homenaje a Ramón M.ª Roca Sastre*, Volumen II, Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1977, p. 328.

LACRUZ BERDEJO, J. L. El sistema de derechos reales limitados. ¿*numerus clausus* o *numerus apertus*? Planteamiento. La polémica en el Derecho español. Los límites a la creación de nuevos tipos de derecho real, en LACRUZ BERDEJO, José Luis - LUNA SERRANO, Agustín - DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús - MENDOZA OLIVAN, Víctor: *Derechos Reales,* Volumen Primero: *Posesión y Propiedad,* 3.ª edición [reimpresión revisada en 1991], Barcelona, Bosch, 1990, p. 28.

[5] SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: El sistema de los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra, en *Anuario de Derecho Civil,* enero-marzo MCMLXXIV, Madrid, Publicación periódica del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1974, p. 67.

[6] MARTÍN PÉREZ, A. *Derechos Reales I - Doctrinas Generales - La Posesión,* Zaragoza, Noticiero, 1958, pp. 21-22.

HERNÁNDEZ GIL, A. *Derecho de obligaciones,* Madrid, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, 1983, pp. 50-51

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *Curso de derechos reales,* Tomo I: *Propiedad y posesión,* Madrid, Civitas, 1986, p. 19.

[7] Conf. Oliveira Ascensão, José de: *A tipicidade dos direitos reais,* Lisboa, Livraria Petrony, 1968, pp. 89-90.

[8] Resolución de la DGRN de 1 de abril de 1981, citada por Román García, Antonio: *La tipicidad en los Derechos Reales,* Madrid, Montecorvo, 1994, pp. 151-152.

[9] Boletín Oficial del Estado del 9 de noviembre de 1996.

[10] Citada por GORDILLO CAÑAS, A. El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular, en *Anuario de Derecho Civil,* Tomo LI, fascículo II, Madrid, Ministerio de Justicia —Centro de Publicaciones— y Boletín Oficial del Estado, 1998, p. 477.

[11] Citadas por DÍEZ PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* Volumen tercero: *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión.* 4.ª edición, Madrid, Civitas, 2005, p. 125.

[12] Citada por LASARTE, C. *Principios de derecho civil*, Tomo 4, Propiedad y derechos reales de goce, 4.ª edición, Barcelona, Marcial Pons, 2002, p. 15.

[13] Citada por MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. *Derechos reales y titularidades reales,* en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 736, pp. 763-859, pp. 813-814.

[14] En las páginas 339/352 de la obra citada en la primera nota al pie he recopilado gran cantidad de resoluciones restrictivas, algunas de las cuales llegan al punto de contradecir su propia línea jurisprudencial aperturista. Allí me remito.

[15] ROMÁN GARCÍA, Antonio: *La tipicidad en los Derechos Reales,* Madrid, Montecorvo, 1994, p. 169.

[16] Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1929, citada por Camy SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: *Índices generales de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Años 1925-1984.* Tomo II, Madrid, Ed. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, p. 1273.

[17] Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1963, citada por GARCÍA AMIGO, M. Condominio pro diviso o propiedad separada, en *Revista de Derecho Privado,* Tomo LVIII [enero-diciembre de 1974], Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1974, p. 176.

[18] Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1893, citada por CORRAL DUEÑAS, F. La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año 1984, núm. 561, Madrid, p. 288.

[19] Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1922, citada por CORRAL DUEÑAS, F. La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año 1984, núm. 561, Madrid, p. 288.

[20] Conf. PARISI, F. Entropy in property, en *The American Journal of Comparative Law,* vol. 40, 595 2002, p. 622: «If we had no demand for the creation of atypical property rights, the *numerus clausus* doctrine would have no reason to exist, or else its abstract application would be uncontroversial. In real life, however, individuals do attempt to create alternative property interests, rendering such doctrines relevant and often controversial».

[21] Como dice RAMS ALBESA, «La concepción de un dominio privado pleno; es decir, susceptible de la más libre transmisión, transformación y utilización sobre las cosas, aunque principalmente inmuebles, que por ser libres e integradas en el tráfico pueden dar lugar a facultades susceptibles también de tráfico por el cual darán lugar a la generación

de derechos de goce, adquisición y garantía, obliga al Sistema jurídico a decidir, de forma clara y contundente, si tales derechos deben tener tipificación formal y material, si admiten modificaciones y con qué alcance o si, por el contrario, es suficiente la autonomía de la voluntad, también convertida en principio esencial del sistema, para su generación y configuración». (Rams Albesa, Joaquín: *El derecho real o de cosas,* en Rams Albesa, Joaquín (dir.): *Tratado de Derecho Civil,* Tomo VI, *Derechos Reales,* vol. 1, Madrid, Iustel, 2014, p. 138).

[22] Conf. Akkermans, quien sostiene: «In all legal systems under discussion, the principle of *numerus clausus*, the idea that there are limitations on the number and the content of property rights available for private parties, is present. In a system adhering to such a general idea, parties are not necessarily prohibited from creating new property rights, but the addition of new rights might be subject to serious restrictions. However, in other legal systems, such as the strict civil law systems of Germany and the Netherlands, parties may be prohibited by law from creating new property rights altogether. In these systems the principle of *numerus clausus* finds expression in such a way that it might be called a *rule* of *numerus clausus*». (Akkermans, Bran: *The principle of numerus clausus in European property law,* Intersentia, Ius Commune Europaeum Series, núm. 75, 2008, p. 403).

[23] Costanza, Maria: *Il contratto atipico,* Milano, Giuffrè, 1981, pp. 171-174, quien con importante cortejo argumental señala: «L'idea di un numero chiuso come limite alla privata autonomia non è giustificabile né dal punto di vista storico né sotto il profilo tecnico relativamente all´attuale ordinamento. Il principio del numero chiuso, come già si è ricordato, sorse come difesa dei diritti dell´individuo nei confronti dello Stato. Sembra quanto meno strano, perciò, che oggi esso possa essere utilizzato in senso opposto, quale prerogativa attribuita allo Stato. E ciò dovrebbe ammettersi anche da coloro che attribuiscono al principio del *numerus clausus* un valore solidaristico: esso costituirebbe un freno alle prevericazioni dei soggetti economicamente più forti nei confronti di quelli più deboli. L'opinione sarebbe da condividere se l'ordinamento non contemplasse altri strumenti che, in modo analogo e forse più incisivo, realizzano la medesima funzione. Il controllo che lo Stato esercita sugli atti di privata autonomia attraverso gli interventi c.d. integrativi, sia di natura sostitutiva (art. 1339) sia suppletiva (art. 1374), impedisce almeno tendenzialmente la instaurazione di raporti giuridici iniqui. In altri termini, anche senza una spoliazione dei privati del potere di autodeterminazioni dei propri interessi, l'ordinamento può incidire sul contenuto delle relazioni interoggetive. L'attribuire allo Stato la esclusiva regolamentazione di talune situazini giuridiche, quali quelle di natura reale, sarebbe quindi eccessivo rispetto allo scopo che si vuole raggiungere, di evitare l'abuso della libertà contrattuale— Le considerazioni svolte appaiono ancor più plausibili se si considera che nell´attuale assetto istituzionale lo Stato non costituisce lo esclusivo portavoce dell'interesse superindividuale di cui, invece, esistone esponenti più qualificati: i gruppi intermedi porratori di un interesse omogeneo. Anzi, da questo punto di vista, attribuire allo Stato la competenza esclusiva in ordine alla disciplina di taluni rapporti giuridici potrebbe rivelarsi pericoloso: lo Stato avrebbe una posizione di privilegio di cui potrebbe facilmente abusare. E in tal senso non mancano esempi concreti. Basti pensare alla imposizione di vincoli sulla proprietà privata al di là dei «limiti costituzionali», e cioè non in funzione di una utilità sociale […] A differenza di quanto avvrebbe in attuazione del c.d. principio del *numerus clausus* (dei diritti reali) non si negherebbe *a priori* la creazione per iniziativa dei privati di rapporti reali diversi da quelli codificati, ma se ne ammetterebbe la efficacia giuridica solo in quanto meritevoli di protezione da parte dell'ordinamento. E ciò appare particolarmente opportuno al fine di evitare un distacco accentuato tra realtà sociale e realtà legale, frattura che sarebbe ingiustificata dato che l'ordinamento predispone delle norme di «cerniera» fra il diritto e la società […]. Da quanto fin qui considerato emerge dunque che le regole poste dall´ordinamento come limiti all´esercizio dell´autonomia privata sono, per lo meno potenzialmente, idonee a realizzare da sole la «*Gerechtigkeit*» dei rapporti giuridici, pur senza frenare la evoluzione delle forme delle relazioni intersoggettive, in conformità alle tendenze istituzionali del contrato, fonte prevalente se non esclusiva di ogni situazione giuridica».

[24] Akkermans, Bran: *The principle of numerus clausus in European property law,* Intersentia, Ius Commune Europaeum Series, núm. 75, 2008, pp. 560, 563, 564 y 570: «The system of *numerus clausus* as a test in European property law offers an *ex post* decision model as opposed to the currently recognized *ex ante* decision models. In other words, only after the legal relation has been created will the system of property law decide on the property effect. Traditionally, *ex ante* models mean that only when certain criteria are fulfilled can a property relation come into existence. The great advantage of an *ex post* system is that it offers more flexibility and that only in cases where something goes wrong with the characterisation of the right, does the test need to be invoked. Moving towards an *ex post* model would require some alterations to the national systems of property law, but not too many alterations. The creation of property rights has, under the test, become partly a matter of Community law, especially the decision whether a legal relation is a property right or not. However, the remaining rules on its existence and the rules on its exercise and, partly, its destruction, continue to belong to national property law, at least until Community legislation in that field is passed. […] The European property law access test suggests changing the focus from static property law to dynamic property law where there is more room for party autonomy. In the light of the developments in national property law, as well as in international and European property law, such a change in focus seems justified. […] Until now, the principle of *numerus clausus* has found expression in a rule created by a legislature, or as a principle of law advocated by a court, depending on the hierarchy of sources in a legal system. When it comes to the further making of European property law, property law in the European Union, applying in all the Member States, the principle of *numerous clausus* might possibly find expression as an access test, using an *ex post* approach to the creation of property relations. […] The access test could be formulated in three phases. First, when parties attempt to create a relation, that relation must be expressed in terms of powers contained in the primary right, and the relation must be made in respect to an object that is capable of being subject to that primary right. Secondly, the parties must have expressed their intent to bind not only themselves, but also their successors in title. Parties must have a sufficient interest to do so. Thirdly and finally, as a matter of policy, the relation that is created must be classified in terms of one of the existing categories of property relations: lesser rights to use, lesser rights for security, or anticipatory rights. When the legal relation cannot be expressed in terms of one of these categories, express attention, and this is the policy part, must be paid to the creation of a new, additional category».

[25] YGLESIAS, A. «El número de los derechos reales, la superficie y los derechos de adquisición», en *Anuario de Derecho civil uruguayo,* Tomo XXV, al cuidado de Santiago Carnelli —jurisprudencia— y Jorge Gamarra —doctrina—, Uruguay, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1995, pp. 629-630.

[26] NÚÑEZ LAGOS, R. El Registro de la Propiedad Español, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* año XXV, núm. 250, mayo de 1949, pp. 146-147.

[27] GORDILLO CAÑAS, A. «Bases del Derecho de cosas y principios inmobiliario Registrales: Sistema español», en *Anuario de Derecho Civil,* vol. 48, núm. 2, Madrid, Ministerio de Justicia —Centro de Publicaciones— y Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 551-552.

[28] FERRI, L. *La autonomía privada,* Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, traducción de Luis Sancho Mendizábal, 1969, p. 13.

[29] PERALTA MARISCAL, L. L. *Sistemas de Derechos Reales: numerus apertus y numerus clausus,* Santa Fe (Argentina), Rubinzal-Culzoni, 2015.

[30] GARCÍA AMIGO propuso en 1974, cuando aún no se conocía en la teoría económica la denominada «tragedia de los bienes anticomunes» (concepto que seguidamente esclareceremos), un muy interesante análisis económico «intuitivo» del sistema de *numerus apertus*, al señalar los graves problemas que trae aparejados el «condominio *pro diviso*». Es muy interesante observar cómo en ese momento el doctrinario español explicó que esta figura padece los puntuales problemas que varios años después fueron demostrados a través del análisis económico del derecho. Sus observaciones, acertadas por cierto, son una contundente

justificación por sí solas de la inconveniencia de la instauración de un sistema de *numerus apertus* en materia de derechos reales, por lo menos si no está acabadamente regulado como para contener lo suficiente la autonomía privada de manera tal que no de cauce a situaciones jurídicas inconvenientes, como el condominio *pro diviso*. Nos señala GARCÍA AMIGO que «Cuando una institución vive durante siglos [nota al pie: FLORES DE QUIÑÓNEZ: Comunidad y servidumbre de pastos, *RDP,* 1933, p. 165, recoge en la nota (23) la donación que se hace a la catedral de León en 1173, y declara: «aquí tenemos una verdadera comunidad con multiplicidad de aprovechamientos dispares sobre una misma finca y a favor de diferentes personas». —Desde 1173 hasta hoy supone una vida realmente larga de la nuestra institución; claro que, al menos hoy, su pervivencia se explica más por la inercia que por su utilidad económico social] al amparo del Derecho consuetudinario —como ocurre u ocurrió con la que nos ocupa— es claro que nace al calor de actos jurídicos que emanan de las necesidades sociales. Otros tiempos —con otra política, otra economía, otra técnica en el sector agrario— permitían resolver los problemas económico sociales mediante la desmembración de las diversas producciones de que fuese susceptible un fundo: el cultivar una parcela que produjese el trigo necesario para el consumo familiar, originaba el desmembramiento de un derecho de siembra; la economía de «la vaca de la dehesa boyal» ocasionaba la desintegración del derecho de pastos a favor generalmente de una comunidad popular, y la pervivencia de gentes sobre terrenos no muy productivos en cosecha —que debían descansar varios años entre cultivo y cultivo— planteaba la conveniencia de aprovechar comunitaria y separadamente los pastos de tales fundos en dichos periodos […] Tales bases socio-económicas han cambiado sustancialmente en los momentos actuales, y desde luego estimamos que la evolución positiva es irreversible […] Pues bien, uno de los obstáculos jurídicos en estos nuevos tiempos, es la excesiva fragmentación agraria: la división empresarial, la división en pequeñas parcelas, la división de un fundo en distintos aprovechamientos. Esta última es, evidentemente, la más retrógrada respecto de esa nueva agricultura: la distinta titularidad jurídica —con caracteres de absoluta e intangible— sobre las diversas producciones de una misma finca es incompatible con la nueva economía agraria, que requiere transformaciones de cultivo y mejoras permanentes, que exige capitalización en inversiones, que necesita del crédito fundiario. Pues bien, para todo esto es inadecuada, un obstáculo insalvable, nuestra institución. En efecto: —El titular del derecho de siembra, en estos terrenos pobres para el cultivo y generalmente en pequeñas extensiones, hace tiempo que ha dejado de sembrar: los costos agrícolas del empresario eliminan la rentabilidad de las pequeñas explotaciones, máxime si la producción es escasa debido a la baja calidad de los suelos; es preferible el sueldo fijo en una explotación grande o en otros sectores económicos. Como consecuencia del no cultivo por el titular del derecho de siembra —y nadie más que él puede hacerlo— las parcelas se llenan de maleza, de monte bajo que impide la existencia de pastos, con lo que el titular de estos se ve empobrecido, cuando no eliminado. —El titular del monte, del vuelo, al no valer las leñas, abandona igualmente los cuidados propios del monte; y al no cuidarse los árboles la producción de bellota en *(rectius:* «es») escasa o nula; además, en las fincas cuyo vuelo está materialmente dividido en «suertes», el aprovechamiento de la montanera se hace prácticamente imposible, ya que no puede realizarse con ganado, dado lo pequeño de dichas parcelas y menos aún el recoger la bellota, procedimiento absolutamente antieconómico. —Como consecuencia de lo expuesto antes, los pastos —único aprovechamiento rentable hoy en las grandes fincas de secano pobre— se ven minimizados por la cobertura de terrenos por la maleza: la jara, la escoba, la carrasca, la mata, la retama, etc., recubren la superficie, reduciendo prácticamente a cero también la viabilidad del tercer derecho: con tanta *desintegración jurídica* hemos «desintegrado» también la economía del fundo: cada titular de los distintos derechos tiene derecho a no tener nada. —Por otra parte, la capitalización del fundo, las inversiones en mejoras, las transformaciones de cultivos son inviables por la existencia de los derechos separados: fincas marginales para la siembra de cereal, podrían ser transformadas en praderas mediante la siembra de pratenses, previa limpieza del suelo y el entresaque del encinado excesivo; fincas con arbolado alcornocal exclusivo o predominante

podrían ser explotadas en función de ese vuelo, hoy valioso por su corcho y su montanera; fincas con mejor calidad de terreno o susceptibles de regadío podrían explotarse en función de este nuevo destino agrícola —operaciones todas ellas, por lo demás, estimuladas y subvencionadas por la Administración—. Pero a cada una de estas finalidades viables y económicas de la propiedad rústica —artículos 1.º y 2.º de la Ley de Reforma y desarrollo agrario— se oponen los titulares de los otros derechos separados—. A todo ello hay que añadir la falta general de titulación y consiguiente inscripción registral de los derechos separados, especialmente cuando son detentados por comunidades o por muchos titulares sobre pequeñas parcelas de siembra o arbolado; pero, sobre todo, representa la imposibilidad del crédito hipotecario—. Por lo demás, el problema afecta a grandes extensiones en Extremadura; pero se extiende prácticamente a todo el territorio nacional: aunque no con identidad de fórmulas jurídicas, el problema existe en toda la zona norte y oeste del país, como lo revela la distinta procedencia de los supuestos que han llegado a ser decididos por el Tribunal Supremo. No conocemos datos exactos, pero sí podemos afirmar que tal situación jurídica domina miles, cientos de miles de hectáreas: solo el *término municipal* de Cáceres se ve afectado en más de 17.000 hectáreas. Y es de resaltar que precisamente se presenta el problema en zonas de «economía deprimida», en las «fronteras del subdesarrollo», en regiones de «economía de montaña», donde el retraso económico es más acentuado y donde la necesidad de racionalización se hace más perentoria». (GARCÍA AMIGO, Manuel: Condominio pro diviso o propiedad separada, en *Revista de Derecho Privado,* Tomo LVIII —enero-diciembre 1974—, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1974, pp. 194-196).

[31] RUDDEN, B. La Teoria Economica contro la 'Property Law': il problema del 'Numerus Clausus', en *Rivista Critica del Diritto Privato,* Anno XVIII, núm. 3, settembre 2000, pp. 478-479: «La letteratura attuale non offre alcuna spiegazione economica del *Numerus Clausus*, e sembra piuttoso ignorarne ampiamente l'esistenza. Ciò è strano, considerata la preocupazione degli autori per i meccanismi di formazioni dei prezzi…».

[32] MERRILL, T. W., SMITH, H. E. Optimal Standardization in the Law of Property: The *Numerus Clausus* Principle, in *The Yale Law Journal,* volume 110, october 2000, num. 1, pp. 5-6.

[33] ROEMER, A. *Introducción al análisis económico del derecho,* traducción de José Luis Pérez Hernández, México, editado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y el Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 43.

[34] ROEMER, A. *Introducción al análisis económico del derecho,* traducción de José Luis Pérez Hernández, México, editado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y el Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 48.

[35] Conf. ROEMER, A. *Introducción al análisis económico del derecho,* traducción de José Luis Pérez Hernández, México, editado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y el Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 52, quien dice que «Suponiendo que los individuos tratan de actuar racionalmente, puede pensarse que el nivel de los costos de cualquier negociación depende de cómo esté organizado el marco institucional, incluyendo los derechos de propiedad—. Consecuentemente, una importante vinculación entre los conceptos de derechos de propiedad, instituciones y costos de las transacciones es que, dado el costo de la producción y el conocimiento organizacional, los gobiernos que tratan de ser eficientes deben seleccionar una estructura organizacional (es decir, instituciones) que minimice los costos de transacción».

[36] HELLER, M. A. The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets en *Harvard Law Review,* vol. 111, January 1998, núm. 3, pp. 667-668, quien luego señala que llevadas las cosas a su punto extremo, la teoría de los anticomunes no es más que un experimento intelectual: «At this level of generality, the anticommons is more of a "thought experiment" than a useful category for property theory or policy analysis».

[37] HELLER diferencia clara y gráficamente los conceptos de propiedad privada, propiedad anticomún (en su versión atenuada) y propiedad común, por lo que es esclarecedor recurrir a sus términos textuales: «Private property usually breaks up the material world «vertically»,

with each owner controlling a core bundle of rights in a single object, subject to allowable forms of decomposition, up to the skies and down to the depths. By contrast, anticommons property creates «horizontal» relations among competing owners of overlapping rights in an object. A commons property retime might the shown without either horizontal or vertical heavy lines. Owners A, B and C would then each have the privilege to use objects 1, 2, and 3 without seeking permission from the others» (Heller, Michael A.: The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets en *Harvard Law Review,* volume 111, January 1998, núm. 3, p. 670).

[38] Conf. HELLER, M. A. The boundaries of private property, en *The Yale Law Journal,* vol. 108, núm. 6 [Apr., 1999], p. 1176.

[39] COASE, R. El problema del costo social, publicado originalmente bajo el título The Problem of Social Cost en *The Journal of Law and Economics,* octubre de 1960, pp. 1-44.

[40] HELLER, M. A. The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets en *Harvard Law Review,* vol. 111, January 1998, núm. 3, pp. 675-676.

[41] Como explica HELLER, «Although the commons and the anticommons are not necessarily tragic, they often will be in a world of positive transaction costs, strategic behaviors, and imperfect information. To the extent one believes that a «pessimistic view of human capacity for trustful cooperation» is a good predictor of behavior, the tragic cases may be dominant» (Heller, Michael A.: The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets en *Harvard Law Review,* volume 111, January 1998, núm. 3, pp. 676-677).

[42] COOTER, R., ULEN, T. *Derecho y economía,* traducción de Eduardo L. Suárez [título original: *Law and Economics*], México, Fondo de Cultura Económica, 1.ª edición en español, reimpresión, 1999, p. 118.

[43] COOTER, R., ULEN, T. *Derecho y economía,* traducción de Eduardo L. Suárez (título original: *Law and Economics*), México, Fondo de Cultura Económica, 1.ª edición en español, reimpresión, 1999, p. 122.

[44] GARCÍA AMIGO, M. Condominio pro diviso o propiedad separada, en *Revista de Derecho Privado,* Tomo LVIII [enero-diciembre de 1974], Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1974, p. 199.

[45] Ver COOTER, R., ULEN, T. *Derecho y economía,* traducción de Eduardo L. Suárez (título original: *Law and Economics*), México, Fondo de Cultura Económica, 1.ª edición en español, reimpresión, 1999, cuadro IV.3, p. 124.

[46] Aun fuera de la teoría económica, el problema de la subexplotación se deja entrever en el siguiente párrafo de Pérez Pérez, cuando hace referencia a la dificultad que el condominio *pro diviso* conlleva para mejorar las explotaciones agrícolas: «El supuesto más frecuente es el de que uno de los partícipes aproveche el suelo mediante la siembra de cereales, otro tenga el disfrute exclusivo del arbolado de la finca y un tercero el derecho a aprovechar los pastos. Aunque la figura ha ido perdiendo importancia, ha continuado interesando a la doctrina, sobre todo porque ha tenido que contribuir a obviar los inconvenientes que la institución representaba para llevar a cabo mejoras en las explotaciones agrícolas y reformas en las estructuras agrarias, en particular con motivo de trabajos de concentración parcelaria». (Pérez Pérez, Emilio: *Las cotitularidades sobre bienes inmuebles. Derecho estatal y autonómico,* 2.ª edición ampliada y actualizada, Madrid, Bosch, 2008, pp. 206-207).

[47] PARISI, F., DEPOORTER, B., SCHULZ, N. Duality in Property: Commons and Anticommons, en *International Review of Law and Economics,* vol. 25, núm. 4, 2005; University of Virginia School of Law, Law & Economics Research Papers Series, Research Paper, núm. 00-16; George Mason University School of Law, Law and Economics Research Papers Series, Research Paper, núm. 00-32, p. 7: «To summarize: the anticommons problem can be understood as the problem of the independent decisions of two or more holders of fragmented property rights pertaining to some specific project».

[48] PARISI, F., DEPOORTER, B., SCHULZ, N. Duality in Property: Commons and Anticommons, en *International Review of Law and Economics,* vol. 25, núm. 4, 2005; University of Virginia School of Law, Law & Economics Research Papers Series, Research Paper,

núm. 00-16; George Mason University School of Law, Law and Economics Research Papers Series, Research Paper núm. 00-32, pp. 8-9: «The commons and anticommons relate to the above-defined normal case, as deviations in symmetric directions. In commons situations, the right to use stretches beyond the effective right (or power) to exclude others. Conversely, in anticommons situations, the co-owners' right of use is compressed, and potentially eliminated, by an overshadowing right of exclusion held by other co-owners. Put differently, in both commons and anticommons cases, rights of use and rights of exclusion have non-conforming boundaries. The lack of conformity causes a welfare loss from the forgone synergies between those complementary features of a unified property right».

[49] Tal podría ser el caso de una propiedad anticomún constituida sobre una zona de fauna silvestre, donde se restringen los derechos de uso de cada propietario para permitir conservar la fauna, manteniéndose con ese mismo fin los derechos de exclusión de todos; tiempo después, la fauna emigra y los propietarios se quedan ante una situación de propiedad restringida ineficiente, con múltiples derechos de exclusión inútiles y muy limitados derechos de uso.

[50] HARDIN, G. La tragedia de los comunes, traducción de Horacio Bonfil Sánchez, en *Gaceta Ecológica,* núm. 37, Instituto Nacional de Ecología, México, 1995, título original: «The Tragedy of Commons» en *Science*, v. 162, 1968, pp. 1243-1248.

[51] POSNER, R. A. *El análisis económico del derecho,* traducción de Eduardo L. Suárez (título original: «Economic Analysis of Law»), México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 77-78.

[52] Conf. PARISI, F., DEPOORTER, B., SCHULZ, N. «Duality in Property: Commons and Anticommons», en *International Review of Law and Economics,* vol. 25, núm. 4, 2005; University of Virginia School of Law, Law & Economics Research Papers Series, Research Paper núm. 00-16; George Mason University School of Law, Law and Economics Research Papers Series, Research Paper núm. 00-32, pp. 1-2: «…in situations when multiple owners hold rights to exclude others from a scarce resource an no one exercises an effective privilege of use, a resource might be prone to underuse: a problem known as the Tragedy of the Anticommons».

[53] HELLER, Michael A.: The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets en *Harvard Law Review,* volume 111, January 1998, núm. 3, p. 677.

[54] BUCHANAN, J. M., YOON, Y. J. Symmetric tragedies: commons and anticommons, en *Journal of Law and Economics,* vol. 43, núm. 1. (Apr. 2000), pp. 2-4.

[55] GARCÍA AMIGO, M. Condominio pro diviso o propiedad separada, en *Revista de Derecho Privado,* Tomo LVIII [enero-diciembre de 1974], Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1974, p. 196.

[56] GARCÍA AMIGO, M. Condominio pro diviso o propiedad separada, en *Revista de Derecho Privado,* Tomo LVIII [enero-diciembre de 1974], Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1974, p. 199.

[57] Conf. AKKERMANS, quien postula: «Too many property rights make it difficult to execute transfers in particular primary rights, as it is more difficult and more costly to find out what lesser property rights burden the primary right. In this respect the marketability argument might be further specified into a *finance-ability* argument. When, in order to offer finance for the acquisition of a primary right, the party offering the finance has to undertake a disproportionate effort to find out with what property rights the primary right is burdened, in order to estimate the risk of the transaction, the primary right loses not only value, but also transferability because finance is more difficult to obtain». (Akkermans, Bran: *The principle of numerus clausus in European property law,* Intersentia, Ius Commune Europaeum Series, núm. 75, 2008, p. 453).

[58] AKKERMANS, B. *The principle of numerus clausus in European property law,* Intersentia, Ius Commune Europaeum Series, núm. 75, 2008, p. 451: «Theoretically, when several co-holders of a primary right want to transfer the object on which they have a right, they must all agree to the transfer. When one party refuses his consent, in the absence of any rules, a tragedy of the anti-commons occurs».

[59] POSNER, R. A. *El análisis económico del derecho,* traducción de Eduardo L. Suárez (título original: «Economic Analysis of Law»), México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 78-79.

[60] HELLER, M. A. The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets en *Harvard Law Review,* vol. 111, January 1998, núm. 3, p. 678: «In the commons case, property theorists have proposed that societies may overcome tragedy by evolving toward private property relations. For example, Demsetz suggests that communities move to private property in a resource when technological or population pressures increase the differential between individual gain and social cost. When the effects of resource use are fairly localized, private property better aligns each owner's interest with the efficient level of use because each owner faces the full costs of overconsumption. In other words, the private property owner internalizes externalities for which the commons owner need not account. The theoretical arguments on the commons carry over, by analogy, to the problem of overcoming an anticommons. In the anticommons case, moving to a private property regime may better align each owner's interest with efficient use, because a private property owner faces the full cost of underconsumption».

[61] ALCHAIN, A. A. «Some economics of property rights», en *Il Politico, Revista di Scienze Politiche directa da Bruno Leoni,* Año XXX, núm. 4, diciembre de 1965, p. 820: «But when we recognize that transaction costs do exist, it seems clear that the partitioned rights hill be reaggregated into more convenients clusters of rights. If so, there should be an evolutionary force toward survival or larger clusters of certain types of rights in the sanctioned concept of property rights».

[62] Conf. MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. La función calificadora: una aproximación desde el análisis económico del derecho, en F. J. Gómez Gálligo: *La calificación registral,* Tomo 1, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Segunda edición, Madrid, Thomson-Civitas, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 36: «Lo esencial —insisto, lo esencial— no es la protección de los propietarios como clase social, sino la protección del sistema de *property right,* para lo que es necesario que *todos los derechos sean fácilmente identificables y verificables,* que su estatuto no esté sujeto a excesivas *incertidumbres jurídicas,* y que sean objeto de una *delimitación* lo suficientemente precisa como para que puedan ser protegidos eficazmente contra las intromisiones de otros».

[63] HELLER, M. A. The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets en *Harvard Law Review,* vol. 111, January 1998, núm. 3, p. 688: «Property theory and transition practice have given insufficient weight to the role that the bundling of rights plays in avoiding anticommons tragedy. Both theorists and practitioners assume that the key to creating private property is to define rights clearly, enforce contracts predictably, and let the market sort out entitlements. The experience of anticommons property in transition suggests that the content of property bundles, and not just the clarity of property rights, matters more than we have realized. We pay a high price when we inadvertently create anticommons property».

[64] Conf. HANSMANN, H., KRAAKMAN, R. Property, contract, and verification: the *numerus clausus* problem and the divisibility of rights, *Journal of Legal Studies,* vol. XXXI [June 2002], University of Chicago, p. 418.

[65] Conf. PARISI, Francesco; DEPOORTER, Ben; SCHULZ, Norbert: Duality in Property: Commons and Anticommons, en *International Review of Law and Economics,* vol. 25, núm. 4, 2005; University of Virginia School of Law, Law & Economics Research Papers Series, Research Paper, núm. 00-16; George Mason University School of Law, Law and Economics Research Papers Series, Research Paper No. 00-32, pp. 17 y sigs. En p. 21 leemos: «When considering the optimal choice of rules and the optimal structure of remedies, legal systems take into account these asymmetric costs and select rules designed to minimize the total deadweight losses of dysfunctional fragmentation».

[66] Conf. MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. La función calificadora: una aproximación desde el análisis económico del derecho, en F. J. Gómez Gálligo: *La calificación registral,* Tomo 1,

Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Segunda edición, Madrid, Thomson-Civitas, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 32: «El crecimiento solo tendrá lugar si la organización económica existente es eficaz y, en consecuencia, suministra a los individuos incentivos para emprender actividades socialmente deseables. Ello implica el establecimiento de un marco institucional y de una estructura de la propiedad capaces de orientar los esfuerzos económicos individuales hacia actividades que supongan *una equiparación entre la tasa privada y social de beneficios*».

[67] Como dice MÉNDEZ GONZÁLEZ, «…la contratación impersonal se caracteriza por una alta densidad o, si se prefiere, frecuencia contractual, hasta el punto de integrar una red o nexo de contratos interdependientes. En este mundo, puede decirse que quien contrata con alguien la adquisición de un bien, en rigor de un derecho real sobre un bien, no está contratando solamente con su transmitente sino con todas las personas que, con anterioridad, contrataron la adquisición y posterior transmisión del bien, pues puede verse afectado por las vicisitudes que afecten a tales contratos precedentes y que estén protegidas por una acción real, concebida como instrumento de protección del *ius diponendi* del propietario. La conexión intercontractual implica, por tanto, una interdependencia *inter tertios*, esto es, entre personas que contrataron en relación al mismo bien, pero no entre sí, sino con otras personas en algunos de los sucesivos contratos referentes al mismo bien, y que normalmente se desconocen entre ellas […] El entorno impersonal exige, por ello, que se preste a la vertiente intercontractual la misma atención que a la intracontractual. El mundo impersonal no está compuesto por un archipiélago contractual sino por una red o nexo de contratos.— Así, se parte del supuesto subyacente de que los efectos propios del contrato son los efectos *inter partes* y que los efectos frente a terceros son efectos reflejos o *indirectos,* sin caer en la cuenta de que la propia función de la contratación y, por tanto, del contrato —facilitar la reasignación permanente de recursos— exige prestar tanta atención al contrato como a la conexión intercontractual, especialmente en un contexto de contratación impersonal pleno de asimetrías informativas.— […] Sin embargo, en un contexto de contratación impersonal —como tal, pleno de asimetrías informativas— no se puede relegar y, menos aún, prescindir del análisis de las consecuencias derivadas de la conexión intercontractual, a la hora de articular un sistema transmisivo que cumpla su función, cual es facilitar la permanentemente reasignación de recursos escasos hacia quienes en cada momento se hallan en condiciones de hacer un uso más eficiente de los mismos, sin poner en riesgo la seguridad del propietario.— […] La conexión intercontractual objetiva sería aquella en la que el único vínculo que liga a las partes es su pretensión sobre el recurso en virtud de diferentes contratos, sin que exista entre ellas un tracto contractual». (MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando: Derechos reales y titularidades reales, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 736 [pp. 763-859], pp. 766-768).

[68] Conf. MERRYMAN, quien señala que «The exercise of power over resources through binding legal arrangements such as contracts and conveyances cannot be carried on in isolation. Others are invariably affected, and a fundamental question of policy in every system of government must be the nature and extent of the limits that will be imposed on the exercise of such power in order to preserve the opportunity for others to exercise similar power. Unchecked, liberty of alienation can be used to make property inalienable, and liberty of contract can be exercised in such a way as to deprive others of it» (MERRYMAN, John Henry: «Policy, autonomy, and the *numerus clausus* in Italian and American property law», en *The American Journal of Comparative Law,* vol. 12, 1963, pp. 225-226).

[69] HELLER, M. A. The boundaries of private property, en *The Yale Law Journal,* vol. 108, núm. 6 [Apr., 1999], p. 1180.

[70] Conf. PARISI, F. Entropy in property, en *The American Journal of Comparative Law,* vol. 40, 595 2002, pp. 595-596: «The economic forces that induce entropy in property are quite straightforward. Property division creates a one-directional inertia: unlike ordinary transfers of rights from one individual to another, reunifying fragmented property rights usually involves transaction and strategic costs higher than those incurred in the original deal».

[71] HELLER, M. A. «The boundaries of private property», en *The Yale Law Journal,* vol. 108, núm. 6 [Apr., 1999], p. 1180.

[72] HANSMANN, H., KRAAKMAN, R. Property, contract, and verification: the *numerus clausus* problem and the divisibility of rights, *Journal of Legal Studies,* vol. XXXI [June 2002], University of Chicago, p. 402: «The choice of a property rights regime must be made socially, prior to the point at which persons interact. It is not a choice that can be left to the decisions of individual actors pursuing individual transactions —or, as it might be put, left to the market. This means that there is no invisible hand to assure that the most efficient property rights regime will be adopted».

[73] Como dice MÉNDEZ GONZÁLEZ, «…es necesario que los *property rights* estén perfectamente definidos y protegidos, legal y contractualmente. Una sociedad será tanto más innovadora e incrementará tanto más sus posibilidades de crecimiento, cuanto más claramente defina su marco institucional los *property rights* (sic) y más los proteja, reduciendo con ello el grado de incertidumbre y de riesgo asociado a toda innovación (que, por lo dicho, es siempre jurídica). Una sociedad tendrá tantas menos posibilidades de crecimiento cuanto mayor sea el grado de imprecisión de su régimen de derechos de propiedad y, en consecuencia, más altos sean los «costes privados» de la innovación a causa de la ineficacia de los cauces de protección establecidos, ya que ello contribuirá a reducir la rentabilidad personal del innovador con respecto a sus expectativas». (MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P: La función calificadora: una aproximación desde el análisis económico del derecho, en F. J. Gómez Gálligo: *La calificación registral,* Tomo 1, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Segunda edición, Madrid, Thomson-Civitas, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 35).

[74] HANSMANN, H., KRAAKMAN, R. «Property, contract, and verification: the *numerus clausus* problem and the divisibility of rights», *Journal of Legal Studies,* vol. XXXI [June 2002], University of Chicago, p. 417: «…the civil law's *numerus clausus* doctrine today seems highly formalistic, and strict adherence to that doctrine seems counterproductive. It is not surprising, therefore, that there is reason for skepticism as to just how closely civil law jurisdictions adhere to a strict *numerus clausus* in practice».

[75] Conf. PARISI, F., DEPOORTER, B., SCHULZ, N. «Duality in Property: Commons and Anticommons», en *International Review of Law and Economics,* vol. 25, núm. 4, 2005; University of Virginia School of Law, Law & Economics Research Papers Series, Research Paper núm. 00-16; George Mason University School of Law, Law and Economics Research Papers Series, Research Paper núm. 00-32, p. 22: «The real question is not that of establishing where freedom of contract ends and where formalism in property begins. Freedom of contract and «numerus clausus» doctrines happily coexist in many legal systems of the world, including the Romanistic systems that gave origin to the «numerus clausus» doctrines. *The question is that of understanding why legal systems offer property-type remedies only in a limited range of situations, utilizing liability-type remedies in the majority of other cases*. Posed in these terms, the use of categorical distinctions confuses the real understanding of the matter».

[76] Conf. PARISI, Francesco; DEPOORTER, Ben; SCHULZ, Norbert: Duality in Property: Commons and Anticommons, en *International Review of Law and Economics,* vol. 25, núm. 4, 2005; University of Virginia School of Law, Law & Economics Research Papers Series, Research Paper, núm. 00-16; George Mason University School of Law, Law and Economics Research Papers Series, Research Paper, núm. 00-32, p. 24.

[77] Conf. ZIFF, B., *Yet another function for the «Numerus Clausus» principle of property rights, and a useful one at ohat,* (March 19, 2012), University of Albarta, p. 8. Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2026088 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2026088: «A quite different efficiency argument focuses on market problems that go beyond information processing. It has been argued that *numerus clausus* seeks to minimize the potential for the fracturing of rights. The existence of an excessive number of private property rights over a given item can create transactional gridlock, or what is commonly called an anticommons problem. Where a large number of rights-holders must agree to any proposed action, holdouts can easily stand in the way. Hence, limiting the number of potential property claims via *numerus clausus* acts as a buffer against the chance of a tragedy of the anticommons resulting (theory #4). And

the problem can be an enduring one, since property rights may be created to last forever, or in any event tend to be more durable than purely contractual rights. Transferability may also be affected because overburdened property may prove unappealing to purchasers (though in such a case one would think that the market would, in time, adjust the price accordingly)».

[78] RENDER señala: «Standardization enables us to better apprehend risk and thereby avoid catastrophic miscalculations such as those that led to the housing collapse. […] Complexity provides excellent camouflage, and its destructive capacity is frequently underestimated». (Render, Meredith M.: «Complexity in property», en *Tennessee Law Review,* vol. 81, 2014, pp. 79 y 81).

[79] Conf. WORTHINGTON, S., *The Disappearing divide between property and obligation: The impact of a aligning legal analysis and comercial expectation,* in *Texas International Law Journal,* vol. 42:917, s.d. (pp. 917-939), p. 926: «Once we examine the strategies the law employs to protect property owners (and, indeed, all right owners), it becomes clear that the strategy is *not* to limit the number of recognized property rights (adhering to the *numerus clausus* principle), but to limit the number of *risks* to which a stranger can be exposed and which might count as unauthorized interference with the rights of others».

[80] RENDER, M. M. Complexity in property, en *Tennessee Law Review,* vol. 81, 2014, p. 143: «In exercising criterial control over the forms of ownership, *numerus clausus* «tames» the wild beast of complexity and thereby makes it possible for us to stand in normative relation to objects in the world».

[81] RENDER, M. M. Complexity in property, en *Tennessee Law Review,* vol. 81, 2014, pp. 86-87: «Computational complexity refers to the amount of information that one must process in order to reach a conclusion or resolve an uncertainty. 49 In the context in which the term is applied here, complexity refers to the amount of information that one must process to draw conclusions about the substantive content of our duties and obligations with respect to tangible objects in the world. The central thesis of this piece holds that numerus clausus prevents our property interests from evolving into such complex entities that they present a situation of «intractable computational complexity».

[82] Al utilizar el término «consentimiento», respetamos la terminología de Arruñada, quien aclara que «En este trabajo empleamos los términos «consentimiento» y «costes derivados del consentimiento», en lugar del más genérico «costes de transacción», para distinguir los costes de la transacción privada entre vendedor y comprador, de los costes de transacción que surgen al obtener el consentimiento de cualquier tercero que pueda ostentar derechos reales sobre la misma finca». (ARRUÑADA, Benito: *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico,* Madrid, Centro de Estudios, 2004, p. 67, nota al pie núm. 25).

[83] ARRUÑADA, B. *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico,* Madrid, Centro de Estudios, 2004, p. 68.

[84] Conf. ARRUÑADA, B. *La contratación de derechos de propiedad: un análisis económico,* Madrid, Centro de Estudios, 2004, p. 70, quien señala que «En todo caso, sin el consentimiento de los titulares de derechos afectados, las transacciones producen una mezcla de derechos reales y de crédito, con efectos reales solo en la medida en que no se opongan a derechos reales supervivientes y con efectos obligacionales en todo lo que sí colisionen con tales derechos reales contradictorios. La proporción de derechos reales y obligacionales presentes en esta mezcla varía dependiendo del tipo de derechos en conflicto. En el caso extremo de una transmisión fraudulenta, el adquirente obtiene solo un derecho de crédito contra el transmitente si este no es el auténtico propietario. De forma más general, cualquier pretendido derecho real es, de hecho, parcialmente obligacional si se mantiene un derecho real contrapuesto o concurrente contra el mismo. Esto es cierto también en la mayor parte de los litigios relacionados con la titularidad».

[85] FIGUEROA CERCEDO, S. M. *¿Es eficiente tener un sistema de derechos reales «numerus clausus»?,* Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, e-book.

[86] FIGUEROA CERCEDO, S. M. *¿Es eficiente tener un sistema de derechos reales «numerus clausus»?,* Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, e-book, p. 68.

[87] FIGUEROA CERCEDO, S. M. *¿Es eficiente tener un sistema de derechos reales «numerus clausus»?,* Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, e-book, p. 70.

[88] Esto se observa con claridad cuando dice que «El AED nos señala que si luego de hacer un análisis costo-beneficio el resultado nos arroja que es más beneficioso crear nuestros propios derechos reales y, que los costos para crearlos o implementarlos no supera a los beneficios obtenidos, se puede implementar eficientemente. Creemos… que son los particulares y no el Estado los llamados a soportar y beneficiarse con sus bienes, si luego de ese estudio los particulares ven que les es muy rentable poder crear actos jurídicos específicos sobres (sic) sus bienes, no vemos impedimento alguno para que ello se lleve a cabo». Más adelante postula que el problema «es más doctrinal que matemático porque no se requieren mayores costos para permitir la libertad de creación y modificación de derechos reales, la base legal de los derechos reales ya están (sic) regulados en el Código Civil…» (FIGUEROA CERCEDO, Sergio Moisés: *¿Es eficiente tener un sistema de derechos reales «numerus clausus»?,* Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, e-book, p. 75).

[89] FIGUEROA CERCEDO, S. M. *¿Es eficiente tener un sistema de derechos reales «numerus clausus»?,* Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, e-book, p. 82.

[90] Como no cabe suponer que el lector de este trabajo maneje suficientemente los criterios de eficiencia económica, vale una breve explicación.

El criterio de eficiencia de KALDOR-HICKS, o KALDOR-HICKS-SCITOVSKY, implica un avance respecto del de Pareto. Explica Roemer que «Un estado de cosas, *P,* es superior en términos de Pareto a otro estado, *Q,* si y solo si el moverse de *P* a *Q* (sic; *rectius est:* Q a P) no deja a ningún individuo peor que antes y hace que por lo menos una persona mejore (a juzgar por la concepción que cada individuo tiene de su propio bienestar). En otras palabras, *P* es superior en términos de PARETO a *Q* si nadie prefiere *Q* a *P*, y si por lo menos una persona prefiere *P* a *Q*. Un estado de cosas es óptimo en términos de PARETO si ningún otro estado es superior a él en términos de Pareto; es decir, si cualquier alejamiento con respecto a ese estado de cosas hace que por lo menos un individuo empeore». (ROEMER, Andrés: *Introducción al análisis económico del derecho,* traducción de José Luis Pérez Hernández, México, editado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y el Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 27).

Este criterio de eficiencia es demasiado irreal, pues normalmente los cambios económicos y sociales producen ganadores y perdedores. Es por ello que es mejor el criterio de eficiencia propuesto por KALDOR-HICKS-SCITOVSKY (citado en el trabajo de Cercedo que estamos criticando), que puede explicarse de la siguiente manera: «Un estado de cosas *P,* es eficiente en términos de KALDOR-HICKS a otro estado, *Q,* si después de moverse de *Q* a *P* los ganadores pueden compensar a los perdedores. En comparación con el criterio de PARETO que exige moverse de un estado social a otro que no produzca perdedores, la satisfacción del criterio de KALDOR-HICKS requiere que los ganadores den alguna compensación a los perdedores. Puesto que la eficiencia en términos de KALDOR-HICKS nos permite comparar los estados de cosas que involucran tanto a perdedores como a ganadores, dicha noción de eficiencia amplía la clasificación de Pareto». (ROEMER, Andrés: *Introducción al análisis económico del derecho,* traducción de José Luis Pérez Hernández, México, editado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México, la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y el Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 27).

[91] «La postura de los que defienden el sistema cerrado es que la autonomía privada puede permitir a las personas buscar los acuerdos que más les convengan, pero también dice que dichas relaciones no deben interferir con las demás personas de la sociedad, es allí donde hacen la atingencia sobre la seguridad jurídica que los Registros Públicos deben cumplir. Pero esta postura se cae por su propio peso, nadie está diciendo lo contrario, justamente estamos buscando conseguir la inscripción registral de contratos sobre bienes para obtener su respectiva publicidad y protección de todas las personas de la sociedad» (FIGUEROA CERCEDO, Sergio Moisés: *¿Es eficiente tener un sistema de derechos reales «numerus clausus»?,* Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, e-book, p. 83).

[92] «Podemos decir ahora lo que pensábamos al inicio de esta investigación, un sistema *numerus apertus* podría ser una solución muy eficiente al momento de hacer uso de nuestras propiedades de la mejor manera, como vímos, hoy en día se vienen dando contrataciones muy *sugeneris* (sic), lo que nos hace pensar que en vez de encasillarnos en un sistema *numerus clausus* podemos abrir la posibilidad de permitir a las partes dar un uso más eficiente a su propiedad» (FIGUEROA CERCEDO, Sergio Moisés: *¿Es eficiente tener un sistema de derechos reales «numerus clausus»?,* Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, e-book, p. 85.)

[93] FIGUEROA CERCEDO, S. M. *¿Es eficiente tener un sistema de derechos reales «numerus clausus»?,* Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, e-book, p. 86.

(Trabajo recibido el 11-2-2015 y aceptado para su publicación el 2-3-2015)

Possession, sale y foreclosure v. ejecución hipotecaria. Los derechos del acreedor hipotecario en el Derecho inglés y la protección de los deudores en tiempos de crisis

Possession, sale and foreclosure v. ejecución hipotecaria. The rights of the mortgagee in English Law and the protection of the mortgagors in times of crisis

por

ISABEL ZURITA MARTÍN
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

RESUMEN: El elevado número de desahucios producidos en España como consecuencia de la crisis económica global de 2007 ha llevado el drama de las familias desahuciadas en nuestro país a la portada de la prensa nacional e internacional. Aunque la crisis ha provocado similares efectos en otros países, como en el Reino Unido, no han existido allí los problemas sociales y políticos que se han sucedido en España, ni estos han tenido tanta repercusión mediática. Este trabajo se centra en realizar un estudio comparativo entre el sistema

hipotecario español e inglés, prestando particular atención a los derechos que este otorga al acreedor hipotecario y a las medidas que se han ido tomando en ambos países para paliar la situación de los deudores hipotecarios sin recursos. Con ello se pretende analizar las causas de aquellas diferencias y la posibilidad de introducir en nuestro país los recursos que en el Reino Unido hayan evitado problemas sociales aún no resueltos aquí satisfactoriamente.

ABSTRACT: The high number of evictions produced in Spain as a result of the global economic crisis of 2007 has brought the drama of families evicted in our country to the front page of national and international press. Although the crisis has caused similar effects in other countries such as the UK, there have been no social and political problems as occurred in Spain and no such media coverage. This work focuses on a comparative study between English and Spanish mortgage system, paying particular attention to the rights it gives the mortgagee and the measures that have been taken in both countries to alleviate the situation of the mortgagors. The aim of this is to analyze the causes of those differences and the possibility of introducing in our country resources which in the UK have avoided social problems that have not been resolved here efficiently.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca. Acreedor hipotecario. Deudor hipotecario. Desahucio. Ejecución hipotecaria. Crisis financiera. Viviendas sociales.

KEY WORDS: Mortgage. Mortgagee. Mortgagor. Eviction. Foreclosure. Financial crisis. Social housing.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL SISTEMA HIPOTECARIO EN EL DERECHO INGLÉS: 1. LEVE APROXIMACIÓN AL *LAND LAW*. 2. CARACTERIZACIÓN DE LA HIPOTECA. 3. LOS DERECHOS DEL DEUDOR HIPOTECARIO. 4. LOS DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO: *A) El poder de venta de la finca hipotecada* (the power of sale). *B) Derecho a la posesión* (right to possession) *y* repossession. *C) Nombramiento de un administrador* (appointment of a receiver). *D)* Foreclosure.—III. PROTECCIÓN DEL DEUDOR EN TIEMPOS DE CRISIS: 1. LAS CRISIS DEL SISTEMA FINANCIERO EN EL REINO UNIDO. 2. LAS MEDIDAS TOMADAS POR EL GOBIERNO INGLÉS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS FRENTE A LA *REPOSSESSION* TRAS LA CRISIS DE 2007: *A)* Mortgage and Home Finance: Conduct of Businessment Sourcebook (MCOB). *B) Programas de apoyo económico. C)* Pre-Action Protocol for Possessions Claims based on Mortgage or Home Purchase Plan Arrears in Respect of Residential Property. *D)* Emergency housing. 3. LAS MEDIDAS TOMADAS POR EL GOBIERNO ESPAÑOL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DEUDORES HIPOTECARIOS SIN RECURSOS.—IV. LAS DIFERENTES REAC-

CIONES GUBERNAMENTALES ANTE ESCENARIOS FINANCIEROS SIMILARES.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Como bien es conocido por todos, entre los efectos que el llamado *crash* de 2010 ha desencadenado en nuestro país, la tragedia de las familias que, como consecuencia del impago de las hipotecas sobre sus viviendas, se han visto privadas de su hogar es uno de los que más ha trascendido en la sociedad española. El constante incremento del número de desahucios desde 2011 ha venido siendo noticia de portada en la prensa en los últimos años, hasta el punto de llevar a gobiernos y legisladores a tomar medidas excepcionales para la protección de los deudores hipotecarios sin recursos. La presión social ha sido sustentada desde distintos ámbitos, políticos y no políticos, llevando la situación española a los titulares de la prensa internacional.

Así, desde el demoledor y polémico reportaje sobre la crisis en España publicado en septiembre de 2012 por el *New York Times*, que mostraba entre una galería de fotos en blanco y negro cómo varias personas buscaban comida en contenedores de basura, varios medios de comunicación extranjeros se han hecho eco del problema de los desahucios en nuestro país. En noviembre de 2012 el mismo periódico publicó el reportaje titulado *«Waves of evictions leads to homeless crisis in Spain»,* que, también junto a una galería fotográfica de familias desahuciadas, hacía referencia a los suicidios que se han producido por esta causa y destacaba que en España no existe un sistema de refugios de emergencia para las familias que pierden su casa. El diario señala asimismo que en España los titulares de una hipoteca son personalmente responsables de la totalidad de la deuda, y que a ella se añaden los intereses de demora y las costas judiciales. Junto a este diario estadounidense, en Europa medios como los periódicos ingleses *The Times* o *The Guardian* o el francés *Le Monde* han recogido en sus páginas el drama de los suicidios por desalojo o la «explosión» de desahucios en nuestro país. Ya en diciembre de 2011, *The Times* grabó un video destinado a su página web reflejando una concentración de la Plataforma de Afectados por la Hipoteca que logró paralizar el desahucio de una familia, comentando el reportero que, aunque en el Reino Unido la situación no es buena, en España el país se hunde. «El sistema hipotecario español —argumenta— es alucinante. Allí pierdes la casa, pero no arrastras la deuda. Lo de aquí es durísimo…».

La lectura de estos reportajes no puede provocarnos más que reacciones encontradas. Evidente es, sin duda, que muchas previsiones han fallado y fallan en el sistema hipotecario español para haberse producido la lamentable situación en la que nos encontramos; pero cierto es también que no se puede hablar gratuitamente de aquello que se desconoce. El drama de los desahucios en España y, particu-

larmente, la visión que del mismo se desprende de la prensa internacional, nos llena de interrogantes. Alentados por estas noticias, e inmersos en su desesperada situación, muchos ciudadanos llegan a pensar que solo en España se producen desahucios, cuando nada hay más lejos de la realidad. Pero, ¿se han producido en España más que en ningún otro país en los últimos años? Y si la respuesta es afirmativa, ¿por qué ha sucedido así? Desde luego no es porque el sistema hipotecario español sea «alucinante», ni porque el deudor quede personalmente obligado después de perder su vivienda, pues en la misma situación puede encontrarse el deudor hipotecario inglés; la hipoteca, con las características propias de un derecho real de garantía, se reconoce en todos los ordenamientos jurídicos, no brillando el *common law* precisamente por la protección que brinda a los deudores hipotecarios que no cumplen con su obligación de pago. ¿Por qué los desahucios en el Reino Unido no han sido, entonces, portada de los periódicos internacionales?

Partiendo de estas premisas y de los interrogantes que nos hemos planteado, el objetivo de este trabajo se centra en realizar un estudio comparativo entre el sistema hipotecario español e inglés, prestando particular atención a los derechos que este otorga al acreedor hipotecario. Al hilo de esta cuestión, se reflexionará sobre los efectos que la crisis financiera ha provocado en ambos países, a fin de valorar las medidas que en España se han ido tomando para paliar la situación de los deudores hipotecarios y calibrar la posibilidad de introducir en nuestro país las instituciones que en el Reino Unido hayan evitado problemas sociales aún no resueltos aquí felizmente.

II. EL SISTEMA HIPOTECARIO EN EL DERECHO INGLÉS

Resulta extremadamente complicado explicar en unas pocas líneas los caracteres básicos de la hipoteca en el Derecho inglés (referente a Inglaterra y Gales), y es que puede decirse que la primera nota distintiva de este sistema hipotecario no es otra que la de su complejidad. Esta complejidad se deriva tanto de su enrevesada estructuración —pues se trata de un sistema compuesto por un sinfín de figuras de naturaleza jurídica difusa[1], en cuya construcción intervienen el *common law,* la *equity* y los *statutes*[2]—, como de la imposible adecuación de sus conceptos al ordenamiento jurídico español, propio del *civil law;* por estas razones, es de todo punto inadecuado intentar traducir al castellano muchos de los términos que dan nombre a diferentes instituciones de derechos reales que no coinciden con las que reconoce nuestro ordenamiento.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, y dadas las características y objetivo de este trabajo —que obviamente no puede tratarse de un estudio exhaustivo del Derecho hipotecario inglés, además de pretender centrarse en los poderes que este otorga al acreedor—, abordaremos muy brevemente las líneas generales de aquel Derecho tan solo como antesala necesaria del tratamiento y comprensión

de las prerrogativas que el mismo concede al acreedor hipotecario, respetando la terminología inglesa en todos aquellos supuestos de difícil o imposible adecuación de cada institución al Derecho español. En todo caso, aunque la labor de exponer de forma clara y concisa las líneas maestras del sistema hipotecario inglés resulta tarea harto complicada, esperamos que ello ayude al mejor entendimiento de las facultades del acreedor inglés frente al español y, por ende, de la protección del deudor hipotecario en tiempos de crisis.

1. Leve aproximación al *Land Law*

El *Land Law* es una materia que hunde profundas raíces en la historia, al remontarse sus orígenes a las reformas feudales impuestas en Inglaterra por Guillermo el Conquistador después de 1066. Partiendo de que muchos de los conceptos y principios de los derechos reales provienen de los cambios sociales y económicos que comenzaron en aquellos tiempos, puede decirse que desde entonces hasta la actualidad la primera ola de grandes reformas legislativas tuvo lugar por medio de la *Law of Property Act* 1925 (LPA 1925) y la *Land Registration Act* 1925 (LRA 1925). Esta última reguló el sistema del registro de la propiedad —originariamente creado por la *Land Registry Act* 1862—, en el que se recoge el tipo de propiedad y cualquier otro derecho que afecte a la misma, y que ha sido recientemente sustituida por la *Land Registration Act* 2002 (LRA 2002)[3]. El propósito de esta reforma no era otro, obviamente, que otorgar seguridad y estabilidad al título de propiedad y a los derechos que al mismo afectan, introduciendo la distinción entre propiedad registrada y no registrada (*registered land* o, más exactamente, *land of registered title* y *unregistered land)*.

Aunque, actualmente, la gran mayoría de los títulos se encuentran registrados (sobre un 85%), en Inglaterra y Gales siguen conviviendo dos sistemas jurídicos de transmisión de los derechos reales, en función de la existencia o no de inscripción registral. En cualquier caso, sostiene la doctrina que no debe perderse de vista que el sistema de *registered land* es el sistema llamado a gobernar el régimen del *land law* en el presente siglo y en adelante, habiéndose convertido ya con mucho en el sistema predominante, frente a la menguante importancia, legal y práctica, de la *unregistered land*[4]. Siendo esto así, nuestro interés se va a centrar en el sistema de títulos registrados, sin perjuicio de que llamemos la atención cuando proceda sobre aspectos relevantes del sistema no registral en el ámbito hipotecario, en tanto sean radicalmente opuestos al sistema español.

Intentando simplificar los conceptos, los derechos reales pueden dividirse en dos grandes categorías: *estates* e *interests,* representando los primeros la «propiedad plena»[5] —en tanto conceden el uso y control de la finca—, siempre teniendo en cuenta que en Inglaterra y Gales no existe propiedad privada de la tierra pues, teóricamente, el suelo inglés pertenece por entero a la Corona[6]; y

los segundos los derechos reales limitados —por los que una persona disfruta de ciertos derechos sobre una propiedad ajena—, entre los que se encuentran las servidumbres (*easements*), los convenios restrictivos sobre el uso de la propiedad (*restrictive covenants*), el derecho de opción *(option)* y la hipoteca (*mortgage*).

En realidad, el término *estate* no puede estrictamente traducirse por propiedad plena —en el sentido que esta expresión tiene en nuestro ordenamiento— especialmente si consideramos los distintos tipos de *estates* que pueden existir. Así, aunque el *estate* concede a su titular el uso y control de la propiedad, cada tipo de *estate* delimitará el tiempo por el que tales derechos puedan disfrutarse. Puede diferenciarse así el *fee simple* o *freehold estate* —equivalente a la propiedad permanente de su titular, que debe ser considerado como el auténtico propietario— y el *leasehold estate*, que comprende el derecho a usar y disfrutar la finca de manera exclusiva como propietario por un periodo de tiempo establecido; frecuentemente se hace referencia a este tipo de *estate* como *a term of years,* incluso si el periodo de disfrute es inferior a un año, denominándose su titular *leaseholder, lessee* o *tenant*[7]. Tanto *freehold estate* como *leasehold estate* pueden ser objeto de *mortgage*.

Para terminar con este ligero repaso a la terminología básica, conviene distinguir, en función de su forma de creación, entre *legal proprietary right* —derecho legal, que puede ejercitarse frente al adquirente de buena fe— y *equitable proprietary right,* derecho de equidad, no oponible frente al tercero de buena fe[8]. La sección 1 LPA 1925 enumera los *legal proprietary rights,* entre los que se encuentran las *mortgages*. Estos derechos serán *legal proprietary rights* si son creados con las debidas formalidades, lo que generalmente significa que se han constituido *by deed* (escritura que reúne determinadas formalidades). Serán, por el contrario, considerados *equitable rights* si son creados a través de un contrato o instrumento escrito a tenor de la sección 53 LPA 1925; excepcionalmente, la *equity* puede considerar la existencia de un derecho derivado de un contrato verbal[9]. Esta distinción, sin embargo, ha perdido importancia a partir de la aparición de la LRA 2002, que imperativamente exige la creación y cesión de derechos reales por medio de formato electrónico, además de su inscripción inmediata en el Registro de la Propiedad[10].

2. Caracterización de la hipoteca

Al igual que en *civil law,* cuando hablamos de hipoteca en *common law* estamos haciendo referencia a un derecho real de garantía[11], si bien no puede decirse que la caracterización de la garantía hipotecaria en el derecho inglés encaje plenamente con la que preconiza nuestro sistema hipotecario; es más, algunas de las diferencias que separan ambas figuras —hipoteca y *mortgage*— son de considerable calado[12]. En realidad, la mejor manera de captar la actual concepción de la *mortgage* es recurriendo a sus antecedentes históricos, pues

solo así pueden comprenderse las facultades dominicales[13] que de la misma se derivan para el acreedor, como más adelante podremos comprobar.

Efectivamente, en los siglos XII y XIII el deudor hipotecario cedía al acreedor la finca en arrendamiento real y, consiguientemente, su posesión; posteriormente, hacia mediados del siglo XV la hipoteca se traducía en la transmisión mediante escritura solemne de la pertenencia plena al acreedor, que se resolvía si el deudor pagaba en plazo su deuda, pues en caso contrario la pertenencia plena del acreedor se consolidaba, convirtiéndose en irredimible y absoluta. La rigidez de este principio fue moderada posteriormente por la equidad, que sujetó la pertenencia plena que adquiría el acreedor hipotecario al derecho equitativo a la redención o facultad equitativa para redimir, que permitía al deudor redimir la carga, recobrando la propiedad, aunque hubiera dejado de pagar en la fecha prevista. La eliminación de la transmisión de la propiedad plena al acreedor —volviéndose al sistema del arrendamiento real— es la piedra angular sobre la que se sustenta la reforma legislativa llevada a cabo por la LPA 1925, que parte del principio de que la propiedad ha de permanecer en el deudor que ofrece su finca en garantía[14]. Aunque en virtud de la LPA 1925 quedó salvaguardado el principio de que la pertenencia plena debe permanecer en el ámbito de su verdadera dueño, siendo así que el deudor es el titular legal y equitativo de la misma y el acreedor queda investido de un derecho *in alieno solo*, el acreedor conserva poderes propios de propietario, como son el poder de venta del inmueble hipotecado y el derecho a la posesión de la finca, en los términos que veremos posteriormente.

Las diferencias entre hipoteca y *mortgage* se aprecian desde la constitución de la garantía. Para comprender esta inicial diferencia resulta imprescindible entender el sistema de publicidad registral inglés. Como hemos adelantado, la gran reforma del sistema de publicidad registral tuvo lugar por medio de la LRA 1925, que introdujo la inscripción obligatoria, si bien el nuevo sistema no se implementaría de manera definitiva hasta 1990, con la entrada en vigor de la *Registration of Title Order*, reforzada en 1997 por medio de la *Land Registration Act* 1997, que obligaba en ciertos supuestos al adquirente de un *unregistered land* a solicitar la inscripción formal de su título[15]. La LRA 1925 fue sustituida por la LRA 2002, que entró en vigor el 13 de octubre de 2003, introduciendo cambios importantes en las normas reguladoras del registro de los títulos, entre los que cabe destacar la posibilidad de que cualquier escritura pública pueda realizarse y firmarse por medios electrónicos. La nueva ley no modifica el sistema registral que introdujera la LRA 1925, que concibió la inscripción con carácter constitutivo. No se trata, sin embargo, de un sistema de inscripción constitutiva en el pleno sentido del término, como puntualiza la doctrina, ya que los derechos no inscritos no se consideran radicalmente nulos o inexistentes, sino que simplemente carecen de eficacia *erga omnes* al calificarse como *equitable interest*[16].

En virtud de la LRA 2002, siempre que se lleve a cabo un negocio dispositivo sobre un fundo inscrito, este carece de efecto legal hasta tanto no se

cumplimenten todos los requisitos que permiten su inscripción registral. Así, la hipoteca carece de efectos legales hasta que se cumplan los requisitos que permiten su inscripción en el Registro: que se formalice mediante *deed* y se inscriba a favor del acreedor hipotecario; esto lleva a la doctrina a entender que la inscripción tiene carácter constitutivo. A pesar de ello, no podemos olvidar que, junto a la *registered land* subsiste aún en Inglaterra y Gales la *unregistered land,* siendo posible que la hipoteca recaiga sobre una finca no registrada; tampoco podemos orillar que las hipotecas legales coexisten con las hipotecas en *equity,* que viven al margen del Registro de la Propiedad y tienen un régimen jurídico *sui generis*[17].

Por imperativo de la LPA 1925 no era posible establecer hipoteca sobre un *freehold* mediante la transmisión del *fee simple,* pues esta ley estableció solo dos formas de crearlas: a) *a demise for a term of years absolute (a long lease,* normalmente de 3000 años), *subject to a provision of cesser on redemption*; y b) *a charge by deed expressed to be by way of legal mortgage*. Ambas formas pueden usarse todavía para crear hipotecas sobre fincas no registradas, y también podían utilizarse para establecerlas sobre fincas registradas hasta la entrada en vigor de la LRA 2002 (13 de octubre de 2003). A partir de esta fecha, la nueva ley permite únicamente constituir *legal mortgages* sobre fincas registradas *by deed: a charge by deed*. Esta forma comúnmente se denomina *legal charge*, y se trata de una escritura que declara que el *charge* se realiza *by way of legal mortgage,* en relación a un *registered estate*[18].

En definitiva, resulta posible, pues, la constitución de una hipoteca al margen del Registro, circunstancia esta que ciertamente marca una diferencia de peso con el sistema hipotecario español, para el que, como es sabido, la hipoteca es un derecho de constitución registral de carácter pleno, pues la garantía no nace sino desde su inscripción en el Registro de la Propiedad, caracterizándose precisamente el contrato que la crea como un contrato formal o con forma sustancial al requerir para su validez su plasmación en escritura pública. Como ha señalado la doctrina, el Derecho inglés ha optado por un edificio hipotecario de arquitectura laberíntica a cambio de dotar a toda la propiedad inmobiliaria de posibilidades hipotecarias[19].

En cualquier caso, la inherente naturaleza real de la *mortgage* implica que el acreedor hipotecario dispone de un derecho real —*proprietary interest*— sobre la propiedad del deudor, en tanto este conserva el derecho de redimir la hipoteca (*equity of redemption)*. Dado que la hipoteca se constituye como un derecho de garantía del crédito, los derechos del acreedor derivados del contrato se aseguran a través de un derecho real sobre la finca del deudor, que se extinguirá una vez devuelto el préstamo con sus intereses y gastos. Sin embargo, es un principio fundamental del derecho hipotecario inglés que «*once a mortgage, always a mortgage*», incluso si esto contradice los términos del contrato celebrado entre las partes. Esto quiere decir que el deudor tiene derecho a que se le devuelva la

propiedad plena una vez que el préstamo ha sido devuelto, y cualquier cláusula del contrato que destruya este derecho habrá de ser entendida excluida del mismo como contraria a la naturaleza de la hipoteca[20]. Aunque el mismo principio ha de entenderse en Derecho español, no debe olvidarse que la extinción de la garantía en nuestro sistema requiere la cancelación en todo caso de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad.

Como hace notar la doctrina, la naturaleza contractual de la *mortgage* significa que cada hipoteca es potencialmente única, en tanto depende de las necesidades de acreedor y deudor hipotecario en cada caso concreto. De entrada, dado que la *mortgage* es también un contrato, se constituirá normalmente por las partes a través del mismo de forma expresa, si bien es asimismo posible que se deduzca su existencia de forma implícita, siempre que el juez decida que de la conducta de las partes respecto de un bien se podía deducir así, haya sido esa o no su intención o se haya expresado o no en su acuerdo[21]. No se puede elaborar, por tanto, una lista exhaustiva de clases de hipoteca, aunque sí se puede hacer referencia a algunas de uso más común o generalizado. Entre estas, la modalidad de hipoteca que nos interesa en este estudio es la llamada *repayment mortgage*, que se usa frecuentemente para la compra de vivienda y para la financiación de actividades comerciales. Por medio de esta hipoteca, el deudor hipotecario recibe el préstamo de un capital que ha de devolver junto con los intereses en un plazo de tiempo predeterminado. Capital e intereses son devueltos a plazos, representando los primeros plazos usualmente puro interés y los últimos la mayor parte del capital prestado, de forma similar a lo que sucede en la práctica bancaria de nuestro país. Si los pagos se producen regularmente, al final del plazo fijado la hipoteca ha quedado redimida, la carga cancelada y el deudor hipotecario se ha convertido en el propietario pleno de la finca[22].

3. Los derechos del deudor hipotecario

Como consecuencia del contrato, el deudor hipotecario tiene derecho a redimir la hipoteca en la fecha especificada en el mismo, constituyendo esta fecha la *legal date for redemption*. No obstante, con base en la *equity*[23] el deudor hipotecario se encuentra facultado para redimir la hipoteca en un momento posterior al vencimiento del plazo simplemente mediante el pago del principal, intereses y gastos[24]. Este derecho a redimir más allá del plazo señalado, conocido como «*equitable right to redeem*»[25], nació para evitar los abusos que en un tiempo se podían derivar de la utilización de sus derechos por el acreedor hipotecario, que se encontraba legitimado para apoderarse de la propiedad tan pronto se produjera un retraso en el pago de apenas días, incluso horas, y sin perjuicio de que el valor de la finca fuera mucho mayor que el capital prestado. En equidad, pues, el tribunal, siguiendo el principio *«once a mortgage, always a*

mortgage», podía permitir la redención fuera de plazo[26]. No existe tampoco un derecho general a redimir la hipoteca con anterioridad a la fecha de vencimiento, aunque la *Consumer Credit Act* 1974 (CCA) contempla supuestos excepcionales en que *the equitable right to redeem* puede tener lugar en cualquier momento[27].

En el ordenamiento español este derecho de redención es un efecto que se desprende implícitamente de la propia naturaleza de la hipoteca, en cuanto accesoria del crédito al que garantiza. De este modo, en la medida en que el crédito se extingue, también lo hace la garantía; saldada la deuda en cualquier momento, la hipoteca queda redimida en ese instante, ya que es posible la amortización anticipada. En cuanto a la redención de la hipoteca más allá del plazo establecido, se reconoce legalmente al deudor la posibilidad de liberar el inmueble saldando la deuda con posterioridad a su vencimiento, incluso hasta el día señalado para la celebración de la subasta, según prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Así, el artículo 693 LEC, que recoge el supuesto de vencimiento anticipado de deudas a plazo, regula la rehabilitación del préstamo hipotecario en sede judicial. En su apartado tercero prevé que, de reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro, el acreedor pueda solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. En el supuesto de que el bien hipotecado fuese la vivienda familiar, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior. Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años (cinco años, antes de la Ley 1/2013) entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuado por el acreedor. Por otra parte, esta Ley también ha incorporado la exigencia de que el vencimiento anticipado solo pueda reclamarse por el impago por el deudor de al menos tres plazos mensuales.

Consecuencia del derecho a redimir la hipoteca es la imposibilidad de que las partes introduzcan pactos en el contrato que limiten este derecho a determinadas personas o para ciertos plazos de tiempo *(«no clogs or fetters on the equity»*). Así, cualquier provisión que determine la pérdida para el deudor de su propiedad a la expiración del plazo establecido para la redención es nula[28], y toda limitación o aplazamiento indebido del derecho del deudor de redimir la hipoteca posteriormente deviene inexigible. Esto no quiere decir, no obstante, que no quepa introducir un aplazamiento del derecho de redención, que sería po-

sible siempre que no convierta tal derecho en algo ilusorio (por ejemplo, fijando una cantidad excesivamente elevada en concepto de amortización anticipada).

Resulta igualmente inconcebible para el ordenamiento inglés que se introduzcan cláusulas en un contrato de hipoteca que transfieran la propiedad de la finca al acreedor o le concedan una opción para comprar la misma. Estos pactos serían contrarios a la naturaleza de la garantía, por lo que, como ha señalado la jurisprudencia, en estos casos no estaríamos hablando de hipoteca sino de modelos contractuales diferentes, como retroventa u opción de compra, debiéndose atender al contenido del contrato y no al nombre que se le de al mismo[29]. Se ha aceptado, sin embargo, en otras resoluciones la validez de acuerdos de opción de compra realizados en documentos separados e independientes del contrato de hipoteca en sí[30]; la cuestión, en todo caso, resulta dudosa, y la solución habrá de decidirse en función de las circunstancias concurrentes, determinando la invalidez de toda cláusula que vaya en contra de la naturaleza propia de la garantía hipotecaria, esto es, intentando burlar los efectos de la misma[31].

Aunque la compra por el acreedor de la propiedad del deudor hipotecario repugne a la esencia de la hipoteca, no produce el mismo efecto el derecho del acreedor a vender por sí mismo la finca acaecida la falta de pago del deudor, en cuanto esto no es sino el resultado de la ejecución de la garantía de la que aquel disfruta. Del contenido y procedimiento para el ejercicio de este derecho nos ocuparemos con posterioridad. En Derecho español, como es sabido, se encuentra prohibido el pacto comisorio, aquel por el que el acreedor puede apropiarse de la finca dada en garantía, por cuanto la hipoteca es esencialmente un derecho de realización de valor. Ello significa, no solo la nulidad de un pacto con tal fin, sino la imposibilidad de que el acreedor pueda vender por sí mismo la finca una vez producido el incumplimiento del deudor.

Sin embargo, al contrario que el ordenamiento español, el Derecho inglés concede al deudor hipotecario, junto al derecho de redención, un sistema de remedios realmente amplio frente a la eventualidad o realidad de un proceso de ejecución o de desahucio ya iniciado por el acreedor. Entre estos remedios, el deudor hipotecario puede alegar la existencia de defectos formales en el título de hipoteca o la satisfacción del crédito; puede solicitar la compensación con otras cantidades; y también puede alegar la existencia de vicios o defectos en el contrato de préstamo, como *undue influence, unconscionable bargains, misrepresentation, mistake* o *unfair terms*[32]. En Derecho español, una vez iniciado el proceso de ejecución hipotecario, solo puede suspenderse el procedimiento o el deudor oponerse al mismo por causas tasadas, específicamente indicadas en los artículos 695 y 697 LEC; básicamente, el deudor puede oponerse alegando la extinción de la garantía u obligación garantizada, error en la determinación de la cantidad exigible o el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o la determinación de la cantidad exigible (esta última introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas

para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social).

4. Los derechos del acreedor hipotecario

Si las diferencias entre hipoteca y *mortgage* se aprecian desde su constitución, es en el marco de los derechos del acreedor hipotecario donde más se distancia el régimen de ambas figuras. En principio, tal como sucede en Derecho español, el acreedor hipotecario cuenta con diversos medios para ver satisfechos sus intereses, que puede emplear conjunta o sucesivamente, hasta que consiga finalmente el cobro íntegro del capital del préstamo, más intereses y costas. Sabido es que el acreedor puede ejercitar tanto la acción personal derivada del contrato de préstamo, como la acción real, nacida del derecho de hipoteca. El acreedor cuenta con un plazo de doce años para ejercitar la acción personal por el capital —frente al plazo general de quince años que en Derecho español se contempla para las acciones personales—, y seis años por los intereses[33], pudiendo siempre recurrir a ella tanto después de haber iniciado la acción para la toma de posesión del inmueble (*posesión claim)*, como en caso de que la venta de la finca no satisficiera la totalidad de la deuda, actuando entonces como cualquier acreedor no privilegiado por la garantía hipotecaria[34].

A) El poder de venta de la finca hipotecada (the power of sale)

Entre los medios de defensa de su derecho con que cuenta el acreedor, la facultad de venta del inmueble hipotecado es el más comúnmente utilizado y, quizás también, uno de los que más diferencia la normativa inglesa de la española en este ámbito. Efectivamente, el acreedor tiene derecho a vender por sí mismo una propiedad ajena, incluso encontrándose esta habitada por el deudor. Este derecho, aunque por lo general se introduce expresamente en el contrato, aparece legalmente reconocido por la sección 101 (1) (i) LPA 1925, operando salvo intención contraria de las partes[35]. En principio, el poder de venta del inmueble hipotecado se puede ejercitar por el acreedor sin una orden judicial, lo que constituye su principal ventaja sobre la ejecución judicial de la hipoteca (*foreclosure)*[36], como después se verá. Esta venta al margen de los tribunales hace que la doctrina se suela referir a esta facultad del acreedor como «venta extrajudicial del inmueble hipotecado»[37], lo que puede llevar a confusión si tenemos en cuenta las características y procedimiento de la venta extrajudicial en el ordenamiento español; la falta de coincidencia entre esta figura y la venta extrajudicial que regula nuestro ordenamiento nos lleva a no utilizar esta terminología para hacer referencia al *power of sale*.

El poder de venta requiere para su virtualización de dos condicionantes: primero, que haya vencido el plazo del préstamo (*date for redemption)*, naciendo, para el caso de préstamos a plazo, tan pronto se incumpla con el pago de uno de ellos; segundo, que el derecho sea ejercitable en virtud de los requisitos exigidos por la sección 103 LPA 1925: requerimiento por el acreedor del pago de la totalidad de la deuda y atraso de tres meses en dicho pago desde el requerimiento o de dos meses en el pago de los intereses o que el deudor hay incumplido alguna otra obligación impuesta en el contrato o alguna disposición relevante de la LAP 1925. El derecho de venta no se ve afectado ni por la renuncia a la propiedad que lleve a cabo el liquidador o administrador del deudor en quiebra[38]. Si el acreedor vende la finca con anterioridad al nacimiento de su derecho, al comprador tan solo se le transmite el derecho real del que es titular el acreedor[39]; el deudor no puede impugnar el título del acreedor para vender, pero puede reclamarle daños y perjuicios por el ejercicio irregular de su poder[40]. En el caso de que el acreedor enajene una vez nacido su derecho a la venta, pero antes de que haya devenido ejercitable, el comprador recibe el inmueble libre de la hipoteca (*good title* o *good root of title*[41]*)*, si bien el deudor puede desconocer la venta si el comprador tuvo conocimiento de la falta del acreedor[42]. Estos condicionantes operan, pues, como hace notar la doctrina, en protección del deudor hipotecario, en tanto su finalidad no es otra que disuadir al comprador de entablar relación con un acreedor hipotecario que carece de título suficiente para vender[43].

Realizada la venta en los términos legales previstos, el precio obtenido, siguiendo los dictados de la sección 105 LPA 1925, se destina, después de redimir las cargas anteriores, en primer lugar al pago de los costes de la misma, en segundo lugar a la amortización del capital del préstamo, intereses y costas, y en tercer lugar al pago de otras cargas, entregándose finalmente el remanente, en caso de existir, al titular del inmueble, habitualmente el deudor hipotecario. La venta exitosa de la finca conlleva la redención de la hipoteca, transmitiéndose al comprador la titularidad de la misma libre de las cargas posteriores, aunque no de las anteriores[44]. Se le reconoce así al acreedor el derecho de transmisión del título de propiedad al comprador en virtud del ejercicio de su poder de venta del inmueble hipotecado[45]; si no se le reconociera este poder —entiende la doctrina—, la hipoteca como instrumento de aseguramiento del crédito carecería de sentido[46].

El derecho de venta ejercido por el acreedor atendiendo a los requerimientos legales descritos también queda, no obstante, sometido a la intervención de la *equity,* a falta de previsiones legales específicas en la LPA 1925[47]. El acreedor es responsable frente al deudor de obtener el mejor precio razonablemente posible por la finca (*«the best price reasonably obtainable at the time»* o *«the proper price»)*, por cuanto es de esencia de la hipoteca que sirva para garantizar el pago del crédito. De este modo, los tribunales se asegurarán de que el acreedor ha

atendido a su deber de cuidado *(duty of care)*, realizando las gestiones oportunas para obtener dicho precio, respondiendo frente al deudor en caso contrario[48]; el acreedor debe comportarse como lo haría un hombre razonable en la realización de sus propios bienes, atendiendo a criterios de buena fe y diligencia razonable[49]. Siempre teniendo en cuenta este deber de diligencia, es generalmente aceptado que no puede exigírsele al acreedor que obtenga el mejor precio del mercado, ni que deba esperar a realizar el valor del inmueble al momento más propicio para la venta, dejando de lado sus propios intereses en la obtención del precio en el tiempo que a él convenga; tampoco se encuentra obligado el acreedor a vender la finca en pública subasta, máxime teniendo en cuenta que tal vez por medio de subasta no se consiga alcanzar el precio del mercado, aunque sí tiene un deber de actuar diligentemente en el anuncio de la misma, quedando sometido a responsabilidad frente al deudor en caso contrario[50]. Si se prueba fehacientemente que el acreedor no actuó con la debida diligencia para obtener el mejor precio razonablemente posible, la responsabilidad frente al deudor se cifrará en la diferencia entre el precio obtenido y el que debería haberse alcanzado. Cuando el acreedor no actúa con mera negligencia sino con dolo, la sanción a su conducta puede significar la rescisión de la venta, recuperando el deudor el derecho a la redención de la hipoteca del que había sido injustamente privado[51].

El acreedor ostenta el poder de venta en su propio nombre, no en el del deudor —en tanto se entiende comúnmente que aquel no asume estrictamente el papel de *trustee* del poder de venta para el deudor[52], aunque sí sea *trustee of the proceeds*, esto es, del producto de la venta[53]—, por lo que queda prohibida la enajenación a sí mismo, a sus agentes o empleados; si un acreedor vende a una empresa en la que él tenga intereses o con la que esté asociado, sobre el mismo recae la carga de la prueba de que la venta se realizó al mejor precio posible, siendo responsable frente al deudor de no poder acreditarlo. Puntualiza la doctrina que en los últimos años los tribunales han elevado tanto el estándar de conducta exigible al acreedor que enajena la finca hipotecada, que resulta posible aseverar que el deber del acreedor hacia su deudor se asemeja al de un fiduciario[54].

Por regla general, será el propio acreedor quien lleve a cabo directa y privadamente la venta de la finca hipotecada, si bien la sección 91 LPA 1925 contempla las denominadas ventas judiciales, al permitir a cualquier persona con interés en la hipoteca o en el derecho de redención, incluido el deudor, solicitar judicialmente una orden de venta. Sostiene la doctrina que ello será particularmente beneficioso para el deudor cuya hipoteca pendiente sea más elevada que el valor del inmueble, en tanto una venta en estas circunstancias fijará de forma inmediata la responsabilidad del deudor. Obviamente, en esta situación el deudor continuará siendo responsable frente al acreedor por el resto de la deuda no cubierta con el precio de la venta[55]. No obstante, como también destaca otro sector doctrinal, un tribunal raramente va a expedir una orden de

venta de la que no derive el resarcimiento total de la deuda, especialmente si el acreedor demuestra que hay posibilidad real de que un aplazamiento de la venta pueda ser beneficioso para obtener un mejor precio[56].

Entre las características más llamativas del sistema hipotecario inglés se encuentra la posibilidad de que el acreedor venda la finca hipotecada sin que previamente haya obtenido la posesión de la misma, incluso cuando el deudor aún reside en el inmueble. Así, aunque normalmente el acreedor reclamará primeramente la posesión, por cuanto ello minimiza el riesgo de que el deudor sabotee la venta y habitualmente lleva a obtener un mejor precio por la finca —puesto que los compradores prefieren inmuebles vacantes—, el acreedor no está obligado a tomar posesión con anterioridad a la venta. El paradigma de esta posibilidad lo refleja el caso Horsham Properties v. Clark and Beech (2008), en el que el acreedor vendió la propiedad a Horsham, que devino propietario registral de la finca y convirtió a los deudores en *trespassers* («intrusos») en su propia vivienda. Esta secuencia de hechos evitó que los deudores pudieran acogerse a la protección legal que se concede a los deudores hipotecarios de fincas residenciales una vez ejercitada la acción posesoria por el acreedor, de acuerdo con la sección 36 de la *Administration of Justice Act* de 1970 (AJA 1970), ya que dicha protección solo está a su disposición en el marco del ejercicio de dicha acción. El juez Briggs sostuvo que esta maniobra no significaba una vulneración de la Convención Europea de Derechos Humanos[57], puntualizando que el poder de venta del acreedor, encontrándose la finca libre o no de ocupantes, es parte del negocio celebrado con el deudor, por lo que este no puede después quejarse cuando ese derecho es ejercitado[58]. Aunque se han realizado propuestas, incluso por el Ministro de Justicia[59], para que no sea posible la venta de una casa hipotecada sin el consentimiento del deudor titular de la misma o una orden judicial, dichas iniciativas no han tenido éxito hasta la fecha. En definitiva, el acreedor puede vender la finca hipotecada sin que anteriormente haya ejercitado una acción para obtener la posesión de la misma.

La responsabilidad del deudor no cesa si el precio obtenido por la venta del inmueble no alcanza a cubrir la totalidad de lo adeudado, quedando aquel, como ya se ha señalado, personalmente obligado frente al acreedor hasta su completo pago. Asimismo, tampoco le es dable al deudor hacer entrega de la finca al acreedor como modo de saldar el crédito aún pendiente. Como hace notar la doctrina, el deudor, en contra de la creencia popular, no queda exonerado de responsabilidad simplemente *porque «he throws the keys of the premises back at his bank or building society»*. Su endeudamiento continúa creciendo rápidamente hasta que la deuda quede por completo saldada. No obstante, el acreedor solo está facultado para reclamar intereses sobre el capital (*simple interests)* pero no sobre los propios intereses (*compound interests)*[60]. No se reconoce, pues, la dación en pago obligatoria para el acreedor como modo de extinguir la deuda,

realizándose una dejación del inmueble voluntaria y de forma unilateral por parte del deudor (*voluntary surrender of mortgaged premises)*. El régimen hipotecario inglés es aquí, como no podía ser de otra forma, de todo punto coincidente con el español, lo que da respuesta a algunas de las aseveraciones que se han vertido, según apuntamos al inicio de este trabajo, por parte de la prensa inglesa sobre la severidad del ordenamiento español y la desprotección de los deudores hipotecarios en nuestro país, «donde pierdes la casa y arrastras la deuda». En realidad, ¿qué mayor desprotección para el deudor que la facultad del acreedor de vender un inmueble que pertenece legalmente a aquel? Algún sector de la doctrina ha descrito esta circunstancia bastante gráficamente, sosteniendo que este poder de venta se traduce en el despojo del título de propiedad del deudor a favor del acreedor, que es legalmente investido con un poder absoluto de transmitir la propiedad del deudor libre de toda carga posterior a la hipoteca; la LPA 1925 confiere, en efecto, al acreedor un poder de venta obligatoria de un título que no le pertenece legalmente. Como ya indicamos, este poder no es sino trasunto de los orígenes históricos de la naturaleza de la *mortgage*[61].

B) Derecho a la posesión (right to possession) *y* repossession

Como se ha señalado, el medio más efectivo para el acreedor de realizar su derecho real en caso de impago del préstamo por el deudor es la venta de la finca hipotecada. Pero, en la mayoría de los casos, la efectividad será mayor si la venta se lleva a cabo una vez el inmueble ha quedado vacante, de ahí que lo más usual sea que el acreedor ejercite primeramente una acción para desahuciar al deudor y adquirir legalmente la posesión de la finca en aras de conseguir una venta satisfactoria; por esta razón la doctrina considera el derecho a la posesión como el instrumento más importante con que cuenta el acreedor para defender sus intereses[62], si bien no deja de reconocer que nos hallamos ante un fenómeno anómalo, por cuanto no se trata de un remedio —como es el poder de venta del inmueble— sino de un derecho, que encuentra, como aquel, justificación en la historia[63]. No obstante, la posesión no siempre es la antesala de la venta, en tanto el acreedor puede explotar el uso del inmueble y con las rentas que obtenga ir recuperando las deudas pendientes; a veces la posesión física no será posible, bien por existir un arrendamiento anterior que obliga al acreedor, o aun posterior, si se concertó con su consentimiento, lo que convierte el «derecho a la posesión» en un «derecho a cobrar las rentas» provenientes de la finca hipotecada. Esto quiere decir que la toma de posesión (*repossession)* no significa necesariamente la extinción de la hipoteca, aunque, ciertamente, por lo general vaya a ser seguida de la realización de la garantía mediante la venta posterior. Ahora bien, una vez se ha producido la toma de posesión, el derecho del acreedor se retrotrae al momento de su nacimiento[64].

En cualquier caso, es importante poner de manifiesto que el derecho que el acreedor hipotecario ostenta sobre la finca hipotecada le otorga la facultad de poseerla «*the moment the ink is dry on the mortgage*»[65]. Esto es así —explica la doctrina[66]—, porque, a pesar de tratarse de un derecho real limitado (*interest in land),* tradicionalmente la hipoteca legal confiere al prestamista un *legal estate*, esto es, un «derecho a la titularidad» sobre la finca hipotecada, frente al derecho de redención que retiene el deudor (*right of redemption)*. Ello significa que el acreedor puede tomar posesión del inmueble en cualquier momento, incluso en ausencia de incumplimiento del deudor, salvo que el contrato o la ley estipulen lo contrario[67]. No obstante, lo normal será que el acreedor no ejercite este derecho, siempre que el deudor vaya cumpliendo con sus obligaciones de pago; también es extraordinariamente habitual en la práctica bancaria que se inserten en el contrato cláusulas que prohíban al acreedor la toma de posesión hasta que se produzca el incumplimiento del deudor, admitiéndose, incluso, el carácter implícito del acuerdo[68], particularmente en el caso de inmuebles residenciales[69].

En algunos supuestos al acreedor no le interesará tomar posesión de la finca, en la medida en que a partir de entonces será responsable de las rentas que obtenga de la misma, debiendo hacer frente al déficit que supondría que la renta que consiga fuera menor que la que razonablemente se espera de la explotación de una propiedad determinada; ello le podría convertir en deudor de su propio deudor hipotecario. Tampoco debe despreciarse el riesgo de que el acreedor cometa algún delito en el acto de toma de posesión en el caso de que la finca se encuentre habitada, y se considere que la toma de posesión no ha sido pacífica de acuerdo con la *Criminal Law Act* 1977, s. 6 (1)[70]. Por esta razón, la mayoría de los acreedores de hipotecas sobre bienes comerciales no reclaman la posesión —prefiriendo nombrar un administrador que gestione el negocio[71]— y la mayor parte de los acreedores de hipotecas sobre viviendas lo hacen como preludio de la venta del inmueble[72]. En el supuesto de que el acreedor tome posesión, será responsable de rendir cuentas estrictamente, *«on the footing of wilful default»,* esto es, deberá responder no solo de todo lo que reciba, sino de lo que debería haber recibido si hubiese gestionado la propiedad con la debida diligencia[73].

En el caso de las hipotecas sobre inmuebles residenciales, pues, lo habitual será que el acreedor reclame la posesión de la finca por falta de pago del deudor —*possession order*—, principalmente con la finalidad de venderla libre de ocupantes. A pesar de su derecho, el acreedor se encuentra legalmente limitado en su ejercicio en estos supuestos. Así, la sección 36 de la AJA 1970 (modificada por la sección 8 de la AJA 1973) contempla la posibilidad de que la reclamación de la posesión sea suspendida o aplazada por el juez si este estima que existen probabilidades de que el deudor pueda pagar algunas de las sumas debidas —plazos impagados del préstamo hipotecario— en un periodo razonable de tiempo[74]. Aunque la norma protege indudablemente al deudor, la

efectividad de la medida es, sin embargo, limitada, no solo porque únicamente es aplicable a las hipotecas sobre viviendas, sino porque solamente tiene virtualidad en el seno de una reclamación judicial de la posesión (*possession order)*. De este modo, el juez nada puede hacer si el acreedor toma posesión por sí mismo de la finca o la vende a un tercero sin solicitar previamente la posesión de la misma, tal como vimos anteriormente[75]. Por otra parte, aun en el caso de que se ejercitara la acción, el tribunal siempre quedaría limitado en su decisión por la posibilidad de que el deudor pueda pagar los atrasos en un plazo de tiempo razonable o demostrara que podría hacer frente a pagos futuros o que se encuentra en vías efectivas de vender el inmueble, para lo que tendrá que realizar un detallado análisis de los ingresos o situación económica del deudor. Este poder del tribunal se aplica a todo tipo de hipoteca, salvo a aquella que asegura un acuerdo sometido a la *Consumer Credit Act 1974* (CCA) (*as amended by the Consumer Credit Act 2006)*, en cuyo caso el juez puede suspender la orden de posesión si lo estima adecuado y/o decretar una *«time order»,* proveyendo el pago de algunas de las sumas debidas en el plazo que considere razonable teniendo en cuenta los medios de que dispone el deudor[76].

Señaló en su momento la doctrina que resultaba preocupante para los acreedores que la sección 36 de la AJA 1970 fuera utilizada por los deudores para permanecer en sus viviendas sin que realmente existiera ninguna perspectiva real de pago de los atrasos o de devolución del capital prestado. Sin embargo, a partir de la importante resolución de la *Court of Appeal* en el caso Cheltenham & Gloucester Building Society v. Norgan (1996), desapareció la práctica de suspender la *repossession* de forma casi automática por un plazo de dos años, en el que el deudor debía ponerse al día con los pagos. A partir de esta resolución se entendió, por el contrario, que el tribunal debía valorar cada caso atendiendo a las múltiples circunstancias particulares en las que se encuentra un deudor concreto (causas del retraso en el pago, grado de endeudamiento, plazo restante del préstamo, problemas temporales o más duraderos del deudor, periodo que debe considerarse razonable para el acreedor, si se trata de un préstamo con pago a plazos, cuáles son las cláusulas contractuales para caso de impago, cuál es el valor de la propiedad hipotecada, etc.)[77].

A pesar de la flexibilización en la aplicación de la sección 36 AJA 1979, también puntualiza la doctrina que no debe perderse de vista que esta norma está pensada en todo caso para los deudores que se encuentran en dificultades económicas temporales, que tienen que sobrellevar una situación inesperada, pero con probables previsiones de mejora a corto plazo. La previsión legal es inoperante para los prestatarios sobreendeudados, que pretenden simplemente eludir las consecuencias de un negocio imprudente[78]. Por otra parte, tampoco se puede desconocer que, en los términos señalados, la aplicación de la norma favorece a los acreedores, que sin duda prefieren ver cobrados sus créditos en un plazo razonable de tiempo, antes que tomar posesión de un inmueble que

no desean y de cuya venta se tienen que ocupar. Se ha dicho que la AJA 1979 representa una modalidad de legislación social, por la que el Parlamento ha intentado dar protección legal a un amplio ámbito de propietarios de viviendas; de hecho, esta actuación legal discrecional de los tribunales ha asumido durante los últimos quince años una importancia vital para paliar los efectos negativos de la crisis económica que, de otra forma, hubiera desahuciado a miles de deudores de buena fe. Es justo señalar, sostiene la doctrina, que la recesión económica de los últimos años ha generado un acercamiento judicial mucho más frecuente a la sección 36 de la AJA 1970[79]. El ejercicio de esta discrecionalidad, sin embargo, es bastante limitado, por cuanto el tribunal no puede decretar la suspensión de la *repossession sine die,* sino tan solo por un periodo de tiempo durante el cual razonablemente se pueda pensar que el deudor va a ser capaz de cumplir con sus obligaciones de pago. Para calcular el nuevo plazo, los tribunales vienen mostrando en los últimos tiempos la voluntad de ordenar una reestructuración temporal de la deuda, siempre que se evidencie que el deudor es capaz de cumplir dentro del plazo establecido (capital e intereses atrasados)[80].

Por otra parte, el deudor queda desprotegido si el acreedor ejercita su derecho a tomar posesión de la finca sin haber cursado anteriormente una acción ante los tribunales. Ello se puso de manifiesto en el caso Ropaigealach v. Barclays Bank (2000), que vino a desvanecer la extendida asunción, que se desarrolló durante los años 80 y 90, de que la sección 36 había introducido implícitamente el requisito de la previa reclamación judicial de la posesión, desplazando *the mortgagee's common law right* para entrar en posesión del inmueble arbitrariamente en cualquier momento. De hecho, era creencia generalizada que ningún acreedor responsable asumiría la posesión sin una orden del tribunal, salvo en el caso de que la familia hubiese abandonado la vivienda[81].

En el caso Ropaigealach v. Barclays Bank, la entidad acreedora notifica a los deudores en su domicilio que la casa va a ser vendida en subasta pública en el plazo de tres meses pero, dado que en ese momento la casa no se encontraba habitada temporalmente porque estaba siendo objeto de ciertas obras de reparación, los deudores no recibieron la notificación. La *Court of Appeal* negó el argumento de que la sección 36 de la LJA 1970 requiera implícitamente una orden judicial previa para la toma de posesión, derogando el derecho incondicional de *common law* que corresponde al acreedor hipotecario, simplemente en virtud del título que ostenta sobre la finca hipotecada. Así, a los deudores se les denegó el acceso al potencialmente beneficioso ejercicio de discreción que legalmente corresponde al tribunal para suspender la orden de posesión de su vivienda. En esta resolución, la *Court of Appeal* también declaró que, en caso de impago por el deudor, el acreedor podía ejercitar su poder de venta incluso sin haber tomado realmente posesión de la finca, sirviendo la venta para extinguir el derecho de redención del deudor y convirtiendo al deudor en un intruso (*trespasser)* frente al comprador. Muy probablemente, sostiene la doctrina, la

desprotección del deudor en el caso de viviendas hipotecadas se traduzca en una solicitud al Parlamento para que tome medidas más protectoras de los deudores hipotecarios de inmuebles de uso residencial[82].

Se ha cuestionado si este derecho esencial del acreedor a la posesión, que ha sido calificado por sectores de la doctrina como potencialmente draconiano[83], puede atentar contra la Convención Europea de Derecho Humanos (CEDH), por transgredir derechos básicos como el derecho a un proceso equitativo (art. 6) o el derecho al respeto de la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia (art. 8). A este respecto, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, en el caso Wood v. United Kingdom[84], frente a la reclamación del deudor por violación de su derecho al respeto a su vida privada y domicilio ante la toma de posesión del acreedor por impago del préstamo hipotecario, determinó que, aunque la *repossession* constituía una injerencia en el domicilio del demandante, esta era acorde con los términos del contrato de préstamo y con el ordenamiento interno, y era necesaria, siguiendo el texto del artículo 8 CEDH, para proteger los derechos y libertades de otros, concretamente del prestamista. La doctrina ha señalado que la combinación de la sección 36 de la LJA 1970 y la sección 8 de la LJA 1973 —que extendió el plazo de tiempo para el pago, en el caso de existencia de cláusula de vencimiento anticipado, a la totalidad del plazo de amortización de la hipoteca— salva el derecho a la posesión de ser considerado como una violación de los derechos humanos[85]. Por otra parte, también se ha puesto de manifiesto doctrinalmente que, en atención a distintos pronunciamientos judiciales, los derechos del acreedor hipotecario difícilmente pueden contravenir la CEDH, fundamentalmente por dos circunstancias: en primer lugar, porque las previsiones de la Convención se dirigen principalmente a la intervención de los Estados, no a los derechos derivados de conflictos privados; y, en segundo lugar, porque los derechos de los acreedores hipotecarios pueden justificarse en el interés público, dada la trascendencia de la financiación hipotecaria, y porque han formado parte del sistema hipotecario durante casi 200 años[86].

La actuación del acreedor también aparece legalmente limitada a partir de 2000 por la *Financial Services and Markets Act 2000* (FSMA 2000)[87], que establece un régimen que obliga a las entidades prestamistas a prestar especial atención a los intereses de los clientes y a tratarlos justamente, atendiendo en todo caso a la buena fe en la negociación del préstamo hipotecario. Estas obligaciones quedaron especificadas a través del Manual *«Mortgage and Home Finance: Conducduct of Businessment Sourcebook* (MCOB), elaborado en 2003 por la *Finance Services Authoriy (*FSA), actualmente *Finance Conduct Authority* (FCA)[88], que también ha puesto al día este *Handbook*[89].

En concreto, el MCOB, entre otras muchas provisiones, ordena a los prestamistas actuar siguiendo los parámetros de la buena fe y justo trato para con el deudor hipotecario en mora o que sufre un déficit respecto del precio de venta del inmueble hipotecado[90]. A fin de cumplir con este mandato, el prestamista

debe formalizar por escrito el contrato y los procedimientos (*written policy and procedures*)[91], en el que se debe indicar que el desahucio del deudor se considera como el último remedio, entendiéndose que la *repossession* solo resulta apropiada cuando el resto de intentos razonables de resolver la situación han fracasado[92]. El acreedor debe tener como finalidad realizar gestiones razonables para alcanzar un acuerdo con el deudor, como alternativa a la toma de la posesión de la propiedad, utilizando algún mecanismo de pago de los atrasos o del déficit respecto del precio del inmueble que sirve de garantía[93]. Ello puede consistir en un alargamiento del plazo del préstamo, un cambio a otra modalidad de hipoteca, un aplazamiento (o posiblemente una capitalización) de los pagos atrasados[94]. El deudor debe además recibir la información idónea que le permita comprender cualquier propuesta de reestructuración de sus obligaciones, así como de los detalles de su incumplimiento y de los costes que implica, y la necesidad de que compruebe si resulta elegible por las autoridades locales para su realojamiento después de la evicción[95].

Al hilo del derecho a la posesión del acreedor, debemos mencionar también la facultad que le corresponde, junto al deudor, de otorgar arrendamientos. Efectivamente, aunque resulte sorprendente para el jurista español, piénsese que en el ordenamiento inglés esta facultad del acreedor es consecuencia lógica de su derecho a poseer el inmueble. Los arrendamientos otorgados por acreedor o deudor sin consentimiento de la otra parte no producen efectos frente a terceros, de modo que, en caso de que el deudor arriende el bien sin consentimiento del acreedor, el arrendatario puede ser desahuciado por este, aunque también tiene derecho a cobrarle la renta; igualmente, el arrendamiento concertado por el acreedor sin consentimiento del deudor decae frente al ejercicio por este de su derecho a redimir la hipoteca. Con anterioridad a la LPA 1925, la única posibilidad de concertar arrendamientos vinculantes requería, pues, el consentimiento de deudor y acreedor, pero a partir de esta norma se permite tanto a uno como a otro otorgarlos concurriendo una serie de requisitos: a) si se trata del acreedor, debe estar en posesión del inmueble o haber designado un administrador (de hecho, cuando el acreedor otorga un arrendamiento toma así posesión de la finca)[96]; b) si lo concierta el deudor, también debe encontrarse en posesión del bien; c) para arrendamientos con finalidad agrícola, tienen un límite temporal de 50 años, y, si se trata de arrendamientos urbanos, de 999 años; y d) el contrato está sometido a distintas condiciones: el arrendatario debe tomar posesión en un plazo de 12 meses desde el otorgamiento, la renta debe ser razonable en función de las circunstancias y, en caso de arrendamiento de un edificio, puede ser nominal por no más de cinco años, debe contener un compromiso de pago de la renta por el arrendatario, pudiendo impedir la reocupación a falta de pago por un plazo de hasta 30 días, se debe entregar una copia del contrato al arrendador y, si es el deudor quien contrata, este debe entregar una copia al acreedor hipotecario[97]. En cualquier caso, el poder legalmente reconocido para

arrendar bienes inmuebles puede excluirse mediante acuerdo expreso de las partes en el contrato de hipoteca.

C) Nombramiento de un administrador (appointment of a receiver)

La sección 101 LAP 1925 otorga al acreedor la posibilidad de nombrar un administrador (*receiver)* que gestione la finca hipotecada, bien como medio alternativo a la venta o como medida conjunta a la misma. La facultad legal puede ejercitarse siempre que concurran las mismas condiciones que las necesarias para el ejercicio del poder de venta, sin perjuicio de que se haya previsto en el propio contrato. Si el acreedor no desea por el momento ejecutar su garantía, la gran ventaja de este remedio es que el administrador no actúa en su nombre sino como agente del deudor, evitándole así la asunción de todos los riesgos que supone la toma de posesión anteriormente mencionados. De ello deriva que el deudor, a menos que del contrato se siga cosa distinta, deviene responsable por cualquier acto o incumplimiento del administrador, incluso sin haber intervenido en su designación (sección 109 2 LAP 1925); el acreedor, por el contrario, no es responsable del comportamiento del administrador, a menos que haya dirigido o interferido en sus gestiones. Como desventaja para el acreedor —entendida como menor por la doctrina[98]—, debe señalarse que el nombramiento de un administrador evita que aquel adquiera derecho de propiedad sobre la finca por el transcurso del tiempo.

La función del administrador es conseguir que el acreedor vaya recibiendo los pagos adeudados y, en última instancia, que recupere la totalidad del capital prestado, a cuyo fin deberá recaudar todo rédito que de la finca se derive. Con dichos ingresos deberá hacer frente no solo a los pagos debidos al acreedor, sino también a los impuestos, gastos de la finca y su propia comisión, devolviendo al deudor lo que reste. El administrador se encuentra asimismo legitimado para ejercitar la facultad de venta del inmueble en nombre del deudor, debiendo actuar con la misma diligencia que se le exige al acreedor en el desarrollo de la misma actividad. En todo caso, el administrador debe conducirse con buena be en el desempeño de su cargo, llevando a cabo todas aquellas actuaciones razonables para conseguir el mayor beneficio posible en los negocios que emprenda[99].

D) Foreclosure

El *foreclosure* es el remedio más drástico de que dispone el acreedor hipotecario ante la falta de pago del deudor. El término es de complicada traducción al castellano, por cuanto esta institución difícilmente se corresponde con alguna de las que recoge nuestro ordenamiento. Una orden de *foreclosure* extingue el

derecho de redención del deudor y deja en manos del acreedor el valor completo de la propiedad hipotecada, con independencia de la cantidad adeudada, significando, pues, la adjudicación de la finca hipotecada al acreedor[100]. En virtud de esta adjudicación o *foreclosure*, el acreedor hipotecario se sitúa en el lugar del deudor. Gráficamente, la doctrina explica que como consecuencia de la orden de *foreclosure, the mortgagee steps into the shoes of the mortgagor and the mortgagee becomes registered as the proprietor of the land*»[101]. La propiedad se transmite del deudor al acreedor y ello conlleva la extinción completa de la hipoteca, por lo que, tal como especifica la sección 88 LPA 1925, el acreedor no puede ya ejercitar una acción personal frente al deudor por el *shortfall,* esto es, la diferencia que, en su caso, pueda existir entre el valor del inmueble y la cantidad pendiente de pago. La finca se transmite al acreedor libre de las cargas posteriores, pero no de las anteriores a la hipoteca que pesaba sobre el inmueble cuya adjudicación se solicita. En realidad, de lo que estamos hablando es del comiso de la finca por parte del acreedor, en tanto este se convierte en propietario de la misma a falta de pago del deudor, por virtud, eso sí, de una orden judicial. Por esta razón, aunque usualmente el término *foreclosure* se traduzca en los diccionarios jurídicos como «ejecución hipotecaria»[102], la doctrina española prefiere referirse a este remedio como «acción comisoria», en tanto si la acción de *foreclosure* prospera, la propiedad queda decomisada en favor del acreedor[103]. El ordenamiento inglés, por tanto, permite que, por medio de una orden judicial, el acreedor se apropie del inmueble dado en garantía, posibilidad esta que queda terminantemente prohibida, como sabemos, en nuestro Derecho, al disponer expresamente el artículo 1859 del Código Civil que «el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas»[104].

Podría decirse, no obstante, con muchas dificultades y salvando todas las distancias entre ambas instituciones, que *foreclosure* y ejecución hipotecaria se acercan en el momento en que la finca hipotecada se le adjudica al acreedor ante la falta de postores en la subasta, aunque solo si ello significa la cancelación de la deuda. Así, el artículo 671 LEC, tras la reforma operada por la Ley 1/2013, prevé que en el caso de subasta desierta el acreedor solicite la adjudicación de la finca por el 70% de su valor de tasación —cuando se trate de vivienda habitual—, habiendo eliminado el Real Decreto-ley 8/2011 la posibilidad de que el acreedor se adjudique el inmueble por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. La reforma pretendía con ello evitar el despojo del deudor en el caso de que el valor de la finca fuera superior al montante de la deuda. El efecto negativo de esta previsión en los momentos de crisis del mercado inmobiliario es la posibilidad de que el acreedor se adjudique la finca por el 70% del valor y el deudor siga endeudado debido a que la deuda es superior a dicho valor. Ciertamente, esta circunstancia se evita en el caso del *foreclosure*, si bien el acreedor hipotecario inglés no hará uso de este remedio cuando sea

consciente de que el valor del inmueble en el mercado es inferior a la cantidad aún pendiente de pago.

El derecho del acreedor al *foreclosure* nace tan pronto como finalice para el deudor el plazo para redimir la hipoteca, si bien es usual introducir en el contrato cláusulas por las que el acreedor se obliga a no solicitar la orden de *foreclosure* sin notificación previa al deudor y a hacerlo solo en determinados supuestos de incumplimiento contractual. Por regla general, llegado el caso, el acreedor ejercitará la acción ante los tribunales solicitando el *foreclosure* a menos que el deudor pague en un plazo determinado de tiempo. A partir del ejercicio de la acción —que cuenta con un plazo de doce años[105]— la medida se despliega en el ámbito de los tribunales en dos fases: *foreclosure nisi,* que concede al deudor un nuevo plazo de pago (usualmente seis meses); y *foreclosure absolute,* que, ante la falta de pago en dicho plazo, extinguirá definitivamente el derecho de redención del deudor, significando para él la pérdida de la propiedad. Normalmente este es el final del procedimiento, aunque es posible que, excepcionalmente, el tribunal pueda abrir un nuevo plazo de pago al deudor; pero, como señala la doctrina, ello es bastante improbable si el acreedor ha vendido ya la finca a un comprador que no ha tenido conocimiento de la hipoteca previa[106].

En todo caso, dada la naturaleza draconiana de este remedio, la sección 91 (2) de la LPA 1925 concede al tribunal la facultad de ordenar la venta del inmueble en lugar del *foreclosure (sale in lieu of a foreclosure),* a petición del acreedor, del deudor o de cualquier otra persona interesada, en cuyo caso el precio obtenido por la enajenación será repartido del mismo modo que el obtenido por la venta realizada por el propio acreedor, siguiendo el procedimiento previsto por la sección 105 LPA, anteriormente analizado. Obviamente, esta posibilidad es deseable para el deudor, al permitirle recibir parte de lo obtenido si el montante de la deuda por pagar era menor que el valor de la finca. La doctrina justifica este poder de actuación judicial en los efectos drásticos que se derivan del *foreclosure*, que solo por privar al deudor de cualquier derecho sobre el inmueble debe ser contemplado con cierto recelo[107].

Esta es una de las causas[108] por las que, a pesar de tratarse del remedio potencialmente más fuerte[109] de que dispone el acreedor en el sistema hipotecario inglés ante el impago del deudor, la orden de *foreclosure* es actualmente de muy infrecuente uso en el tráfico. Piénsese que la venta realizada por el acreedor tiene de ventaja sobre el *foreclosure* que no necesita generalmente solicitar una orden judicial previa[110]. Resulta mucho más conveniente para el acreedor ejercer su poder de vender la finca o de nombrar un administrador; y tampoco puede perderse de vista la facultad judicial de extender una orden de *foreclosure* en el marco del procedimiento de la sección 36 AJA 1970. Señala la doctrina que los tribunales son reacios, especialmente en los momentos de subida de precios en el mercado inmobiliario, a conceder órdenes de *foreclosure,* en tanto, en virtud de este remedio, en estas circunstancias el acreedor hipotecario se apropia de

un inmueble de valor muy superior al de la deuda[111]. Como ha señalado la doctrina[112], esta institución se ha hecho tan extraña en nuestros días que la propia *Law Commision*[113] ha recomendado su abolición.

En realidad, la propuesta de este informe de la *Law Commision* es abolir el *foreclosure* pero al mismo tiempo permitir al acreedor venderse a sí mismo el inmueble en el ejercicio de su *power of sale: «Accordingly we recommend that foreclosure be abolished and that a mortgagee under a formal land mortgage should be entitled to sell to himself in exercise of the statutory power of sale, subject to the following: (a) the mortgagee must first obtain leave of the court; and (b) the court should not grant leave unless satisfied by the mortgagee that this is the most advantageous method of realising the security, from the point of view of the mortgagor, any guarantors of the mortgagor and any subsequent encumbrancers»*. En definitiva, la propuesta de la *Law Commision* no es abolir el decomiso, sino simplemente modificar el procedimiento para permitir al acreedor apropiarse de la finca hipotecada en caso de impago por el deudor.

III. PROTECCIÓN DEL DEUDOR EN TIEMPOS DE CRISIS

Aun tratándose de un análisis breve y genérico, la aproximación que hemos realizado al tratamiento de los derechos de deudores y acreedores hipotecarios en el Derecho inglés no nos puede dejar de sorprender, habida cuenta las diferencias que separan, tanto en la forma como en el fondo, las instituciones de hipoteca y *mortgage*. A los efectos de este estudio, una visión simple de la materia nos lleva a pensar que el acreedor inglés se encuentra en una posición más fuerte que el español a los fines de satisfacer sus intereses, en tanto disfruta de facultades dominicales impensables en nuestro ordenamiento. Como hemos expuesto, especialmente llamativa resulta su facultad de vender el inmueble hipotecado incluso sin que se encuentre libre de ocupantes, su derecho a poseer la finca tan pronto se constituya la hipoteca y la posibilidad de apropiarse del inmueble por medio de la acción de *foreclosure*. Ninguno de estos derechos y remedios se corresponde con los reconocidos por el ordenamiento español, aunque el proceso de ejecución hipotecaria que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil pueda, en la práctica, acarrear para el deudor consecuencias parecidas. Con independencia de ello, lo que en todo caso debe resaltarse es que en nuestro ordenamiento solo es posible hacer efectiva la garantía a través de un procedimiento judicial específico, pormenorizadamente regulado, sin que se le reconozca al acreedor facultad de ejercitar derecho alguno sobre la finca hipotecada al margen de los tribunales.

Sin embargo, a pesar de parecer excesivo el poder de actuación del acreedor inglés ante el impago del deudor, los problemas de los desahucios hipotecarios en el Reino Unido no han trascendido a la sociedad ni a la prensa internacional

como lo han hecho los de los españoles, tal como señalamos al inicio de este trabajo. Debe suponerse que, frente a estos poderes del acreedor, deben existir o haber existido en aquel país mecanismos de protección de los deudores sin recursos más eficaces que los que se toman en nuestro país.

1. Las crisis del sistema financiero en el Reino Unido

En contra de la creencia popular, el Reino Unido no es un país de arrendatarios, sino de propietarios, por cuanto es bastante más elevado el número de familias que habitan viviendas en propiedad que en alquiler. No obstante, aunque algún sector de la doctrina llega a afirmar que el Reino Unido tiene una de las tasas de ocupación en propiedad más altas del mundo[114], lo cierto es que se encuentra por debajo de la de muchos otros países europeos. En concreto, según datos del Banco Central Europeo, frente al 83% de España, el Reino Unido no supera el 70%, aunque la cifra es alta comparado al 53,2% de Alemania y al 44,3% de Suiza, que ocupa el último lugar.

En verdad, no puede desconocerse que la ratio de viviendas en propiedad en el Reino Unido es elevada, situación a la que se ha llegado después del proceso de *deregulation* que se inició en los albores de los años setenta —cuando el índice de propiedad no llegaba al 50%—, al que coadyuvó una política de incentivación de la propiedad por parte del gobierno[115]. En aquellos años el gobierno inglés liberalizó el mercado hipotecario para dar entrada al mismo a mayor número de entidades prestamistas[116] —distintas de las *building societies,* que prácticamente copaban el escenario—, particularmente bancos y compañías aseguradoras; la libre competencia entre las diversas entidades crediticias hizo que se ofrecieran nuevos productos al mercado financiero, disputándose entre ellas la iniciativa en el ofrecimiento de productos de alto riesgo[117].

El mercado inglés ha sufrido fuertes turbulencias desde principios de los años ochenta, primero viviendo varios periodos de rápido crecimiento de los precios de las viviendas (entre 1982 y 1989), y después, como consecuencia de una aguda caída de la actividad económica, experimentando un dramático descenso de los mismos[118]. A partir de 1992-93 la economía del Reino Unido disfrutó de un crecimiento estable, acompañado del descenso en el desempleo y un fuerte aumento de los salarios. Esta vuelta al desahogo económico provocó nuevamente el aumento de los precios de las viviendas, haciendo temer que aconteciera un nuevo *crash* similar al de los inicios de los noventa[119], como efectivamente sucedió.

El periodo 1989-1995 representa uno de los mayores retos afrontados por el mercado inmobiliario inglés; entre 1987 y 1989 se compraron alrededor de 4 millones de casas en el Reino Unido, como resultado de la política de *deregulation,* que, al dar entrada a la libre competencia entre las entidades prestamis-

tas, dirigieron a estas a la concesión de préstamos con elevadas *loan-to-value* (LTV) ratios[120]. En 1990, the *Council of Mortgage Lenders* (CML) estimó que un 20% de los nuevos préstamos se habían concedido al 100% o más del LTV, alguno alcanzando incluso el 120%. La combinación del incremento de demanda para comprar casas, debido al aumento de los salarios, y la competición por proporcionar préstamos hipotecarios provocó la elevación de los precios de la vivienda. Cuando la economía se ralentizó, el mercado inmobiliario lo hizo aún más, reduciéndose a la mitad el número de transacciones en 1992, cuando más de dos millones de hogares tenían que hacer frente a la *negative equity* (LTV negativo, por ser menor el valor de la vivienda que el montante de la deuda) debido a la caída de los precios de los inmuebles en el mercado.

La consecuencia directa de esta coyuntura fue el fuerte incremento de *repossessions,* que alcanzaron en 1991 el pico de 75.000; los retrasos en el pago de las hipotecas continuaron hasta 1994 (habiendo pasado de menos del 25% de la renta anual disponible del deudor al 75% en 1992)[121], sin que el mercado lograra estabilizarse hasta mediados de los años noventa. Ante esta crisis sin precedentes, el gobierno no intervino de forma directa, al entender que la industria financiera debía solventar por sí sola los problemas que ella misma había creado; ello llevó a las entidades prestamistas a ofrecer reestructuraciones de deudas a sus clientes, al comprender que en los momentos de crisis la *repossession* resultaba muy costosa. Por otra parte, la ayuda del gobierno a los deudores que habían perdido su empleo para hacer frente a los préstamos hipotecarios resultó relativamente generosa[122]. A ello debe sumarse que los prestamistas sustentaban sus créditos sobre dos instrumentos asegurativos: el *mortage indemnity insurance* —una póliza de seguro privada que asegura el pago de hasta el 30% del valor de la propiedad[123]—, y el *Income Support for Mortgage Interest* (ISMI), un programa gubernamental que pagaba el interés del préstamo de cualquier tamaño cuando el prestatario quedara desempleado[124]. Entiende la doctrina que, dada la existencia de estos mecanismos de garantía, no era de extrañar que las entidades prestamistas fueran tan generosas al conceder préstamos en el entorno de la relativamente boyante economía de finales de los años ochenta, al mismo tiempo que no resultaba sorprendente que el gobierno considerara que era deber de estas instituciones solventar las consecuencias de sus decisiones de otorgar tales préstamos.

En definitiva, a mediados de los noventa se consideraba que la *deregulation* había resultado en general beneficiosa: los tipos de interés eran más bajos, los consumidores disponían de una diversidad más amplia de productos financieros para su elección, y tanto los prestamistas —que habían mejorado los procedimientos de medición del riesgo[125]— como los prestatarios habían aprendido varias lecciones sobre cómo operar en el marco de un sistema liberalizado. La crisis, pues, se había superado a través de una combinación de intervención gubernamental, flexibilidad del mercado hipotecario y mejora de las circunstancias

económicas. Incluso así, se reconocía que el mercado y el gobierno tenían aún mucho que aprender sobre cómo evaluar la naturaleza e incidencia de la crisis asociada a la volatilidad de la economía[126].

Contando con esta experiencia y aprendizaje, el Reino Unido ha tenido que hacer frente al *global credit crunch* de 2007, una nueva crisis económica y financiera que, a pesar de haberse convertido en una crisis internacional sin precedentes —calificada como uno de los procesos más traumáticos desde la Segunda Guerra Mundial[127]—, no ha alcanzado en aquel país las cotas de la crisis de principios de los años noventa[128]. El *credit crunch* comenzó en septiembre de 2007 con la quiebra de Northern Rock, una de las entidades financieras más importante del Reino Unido, que tuvo que ser salvada por el Banco de Inglaterra[129]. El principal impacto de esta nacionalización fue una contracción del mercado crediticio y la bajada de los precios en el mercado inmobiliario. La crisis global alcanzó al Reino Unido más pronto que a otros países europeos como consecuencia del contagio de la crisis estadounidense, aunque, como señala la doctrina, los desencadenantes de la crisis no son solo internacionales sino también domésticos[130], debiéndose tener en cuenta no solo la globalización, sino las consecuencias de la *financial deregulation* y la incapacidad de la red asegurativa de adaptarse a los cambios del mercado[131].

Esta crisis financiera ha provocado en el Reino Unido similares efectos que en España en relación al mercado hipotecario, que se contrajo, eliminándose productos con mayor riesgo de impago y elevando el nivel de exigencia de los prestamistas para conceder préstamos hipotecarios. Las hipotecas *sub-prime* habían proliferado desde el fin de la crisis de los noventa, hasta alcanzar a principios de 2008 el 5,75% de las propiedades[132]; las entidades crediticias volvieron a conceder hipotecas con un LTV del 100% —no era extraño incluso del 125%—, *interest-only mortgages,* y estaban dispuestas a conceder préstamos sin verificar suficientemente la capacidad económica del prestatario, reproduciendo prácticas iniciadas en el mercado estadounidense, que, exacerbadas por la venta de estos créditos a otras entidades bancarias, llevarían al colapso de la economía, primero en Estados Unidos y, posteriormente, en el Reino Unido[133]. A pesar de ello, el sistema financiero de la vivienda del Reino Unido ha soportado medianamente bien los efectos de la crisis, en opinión de la doctrina: «*The system was developed in a volatile world, and benefited from its flexibility and capacity to adjust to sudden unexpected changes. Established owner-occupiers have been able to maintain their borrowing; refinancing has taken place; the relatively new buy-to-let market has not been subject to major stress. Low-risk first-time buyers have been able to purchase. What is lacking is the capacity to fund future growth in first-time buyers and new development. This is not an unreasonable response to the overheated nature of the market in 2007 and a decline in GDP of almost 6%*»[134]. En verdad, aunque los índices de *repossessions* fueron aumentando desde 2002, a partir de 2008 se fue observando un progresivo

descenso. La cuestión es analizar cómo se ha conseguido reducir esas cifras y cómo se protege a los deudores hipotecarios sin recursos.

2. Las medidas tomadas por el gobierno inglés para la protección de los deudores hipotecarios frente a la *repossession* tras la crisis de 2007

Aunque se haya observado que los efectos de la crisis global de 2007 se han amortiguado en el Reino Unido de mejor forma que los de la crisis financiera de principios de los años noventa, no puede en modo alguno desconocerse el incremento del número de *repossessions* a que aquella ha llevado en este país. En los inicios del *«global credit crunch»,* el número de hogares que debían hacer frente a retrasos en el pago de sus hipotecas y a hipotéticas *repossessions* se incrementó considerablemente. Ha existido, no obstante, bastante desconcierto en cuanto a las cifras oficiales. El *Council of Mortgage Lenders* (CML) tuvo que ajustar sus previsiones en relación al número de *repossessions* en dos ocasiones: de 75.000 *mortgage possessions* para 2009 (November, 2008), a 65.000 (June 2009) y, por último, a 48.000 (November 2009). Realmente, el CML *repossessed* 46.000 viviendas en 2009, cifra que ha ido descendiendo más o menos progresivamente en los años sucesivos: 36.300 en 2010, 37.300 en 2011, 33.900 en 2012, previéndose por el CML que bajen de 30.000 en los años posteriores. Igualmente, el CML ha informado de la caída del número de deudores morosos, aunque sí ha experimentado un aumento el número de morosos del 10% o más del importe de la hipoteca[135]. Las iniciales previsiones del CML eran en parte debidas a la idea de que la *negative equity* en un decreciente mercado inmobiliario iba a suponer un impulso al número de *repossessions*; sin embargo, en la práctica, las entidades prestamistas querían evitar la reposesión de inmuebles cuyos precios se habían desplomado en el mercado[136].

Podemos contrastar estas cifras atendiendo también a los datos estadísticos que publicaba anualmente el FSA[137], que destacan el incremento del número de *repossessions* entre 2008 y 2009, año en el que alcanzaron la cifra total de 52.963, y la bajada a partir de esa fecha en los años siguientes, hasta sumar 37.817 en 2012. Por su parte, según los datos publicados por el Ministerio de Justicia[138], en 2013 se produjeron 53.659 demandas de posesión interpuestas por acreedores hipotecarios, lo que supone una caída del 62% desde 2008. A ello hay que sumar, no obstante, 113.175 procesos iniciados por *social landlords (local authorities* y *housing associations),* la mayoría por causa de impago de la renta, además de las 23.196 demandas por parte de *private landlords*. El Ministerio concluye que, aunque el número de demandas de posesión cayeron de 194.645 en 2002 a 134.961 en 2010, se ha incrementado desde entonces alrededor de un 26%, hasta alcanzar la cifra de 170.451 en 2013. Sea como fuere, atendiendo a unos u otros datos, creemos que las cifras pueden calificarse de alarmantes.

Ante este panorama, el 24 de noviembre de 2008 el gobierno inglés anunció una serie de medidas diseñadas para asistir a los propietarios de viviendas durante la crisis financiera. El denominado como su *flagship «mortgage rescue scheme»*, con un presupuesto de 240 millones de libras, estaba diseñado para poner fin a los desahucios de viviendas. La primera de estas medidas no era otra que promover entre las entidades crediticias que intentaran alcanzar un acuerdo con los deudores hipotecarios para estudiar alternativas distintas a la *repossession*. Cuatro días más tarde, el FSA solicita por escrito de los directivos de dichas entidades que tomen medidas para asegurar un tratamiento justo a los deudores morosos, cuyas conclusiones debían ser comunicadas al FSA a finales de enero de 2009. El 25 de junio de 2010 el FSA establece medidas más amplias de protección, centrándose en algunas claves, como no penalizar mensualmente los atrasos en el pago cuando ya se ha alcanzado un acuerdo de pago, o imputar a los atrasos y no a los intereses de demora los pagos realizados por los deudores en dificultades; en todo caso, las entidades financieras deben evaluar todas las opciones posibles para evitar la *repossession*, que debe considerarse el último recurso. En octubre de 2011 el FSA publicó una guía de ayuda a los acreedores (*Forebearance and impairment provision-mortgage)* para cumplir con las obligaciones y responsabilidades impuestas por el *Handbook* del FSA, *Mortgage Conduct of Business* (MCOB). En el mismo mes, el CML revisó su guía —un código de conducta voluntario publicado en 2010— para ayudar a las entidades a cumplir con los principios del MCOB[139].

La intervención del gobierno inglés para paliar las consecuencias negativas de la crisis financiera sobre los deudores hipotecarios fue muy espuria desde el punto de vista legislativo *stricto sensu*. La única reforma legislativa *ad hoc* se ciñó a la aprobación de la *Mortgage Repossessions (Protection of Tenants etc) Act* 2010, norma dirigida a proteger a los inquilinos de una vivienda hipotecada que hubieran realizado el contrato de arrendamiento sin el consentimiento del acreedor hipotecario. Como sostiene la doctrina, la opción preferente por otros medios alternativos de intervención resulta por completo lógica en un país como Inglaterra, «que ha sido históricamente reacio a todo lo que tenga que ver con la legislación, esto es con los *statutes* que ponían en tela de juicio la sagrada tradición jurisprudencial del *common law*»[140].

Al margen de esta norma, la reacción gubernamental para la protección de las colectivos más vulnerables, si bien comenzó con una política de recomendaciones hacia las entidades crediticias en el respeto de principios generales de actuación, se desplegó en medidas de naturaleza diversa, centrándose en tres vías de acción: elaboración de guías de conducta en el marco de la relación entre acreedores y deudores hipotecarios, programas gubernamentales de apoyo económico para las familias más desfavorecidas e incorporación de un protocolo de actuación previa a la ejecución hipotecaria.

A) Mortgage and Home Finance: Conduct of Businessment Sourcebook (MCOB)

Por lo que se refiere a las guías de actuación, ya nos referimos al tratar de los derechos del acreedor hipotecario al *Mortgage and Home Finance: Conduct of Businessment Sourcebook* (MCOB), documento elaborado inicialmente por la ya desaparecida *Financial Services Authority* (FSA) sobre normas de conducta, al que quedaron sometidas a partir de 2004 todas las entidades crediticias dedicadas a la financiación de viviendas. Las entidades financieras deben observar ciertos principios centrados en el justo trato de los clientes, ofreciéndoles toda la información que precisen con claridad y precisión.

El MCOB dedica su apartado 13 a los procesos de ejecución de hipoteca por impago, exigiendo a los acreedores que traten con justicia y equidad a los deudores que hayan dejado de pagar plazos de la hipoteca, en los términos que ya analizamos en el capítulo precedente. Este número se orienta a promover el acuerdo entre las partes, aconsejando llegar al proceso de desahucio como la última alternativa. Deben quedar reflejados los esfuerzos por evitar la *repossession,* estudiándose la posibilidad de otorgar nuevos plazos de pago y una reestructuración de la deuda; a tal fin, el acreedor debe prestar al deudor toda la información precisa para el entendimiento de cualquier operación que se pueda realizar. En caso de resultar imposible alcanzar un acuerdo para poder hacer frente al pago en las condiciones económicas del deudor, el acreedor ha de permitirle permanecer en la vivienda durante un plazo razonable para conseguir su venta; asimismo, el acreedor deberá informar al deudor de que va a iniciar el procedimiento de desahucio, así como de su obligación de contactar con la autoridad local competente en materia de vivienda para acceder a los distintos programas de apoyo y ayuda social existentes.

El incumplimiento por el acreedor de estas normas de conducta no invalida la hipoteca, pero puede llevar a la imposición de ciertas sanciones sobre el acreedor[141]; concretamente, faculta al deudor para presentar una queja frente al *Financial Ombudsman*, que puede suponer en algunos casos que el juez decida posponer el procedimiento de ejecución de la hipoteca. El impacto de este código sobre la conducta de las entidades crediticias es incierto, si bien en 2008 la propia FSA ya informó que la falta de cumplimiento de algunos aspectos de la guía podía considerarse común[142].

B) Programas de apoyo económico

Por lo que respecta a los planes de actuación concreta para la protección de los deudores más vulnerables, debemos reseñar brevemente la puesta en marcha por el gobierno de tres programas de apoyo económico distintos: el *Support for*

Mortgage Interest (SMI), el *Mortgage Rescue Scheme* (MRS) y el *Homeowner Mortgage Support Scheme* (HMSS); de ellos, tan solo queda vigente el primero.

El SMI es un plan dirigido a ayudar al deudor a pagar los intereses del préstamo hipotecario recibido para la compra o reforma de su vivienda, que son abonados directamente al prestamista; queda excluido en todo caso el pago del capital prestado. Para solicitar esta ayuda es necesario ser previamente beneficiario de alguno de los programas sociales dirigidos a personas en desempleo o con riesgo de exclusión social[143], por lo que puede beneficiarse de este plan, por ejemplo, cualquier persona que, aun con empleo, no obtenga ingresos que se consideren suficientes. La ayuda cubre hasta 200.000 libras y los intereses se pagan atendiendo al tipo medio de interés hipotecario que fija el Banco de Inglaterra, con un periodo de espera de 13 semanas desde la solicitud[144]. Dado que el pago de los intereses suele ser la mayor parte de la cuota mensual de la hipoteca, entiende la doctrina que esta medida resulta de gran interés social[145]. El *Social Security Advisory Committee* señalaba enfáticamente en 2011 que, sin duda alguna, el SMI ha jugado un importante papel en conseguir que miles de familias permanezcan viviendo en sus casas; su existencia ha servido de enorme incentivo para la tolerancia de las entidades prestamistas en circunstancias en las que, de otro modo, hubiesen ejercitado la acción de posesión[146].

En cuanto al MRS, se trata de un plan de ayuda a los deudores hipotecarios en dificultades para evitar la *repossession* que dejó de estar disponible desde marzo de 2014[147]. El programa estaba a cargo de las autoridades locales, que debían valorar la viabilidad de las solicitudes de propietarios en situación de vulnerabilidad que se encuentran en peligro de perder su vivienda, al haber iniciado el acreedor el proceso de desahucio. Se requerían dos tipos de requisitos para ser beneficiario de este plan, unos de carácter personal y otros de naturaleza patrimonial. Entre los primeros, el solicitante —obligado primeramente a hablar con su acreedor— debía encontrarse entre alguno de los considerados *priority groups* o grupos de *priority need:* persona con hijos dependientes, que se encuentre embarazada o que conviva con una mujer embarazada, o persona anciana o con enfermedad o cualquier tipo de discapacidad física o psíquica; entre los segundos, el solicitante no podía ser titular de otra propiedad y debía contar con unos ingresos en el hogar inferiores a 60.000 libras anuales. La autoridad local competente le trasladaba la información a una *housing association* —una organización independiente y sin ánimo de lucro, que se dedica a proporcionar viviendas sociales a bajo coste a las personas más necesitadas—, valoraba la solicitud y estudiaba el caso, no quedando obligada, aun cumpliendo el solicitante los requisitos que se exigen, a ofrecer el rescate, si consideraba que no era adecuado o existían mejores opciones para la familia.

El plan contemplaba dos opciones de rescate: *Equity loan* (anteriormente denominado *Shared equity*) y *Government mortgage to rent,* correspondiendo a la autoridad local determinar cuál de ellas se adaptaba mejor a las características

del solicitante. El *Equity loan* estaba pensado para los deudores que se encontraban en serias dificultades económicas, pero que podían continuar realizando pagos más pequeños de la hipoteca en un plazo de tiempo más prolongado. Se trataba de un préstamo concedido por un *Registered Social Landlor* o una *housing association* garantizado con la vivienda; el préstamo podía usarse para pagar parte de la hipoteca u otros préstamos del deudor y, para acceder a él, el deudor no debía tener más del 40% de *equity* de su casa, es decir, la hipoteca sobre la casa no podía elevarse a más del 60% del valor de esta. El préstamo se concedía a bajo interés (no *inferior* al 1,75%), por un periodo máximo de 25 años, cuyo capital había de ser devuelto cuando el deudor reuniera los ahorros necesarios, o bien rehipotencado la casa o vendiendo la misma si al finalizar el plazo no se podía hacer frente a la devolución. En cambio, el *Government mortgage to rent* era un programa adecuado para deudores que ya no podían seguir pagando su hipoteca, bien por tratarse de un parado de larga duración sin perspectiva de encontrar empleo, ya sea por contar con una *equity* muy pequeña respecto de su vivienda o por tener que hacer frente a otras muchas deudas. En este caso, una *housing association* compraba la vivienda por el 90% de su valor de mercado, permitiéndose al solicitante permanecer en la misma como inquilino. Un tasador de la *housing association* valoraba el inmueble para determinar la renta que debía pagar el deudor, que tendría que ser inferior que la del mercado en esa zona. Con el dinero obtenido el deudor debía cancelar su hipoteca, y otros préstamos si el dinero es suficiente, comprometiéndose a pagar la renta estipulada a riesgo de ser desahuciado por la entidad compradora. Si con el 90% del valor de mercado de la vivienda no se cubre el préstamo hipotecario, solo cabe llegar a un acuerdo con el acreedor; igual sucede de no encontrarse comprador, quedando en última instancia acudir al programa de *emergency housing*, al que con posterioridad nos referiremos.

Por último, el *Homeowner Mortgage Support Scheme* permitía la posposición del pago de los intereses generados por el préstamo hipotecario por un plazo de hasta dos años, acumulándose las cantidades descontadas al capital prestado. Estaba previsto para deudores que se encontraban en dificultades en hacer frente a los pagos de la hipoteca por problemas temporales de pérdida de empleo o repentina disminución de ingresos, pero que podían probablemente recuperarse y poder hacerse cargo de la deuda a corto plazo. Para poder acceder a esta medida el deudor debía reunir unos requisitos bastante exigentes, siempre teniendo en cuenta la posibilidad de su recuperación económica, además de contar con el acuerdo de la entidad prestamista, pues no todas se adscribieron al plan. Al final del plazo, el deudor tenía que pagar más de la cantidad inicialmente debida, por cuanto los intereses pospuestos se acumulan al montante de la deuda; los beneficios financieros resultaban, pues, para el prestamista, no para el prestatario, que ve cómo, en un mercado inmobiliario estancado, decrece la *equity* de su vivienda[148]. Según el informe de evaluación realizado por el

gobierno, entre abril de 2009 y marzo de 2010, 32 prestatarios entraron en este programa, frente a los 30.000 que se adhirieron a planes específicos ofrecidos por las propias entidades prestamistas (*forbearance schemes*), cuyas condiciones se revelaban más ventajosas para los deudores. Todo ello contribuyó a que este plan, puesto en marcha por el gobierno en abril de 2009, fuera cancelado dos años después, debido a su falta de operatividad, aunque se considera que ha contribuido a extender la *forbearance* de los acreedores[149].

C) Pre-Action Protocol for Possessions Claims based on Mortgage or Home Purchase Plan Arrears in Respect of Residential Property

Finalmente, debemos hacer referencia al *Pre-Action Protocol for Possessions Claims based on Mortgage or Home Purchase Plan Arrears in Respect of Residential Property*[150], un protocolo de actuación previo a la interposición por el acreedor de la *possession claim* —que entró en vigor el 19 de noviembre de 2008—, cuya finalidad es promover el acuerdo entre las partes para evitar el proceso judicial. En primer lugar, las partes vienen obligadas a comunicarse y proporcionarse recíprocamente información de forma clara. Y, en segundo lugar, deben tomar las medidas necesarias para tratar las causas del impago, las circunstancias financieras y las eventuales propuestas de satisfacción de las cantidades adeudadas a través de medidas de reestructuración de la deuda; concretamente, el punto 5.5 del Protocolo obliga al acreedor a responder sin demora a cualquier propuesta relacionada con el pago que le haga el deudor y, en caso de no estar de acuerdo con la misma, justificar por escrito las razones de su rechazo en el plazo de diez días hábiles desde la propuesta.

Por otra parte, el Protocolo establece que el prestamista debe considerar la posibilidad de no iniciar el procedimiento de reposesión cuando el deudor demuestre encontrarse en determinadas circunstancias, como son: haber presentado una reclamación a la aseguradora por ser titular de una póliza de protección de impagos hipotecarios, o haber solicitado la ayuda del programa SMI o del MRS. Asimismo, el acreedor también debe tomar en consideración la posibilidad de posponer el inicio del procedimiento de reposesión cuando el deudor pueda demostrar que ha iniciado o va a iniciar los trámites para la venta del inmueble, quedando a la discreción de aquel posponerlo o no, si bien en caso de negativa, habrá de justificar la decisión en el plazo de cinco días; igualmente, el acreedor debe contemplar la posposición del procedimiento cuando se hubiera interpuesto una queja ante el *Financial Ombudsman Service,* aunque el acreedor puede decidir iniciar el procedimiento antes de conocer la decisión final de aquel.

Obsérvese que, atendiendo a las características descritas, el Protocolo resulta de eficacia limitada, en tanto puede cumplirse simplemente llevando a cabo puras formalidades, quedando en manos del acreedor la decisión sobre la posposición

del procedimiento. Debe partirse en cualquier caso de la cláusula general que establece el punto 1.2 del Protocolo, que enuncia que el mismo no pretende en ningún caso alterar los derechos y obligaciones de las partes[151]. No obstante, sostiene la doctrina que, en atención a la frase con la que concluye el Protocolo en el punto 9.1. —«*Parties should be able, if requested by the court, to explain the actions that they have taken to comply with this protocol*»— aparentemente se otorga a los tribunales, ante una demanda de reposesión, la facultad de controlar la seriedad, regularidad y cumplimiento del proceso prejudicial de negociación llevado a cabo; se obliga, pues, a los acreedores hipotecarios «a tomarse en serio el protocolo y a cumplir con sus exigencias, so pena de poner en riesgo sus derechos legales a la ejecución judicial»[152]. A pesar de todo, el Protocolo no recoge régimen alguno de sanciones por el incumplimiento de sus previsiones[153], por lo que la eficacia del mismo resulta más que relativa.

En cualquier caso, la bajada del número de *repossessions* que se ha observado desde 2008 ha sido en gran medida atribuida, como señala la doctrina, a la promulgación de este protocolo, aunque no puede saberse a ciencia cierta en qué medida ha repercutido en dicho descenso el acuerdo alcanzado por el gobierno con algunas entidades bancarias para diferir el pago de intereses por un periodo de hasta dos años[154]. Las entidades bancarias, incluso las públicas, eran reacias a reconocer que los cambios experimentados en su grado de tolerancia eran debidos directamente a las medidas tomadas por el gobierno; no obstante, debe reconocerse que la existencia del protocolo las obligaba a demostrar que habían llevado a cabo todos los pasos necesarios para evitar la acción de posesión[155]. Sea como fuere, lo cierto es que, según datos del Ministerio de Justicia, el número de acciones de posesión bajó de 142.741 en 2008 a 53.659 en 2013.

Con anterioridad a este protocolo para deudores hipotecarios ya había entrado en vigor en octubre de 2006, con la misma finalidad de evitar acciones judiciales y promover el entendimiento entre las partes, el *Pre-Action Protocol for Possession Claims Based on Rent Arrears,* aplicable tanto a *local authority landlords* como para *housing associations*. En este caso, el protocolo establece claramente las sanciones por su inobservancia: para los arrendadores que no cumplen de forma razonable las previsiones del protocolo el tribunal puede condenarlos en costas e, incluso, suspender o desestimar la acción; en el caso del arrendatario, la desatención del protocolo puede ser tenida en cuenta por el tribunal a la hora de considerar la razonabilidad de la *possession order*[156].

D) Emergency housing

Si, a pesar de todos los esfuerzos por evitar la *repossession*, el deudor hipotecario resulta desahuciado, el gobierno dispone de programas de ayuda para las personas que quedan sin vivienda (*emergency housing*), bien a través de los *local*

councils (entidades locales correspondientes), o por medio de las ya mencionadas *Housing Association Homes (*también denominadas *Registered Social Landlords* o *Private Registered Providers of Social Housing)*. Para solicitar al *local council* un realojo de emergencia es necesario ser considerado *legally homeless* (porque el arrendador ha cambiado las cerraduras o ha desahuciado al inquilino, por existir peligro de violencia en el hogar, no poder convivir con la familia por falta de espacio, por estar viviendo en condiciones de precariedad perjudiciales para la salud o en *temporary accomodation* —como *night shelter, emergency hostel* o *women's refuge*— o por acabar de salir de la cárcel o el hospital), y encontrarse dentro a alguno de los grupos de *priority need*. La autoridad local puede considerar a una persona *homeless* si es previsible que en el plazo de 28 días vaya a ser sujeto de *eviction from rented accomodation* o *repossession* o el *landlord* haya obtenido una orden judicial de posesión.

La solicitud de vivienda de una persona sin hogar obliga a la autoridad local a proporcionar inmediatamente a la persona necesitada *emergency housing;* hasta que estudie el caso con detenimiento no será acreedora de una *longer-term accomodation*. La amplitud de la ayuda que puede recibir una persona dependerá también de si se la considera responsable de su situación. Tanto en un caso como en otro, el beneficiario debe pagar una renta[157]; si no cuenta con medios suficientes para pagarla, también podrá solicitar la ayuda para el pago del alquiler o prestación para alojamiento (*Housing Benefit*[158]*)*. Entre los derechos con que puede contar el inquilino se encuentra la posibilidad de la compra de la casa que habita[159], y también su permuta con otro arrendatario del *local council* o de una *housing association*.

La persona que lo necesite puede dirigirse directamente a una o varias *housing associations* para solicitar ayuda o hacerlo a través del *local council*. Una vez realizada la solicitud, el solicitante es incluido en una lista de espera, hasta encontrar la casa adecuada. Normalmente, se realizará en primer lugar un *tenancy agreement* por un periodo de 12 meses, al final del cual el *starter tenant* puede ser desahuciado o bien ver ampliado su *tenancy*, pudiendo elegir entre una *assured tenancy* (el inquilino puede vivir en la propiedad normalmente toda la vida), o una *fix-term tenancy,* usualmente por un periodo de, al menos, 5 años, quedando a decisión del *landlord* la posterior renovación.

La concesión de alguno de estos tipos de arrendamientos sociales no significa, sin embargo, que el inquilino no pueda ser desahuciado por el *social landlord* si desatiende las obligaciones que le incumben. De hecho, como ya adelantamos, según datos del Ministerio de Justicia[160], aunque en 2013 se produjeron 53.659 demandas de posesión interpuestas por acreedores hipotecarios, lo que supone una caída del 62% desde 2008, a aquella cifra hay que sumar, no obstante, 113.175 procesos iniciados por *social landlords (local authorities* y *housing associations),* la mayoría por causa de impago de la renta.

3. Las medidas tomadas por el gobierno español para la protección de los deudores hipotecarios sin recursos

Al igual que en el Reino Unido, no existen en España datos claros sobre el número de desahucios producidos desde el estallido de la crisis. Se barajan cifras procedentes de estudios de distintas instituciones, como son el Banco de España, el Colegio de Registradores y el Consejo General del Poder Judicial. Si atendemos a este último, podemos comprobar el incremento progresivo de las ejecuciones hipotecarias en estos últimos años: 2007 (25.943), 2008 (58.686), 2009 (93.319), 2010 (93.336), 2011 (77.854), 2012 (91.622), 2013 (82.680)[161]. Aunque en 2013 se experimentó un descenso, los datos del primer trimestre de 2014 muestran un aumento de un 14% respecto del mismo trimestre del año anterior. No obstante, no en todas las ejecuciones se produce el lanzamiento ni todas son de primera vivienda. En 2012, por ejemplo, el número total de desahucios se elevó a 43.858 según el CGPJ, 44.745 según el Banco de España y 38.976 de acuerdo con los datos del Colegio de Registradores; pero en ningún caso puede determinarse qué cantidad lo son de vivienda habitual.

Sea como fuere, las cifras evidenciaban, al igual que en el Reino Unido, un problema de inusitada gravedad. Ante la situación que sufrían los deudores hipotecarios, el gobierno español se decantó por una política bastante más intervencionista legislativamente que la del gobierno inglés, aunque no por ello más eficiente. El ejecutivo reaccionó por medio de la promulgación de tres RDL consecutivos: el RDL 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios —que elevó el porcentaje del valor de adjudicación de la finca en la subasta a favor del acreedor—, el RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos —que determinó el umbral de exclusión y creó el Código de Buenas Prácticas (CBP) en el que quedó incorporada la posibilidad de la dación en pago de la finca hipotecada— y el RDL 27/2012, que permitió la paralización durante dos años de los desahucios en beneficio de los deudores hipotecarios que se encuentren en circunstancias de especial vulnerabilidad. Las medidas sucesivas del ejecutivo culminaron finalmente en la intervención del legislativo, que se tradujo en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. La Ley 1/2013 se divide en cuatro capítulos: el primero se refiere a la suspensión de los lanzamientos, reproduciendo lo preceptuado por el RDL 27/2012; el segundo y el tercero incorporan, respectivamente, medidas de mejora del mercado hipotecario y del procedimiento de ejecución hipotecaria, introduciendo numerosas modificaciones en distintos textos normativos, como la LH, la LMH y la LEC; y el cuarto capítulo se dedica a la modificación del RDL 6/2012, que, entre otras provisiones, amplía el ámbito del umbral de exclusión. Dado que es imposible, por razones de espacio, referirnos aquí a todas las reformas introducidas en

la legislación, haremos especial, aunque breve referencia, a dos significativas medidas: el umbral de exclusión y el CBP.

A partir de la reforma, se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurran en ellos todas las circunstancias siguientes: a) Que el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM); o a cuatro o cinco veces en caso de que el deudor o algún miembro de la unidad familiar sufra de diferentes grados de incapacidad o dependencia. b) Que, en los cuatro años anteriores al momento de la solicitud, la unidad familiar haya sufrido una alteración significativa de sus circunstancias económicas, en términos de esfuerzo de acceso a la vivienda, o hayan sobrevenido en dicho periodo circunstancias familiares de especial vulnerabilidad. Se entiende que se encuentran en una circunstancia familiar de especial vulnerabilidad: 1.º La familia numerosa, de conformidad con la legislación vigente. 2.º La unidad familiar monoparental con dos hijos a cargo. 3.º La unidad familiar en la que alguno de sus miembros tenga declarada discapacidad superior al 33 por ciento, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite de forma permanente, de forma acreditada, para realizar una actividad laboral. 4.º La unidad familiar de la que forme parte un menor de tres años. c) Que la cuota hipotecaria resulte superior al 50 por cien de los ingresos netos que perciba el conjunto de los miembros de la unidad familiar. Dicho porcentaje será del 40 por cien cuando alguno de dichos miembros sea una persona en la que concurren las circunstancias previstas en el segundo párrafo del apartado a).

Para acceder a la paralización de los desahucios también se exige que se trate de un préstamo hipotecario sobre la única vivienda en propiedad del deudor y concedido para la adquisición de la misma.

La concurrencia de estos requisitos solo facultará al deudor a reclamar las medidas previas a la ejecución hipotecaria, medidas para la reestructuración de la deuda que describe el CBP. Para la solicitud del resto de medidas que contempla dicho Código, complementarias —quitas en el capital pendiente de amortización— y sustitutivas de la ejecución —dación en pago de la finca hipotecada—, será necesario reunir además los siguientes presupuestos de orden económico: a) Que el conjunto de los miembros de la unidad familiar carezca de cualesquiera otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda. b) Que se trate de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor o deudores y concedido para la adquisición de la misma. c) Que se trate de un crédito o préstamo que carezca de otras garantías, reales o personales o, en el caso de existir estas últimas, que carezca de otros bienes o derechos patrimoniales suficientes con los que hacer frente a la deuda. d) En el caso de que existan

codeudores que no formen parte de la unidad familiar, deberán estar incluidos en las circunstancias a), b) y c) anteriores.

Por lo que se refiere a las medidas previas, los deudores podrán solicitar de la entidad crediticia adherida al CBP la reestructuración de su deuda hipotecaria, al objeto de alcanzar la viabilidad a medio y largo plazo de la misma, y siempre que no se encuentren en un procedimiento de ejecución en el que se haya producido el anuncio de la subasta. En una segunda fase, si el plan de reestructuración resulta inviable dada la situación financiera del deudor, este podrá solicitar como medida complementaria una quita en el capital pendiente de amortización que la entidad podrá aceptar o rechazar en el plazo de un mes a contar desde la acreditación de la inviabilidad del plan de reestructuración. A estos efectos, se entenderá inviable dicho plan siempre que conlleve una cuota hipotecaria mensual superior al 60% de los ingresos que perciban conjuntamente todos los miembros de la unidad familiar. En tercer lugar, como medida sustitutiva de la ejecución hipotecaria se contempla la dación en pago de la vivienda habitual, que tiene carácter subsidiario respecto de la reestructuración de la deuda —en todo caso—, y de las medidas complementarias en el supuesto de que fueran solicitadas. Los deudores podrán reclamar la dación en el plazo de doce meses desde la solicitud de reestructuración, viniendo obligada la entidad crediticia a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o a tercero que esta designe. Los efectos y régimen de la dación en pago que aparecen son los siguientes: 1) Supone la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda. 2) El deudor, si así lo solicitara en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación. Durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 20 por cien. 3) Las entidades podrán pactar con los deudores la cesión de una parte de la plusvalía generada por la enajenación de la vivienda, en contraprestación por la colaboración que este pueda prestar en dicha transmisión. 4) Esta medida no será aplicable en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores.

Algunas de estas medidas fueron objeto de reforma en 2015 (encontrándose este trabajo pendiente de publicación) por medio del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. El RDL 1/2015, a través de la modificación del RDL 6/2012 y la Ley 1/2013, introduce básicamente tres previsiones específicas a los fines de reforzar la protección de los deudores hipotecarios a los que estas normas se habían anteriormente dirigido. En primer lugar, se amplía el ámbito subjetivo de aplicación del RDL 6/2012, abriendo el umbral de

exclusión a un mayor número de personas consideradas en situación de especial vulnerabilidad (se aplica a partir de ahora el IPREM anual de catorce pagas en lugar del de doce, a los fines de calcular el límite del conjunto de los ingresos de la unidad familia, y se incluye entre las personas entendidas en circunstancia familiar de especial vulnerabilidad a los deudores mayores de 60 años), y elevando el precio de adquisición de los inmuebles hipotecados; en segundo lugar, se ordena la inaplicación con carácter indefinido de las cláusulas suelo previstas en los contratos de préstamos hipotecarios; y, en tercer lugar, se prorroga por dos años más la suspensión de los lanzamientos que previera inicialmente el RDL 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, y acogiera con posterioridad la Ley 1/2013.

Al margen de la modificación del RDL 6/2012, la incidencia de la Ley 1/2013 en los diversos textos normativos reguladores del préstamo hipotecario es muy amplia. Entre otras reformas, esta Ley modifica el artículo 114 LH, introduciendo un límite a los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de la vivienda habitual; el artículo 129 LH, regulando el proceso de venta extrajudicial del inmueble hipotecado; diversos preceptos de la LMH referidos a las sociedades de tasación —para un mayor control de las mismas—, a la financiación máxima —fijándola en el 80% del valor del inmueble—, y al plazo de amortización del préstamo, limitándolo a un máximo de 30 años (art. 5.2 LMH); numerosos artículos de la LEC, introduciendo mejoras en el proceso de ejecución hipotecaria, como las que se refieren a la oposición a la ejecución por existencia de cláusulas abusivas (art. 695 LEC), las quitas que se prevén a favor del deudor hipotecario de una vivienda habitual en caso de insuficiencia de lo obtenido en la subasta para la completa satisfacción del crédito (art. 579.2 LEC), la relajación de los requisitos para facilitar la participación en la puja (art. 647.1 LEC), la elevación del porcentaje mínimo del precio de adjudicación a falta de postores al 70% (art. 671 LEC) y la exigencia de que el vencimiento anticipado en caso de deudas a plazos solo pueda reclamarse por el impago por el deudor de al menos tres plazos mensuales.

Finalmente, la Ley 1/2013 contiene diversas disposiciones adicionales, transitorias y finales, entre las que cabe destacar la disposición adicional primera, que prevé la creación de un fondo social de viviendas (FSV), propiedad de las entidades de crédito, destinadas a ofrecer cobertura a aquellas personas que hayan sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago del préstamo hipotecario cuando concurran en ellas las circunstancias de vulnerabilidad previstas en la propia norma, facilitándoles el acceso a contratos de arrendamientos con rentas asumibles en función de los ingresos que perciben. El FSV nace en 2013 con 5891 viviendas que aportan 33 entidades financieras. A partir de esa fecha, las familias desalojadas de sus viviendas después del 1 de enero de 2008 por el impago del préstamo hipotecario, podían solicitar los inmuebles en arrendamiento por un periodo de dos años, con rentas que oscilan entre 150 y 400

euros mensuales, con un límite máximo del 30% de los ingresos totales netos de la unidad familiar. Durante 2013 se recibieron 1.537 solicitudes, adjudicándose 780 viviendas, cifra que se revela manifiestamente escasa. Atendiendo a estas necesidades, se ha ampliado el ámbito de aplicación del FSV a personas prejubiladas o jubiladas que hayan avalado las deudas de sus hijos o nietos; a familias con hijos menores de edad y no solo de menores de tres años; a las personas en situación de dependencia o con discapacidad para las que la vivienda supone, de acuerdo con el informe de Servicios Sociales competentes «un activo indispensable para el mantenimiento de su inclusión social y autonomía», no atendiéndose solo al requisito de una discapacidad del 33% o superior; y otras personas o unidades familiares con distintas circunstancias de vulnerabilidad social, previo informe de los Servicios Sociales, lo que amplía el acceso a estas viviendas a muchas situaciones de riesgo social no tipificadas.

Pues bien, verdaderamente no puede decirse que el gobierno español permaneciera inactivo ante los efectos de la crisis económica sobre las personas más desfavorecidas, especialmente para los deudores hipotecarios sin recursos; aunque la naturaleza de la intervención ha sido manifiestamente diferente a la del gobierno inglés.

IV. LAS DIFERENTES REACCIONES GUBERNAMENTALES ANTE ESCENARIOS FINANCIEROS SIMILARES

En este punto, debemos realizar algunas reflexiones finales de carácter comparativo. A tal fin, hemos de partir del escenario económico-financiero imperante en España y en el Reino Unido en los momentos previos y coetáneos a la crisis económica internacional. Y es que ambos entornos no son tan dispares como se pueda inicialmente pensar, salvando el hecho de que la crisis financiera alcanzó antes al Reino Unido que a nuestro país, como consecuencia del contagio producido directamente sobre aquel por el *financial crunch* de Estados Unidos en 2007.

De entrada, los mercados hipotecarios funcionaban de forma similar en los dos países. Con anterioridad a la crisis, los gobiernos inglés y español habían promovido e incentivado sustancialmente la actividad del mercado, posibilitando la oferta de productos financieros novedosos y arriesgados y facilitando la concesión de préstamos hipotecarios para la compra de vivienda. Previamente, se había optado por una política de incentivación de la propiedad —particularmente activa en el Reino Unido desde la década de los sesenta—, a diferencia de otros países como Alemania, Holanda, Austria, Dinamarca y Suecia, que se habían decantado también desde tiempo atrás por incentivar el mercado de alquiler[162].

Como resultado de esa política, que hizo extremadamente competitivas a las entidades crediticias, también en ambos países se contrataron a lo largo de

los años de bonanza económica productos financieros de alto riesgo, resultando especialmente incisiva la actividad bancaria en el mercado hipotecario de la vivienda. Durante años se concedieron hipotecas que garantizaban el 100%, o incluso más, del valor de tasación del inmueble hipotecado (100% o 120% LTV), con plazos de amortización muy prolongados. Cuando la crisis económica alcanzó al Reino Unido en 2007, muchos deudores se encontraron con una *negative equity*, por cuanto al caer vertiginosamente los precios en el mercado inmobiliario, no se podía hacer frente al pago del préstamo con el valor de la finca. En España, estos efectos no vinieron a reflejarse con claridad hasta 2010. Por otra parte, muchas entidades bancarias tuvieron que ser intervenidas tanto por el gobierno inglés como por el español, algunas recibiendo ayudas y otras mediante procesos de nacionalización.

La *negative equity* hizo estragos en el Reino Unido y en España en el momento en que, como consecuencia de la pérdida de empleo, la capacidad económica de muchos deudores hipotecarios disminuyó drásticamente, imposibilitándoles para hacer frente al pago mensual del préstamo. Ello se tradujo en una subida espectacular del número de ejecuciones hipotecarias y de desahucios de viviendas. No es sencillo comparar las cifras de desahucios entre ambos países, pues en ningún caso son precisas, al depender de muchas variables y condicionantes, como la dificultad de discriminar entre el número de desahucios de viviendas, de casas no habitadas o de locales comerciales, el número de ejecuciones no llegadas a su término, la distinción entre desahucios arrendaticios e hipotecarios, etc. En cualquier caso, no es aventurado afirmar que el impacto de la crisis sobre las ejecuciones de hipotecas y los desahucios es similar, en todo caso traumático para muchas familias. No obstante, al margen de las cifras globales, en mayor o menor grado semejantes en el momento del estallido de la crisis, la diferencia viene a ponerse de manifiesto en la distinta trayectoria que las mismas han seguido. Así, mientras en el Reino Unido se viene apreciando un descenso sensible en el número de desahucios desde 2008, no ha sucedido así en España, donde el número de ejecuciones hipotecarias ha seguido incluso aumentando en 2014 respecto de los años anteriores.

Ahora bien, si similares eran los escenarios, bien distintas han sido las reacciones de los gobiernos inglés y español, pues también son diferentes las instituciones jurídicas y sociales, las formas de actuar y pensar de la población, sus tradiciones y costumbres, los modos de enfrentarse a los problemas y la concepción en clave jurídica y económica de distintos fenómenos y situaciones de conflicto.

En el Reino Unido se concibió la crisis como resultado de la actividad de los agentes del mercado, por lo que, como se ha señalado, se entendía que a ellos correspondía encontrar solución a los problemas que de aquella se habían derivado. Partiendo de esta premisa y del escaso apego por todo lo que tenga que ver con la legislación que tradicionalmente caracteriza al Derecho inglés,

no es de extrañar que el gobierno tomara medidas dirigidas principalmente a incentivar la *forbearance* de las entidades crediticias, promulgando guías que diseñaban modelos de conducta basados en la buena fe y el trato justo con los consumidores, y estableciendo un protocolo de actuación previo a la interposición por el acreedor de la *possession claim*. A ello hay que añadir la mayor flexibilidad que, por sus propias características, reconoce el Derecho inglés a la actuación judicial. El objetivo prioritario era evitar, realizando todos los esfuerzos, poner en marcha acciones de posesión por parte de las entidades crediticias, sin que se tomaran medidas legislativas específicas que interfirieran de alguna manera en las instituciones tradicionales del sistema hipotecario inglés, en particular en lo que se refiere a las potentes facultades del acreedor hipotecario frente al impago; se asume que actuar de otra forma, desnaturalizando el sistema, podría conllevar la desestabilización de la economía del país. Como sostiene algún sector de la doctrina, en el Reino unido, la *eviction* es contemplada como un *necessary evil*[163]. Ello no ha impedido, sin embargo, que se hayan alzado voces críticas a la reacción gubernamental ante la crisis, cuyas iniciativas se han considerado escasas por no iniciar procesos de reforma legislativa *ad hoc*[164], en tanto, «frente a la crisis y al comportamiento de numerosas entidades crediticias, hace falta algo más que palabras y leales declaraciones de intenciones que, en no pocas ocasiones, acaba llevándose por delante el ciclón de las ambiciones económicas»[165].

Y es que el foco del debate político en el Reino Unido, como también hace notar la doctrina, se ha centrado principalmente en atender a las personas que quedaban desprotegidas al perder su vivienda, más que en perjudicar los procesos de reposesión, o interferir en los mismos en favor del deudor. El gobierno se ha ocupado prioritariamente de asegurar el realojo de las familias después de la *repossession*, y no de apoyar la pervivencia de un préstamo insostenible. Y, aunque la intervención social es común al Reino Unido y Europa, en aquel país las personas más vulnerables o en situación de *priority need* y sus familias pueden recibir asistencia o ser realojadas, en virtud de la *homlessness legislation,* tan pronto acaba el proceso de desahucio[166].

En España la reacción de gobernantes y legisladores ha sido bastante distinta, además de venir acompañada de una enérgica y constante presión social. Desde el primer momento, las medidas tomadas por el gobierno fueron de naturaleza legislativa, interviniendo de forma directa en la normativa hipotecaria. Las entidades bancarias eran consideradas socialmente —e, incluso, en entornos judiciales[167]—, las máximas responsables de la crisis económica y, muy particularmente, del aumento del número de desahucios. Las medidas legislativas se han dirigido principalmente a aliviar —con la ayuda de los acreedores— la carga de los deudores hipotecarios, moderando los intereses moratorios, concediendo quitas y aplazamientos, paralizando los desahucios durante dos años o facilitando la reestructuración de la deuda y la dación en pago. Bien es verdad que la mayoría de estos beneficios solo podían alcanzarse si la entidad

crediticia se había adherido previamente al CBP, aunque cierto es también que prácticamente todas ellas lo hicieron tan pronto como fue creado. A primera vista, todas estas medidas, y otras muchas reformas directas introducidas en el procedimiento de ejecución hipotecaria que regula la LEC, habían de ser consideradas beneficiosas para la protección de los deudores sin recursos. Sin embargo, se quedaron cortas en cuanto a la limitación del sujeto protegible. Los límites establecidos para determinar el umbral de exclusión pueden considerarse excesivamente estrechos, reduciendo bastante el ámbito subjetivo de la norma; los *priority groups* que reconoce la legislación inglesa son más amplios que los que se consideran dentro del umbral de exclusión en nuestro país. Por otra parte, la rigidez de las normas encorseta la libertad de actuación judicial; los jueces ingleses disponen de mayor capacidad de maniobra, según hemos visto, para flexibilizar el sistema hipotecario nacido del *common law*.

A pesar de ser mayor en España el intervencionismo estatal en la legislación hipotecaria, las medidas de protección de los sectores más vulnerables con posterioridad al desahucio carecen de la entidad suficiente. Aunque las reformas introducidas se ocuparon de regular y, posteriormente, ampliar el FSV, las familias desahuciadas no disponen en nuestro país de programas de realojamiento tan amplios y efectivos como los existentes en el Reino Unido. Como ya apuntara el *New York Times*, según señalamos en la introducción de este trabajo, en España no existe un sistema de refugios de emergencia para las personas que pierden su vivienda.

Tampoco se ha introducido en nuestra legislación un protocolo de actuación previo a la vía ejecutiva, de obligada puesta en práctica por las partes implicadas. En nuestra opinión, tendría que haberse priorizado la búsqueda de una salida negociada a las situaciones de sobreendeudamiento no voluntarias, en las que se debería establecer una obligada fase previa de renegociación de la deuda, en cuyo proceso intervinieran órganos de la administración, no dejándolo en manos únicamente de las partes tal como sucede en el *pre-action protocol* inglés; también se debería haber concedido mayor protagonismo a la actuación de los jueces.

En definitiva, la mayor intervención legislativa no ha solucionado en España satisfactoriamente los problemas causados por la crisis, si bien tampoco los programas de ayuda al pago de las hipotecas iniciados por el gobierno inglés —*Support for Mortgage Interes* (SMI), *Mortgage Rescue Scueme* (MRS) y *Homeowner Mortgage Support Scheme* (HMSS)— han tenido el éxito que se esperaba de ellos. Aunque solo este último puede decirse que resultara particularmente ineficiente, ninguno de estos planes era adecuado para solucionar el problema de la *negative equity* ni de los deudores que no tuvieran expectativas mínimamente claras de recuperación económica.

A pesar de todo ello, y de los poderes del acreedor hipotecario inglés, bastante más agresivos frente al deudor que los que se reconocen al español, en

el Reino Unido, como hemos adelantado, se ha ido produciendo un descenso progresivo del número de *repossessions* a partir de 2008, mientras que en España han seguido aumentando los desahucios hasta la fecha presente. Obsérvese que, en puridad, las medidas del gobierno inglés se han apoyado básicamente en dos pilares: la *forbearance* de las entidades prestamistas y la red de viviendas sociales. Por lo que respecta a la primera, no deberíamos perder de vista que la decisión del gobierno inglés de apostar por la buena voluntad de los acreedores no se aleja mucho de la puesta en marcha en España del CBP, que se traduce en unas pautas de actuación a las que voluntariamente se adhieren las entidades crediticias; la diferencia estriba en que, una vez adherida la entidad a dicho código, queda obligada a poner en práctica las medidas que en él se contemplan, entre las que se encuentra la liberación del deudor por medio de la dación en pago de la finca hipotecada, medida esta impensable en el ordenamiento inglés. Esta mayor presión sobre los acreedores, sin embargo, parece haber tenido menos éxito en España que las guías de actuación o de buenas prácticas en el Reino Unido. No podemos saber si estos efectos se producen porque los bancos ingleses cuentan con mayor capacidad para hacer frente a activos tóxicos —ya que en España el crecimiento de los precios de las viviendas fue mucho mayor que en la zona euro entre 1997 y 2007[168]—, o porque la reestructuración de la deuda resultaba más fácil para ellos por las características de sus operaciones crediticias. Lo cierto es que en España, aunque han aumentado las daciones en pago, bien por aplicación del CBP, o bien por negociación particular previa entre los deudores y los bancos, ha seguido creciendo el número de desahucios. Debe puntualizarse, sin embargo, que la doctrina inglesa también ha puesto en tela de juicio el descenso de los desahucios en el Reino Unido. Se ha señalado que el deterioro del mercado inmobiliario ha contribuido al aumento de la *forbearance* de los prestamistas, en una actitud sincronizada con los fines de la política gubernamental desde el verano de 2008. La cuestión que se plantea es si, una vez que se alejen ambas posiciones, la actual regulación será suficiente para limitar el número de *repossessions*. Existe una clara posibilidad de que, dependiendo de la mejora del mercado, las *repossessions* hayan sido simplemente pospuestas más que evitadas[169].

Es quizás en el segundo medio de actuación donde más se aprecia la diferencia entre ambos ordenamientos. En el Reino Unido, si después de todos los intentos por evitarla se produce finalmente la *repossession*, las familias sin hogar quedan amparadas por un amplio parque de viviendas sociales, que representa el 21% del parque total; por el contrario, la falta de una política adecuada de vivienda social en España hace que el desahucio pueda significar, lisa y llanamente, ignorar el derecho constitucional a una vivienda digna. En 1996, el Parlamento Europeo elaboró un informe sobre la política de vivienda en los países de la Unión, en el que se evidenciaba que los Países Bajos, Suecia y el Reino Unido cuentan con los sectores de viviendas sociales de alquiler más extensos de la Unión Europea y sus

gobiernos dedican más del 3% del PIB a la política de vivienda; generalmente, los propietarios son asociaciones de vivienda, cooperativas o sociedades municipales de vivienda, salvo en Austria, Reino Unido e Irlanda, donde predomina la propiedad directa de las autoridades locales. En cambio, Portugal, España y Grecia cuentan con sectores mínimos de viviendas sociales de alquiler y el gasto del Estado en política de vivienda es inferior al 1% del PIB[170].

CONCLUSIONES

I. Resulta extraordinariamente osado exponer en este trabajo conclusiones que tienen más que ver con razonamientos sociológicos que jurídicos, en tanto no disponemos de conocimiento alguno en el campo de la sociología. Entendemos, sin embargo, que es necesario hacer uso de valoraciones sociológicas para determinar si la particular idiosincrasia de cada sociedad se encuentra relacionada con la búsqueda y aplicación de soluciones diversas a los problemas que aquí abordamos. Así, por ejemplo, no podemos por menos que cuestionarnos por qué en el marco de escenarios similares, únicamente el drama de las familias españolas desahuciadas ha sido portada de la prensa nacional e internacional, mientras no hemos tenido conocimiento alguno sobre las situaciones dramáticas que hayan acaecido en el Reino Unido; o por qué solo en nuestro país aparecen movimientos sociales y políticos que ejercen tan inusitada presión sobre los gobernantes, frente a la tolerancia o conformismo de la sociedad inglesa ante las situaciones de injusticia social provocadas por la crisis económica. Igualmente, hemos de preguntarnos por qué las medidas basadas simplemente en la *forbearance* de los acreedores tomadas en el Reino Unido para paliar el problema del aumento de *posession claims,* han tenido más éxito que las reformas legislativas llevadas a cabo en España para obligar a las entidades prestamistas a aceptar moratorias, quitas e, incluso, la dación en pago. También nos llama poderosamente la atención por qué en estos momentos no encontramos titulares de periódicos o portadas en la prensa española que denuncien el aumento de desahucios en nuestro país, cuando el número de ejecuciones hipotecarias ha seguido subiendo en 2014. Verdaderamente, la presión mediática ha sido clave en este ámbito, creando un más que polémico debate sobre las decisiones políticas y legislativas que habían de tomarse para solucionar los problemas de los deudores hipotecarios sin recursos; sin embargo, la intervención de los medios en este tema es actualmente casi inexistente, sin que alcancemos a ver la razón de este cambio de actitud, no sabemos si por asumir que ya nada puede hacerse legislativamente o porque ya se presume que la recuperación económica va a solucionar el problema a corto o medio plazo, o, simplemente, porque ya no es noticia de interés o ha «pasado de moda». En algún medio se asegura que ya hay menos repercusión mediática porque la inmensa mayoría de los pisos

embargados estaban vacíos, y no ha sido necesaria la presencia de la policía para desalojar a los propietarios. Desde nuestra ignorancia en las ciencias sociológicas, no podemos dar respuesta a estos y otros interrogantes, tarea que, evidentemente, ha de quedar para los expertos en la materia.

II. Sí podemos aventurar que el drama de las familias que han quedado sin hogar habría sido menor si en España se contara con la infraestructura y los programas de acceso a viviendas sociales existentes en el Reino Unido. Aunque también aquí caben interrogantes: ¿podría una red adecuada de viviendas sociales en España haber solucionado o aliviado el problema?; ¿habrían dejado de aparecer portadas en los periódicos si las familias desahuciadas hubiesen contado con un acceso seguro a este tipo de viviendas? Tampoco somos capaces de dar respuesta fiable a estas preguntas. No podemos dejar de imaginar que tal vez el ciudadano español, a falta de una política de alquiler social en nuestro país a lo largo de los años, no se adapte de igual forma que el ciudadano inglés a estas circunstancias. De hecho, la política de vivienda social de alquiler también cuenta con detractores, por la creciente asociación del sector con la exclusión social. En el informe del Parlamento Europeo de 1996 sobre política de vivienda se puso de manifiesto que el sector de viviendas sociales de alquiler, tras un rápido crecimiento, está en declive en la Europa del norte y del oeste, y se asocia cada vez más con los «nuevos pobres» y la exclusión social, como también ha señalado la doctrina[171]; el aumento de la pobreza y de los alquileres ha hecho mayor la dependencia de los subsidios vinculados con los medios de subsistencia, lo que puede crear trampas de pobreza (desincentivos del trabajo) y podría alentar incluso la ineficiencia del uso del parque de viviendas.

III. Desde nuestro punto de vista, una combinación de las medidas tomadas en ambos países en los últimos años hubiese resultado más efectiva para la protección de los deudores hipotecarios sin recursos. En el Reino Unido, interviniendo en la legislación para recortar los poderes del acreedor y regular imperativamente algunas cuestiones relativas a la contratación de préstamos hipotecarios; en España, ampliando el concepto de umbral de exclusión para abrir la oportunidad de obtener beneficios a mayor número de deudores en dificultades y reelaborando de forma adecuada la política de vivienda social, fortaleciendo el entramado público necesario para el realojamiento de las familias desahuciadas.

Aunque el RDL 1/2015 eleva el número de personas consideradas en el umbral de exclusión, siguen existiendo otras limitaciones para acceder a las medidas complementarias y sustitutivas de la ejecución hipotecaria previstas en el Código de Buenas Prácticas, en cuanto no elimina los requisitos económicos que se exigen para la aplicación de aquellas.

IV. Finalmente, debemos hacer una breve reflexión sobre las cautelas que han de tomarse en relación a algunas medidas regulatorias del mercado hipotecario, en tanto puedan representar algún perjuicio sobre futuros adquirentes. Partiendo de los efectos nocivos que los productos financieros de alto riesgo

han provocado en el mercado, se ha hecho necesario introducir medidas que impidan o limiten la contratación de hipotecas *sub-prime*[172]. En España, la Ley 1/2013 introdujo modificaciones en la LMH, referidas a la financiación máxima —fijándola en el 80% del valor del inmueble—, y al plazo de amortización del préstamo, limitándolo a un máximo de 30 años (art. 5.2 LMH). En el Reino Unido, en junio de 2014 el Banco de Inglaterra impuso requisitos más duros para la concesión de hipotecas, limitando a un 15% el número de nuevas hipotecas residenciales que los bancos pueden conceder mediante préstamos cuyo importe alcance o supere en 4.5 veces los ingresos anuales del deudor; además, los bancos deberán comprobar que las finanzas de las personas que piden préstamos hipotecarios pueden soportar un aumento de hasta el 3% de los tipos de interés en un periodo de cinco años, también para prevenir la morosidad. Se trata de evitar que la subida de precios en el mercado que se está experimentando —un 10% anual en Gran Bretaña y el doble de esta cantidad en Londres— pueda provocar una nueva burbuja inmobiliaria.

V. Han de calibrarse, no obstante, las consecuencias que tendría una política excesivamente estricta en relación a la concesión de créditos hipotecarios. El «*prudent» lending*, como sostiene la doctrina, podría significar que no se concedieran préstamos a nadie que supusiera la existencia de cualquier riesgo de impago, lo que puede perjudicar a los futuros adquirentes con bajos ingresos, especialmente a los jóvenes que buscan su primera vivienda. El test de evaluación de un sistema de préstamos a la vivienda estriba en determinar en qué medida maximiza las oportunidades de acceso a la vivienda de cualquier persona media, y minimiza los problemas de aquellos que se encuentran en dificultades para acceder a ellas[173]. Una política excesivamente rígida en la concesión de préstamos hipotecarios puede suponer que se contraiga el mercado y que muchos ciudadanos no puedan acceder a una vivienda en propiedad. Queda en manos de los gobernantes encontrar en cada momento el modo de equilibrar la balanza entre el nivel aceptable de riesgos del mercado y la promoción del acceso a la propiedad de la vivienda[174].

BIBLIOGRAFÍA

ARON, J., MUELLBAUER, J. (2010). Modelling and forecasting UK mortgage arrears and possessions. *Department of Economics. Discussion Paper Series*. Núm. 499, pp. 0-32.

BALL, J. (2010). Using Banks. The effect of national attitudes to public intervention in mortgage lending and eviction in French and English law. *International Journal of Law in the Built Environment, IJLBE*. Vol. 2, núm. 2, pp. 118-137.

BAZ IZQUIERDO, F. (1980). *Derecho inmobiliario e hipotecario inglés y su comparación en el Derecho hipotecario español*. Madrid: Edersa.

— (1981). El sistema hipotecario inglés: rasgos esenciales. *RCDI*, vol. 2, pp. 977-1029.

BRASSET, J., VAUGHAN-WILLIAMS, N. (2012). Crisis in Governance: sub-prime, the traumatic event, and bare life. *Global Society,* vol. 26, núm. 1, pp. 19-42.

BRIGHT, S., WHITEHOUSE, L. (2014). Information, advise and representation in housing possessions cases, 25 abril de 2014, disponible en http://www.law.ox.ac.uk/projects/Housing_Possession.

— The Process of Losing a Home, *The New Law Journal*, 20th June 2014, pp. 16-17.

BURN, E. H., CARTWRIGHT. (2001). *Cheshire and Burn's Model Law of Real Property,* Oxford University Press.

CASTAÑO MARTÍNEZ, M. S. (2010). La eficacia de la política de la vivienda en España, *ICE, Economía de la Vivienda en España,* núm. 867, julio-agosto, pp. 7-21.

CLARKE, S., GREER, S. (2012). *Land Law.* Oxford University Press.

COOKE, E. (2012). *Land Law,* Oxford University Press.

COUSINS, E. F. (2001). *The Law of Mortgages*. London: Sweet & Maxwell.

DÍAZ SERRANO, L. (2005). Income volatility and residencial mortgage delinquency across the EU. *Journal of Housing Economics,* núm. 14, pp. 153-177.

DIXON, M. (2012). *Modern Land Law.* London-New York: Routledge.

FIGUEIRA, C., GLEN, J., NELLIS, J. (2005). A dynamic analysis of mortgage arrears in the UK housing market. *Urban Studies*, vol. 42, núm. 10, pp. 1755-1769.

GIBB, K., MUNRO, M., SATSANGI, M. (1999). *Housing finance in the UK*. London: Macmillan.

GRAY, K., GRAY, S. F. (2009). *Elements of land law,* Oxford University Press.

KEASEY, K., VERONESI, G. (2012). The significance and implications of being a subprime homeowner in the UK. *Environment and Planning A*. Vol. 44, pp. 1502-1522.

JUAN TOSET, E. M. (2012). La política de vivienda en Europa. Consideraciones sobre la perspectiva de los Servicios Sociales de interés general. *Cuadernos de Trabajo Social,* vol. 25-2, pp. 451-459.

LEYVA DE LEYVA, J. A. (1969). El Derecho inglés: orden jurídico inmobiliario y registral. *RCDI*, vol. 1, pp. 671-711.

MACKENZIE, J. A., PHILLIPS, M. (2012). *Land Law.* Oxford University Press.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). El registro de derechos en Inglaterra y Gales: avances y obstáculos en su implantación. *RCDI*, núm. 724, pp. 969-999.

McCONNELL, D. (2009). New mortgage arrears protocol explain. *Legal Action*. January, pp. 19-21.

MEGARRY, R., WADE, W. (2012). *The Law of Real Property.* London: Sweet & Maxwell.

OLIVA, F. (2014). *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés*.Valencia*:* Tirant Lo Blanch.

SCANLON, K., WHITEHEAD, C. (2011). The UK mortgage market: responding to volatility, *J. Hous and the Built Environ, núm. 26,* pp. 277-293.

SEXTON, R., BOGUST, B. (2013). *Land Law.* Oxford University Press.

STEPHENS, M. (2005). An assessment of the British Housing Benefit System. *European Journal of Housing Policy,* vol. 5, núm. 2, august 2005, pp. 111-129.

STEVENS, J., PEARCE, R. (2013). *Land Law.* London: Sweet & Maxwell.

STROUD, A. (2013). *Making sense of Land Law,* Palgrave McMillan, Oxford University Press.

THOMSON, M. (1995). *Land Law.* London: Sweet & Maxwell.

THOMPSON, M. P. (2012). *Modern Land Law.* Oxford University Press.

WALLACE, A., FORD, J. (2010). Limiting possessions? Managing mortgage arrears in a new era. *International Journal of Housing Policy*, vol. 10, núm. 2, pp. 133-154.
WILSON, W. (2014). Mortgage arrears and repossessions. *Social Policy Section, House of Commons Library, Library Note* SN/SP/4769, 9 January 2014, pp. 1-22.
ZURITA MARTÍN, I. (2014). *Préstamo hipotecario, ejecución y dación en pago*. Madrid: La Ley.

NOTAS

[1] LEYVA DE LEYVA, J. A. se refiere a la suma complejidad del Derecho de propiedad inglés citando a Oliver CROMWELL, quien lo calificaba de «enredo malvado». «Las dificultades se derivan, de una parte, de la intrincada conexión de las materias que lo integran, y de otro lado, del lenguaje extremadamente técnico, cuyos términos, en muchas ocasiones, son multívocos». (1969). El Derecho inglés: orden jurídico inmobiliario y registral, *RCDI*, vol. 1, p. 685.

[2] *Common Law, Equity* y *Statute Law* son los tres pilares sobre los que se asienta el Derecho inglés. Como explica LEYVA DE LEYVA, J. A., el primero viene constituido por las decisiones judiciales, la *equity* atempera las normas al caso concreto y el tercero es el Derecho escrito en forma de ley (*Acts of Parliament*); este último puede derogar el Common Law, pero este no puede nunca prevalecer sobre aquel. (1969). El Derecho inglés: orden jurídico inmobiliario y registral, *RCDI*, vol. 1, pp. 679-680.

[3] Véase MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). El registro de derechos en Inglaterra y Gales: avances y obstáculos en su implantación, *RCDI*, núm. 724, pp. 969 y sigs.

[4] DIXON, M. (2012). *Modern Land Law*. London-New York: Routledge, p. 20.

[5] Existen distintas posibilidades o tipos de «propiedad plena», como explica la doctrina. Siguiendo a CLARKE, S. y GREER, S., se pueden clasificar en: *fee simple (for as long as there were heirs to inherit; the estate could potentially last forever); fee tail (for as long as the grantee's lineal descendants lasted); and life estate (for as long as the life of the grantee or the life of a named person)*. (2012). *Land Law*. Oxford University Press, p. 33.

[6] Atendiendo a DIXON, M., «*Theoretically, all land in England and Wales is actually owned by the Crown, and all other persons may own 'merely' an 'estate in land', rather than the land itself. In this sense, an estate confers a right to use and control land, being tantamount to ownership, but with the important difference that the type of estate that is owned will define the time for which the use and control of the land is to last. In this sense, an estate in land is equivalent to ownership of the land for a 'slice of time'*». (2012). *Modern Land Law*. London-New York: Routledge, p. 7.

[7] DIXON, M. (2012). *Modern Land Law*. London-New York: Routledge, p. 8.

[8] Para MEGARRY, R. y WADE, W., la diferencia esencial entre *legal and equitable ownership* se entiende mejor comparando la propiedad plena con el trust; «*trusts were not enforceable at common law but only by Chancellor. (…). Legal ownership confers rights in rem, rights of property in the land itself, which can be enforced against anyone. Equitable ownership confers at first only a right in personam, a right to compel the trustee personally to perform his trust*». (2012). *The Law of Real Property*. London: Sweet & Maxwell, p. 105. Aunque ha de partirse de la distinción entre derecho legal y derecho de equidad como derecho *in rem* y *derecho in personam* respectivamente, sostiene LEYVA DE LEYVA, J. A. que ha de observarse la extensión del ámbito de eficacia de los derechos de equidad, hasta llegar a establecerse como uno de los principios fundamentales de la equidad su posibilidad de ejercicio frente a todos, excepto contra el tercero a título oneroso y de buena fe. (1969). El Derecho inglés: orden jurídico inmobiliario y registral. *RCDI,* vol. 1, p. 681.

[9] DIXON, M. (2012). *Modern Land Law*. London-New York: Routledge, p. 25.

[10] A pesar de las exigencias de la nueva LRA 2002, puntualiza OLIVA, F. que, dado que sigue estando pendiente la completa implantación del *e-conveyancing*, no puede desconocerse la distinción entre unos y otros derechos, además de la importancia que tiene su diferenciación para la comprensión de la teoría de la propiedad, p. 74.

[11] La *mortgage* es la garantía real más importante existente en el Derecho inglés, al igual que en el español, si bien no la única. Debe distinguirse de otras garantías de perfiles similares, como el *lien* (derecho de retención de la posesión de un bien a favor del acreedor de una deuda), la *pledge* (equivalente al derecho de prenda) y *charge,* una afección real que funciona como una hipoteca pero sin otorgar a su titular derecho posesorio como la prenda o dominical, como en los orígenes de la hipoteca; en realidad se trata de una forma específica que el legislador ha credo para poder constituir hipotecas. Como sintetiza THOMPSON, M., *the charge by way of legal mortgage* es la forma más común de constitución de hipotecas, en la medida en que es más comprensible para el deudor que la constitución de un *long lease* a favor del acreedor. El efecto del *charge* es que en el caso de *freehold mortgages* el acreedor tiene los mismos derechos y facultades que si le hubiese sido concedido un *lease of the property* por 3000 años, y en el caso de una *mortgage of a leasehold estate,* un *sublease* un día más corto que el *headlease*. (1995). *Land Law*. London: Sweet & Maxwell, pp. 187-188.

[12] BAZ IZQUIERDO, F., F. lo define muy gráficamente: «Al contemplar el enmarañado panorama del sistema hipotecario inglés, o dicho en otros términos, del sistema de derechos reales inmobiliarios de garantía, la primera sensación que experimenta el jurista de escuela hispánica es de sorpresa, confusión y hasta vértigo». (1980). *Derecho inmobiliario e hipotecario inglés y su comparación en el Derecho hipotecario español*. Madrid: Edersa, p. 597 (1981). El sistema hipotecario inglés: rasgos esenciales. *RCDI*, vol. 2, p. 1003.

[13] Ver COUSINS, E. F. (2010). *The Law of Mortgages*. London: Sweet & Maxwell, pp. 3 y sigs.

[14] BAZ IZQUIERDO, F., F. (1980). *Derecho inmobiliario e hipotecario inglés y su comparación en el Derecho hipotecario español*. Madrid: Edersa, pp. 589-597.

[15] OLIVA BLÁZQUEZ, F., F. (2014). *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés*.Valencia*:* Tirant Lo Blanch, p. 94.

[16] OLIVA BLÁZQUEZ, F., F. (2014). *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés*.Valencia*:* Tirant Lo Blanch, p. 121.

[17] En este sentido, OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2014). *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés*. Valencia*:* Tirant Lo Blanch, p. 158. Puntualiza este autor que, aunque puedan constituirse hipotecas en *equity*, que operan al margen del Registro de la Propiedad, este tipo de hipoteca, como cualquier otro derecho real en *equity,* puede inscribirse en el registro de cargas, gozando de esa manera de eficacia frente a terceros. «En cualquier caso, debe recordarse que si no se llevara a cabo la citada inscripción la hipoteca no afectaría al posible adquirente a título oneroso del bien inmueble gravado, y ello con total independencia de que el comprador conociera o no de su existencia», *ob. cit*., p. 160.

[18] MEGARRY, R./WADE, W. (2012). *The Law of Real Property*. London: Sweet & Maxwell, pp. 1120-1121. El efecto de esta forma de constitución es que el *chargee* adquiere la misma protección, facultades y remedios que si tuviera un *lease* de 3000 años; así, aunque no tengo un verdadero *legal term of years*, resulta tan protegido como si lo tuviera, *ob. cit*., p. 1123.

[19] Así lo expresa BAZ IZQUIERDO, F., para quien el rigor formalista de nuestro sistema hipotecario, sin duda elogiable por lo que supone de sencillez y normalización de la técnica jurídica, tiene el enorme hándicap práctico de que en un sistema registral como el nuestro, de inmatriculación voluntaria de fincas, todas aquellas faltas de inscripción registral quedan al margen del mercado de crédito territorial. (1980). *Derecho inmobiliario e hipotecario inglés y su comparación en el Derecho hipotecario español*. Madrid: Edersa, p. 605.

[20] DIXON, M. (2012). *Modern Land Law*. London-New York: Routledge, p. 410.

[21] En este sentido, DIXON, M. (2012). *Modern Land Law*. London-New York: Routledge, p. 409.

[22] GIBB, K./MUNRO, M. y SATSANGI, M. (1999). *Housing finance in the UK*. London: Macmillan, p. 134; DIXON, M. (2012). *Modern Land Law*. London-New York: Routledge, p. 412.

[23] Explica OLIVA BLÁZQUEZ, F. que la protección del deudor hipotecario ha corrido principalmente a cargo de la jurisdicción de la *equity*, que desde el siglo XVII se ha venido empleando con fuerza para intervenir «por razones de conciencia» en la relación hipotecaria, corrigiendo las injusticias a las que abocaba el *common law, ob. cit.,* pp. 201-202. La idea que presidía a la equidad era que la hipoteca no es más que un instrumento otorgado en garantía de una deuda, y si esta podía saldarse, aunque fuera más allá del plazo inicialmente establecido, debía otorgarse del deudor esa posibilidad. «En definitiva —concluye OLIVA BLÁZQUEZ, F.— el acreedor no puede beneficiarse indebidamente ni pretender obtener ventajas injustificadas de una garantía real, y por ello siempre debe prevalecer la posibilidad de que el deudor cumpla, aunque ello violente la estructura del derecho de redención consagrada por el *common law*», (2014). *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés*.Valencia*:* Tirant Lo Blanch, p. 203.

[24] Para decidir si la redención es posible —explican MACKENZIE, J. A. y PHILLIPS, M.—, la *equity* atenderá a la finalidad del acuerdo, no a la forma. «*Accordingly, a mortgage which is drafted to look like an outright transfer of the property rather of the creation of an interest by way of security, will still be subject to the equitable right to redeem, if the facts are such as to indicate that only a grant by way of security was intended*». (2012). *Land Law*. Oxford University Press, p. 452.

[25] Precisan MEGARRY, R. y WADE, W. que debe distinguirse el *equitable right to redeem* del *right to redemption* en su sentido amplio, aunque a veces los términos son intercambiables. El primero no se genera hasta que haya pasado el *date of redemption*, mientras que el segundo tanto pronto como se constituye la hipoteca. En segundo lugar, el *equitable right to redeem* es un derecho particular y concreto, en tanto el *equity of redemption* es un *equitable interest in land* consistente en el derecho global que el deudor ostenta sobre la finca hipotecada, (2012). *The Law of Real Property*. London: Sweet & Maxwell, p. 1120.

[26] THORNBOROUGH v. BAKER (1675). Señala DIXON, M. que el *equitable right to redeem* después de la expiración del plazo es realmente una de las facultades más importantes con las que cuenta el deudor hipotecario y, si no fuera así, el préstamo hipotecario en Inglaterra y Gales sería muy distinto a como ahora es. «*In fact, however, the intervention of equity goes further than this because the equitable right to redeem is just part of the wider rights that a mortgagor enjoys under the mortgage. These wider rights are collectively known as the 'equity of redemption'. The equity of redemption represents the sum total of the mortgagor´s rights in the land that is subject to the mortgage. In essence it comprises the residual rights of ownership that the mortgagor has, both in virtue of the paramount legal estate in the land and in the protection that equity affords them. Indeed, the equity of redemption is itself valuable, and is a proprietary right, which may be sold and transferred in the normal way. It represents the mortgagor´s right to the property (or its monetary equivalent) when the mortgage is discharged (redeemed) or the property sold, and its existence is the reason why second and third lenders are willing to grant further loans*». (2012). *Modern Land Law*. London-New York: Routledge, p. 425.

[27] MACKENZIE, J. A. y PHILLIPS, M. (2012). *Land Law*. Oxford University Press, p. 454. Artículos 94 y 173 *Consumer Credit Ac*t 1974.

[28] MACKENZIE, J. A. y PHILLIPS, M. (2012). *Land Law*. Oxford University Press, p. 453.

[29] Wamboruogh Ltd. v. Garmite Ltd. (2003).

[30] Reeve v. Lisle (1902).

[31] Jones v. Morgan (1997).

[32] Ver COUSINS, E. F. (2010). *The Law of Mortgages*. London: Sweet & Maxwell, pp. 607 y ss.; MEGARRY, R. y WADE, W. (2012). *The Law of Real Property*. London: Sweet & Maxwell, pp. 1194 y sigs.; y OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2014). *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés*. Valencia*:* Tirant Lo Blanch, pp. 219 y sigs.

[33] Ambos plazos se encuentran legalmente establecidos en la *Limitation Act* 1980, sección 20 (1) y (5).

[34] GRAY, K. y GRAY, S. F. (2009). *Elements of land law,* Oxford University Press, p. 765.

[35] Como explica OLIVA BLÁZQUEZ, F., originariamente era necesario incluir en las escrituras de hipoteca un poder expreso para la venta de la finca por el acreedor, puesto que ni el *common law* ni la *equity* reconocían tal derecho, estando obligado el acreedor a iniciar un complicado proceso judicial; a partir de 1820 se convirtió en una práctica extendida y, aunque en la actualidad la mayoría de las hipotecas lo contienen, tal inclusión ha dejado de ser imprescindible, puesto que la LPA 1925 lo reconoce para todas las hipotecas legales. (2014). *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés*.Valencia*:* Tirant Lo Blanch, pp. 170-171.

[36] MEGARRY, R. y WADE, W. (2012). *The Law of Real Property*. London: Sweet & Maxwell, p. 1143.

[37] OLIVA BLÁZQUEZ, F. se refiere a esta facultad como venta extrajudicial al ejercerse *out of court*. (2014). *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés*.Valencia*:* Tirant Lo Blanch, p. 170.

[38] MEGARRY, R. y WADE, W. (2012). *The Law of Real Property*. London: Sweet & Maxwell, p. 1141.

[39] Para proteger al disponente de la finca hipotecada, la LRA 2000 dispuso que el titular de una carga registrada tiene poder de disposición de la misma como propietario de una hipoteca legal (sección 52, 1).

[40] GRAY, K. y GRAY, S. F. (2009). *Elements of land law»,* Oxford University Press, p. 782.

[41] COUSINS, E. F. (2010). *The Law of Mortgages*. London: Sweet & Maxwell, pp. 476-479.

[42] El comprador —puntualizan MEGARRY, R. y WADE, W.— no está obligado a realizar las investigaciones que llevaría a cabo una persona suspicaz o desconfiada, pero no debería cerrar los ojos a circunstancias sospechosas. (2012). *The Law of Real Property*. London: Sweet & Maxwell, pp. 1144-1145.

[43] COOKE, E. (2012). *Land Law,* Oxford University Press, p. 147.

[44] LPA 1925, sección 104 (1).

[45] Como observa BAZ IZQUIERDO, F., un acreedor hipotecario, a pesar de ser exclusivamente titular de un arrendamiento real o de una afección en pago con fuerza de hipoteca legal, tiene facultad expresa, legalmente conferida, para transmitir al comprador la pertenencia plena absoluta en posesión sobre el predio. (1980). *Derecho inmobiliario e hipotecario inglés y su comparación en el Derecho hipotecario español*. Madrid: Edersa, p. 777.

[46] DIXON, M. (2012). *Modern Land Law*. London-New York: Routledge, p. 443. *«In effect* —dicen GRAY, K. y GRAY, S. F—, *all dealings with the mortgaged estate take place in the shadow of the security and therefore concede priority to the rights and powers with which the mortgage has already invested the lender»*. (2009). *Elements of land law,* Oxford University Press, p. 782.

[47] En opinión de GRAY, K. y GRAY, S. F, puede que sea reflejo del latente énfasis capitalista de la LPA 1925 que, excepto en relación a la aplicación de los beneficios de la venta, esta norma no imponga expresamente ningún estándar ético específico o código de conducta al acreedor vendedor. (2009). *Elements of land law,* Oxford University Press, pp. 783-784.

[48] Son los tribunales los que valorarán si el acreedor realizó las gestiones necesarias razonables para obtener el mejor precio. En Bishop v. Blake (2006) el acreedor no realizó una subasta para la venta y no la anunció adecuadamente y, así, vendió el inmueble a un inquilino del deudor con el que el acreedor mantenía una relación comercial, dejando los trámites de la venta en manos de los abogados del comprador. El deudor pudo recuperar unas 115.000 libras, la diferencia entre el precio obtenido y el verdadero precio que razonablemente se podía obtener; incluso se podría haber anulado la venta si se prueba que la misma se realizó con una persona con la que existía un negocio previo y este era conocedor de la impropiedad de la venta a un precio inferior.

[49] Señala la doctrina que el fundamento teórico del deber del acreedor descansa en *equity* más que en *tort,* aunque puntualiza COOKE, E.: *«The duty of care is not the same as that invoked in the negligence cases. But the practical consequence of this distinction may be minimal». Land Law,* Oxford University Press, p. 148. Tras alguna etapa anterior dubitativa al respecto, ahora parece clara esta naturaleza, aunque como cualquier obligación *in equity* resulta flexible y debe ajustarse a los tiempos, señalan MEGARRY, R. y WADE, W. (2012). *The Law of Real Property.* London: Sweet & Maxwell (p. 1105). En opinión de estos autores, aunque no queda claro si el acreedor se exonera de responsabilidad si contrata a un agente especializado para la venta, la opinión de las autoridades parece ser contraria a ello, p. 1108.

[50] GRAY, K. y GRAY, S. F. (2009). *Elements of land law,* Oxford University Press, p. 797.

[51] GRAY, K. y GRAY, S. F. (2009). *Elements of land law,* Oxford University Press, p. 803.

[52] BURN, E. H. y CARTWRIGHT. (2001). *Cheshire and Burn's Model Law of Real Property,* Oxford University Press, p. 859, recogiendo a Salmon L J., en Cuckmere Brick Co. Ltd. V. Mutual Finance Ltd. (1971) Ch. 949, 965. En este sentido también DIXON, M. (2012). *Modern Land Law.* London-New York: Routledge, p. 445; y MEGARRY, R. y WADE, W. (2012). *The Law of Real Property.* London: Sweet & Maxwell, p. 1144.

[53] Explican GRAY, K. y GRAY, S. F. que, a pesar de ello, la posición del acreedor es ciertamente ambigua, si tenemos en cuenta que debe prestar atención a los intereses del deudor al realizar la venta, (2009). *Elements of land law,* Oxford University Press, p. 784.

[54] *«To assert nowadays* —afirman GRAY, K. y GRAY, S. F.— *that the mortgagee can never be a trustee of his power of sale is 'probably overstate' the law».* (2009). *Elements of land law,* Oxford University Press, p. 785.

[55] En este sentido, DIXON, M. (2012). *Modern Land Law.* London-New York: Routledge, pp. 445-446.

[56] MEGARRY, R. y WADE, W. (2012). *The Law of Real Property.* London: Sweet & Maxwell, p. 1150. Como puntualiza THOMSON, M. P., *«In normal cases, a mortgagor will not be able to obtain a sale of the property against the will of the mortgagee when the purposed sale of the property will not discharge the amount which is owed». Modern Land Law.* London: Sweet & Maxwell, p. 522.

[57] DIXON, M. (2012). *Modern Land Law.* London-New York: Routledge, p. 446.

[58] SEXTON, R. y BOGUST, B. (2013). *Land Law.* Oxford University Press, p. 685.

[59] *Consultation Paper «Mortgages: Power of sale and Residential Property»,* presentado por el Ministro de Justicia el 29 de diciembre de 2009*: «We make a provisional proposal that the law should be amended to prohibit the exercise of this power without either the agreement of the borrowers or the prior approval of the court».*

[60] GRAY, K. y GRAY, S. F. (2009). *Elements of land law»,* Oxford University Press, pp. 765-766.

[61] Así, dicen GRAY, K. y GRAY, S. F.: *«The power of sale authorises, in rather brutal fashion, a compulsory divesting of the mortgagor's title at the direction of the mortgagee. The mortgagee is statutorily clothed with full power to transfer the mortgagor's estate freed from all rights over which the mortgage had priority. The 1925 Act in effect confers on the mortgagee a power of compulsory sale of a title which does not belong to him at law».* (2009). *Elements of land law,* Oxford University Press, p. 781.

[62] Como especifican GRAY, K. y GRAY, S. F. (2009). *Elements of land law,* Oxford University Press, p. 755.

[63] Así lo sostiene COOKE, E., que encuentra en ello una justificación histórica, en tanto en el pasado el acreedor era de hecho el titular de la propiedad. (2012). *Land Law,* Oxford University Press (p. 144). Como puntualiza STROUD, A., el prestamista tiene derecho a la posesión tan pronto se constituya la hipoteca porque la hipoteca toma la forma de un *long lease. «The lender has a right to possession, and there must be noted that this is a right, not a remedy».* (2013). *Making sense of Land Law,* Palgrave McMillan, Oxford University Press, p. 578.

[64] En estos casos, puntualizan MEGARRY, R. y WADE, W., el acreedor podría, por tanto, ejercitar una acción por allanamiento cometido con anterioridad a su toma de posesión. (2012). *The Law of Real Property*. London: Sweet & Maxwell, p. 1151.

[65] CLARKE, S. y GREER, S. (2012). *Land Law*. Oxford University Press, p. 396. Así lo enunció gráficamente Harman J., en Four-Maids Ltd. V. Dudley Marshall (Properties) Ltd. (1957): *The mortgagee «may go into possession before the ink is dry on the mortgage unless there is something in the contract, express or by implication, whereby he has contracted himself out of that right»*.

[66] GRAY, K. y GRAY, S. F. (2009). *Elements of land law,* Oxford University Press, p. 756; MEGARRY, R. y WADE, W. (2012). *The Law of Real Property*. London: Sweet & Maxwell, p. 1151. Ente otras cosas, esto es lo que lleva a STEVENS, J. y PEARCE, R. a afirmar: «*The mortgagee's right to possession is another instance of the way in which mortgages are not always what they seem*». (2013). *Land Law*. London: Sweet & Maxwell, p. 610.

[67] Explica OLIVA BLÁZQUEZ, F. que estas conclusiones no deberían ser aplicables de manera inmediata a las hipotecas en *equity*, en las que el acreedor carece de cualquier derecho legal sobre el inmueble gravado; no debería tener derecho a poseer, pues, salvo que se le reconociera así en el contrato. No obstante, para algunos, después del caso Walsh v. Lonsdale, los tribunales pueden en cualquier caso otorgarle la posesión, ya que en *equity* el acreedor hipotecario debe gozar de los mismos derechos que si hubiere constituido una hipoteca legal. (2014). *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés*.Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 182.

[68] El acuerdo implícito es más común en las hipotecas a plazos, aunque —señalan MEGARRY, R. y WADE, W.— no es suficiente con ese solo dato para que los tribunales lo acojan. (2012). *The Law of Real Property*. London: Sweet & Maxwell, p. 1151.

[69] STROUD, A. (2013). *Making sense of Land Law,* Palgrave McMillan, Oxford University Press, p. 578.

[70] CLARKE, S. y GREER, S. (2012). *Land Law*. Oxford University Press, p. 396.

[71] COOKE, E. (2012). *Land Law,* Oxford University Press, p. 145.

[72] DIXON, M. (2012). *Modern Land Law*. London-New York: Routledge, p. 448.

[73] «*However, this does not mean that he is bound or allowed to enter into speculation and adventure, but merely that he will be liable for negligence amounting to wilful default»,* MEGARRY, R. y WADE, W. (2012). *The Law of Real Property*. London: Sweet & Maxwell, p. 1152.

[74] La modificación de la AJA en 1973 permitió en estos casos que el deudor no fuera requerido del pago de la totalidad de la deuda incluso si en el contrato existe una cláusula de vencimiento anticipado. Así, una reclamación que requiera la totalidad de lo adeudado podría ser rechazada por el tribunal con base en el derecho discrecional que le concede la sección 36 de la AJA 1973, como explican MACKENZIE, J. A. y PHILLIPS, M. (2012). *Land Law*. Oxford University Press, p. 465.

[75] Se trata de un mecanismo que utiliza el acreedor, como evidencia la doctrina —entre otros, MACKENZIE, J. A. y PHILLIPS, M. (2012). *Land Law*. Oxford University Press, p. 458—, para evitar la protección del deudor que se deriva del ejercicio de la orden de posesión.

[76] Sección 129 y sección 135 CCA 2006.

[77] DIXON, M. (2012). *Modern Land Law*. London-New York: Routledge, p. 450.

[78] DIXON, M. (2012). *Modern Land Law*. London-New York: Routledge p. 450.

[79] GRAY, K. y GRAY, S. F. (2009). *Elements of land law,* Oxford University Press, p. 775.

[80] Cheltenham and Gloucester Building Society v. Norgan (1996).

[81] GRAY, K. y GRAY, S. F. (2009). *Elements of land law,* Oxford University Press, p. 770.

[82] GRAY, K. y GRAY, S. F. (2009). *Elements of land law*. Oxford University Press, pp. 770-771.

[83] GRAY, K. y GRAY, S. F. (2009). *Elements of land law*. Oxford University Press, p. 771.

[84] Wood v. United Kingdom, 2 de julio de 1997, (1997) 24 EHRR CD 69; [1997] ECHR 200, 32540/96.

[85] En este sentido, COOKE, E. (2012). *Land Law*. Oxford University Press, p. 145.

[86] En tal sentido STEVENS, J. y PEARCE, R. (2013). *Land Law*. London: Sweet & Maxwell, p. 611.

[87] Modificada por la *Financial Services Act 2012*.

[88] La FSA fue la institución encargada de la regulación de los servicios financieros en el Reino Unido entre 2001 y 2013; aunque el Tesoro nombraba a sus directivos, actuaba de forma independiente del Gobierno. Tras los fallos regulatorios observados durante la crisis de 2007-2008, el gobierno decide abolirla, por medio de la *Financial Services Act* 2012, con efectos de 1 de abril de 2013, y es sustituida por dos nuevas agencias: la *Financial Conduct Authority* y la *Prudential Regulation Authority*, dividiendo entre ellas las responsabilidades de la antigua FSA.

[89] Puede verse la versión actualizada de 2014 en http://fshandbook.info/FS/html/FCA/MCOB

[90] MCOB 13.3.

[91] MCOB 13.3.1 R (2).

[92] MCOB 13.3.2 A.

[93] MCOB 13.3.2 A.

[94] MCOB 13.3.4 A.

[95] MCOB 13.4; 13.8.

[96] MEGARRY, R. y WADE, W. (2012). *The Law of Real Property*. London: Sweet & Maxwell, p. 1176.

[97] LPA s. 99.

[98] En este sentido, MEGARRY, R. y WADE, W. (2012). *The Law of Real Property*. London: Sweet & Maxwell, p. 1161.

[99] GRAY, K. y GRAY, S. F. (2009). *Elements of land law,* Oxford University Press, p. 768.

[100] Se encuentran legitimados activamente —explica COUSINS, E. F.—, el acreedor hipotecario, el cesionario de la hipoteca, los segundos y subsiguientes acreedores, *trustees* y demás representantes (2010). *The Law of Mortgages*. London: Sweet & Maxwell, pp. 518-519.

[101] CLARKE, S. y GREER, S. (2012). *Land Law*. Oxford University Press, p. 407.

[102] *Spanish Law Dictionary, Peter Collin Publishing, Cambridge, 1999*.

[103] En este sentido, BAZ IZQUIERDO, F. (1980). *Derecho inmobiliario e hipotecario inglés y su comparación en el Derecho hipotecario español*. Madrid: Edersa, p. 780. LEYVA DE LEYVA, J. A. habla de derecho de apropiación de la finca hipotecada. (1985). La hipoteca en el Derecho inglés, en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*. Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios, p. 951.

[104] Observa OLIVA BLÁZQUEZ, F. la paradoja de que a través de la *equity* el Derecho inglés creara una figura contraria a la prohibición del comiso que contempla nuestro ordenamiento. Precisamente, la *equity* creó el *decree of foreclosure* para evitar los abusos por parte del deudor del ejercicio del *right to redemption,* para eludir que la garantía perdiera eficacia. (2014). *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés*. Valencia*:* Tirant Lo Blanch (p. 166). Posteriormente, la *equity* ha tenido que intervenir para paliar el rigor de la orden de *foreclosure* hacia el deudor. Sintéticamente, THOMPSON, M. P. explica que con anterioridad a 1925, cuando el *legal estate* era transmitido al acreedor, el efecto del *foreclosure* era simplemente extinguir el derecho de redención; a partir de 1925 es necesaria una orden para transmitir el *fee simple* al acreedor. (2012). *Modern Land Law*. Oxford University Press (p. 207).

[105] «*A foreclosure action is an action to recover land»,* como puntualizan BURN, E. H. y CARTWRIGHT, por lo que debe ser ejercitada en el plazo de 12 años desde el día en que surge la facultad de recuperación. (2001). *Cheshire and Burn's Model Law of Real Property,* Oxford University Press, p. 864.

[106] DIXON, M. (2012). *Modern Land Law*. London-New York: Routledge, p. 455.

[107] En este sentido, DIXON, M. (2012). *Modern Land Law*. London-New York: Routledge, p. 455.

[108] Reuniendo la doctrina, OLIVA BLÁZQUEZ, F. señala entre las causas que han hecho decaer el uso del *foreclosure* las siguientes: el establecimiento de tantas trabas y controles destinados a hacer efectiva la posibilidad de la redención del deudor, los gastos que implica su tramitación, la discrecionalidad judicial para ordenar la venta a lo largo del proceso, la complejidad procesal y la escasa funcionalidad de la figura. (2014). *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés*.Valencia*:* Tirant Lo Blanch, p. 169.

[109] DIXON, M. (2012). *Modern Land Law*. London-New York: Routledge, p. 454.

[110] MACKENZIE, J. A. y PHILLIPS, M. (2012). *Land Law*. Oxford University Press, p. 461.

[111] GRAY, K. y GRAY, S. F. (2009). *Elements of land law,* Oxford University Press, p. 805.

[112] OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2014). *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés*.Valencia*:* Tirant Lo Blanch, p. 170.

[113] *Land Mortgages (Report)* [1991] EWLC 204 (1 January 1991): *Transfer of Land-Land Mortgages, Law Commision, núm. 204, Ordered by The House of Commons to be printed 13 November 1991,* paragraphs 7-26, 7-27, p. 56.

[114] FIGUEIRA, C., GLEN, J. y NELLIS, J. (2005). A dynamic analysis of mortgage arrears in the UK housing market. *Urban Studies*, vol. 42, No. 10, p. 1756.

[115] A ello ha contribuido —señala THOMPSON, M. P.— no solo la política gubernamental de facilitación del acceso a la propiedad de las viviendas, por medio de rebajas de impuestos, sino la disponibilidad de fondos a favor de los compradores hipotecarios. (2012). *Modern Land Law*. Oxford University Press, p. 461.

[116] GIBB, K., MUNRO, M. y SATSANGI, M. (1999). *Housing finance in the UK*. London: Macmillan, p. 131. Explican estos autores que la *«deregulation of building societies meant removing some of the restrictions (existing on them that preventing bank competition), and putting them in a more even footing with the rest of the financial sector. (…). The important point is that building societies wanted change; deregulation was not imposed on a reluctant industry»,* pp. 139-140.

[117] SCANLON, K. y WHITEHEAD, C. (2011). The UK mortgage market: responding to volatility, *J. Hous and the Built Environ,* núm. 26, p. 278. Igualmente, KEASEY, K./VERONESI, G. (2012). The significance and implications of being a subprime homeowner in the UK. *Environment and Planning A*. Vol. 44, p. 1506.

[118] Evidencian GIBB, K., MUNRO, M. y SATSANGI, M. que en 1980 comienza un periodo de gran crecimiento. Distintos cambios en la política legislativa (impuestos, parejas no casadas…), produjeron un enorme aumento de la adquisición de vivienda, aminorándose los impuestos: el mercado de la vivienda se incrementó y contribuyó al *boom* económico, ayudando a crear presiones inflacionarias. Esto forzó al gobierno en 1988 a subir los tipos de interés para combatir la inflación y desacelerar el mercado inmobiliario, provocando finalmente la recesión de los inicios de los años noventa. (1999). *Housing finance in the UK*. London: Macmillan, pp. 151-153.

[119] FIGUEIRA, C., GLEN, J. y NELLIS, J. (2005). A dynamic analysis of mortgage arrears in the UK housing market. *Urban Studies*, vol. 42, núm. 10, p. 1755.

[120] Para FIGUEIRA, C., GLEN, J. y NELLIS, J., La política del «right-to-buy» del gobierno conservador que llegó al poder en 1979, la liberalización del mercado financiero, la *Finacial Services Act* 1986 y la *Building Societies Act 1986*, fueron las claves de la turbulencia en el mercado de la vivienda de finales de los ochenta y principios de los noventa, (2005). A dynamic analysis of mortgage arrears in the UK housing market. *Urban Studies*, vol. 42, núm. 10, p. 1756.

[121] FIGUEIRA, C., GLEN, J. y NELLIS, J. (2005). A dynamic analysis of mortgage arrears in the UK housing market. *Urban Studies*, vol. 42, núm. 10, p. 1756.

[122] SCANLON, K. y WHITEHEAD, C. (2011). The UK mortgage market: responding to volatility, *J. Hous and the Built Environ,* npum. 26, p. 280.

[123] Como puntualizan STEVENS, J. y PEARCE, R., la *negative equity* llevó a las entidades bancarias a pedir un seguro para evitar que el banco se viera perjudicado por una caída de precios de la vivienda; en caso de *negative equity,* la compañía aseguradora se hace cargo de pagar la diferencia. (2013). *Land Law.* London: Sweet & Maxwell, p. 594.

[124] Explica DÍAZ SERRANO, L., que en 1995 el gobierno inglés anunció la retirada del ISMI para su reestructuración; esta impuso serias limitaciones para el acceso al programa, lo que supuso la potencial importancia del sistema de seguros privados (*private mortgage insurance, PMI)*. Sin embargo, aunque esta industria está orientada a la protección de los deudores hipotecarios frente al riesgo de accidente, enfermedad, desempleo o cualquier otra contingencia que pueda causar fluctuaciones en los ingresos del deudor, se observa que los prestatarios con un historial de empleo precario y malas condiciones de salud quedan sistemáticamente excluidos del sistema de pólizas privadas; la cobertura de los deudores que afrontan riesgos medios es, pues, muy limitada. (2005). Income volatility and residencial mortgage delinquency across the EU. *Journal of Housing Economics,* núm. 14, p. 157.

[125] FIGUEIRA, C., GLEN, J. y NELLIS, J. (2005). A dynamic analysis of mortgage arrears in the UK housing market. *Urban Studies*, vol. 42, núm. 10, p. 1758.

[126] En este sentido, SCANLON, K. y WHITEHEAD, C. (2011). The UK mortgage market: responding to volatility, *J. Hous and the Built Environ,* núm. 26, p. 281.

[127] En palabras de BRASSET, J. y VAUGHAN-WILLIAMS, N., *«The subprime crisis than began in the summer of 2007 may rank as one of the most traumatic developments since World War II»*. (2012). Crisis in Governance: sub-prime, the traumatic event, and bare life. *Global Society,* vol. 26, núm. 1, p. 24.

[128] Así, ARON, J. y MUELLBAUER, J. (2010). Modelling and forecasting UK mortgage arrears and possessions. *Department of Economics. Discussion Paper Series*. núm. 499, p. 1.

[129] Explica BALL, J. que la competitividad entre los prestamistas y la pérdida de muchas *building societies* crearon una industria de bancos universales expuestos a un mayor número de riesgos. Northern Rock y Bradford and Bingley eran antiguas *building societies* que fueron intervenidas por el gobierno (la última vendida al Banco Santander). HBOS y HSBC fueron adquiridas por el *Royal Bank of Scotland* y *Lloids TBS*, respectivamente. Otros bancos necesitaron ayuda económica o el rescate por parte de otras entidades crediticias (como *The Derbishire, Cheshire, Presbiterian and Dumnfermline Building Societies*). (2010). Using Banks. The effect of national attitudes to public intervention in mortgage lending and eviction in French and English law. *International Journal of Law in the Built Environment, IJLBE*. Vol. 2, núm. 2, p. 118.

[130] SCANLON, K. y WHITEHEAD, C. (2011). The UK mortgage market: responding to volatility, *J. Hous and the Built Environ,* núm. 26, p. 290.

[131] Como puntualizan WALLACE, A. y FORD, J., *«financial deregulation and globalisation increased both opportunities and risks for marginal households accessing mortgage finance, at a time when safety-net provision failed to keep up with market changes»*. (2010). Limiting possessions? Managing mortgage arrears in a new era. *International Journal of Housing Policy,* 10 junio 2010, p. 135.

[132] Según datos de KEASEY, K. y VERONESI, G. (2012). The significance and implications of being a subprime homeowner in the UK. *Environment and Planning A*. Vol. 44, p. 1507.

[133] THOMPSON, M. O. (2012). *Modern Land Law.* London: Sweet & Maxwell, p. 461. Como explican KEASEY, K. y VERONESI, G., la proliferación de especialistas del crédito cambió el escenario previo a los años noventa, cuando el consumidor encontraba dificultades en obtener un crédito si no evidenciaba una posición económica desahogada; las nuevas entidades prestamistas manejan criterios de valoración del riesgo más laxos. El FSA estimó que entre 2005 y 2010 el 63% de los contratos de hipoteca se realizaron a través de entidades no tradicionales. Es más, en 2007, de cada 12.000 productos disponibles, 8.000 se dirigían específicamente a prestatarios *sub-prime*. (2012). The significance

and implications of being a subprime homeowner in the UK. *Environment and Planning A.,* vol. 44, p. 1509.

[134] SCANLON, K. y WHITEHEAD, C. (2011). The UK mortgage market: responding to volatility, *J. Hous and the Built Environ,* num. 26, p. 291.

[135] WILSON, W. (2014). Mortgage arrears and repossessions, *Social Policy Section, House of Commons Library, Library Note* SN/SP/4769, 9 January 2014. Ver datos en GOV.UK website.

[136] WALLACE, A. y FORD, J. (2010). Limiting possessions? Managing mortgage arrears in a new era. *International Journal of Housing Policy,* 10 junio 2010, p. 140.

[137] Pueden consultarse actualmente en los *National Archives*, una vez cerrado el FSA, en la página http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/*/http:/www.fsa.gov.uk/

[138] Puede verse en http://www.perma.cc/69PB-WK87, y en el Informe de BRIGHT, S./ WHITEHOUSE, L. (2014). Information, advise and representation in housing possessions cases, 25 abril 2014, en http://www.law.ox.ac.uk/projects/Housing_Possession y en The Process of Losing a Home, *The New Law Journal*, 20th June 2014, pp. 16-17.

[139] Siguiendo el orden cronológico que expone WILSON, W. (2014). Mortgage arrears and repossessions, *Social Policy Section, House of Commons Library, Library Note* SN/SP/4769, 9 January 2014, pp. 4-5.

[140] En tal sentido, OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2014). *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 284.

[141] Para THOMPSON, M. P., esto resulta un mejor método de regular los acuerdos hipotecarios que la anacrónica doctrina del *«clogs and fetters»,* que ha sido recientemente descrita por la doctrina como *«an appendix to our law that no loger serve any useful purpose»*. (2012). *Modern Land Law,* Oxford University Press, p. 478.

[142] WALLACE, A. y FORD, J. (2010). Limiting possessions? Managing mortgage arrears in a new era. *International Journal of Housing Policy,* 10 junio 2010, p. 138.

[143] *Income Support, Income based-Jobseekers's Allowance, Income-related Employment and Support Allowance, Pension Credit*. Pueden consultarse en páginas gubernamentales: http://www.gov.uk/support-for-mortgage-interest/eligibility, https://www.gov.uk/support-for-mortgage-interest

[144] En opinión de OLIVA BLÁZQUEZ, F. el periodo de espera ha sido uno de los mayores problemas de este plan, sobre todo al principio, en que podía prolongarse hasta 39 semanas. También puede resultar inconveniente el tipo de interés, sobre todo si es más bajo que el del préstamo (3,63% en el año 2012, que puede ser inferior al tipo usualmente utilizado en los préstamos hipotecarios), ya que entonces la ayuda resulta insuficiente para pagar los intereses que se deben. (2014). *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés*.Valencia*:* Tirant Lo Blanch, p. 286.

[145] Así, OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2014). *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés*.Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 285.

[146] Según datos de WILSON, W. (2014). Mortgage arrears and repossessions, *Social Policy Section, House of Commons Library, Library Note* SN/SP/4769, 9 January 2014. Ver datos en GOV.UK website.

[147] Puede verse el contenido del plan en http://www.whitehorsedc.gov.uk/sites/default/files/Mortgage%20rescue%20scheme%20leaflet.pdf

[148] WALLACE, A. y FORD, J. (2010). Limiting possessions? Managing mortgage arrears in a new era. *International Journal of Housing Policy,* 10 de junio de 2010, p. 145.

[149] Véase la evaluación de estos programas en https://www.york.ac.uk/media/chp/documents/2010/Evaluation%20of%20the%20Mortgage%20Rescue%20Scheme.pdf

[150] El contenido del protocolo puede consultarse en la página del gobierno https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol/prot_mha

[151] Señala OLIVA BLÁZQUEZ, F. que la inclusión de esta frase *(«This Protocol does not alter the parties' Rights and obligations»*) ha sido fuertemente criticada por la doctrina, ya que se ha considerado como una declaración de intenciones conservadora y proclive

a perpetuar la situación actual en perjuicio de los deudores hipotecarios. (2014). *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés*.Valencia*:* Tirant Lo Blanch, p. 296.

[152] OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2014). *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés*.Valencia*:* Tirant Lo Blanch, p. 303.

[153] A pesar de ello, explica DIXON, M. que *«The Protocol is enforced through a Practice Direction issued by the Head of Civil Justice, and non-compliance by a mortgagee can be penalised by a case management orders and in costs»*. (2012). *Modern Land Law*. London-New York: Routledge, p. 451.

[154] THOMPSON, M. P. (2012). *Modern Land Law*. Oxford University Press, p. 462.

[155] WALLACE, A. y FORD, J. (2010). Limiting possessions? Managing mortgage arrears in a new era. *International Journal of Housing Policy,* 10 de junio de 2010, p. 141.

[156] Informe de BRIGHT, S./WHITEHOUSE, L. (2014). Information, advise and representation in housing possessions cases. 25 abril 2014, en http://www.law.ox.ac.uk/projects/Housing_Possession, p. 17.

[157] El gobierno cuenta con guías *on line* de actuación dirigidas a la información de la persona necesitada de ayuda. Más información en https://www.gov.uk/emergency-housing-if-homeless

[158] El *housing benefit* es una ayuda que pueden solicitar las personas que tengan dificultades para pagar la renta de su vivienda en el Reino Unido, bien por encontrarse desempleadas o por tener escasos ingresos; puede tratarse de ayudas para pagar la calefacción, el agua, el gas, etc. Esta prestación social existe desde los años ochenta, y supone la segunda mayor carga presupuestaria del Estado, un 30% del sosteniendo del estado del bienestar. Véase STEPHENS, M. (2005). An assessment of the British Housing Benefit System. *European Journal of Housing Policy,* vol. 5, núm. 2, august 2005, pp. 111-129.

[159] Especifica KEASEY, K./VERONESI, G., que estos derechos se les reconoce desde el gobierno de Margaret Thatcher. (2012). The significance and implications of being a subprime homeowner in the UK. *Environment and Planning A*. Vol. 44, p. 1505.

[160] Puede consultarse en http://www.perma.cc/69PB-WK87, y en el Informe de BRIGHT, S. y WHITEHOUSE, L. (2014). Information, advise and representation in housing possessions cases. 25 abril 2014, en http://www.law.ox.ac.uk/projects/Housing_Possession y en The Process of Losing a Home. *The New Law Journal*, 20th June 2014, pp. 16-17.

[161] http://www.poderjudicial.es

[162] «Una política orientada a la propiedad de la vivienda —explica CASTAÑO MARTÍNEZ, M. S.— garantiza, en gran parte, la estabilidad social, ya que facilitando a la población el acceso a la propiedad de la vivienda, también la hace responsable de pagos importantes, fomentando así la responsabilidad individualizada a través del ahorro y la acumulación de bienes». (2010). La eficacia de la política de la vivienda en España, *ICE, Economía de la Vivienda en España,* núm. 867, julio-agosto, pp. 9-10.

[163] En este sentido, sostiene BALL, J. que *«The UK has a different kind of moral environment, normally leaving greater chances for individuals to borrow for home purchase, but with eviction viewed as a necessary evil»)*. (2010). Using Banks. The effect of national attitudes to public intervention in mortgage lending and eviction in French and English law. *International Journal of Law in the Built Environment, IJLBE,* vol. 2, núm. 2, p. 134.

[164] Así, McCONNELL, D. (2009). New mortgage arrears protocol explain. *Legal Action*. Jannuary, pp. 20-21.

[165] OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2014). *Propiedad, hipoteca y protección del deudor hipotecario en el derecho inglés*.Valencia*:* Tirant Lo Blanch, p. 285.

[166] BALL, J. (2010). Using Banks. The effect of national attitudes to public intervention in mortgage lending and eviction in French and English law. *International Journal of Law in the Built Environment, IJLBE,* vol. 2, núm. 2, pp. 124-125.

[167] Tomemos como paradigma el AAP de Navarra de 17 de diciembre de 2010 (LA LEY 227016/2010), que, con fuertes repercusiones mediáticas, alude específicamente a la crisis económica y a la mala praxis del sistema financiero como motivo distorsionador del proceso

de ejecución. El Auto deniega la continuación del procedimiento por el resto de la deuda una vez adjudicada la finca al acreedor, al considerarse su conducta inmoral en las circunstancias de crisis económica en la que nos encontramos, por cuanto la entidad crediticia se adjudica una finca que ella misma valoró en una cantidad superior a la adeudada por el préstamo concedido.

[168] Según datos de CASTAÑO MARTÍNEZ, M. S. (2010). La eficacia de la política de la vivienda en España. *ICE, Economía de la Vivienda en España,* núm. 867, julio-agosto, p. 17.

[169] En este sentido, WALLACE, A. y FORD, J. (2010). Limiting possessions? Managing mortgage arrears in a new era. *International Journal of Housing Policy,* 10 de junio de 2010, p. 148.

[170] Se puede consultar un resumen del informe en http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/w14/summary_es.htm

[171] En este sentido, JUAN TOSET, E. M., sostiene que la situación de los parques sociales de viviendas gestionados por empresas públicas, municipios o por organizaciones no lucrativas está, en la mayoría de las ocasiones, relacionadas con una transformación que las identifica con reductos de viviendas de baja calidad, con los inquilinos más pobres y bajas condiciones de vida. «En algunas ciudades europeas —dice la citada autora—, las dificultades referentes al acceso y la calidad de la vivienda han creado problemas sociales de segregación que llevan a la concentración de grupos sociales con bajos ingresos en zonas urbanas degradadas y problemáticas. Esta situación demanda la atención sobre la integración social de las minorías étnicas, así como sobre los problemas de barrios periféricos conformados, en muchas ocasiones, por promociones sociales de viviendas». (2012). La política de vivienda en Europa. Consideraciones sobre la perspectiva de los Servicios Sociales de interés general. *Cuadernos de Trabajo Social,* vol. 25-2, p. 455.

[172] Para BRASSET, J. y VAUGHAN-WILLIAMS, N., *«the moral demonization of sub-prime borrowing, and the salvation of the "real victims" of this crisis, i.e. the responsible prime borrowers, has somewhat overshadowed the potentially transformative effects of sub-prime lending itself. Extending credit to support sustainable asset ownership may very well change the game for many marginalised in society. Thus, it is not sub-prime, per se, but the specific practices of securitisation, the bundling and rebundling of risk that led to the expansion of sub-prime lending, which should be questioned».* (2012). Crisis in Governance: sub-prime, the traumatic event, and bare life. *Global Society,* vol. 26, núm. 1, p. 41.

[173] En este sentido, BALL, J. (2010). Using Banks. The effect of national attitudes to public intervention in mortgage lending and eviction in French and English law. *International Journal of Law in the Built Environment, IJLBE.* Vol. 2, núm. 2, p. 134.

[174] En esta línea de pensamiento, sostienen SCANLON, K. y WHITEHEAD, C.: *«The goal now should be to use the evidence base to support the continued development of a flexible but risk-adjusted housing finance market which has the potential to meet the demands of all tenures».* (2011). The UK mortgage market: responding to volatility, *J. Hous and the Built Environ,* p. 192.

(Trabajo recibido el 17-2-2015 y aceptado para su publicación el 2-3-2015)

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

Registro de la Propiedad

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 25-5-2015
Registro de la Propiedad de Teguise
(*BOE* 3-7-2015)

CALIFICACIÓN SUSTITUTORIA: RECURSO CONTRA LA NEGATIVA A LA MISMA.

Este Centro Directivo ha entendido (cfr., Resoluciones citadas en «Vistos») que la negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante el mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la LH. Consecuencia lógica de lo anterior es que si la negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más, pueda también ser objeto de calificación sustitutoria conforme al artículo 19 bis de la LH y que las decisiones que en orden a la misma tome el Registrador puedan ser objeto de recurso. Tanto el citado artículo 19 bis, como el artículo 6 del Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto de 2003, por el que se regula el derecho de los interesados para instar la intervención de Registrador sustituto, señalan que estos podrán solicitar la intervención del Registrador sustituto mediante la aportación a este del testimonio íntegro del título presentado y de la documentación complementaria o de su original que tendrá derecho a retirar del registro donde se hubiera presentado. Es pues un requisito indispensable para emitir la calificación sustitutoria solicitada que el Registrador sustituto reciba la documentación previamente calificada por el Registrador sustituido, siendo inadmisible la aportación de fotocopias. En el presente expediente, el Registrador

sustituto intenta por dos veces la aportación completa de la documentación con referencia al plazo para hacerlo, en los términos previstos en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, apercibiendo al recurrente de que en caso contrario se le tendrá por desistido de su petición, y transcurrido dicho plazo lo único que se produce es la pretensión del solicitante, bajo la excusa de estar la documentación en otro Registro, de demorar *sine die* la aportación de la misma. En consecuencia no cabe sino confirmar el motivo de la denegación.

Resolución de 25-5-2015
(*BOE* 3-7-2015)
Registro de la Propiedad de Bilbao, número 10

CONCURSO DE ACREEDORES: ANOTACIÓN DE EMBARGO ADMINISTRATIVO.

Se plantea en este expediente si procede anotar en el Registro de la Propiedad un mandamiento de embargo de la Tesorería General de la Seguridad Social habida cuenta que la sociedad titular de la finca tiene anotado en el Registro Mercantil la declaración de concurso, y tanto la providencia de apremio como la diligencia de embargo son posteriores a la fecha del auto por el que se declaró el concurso. Esta cuestión ha sido objeto de numerosas Resoluciones de esta Dirección General (cfr., entre otras, las citadas en los «Vistos» de la presente), cuyo contenido no es necesario reproducir ahora en su literalidad. En el presente caso, aun no resultando del Registro de la Propiedad la existencia de una anotación preventiva por la que se publica la declaración de concurso de acreedores del titular registral, esta situación ha sido comprobada mediante la oportuna consulta al Registro Mercantil por parte del Registrador. No obstante, no resulta de los libros registrales ni de la documentación aportada al tiempo de la calificación ninguna de las circunstancias previstas en la Ley Concursal para la iniciación de procedimientos de ejecución administrativa. Siendo las providencias de apremio y diligencias de embargo posteriores a la declaración del concurso, y no habiéndose obtenido con carácter previo un pronunciamiento del Juzgado ante el que se sigue el concurso que declare que los créditos son créditos contra la masa susceptibles de ejecución separada, no procede sino la confirmación de la negativa a la anotación.

Resolución de 26-5-2015
(*BOE* 3-7-2015)
Registro de la Propiedad de El Rosario

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO: ÁMBITO.

Según la RDGRN 1 de julio de 2014, relativa a la eficacia del convenio regulador, «es de tener en cuenta que el convenio privado entre las partes, en lo que no es su contenido típico, no queda elevado a público por el hecho de que el Juez apruebe lo que constituye su contenido legal. Fuera de lo que constituye su objeto se siguen las reglas generales y las partes pueden compelerse a elevar a público, en la forma determinada por el ordenamiento jurídico y de acuerdo a

los procedimientos legales específicamente previstos, lo que constituyen acuerdos privados (*vid.* resolución de 26 de junio de 2013)». Por cuanto antecede, en el presente caso, en el que la sentencia aprueba el convenio regulador, pero con excepción del pacto relativo a la «liquidación de los bienes adquiridos durante el matrimonio» y, careciendo de transcendencia real los restantes pactos contenidos en el convenio regulador, debe confirmarse la nota de calificación de la Registradora no constituyendo el convenio regulador, en los términos en los que ha sido aprobado, título inscribible para la práctica del asiento registral.

Resolución de 26-5-2015
(*BOE* 3-7-2015)
Registro de la Propiedad de Elche, número 2

SEGREGACIÓN: INSCRIPCIÓN CUANDO HAN PRESCRITO LAS FACULTADES DE LA ADMINISTRACIÓN PARA INICIAR ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS DE REPOSICIÓN DE LA LEGALIDAD.

Procede ahora resolver el problema de derecho intertemporal que plantea la presentación en el Registro, en el año 2014, de una escritura en la que, por razón de la fecha de otorgamiento, se practica una segregación realizada con anterioridad a la legislación que actualmente la regula. Este Centro Directivo ha venido señalando el problema de derecho intertemporal planteado por la presentación en el Registro en la actualidad, de una segregación realizada durante la vigencia de la regulación anterior, como sucede en el supuesto de hecho de este recurso, entendiendo que debe resolverse en el sentido de que la segregación es un acto jurídico cuya inscripción queda sujeta a los requisitos y autorizaciones vigentes en el momento de presentar la escritura o la sentencia en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior —cfr. disposiciones transitorias tercera y cuarta del Código Civil—. Ahora bien, la exigencia de tales requisitos deberá conciliarse con los efectos jurídicos de los actos de segregación o división conforme a la legislación vigente a la fecha en que se produzcan, ya que el hecho de que tales efectos no se hayan consumado o agotado es presupuesto, conforme se ha dicho anteriormente, para la aplicación excepcional de la retroactividad. En el supuesto de hecho de este expediente, además de haber transcurrido sobradamente los plazos de prescripción de la posible infracción, está claro que no se han ejercido por parte del Ayuntamiento acciones para el restablecimiento de la legalidad urbanística, antes bien al contrario en la certificación aportada se declara expresamente la innecesaridad del otorgamiento de licencia, con lo cual se cumple el requisito exigido en la legislación de aplicación.

Resolución de 27-5-2015
(*BOE* 3-7-2015)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 13

SEPARACIÓN DE BIENES: ACTOS DE ADQUISICIÓN.

La cuestión que se debate es si es necesario manifestar el nombre del cónyuge del adquirente de una finca cuando el régimen económico matri-

monial es el de separación de bienes, estando acreditado el citado régimen económico matrimonial. Hay que determinar si el acto o contrato afecta a los derechos presentes o futuros del matrimonio. Hay que concluir negativamente en esto, ya que el régimen de separación de bienes precisamente determina que tanto el activo como el pasivo y las cargas y obligaciones de cada uno de los cónyuges lo serán de su exclusividad sin que afecte o se comunique con el patrimonio del otro cónyuge. Además, los gastos producidos por el levantamiento de las cargas por razón del matrimonio, como lo serían la educación y mantenimiento de los hijos comunes, afectarían por lo que a la solvencia se refiere, en su caso, a todo el patrimonio de cada uno de los cónyuges, sin importar con quien estaban casados en el momento de la adquisición. Tampoco tiene trascendencia la cuestión del régimen primario en lo que se refiere a la protección de la vivienda residencia habitual familiar, que solo cobraría protagonismo en el momento de la disposición de esa vivienda y con independencia de quien fuese el cónyuge al tiempo de la adquisición sino del que lo fuera en el momento de esa disposición, que es aquel a quien se dirige la protección del hogar familiar.

Resolución de 28-5-2015
(*BOE* 3-7-2015)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 17

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO INTERRUMPIDO: ADQUISICIÓN POR USUCAPIÓN.

La doctrina de este Centro Directivo contenida en la resolución de 21 de marzo de 2003, en cuyo fundamento de Derecho cuarto, para un supuesto muy similar, establece que: «si se considera: a) que el Juez considera que el promotor ha adquirido la propiedad de las fincas por prescripción al haberlas poseído a título de dueño durante más de treinta años, b) que la prescripción es un modo de adquirir; c) que el expediente de dominio es un procedimiento que tiene por fin la declaración *erga omnes* a efectos registrales de que ha existido un hecho del que resulta que el promotor ha adquirido el dominio; d) que no existe ninguna norma que exija que la adquisición se haya realizado por medio de título y modo y no por cualquier otro medio de los que recoge el artículo 609 del Código Civil; y d) que la calificación registral tiene un alcance limitado (cfr. art. 18 de la LH), especialmente cuando se trata de documentos judiciales (cfr. art. 100 del RH), el defecto observado por el Registrador no puede ser mantenido y debe, por consiguiente, revocarse la nota que en él se funda». En el presente caso, debe estimarse el recurso y revocarse la nota de calificación, de acuerdo con la doctrina que se deduce de la citada resolución de 21 de marzo de 2003 que es plenamente aplicable al presente caso; en particular los argumentos consistentes en que el Juez considera que el promotor ha adquirido la propiedad de las fincas por usucapión al manifestar que «conforme a lo expuesto con anterioridad, en el presente expediente hay justificación probatoria, suficiente y convincente, de una adquisición por usucapión de la finca, tal como requiere la efectiva aplicación del artículo 1959 del Código Civil, singularmente de una posesión a título de dueño durante el tiempo ininterrumpido legalmente necesaria de 30 años» por lo que la calificación del registrador entraría en el fondo de la resolución judicial.

Resolución de 28-5-2015
(*BOE* 3-7-2015)
Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga, número 1

REPARCELACIÓN URBANÍSTICA: PRINCIPIO DE SUBROGACIÓN REAL.

Los acuerdos aprobatorios de los instrumentos de equidistribución de beneficios y cargas producen el efecto de la subrogación de las fincas de origen por las de resultando y el reparto de su titularidad entre los propietarios, el promotor de la actuación, cuando sea retribuido mediante la adjudicación de parcelas incluidas en ella y la Administración. No puede decirse en rigor que las fincas de origen desaparezcan por efecto de la aprobación del proyecto reparcelatorio. La finca física obviamente no desaparece. La registral tampoco. Si hubiera desaparecido la finca de origen no cabría practicar sobre ella una reanudación del tracto (cfr. art. 9 del RD 1093/1997), ni rectificación de linderos u otros datos descriptivos (cfr. art. 8 del mismo RD), actuaciones que considera indispensables el legislador para lograr la concordancia con la realidad extrarregistral. Sobre la finca de origen no hay prohibición de disponer, ni cierre registral. El folio de la finca de origen no se cierra ni por el inicio del procedimiento, ni por su conclusión hasta que no se completa registralmente el proceso de subrogación real: lo que hay es una situación de carácter transitorio. Una vez inscrito el proyecto de reparcelación, sin embargo, con la nueva configuración jurídica plasmada en las respectivas fincas de resultado, resultan de aplicación de modo imperativo, los principios hipotecarios que estructuran nuestro sistema registral. Expuesta la necesidad de respetar los principios generales que rigen para la práctica de cualquier alteración registral, debe reconocerse, no obstante, que los singulares efectos de la subrogación real han llevado a este Centro Directivo a permitir la práctica de asientos sobre las fincas de resultado cuanto los títulos presentados en el Registro se referían a las fincas de origen y existía una perfecta correspondencia entre las fincas (cfr. resolución de 3 de octubre de 2008), respetando, por supuesto, las exigencias del tracto sucesivo y la legitimación registral —cfr. arts. 20 y 38 de la LH— y del propio principio de prioridad registral —art. 17—. En el presente supuesto, tratándose de inscribir sobre una finca resultante de reparcelación, un título otorgado por quienes aparecen como titulares registrales, que tiene por objeto la finca de origen, cancelada hoy por efecto de la inscripción del proyecto, pero cuya correspondencia con aquella puede ser comprobada por el registrador de los asientos registrales —art. 18 de la LH—, sin que haya accedido ningún título contradictorio —cfr. resolución de 9 de mayo de 2000—, y cumpliendo los demás requisitos de inscripción, debe reconocerse que el negocio jurídico de aportación a gananciales, junto al efecto jurídico de la subrogación real como consecuencia legal de la reparcelación, conforman un título material apto para justificar la modificación jurídico real que se pretende inscribir en el folio registral abierto a la finca de resultado.

Resolución de 29-5-2015
(*BOE* 3-7-2015)
Registro de la Propiedad de Sant Vicenç dels Horts, número 1

AGRUPACIÓN DE FINCAS: TRASLADO DE TITULARIDADES A LA FINCA RESULTANTE. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: EL PROCEDIMIENTO HA DE DIRIGIRSE CONTRA EL TITULAR REGISTRAL ACTUAL.

Nos encontramos con la pretensión de inscribir una sentencia judicial que viene referida a una finca cuyo historial registral ha quedado cerrado al haberse agrupado con otra finca colindante y pasar ambas a formar una nueva, que a su vez fue objeto de división horizontal en treinta y una fincas independientes. Es cierto que el mecanismo técnico de la agrupación parte de la base de una continuidad de las titularidades y cargas que pesaban sobre las fincas agrupadas, que han de trasladarse a la nueva finca que surja de tal modificación hipotecaria. En el caso que nos ocupa concurre una singularidad que impide aplicar de forma automática esta solución. En efecto, el procedimiento judicial ha tenido por objeto el contrato de cesión de suelo a cambio de obra que en su momento suscribieron doña M. T. R. S. y doña F. y doña M. C. R. R. como cedentes, e «Integración de Gestiones Urbanas, SL» como cesionaria. Pero tal contrato tuvo por objeto exclusivamente la finca 559, y no la otra finca con la que esta se agrupa (registral 5995) para formar la 9.886, que a su vez se dividió horizontalmente en treinta y una fincas nuevas. Esto hace que no se pueda observar una total correspondencia entre la finca objeto del procedimiento y las resultantes de la división horizontal, que son las actualmente vigentes. Al margen de ello, y como también apunta el registrador en su calificación, para poder afectar las titularidades y cargas inscritas o anotadas sobre las distintas fincas resultantes de la división horizontal, será necesario que, con relación a sus respectivos titulares, se cumpla con las exigencias derivadas del principio de tracto sucesivo.

Resolución de 29-5-2015
(*BOE* 3-7-2015)
Registro de la Propiedad de Celanova

RECURSO GUBERNATIVO: SOLICITUD SIMULTÁNEA DE CALIFICACIÓN SUSTITUTORIA. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

La resolución de 23 de abril de 2014 abordó la cuestión de la interposición simultánea o sucesiva por distintos interesados de la solicitud de calificación sustitutoria y el recurso, en la que después de establecerse que cada uno de los legitimados en cada caso para ello, podrá ejercitar separada e independientemente de los demás los derechos que la Ley les concede frente a tal calificación desfavorable, de forma que, en caso de optar por recurrir ante esta Dirección General, el plazo para interponer dicho recurso es independiente para cada uno de los interesados conforme al artículo 326 de la LH, aborda el caso en que uno de los interesados opte por recurrir y otro u otros opten por pedir la calificación sustitutoria, señalando «en este caso se origina una situación de pendencia en la calificación inicial que se traslada al propio recurso, pues la calificación constituye su objeto, objeto que queda provisionalmente en situación

de indeterminación o incerteza. Por tanto, en este caso el procedimiento del recurso queda sujeto a un factor ajeno al mismo que lo condiciona (suerte de «litispendencia») que obliga a que el registrador sustituido informe al Centro Directivo del resultado de dicha calificación sustitutoria a efectos de coordinación. En el supuesto de este expediente, si bien se da la peculiaridad de que el mismo legitimado opta simultáneamente por calificación sustitutoria y recurso, la solución antes expuesta debe ser de aplicación, como por otra parte hizo la registradora, que ofició a esta Dirección General exponiendo la anterior circunstancia y suspendió la tramitación del recurso en tanto se produjese la calificación sustitutoria por los motivos anteriormente señalados. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, que la caducidad de las anotaciones preventivas opera «*ipso iure*» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.a del RH dictado en el procedimiento en el que se ordenó la práctica de aquella anotación, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad.

Resolución de 5-6-2015
(*BOE* 7-7-2015)
Registro de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón, número 1

CALIFICACIÓN REGISTRAL: PRESENTACIONES SUCESIVAS. PROPIEDAD HORIZONTAL: REPRESENTACIÓN DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS.

Caducados los asientos de presentación anteriores de un documento, el artículo 108 del RH permite volver a presentar dichos títulos que pueden ser objeto de una nueva calificación, en la que el registrador —él mismo, o quien le suceda en el cargo— puede mantener su anterior criterio o variarlo, si lo estimase justo. Como ha reiterado esta Dirección General, el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación. Y ello porque, caducado un asiento de presentación, cesan todos sus efectos y, de la misma forma que el registrador no puede tener en cuenta en modo alguno títulos con asiento de presentación caducado para calificar, ni siquiera para lograr un mayor acierto en la calificación y evitar asientos inútiles, tampoco puede verse vinculado por las calificaciones anteriormente efectuadas aun cuando sean propias. En definitiva, la nueva presentación significa el inicio —*ex novo*— de todo el procedimiento registral. Además, en el presente caso, caducados asientos de presentación anteriores se han aportado nuevos documentos, por lo que el Registrador tuvo que realizar nueva calificación del documento antiguo y los nuevos complementarios. Como ha reiterado este Centro Directivo (*vid.*, por todas, las resoluciones de 26 de junio de 1987, 23 de junio de 2001, 23 de mayo de 2005 y 9 de abril de 2014), la acreditación de los cargos del presidente y secretario de la comunidad puede verificarse por una doble vía: testimonio notarial del contenido del libro de actas, o bien por certificación expedida por el órgano de la comunidad que tenga facul-

tad certificante, con aseveración notarial, con referencia al libro de actas, de que el autor de la certificación se halla en el ejercicio de su cargo, constituyendo por tanto defecto que no se acredite en ninguna de dichas formas que quien solicita la inscripción ostente el cargo que alega. A falta de disposición estatutaria en contra, la prórroga expresa del nombramiento de la presidenta de la comunidad debe acreditarse en alguna de las formas antes indicadas, sin que sea suficiente la mera manifestación vertida por la persona que alega la vigencia de su cargo. Dadas las exigencias derivadas del principio de especialidad registral en las que están implicados intereses que, por afectar al estatuto jurídico de la propiedad inmueble, suponen las protección de intereses del tráfico jurídico, como lo son los que imponen la exacta determinación del derecho transmitido (*vid.* Resoluciones de 21 de junio de 1991, 30 de septiembre de 2005, 13 de febrero de 2007 y 29 de agosto de 2011), esta no puede derivarse de la determinación unilateral de la presidenta de la comunidad de propietarios sin un acuerdo de la junta general que le sirva de base ni de meras conjeturas, certificación de arquitecto o deducciones mediante examen planimétrico no fundado en dicho acuerdo modificativo del título constitutivo de la propiedad horizontal (cfr. arts. 5, 7, 10 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, según redacción dada por los números cuatro y cinco de la Disposición Final Primera de la Ley 8/2013, de 26 de junio de 2013, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas).

Resolución de 2-6-2015
(*BOE* 9-7-2015)
Registro de la Propiedad de Armilla

CONCURSO DE ACREEDORES: ANOTACIÓN DE EMBARGO ADMINISTRATIVO.

La declaración del concurso de acreedores de la sociedad deudora se produce por parte del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Granada el día 27 de noviembre de 2014, es decir, después de dictadas las diligencias administrativas de embargo pero con anterioridad al momento de la presentación del mandamiento de embargo en el Registro. Este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse a este respecto tras la modificación operada en nuestra legislación concursal en el año 2011. De las resoluciones contempladas en los «Vistos» ha de concluirse que es imprescindible un pronunciamiento expreso por parte del juez encargado de la tramitación del concurso sobre la naturaleza, el destino y la trascendencia de los bienes objeto de una eventual ejecución singular cuando el deudor ya se encuentra declarado en situación de concurso de acreedores. Actualmente, así lo exige expresamente el artículo 56 de la Ley Concursal, según redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre de 2011, al determinar en su apartado quinto que «a los efectos de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, corresponderá al Juez del concurso determinar si un bien del concursado resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor». La competencia del registrador para calificar documentos judiciales en el supuesto de ejecución hipotecaria frente a una sociedad declarada en concurso y en relación a bienes necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional ha sido expresamente reconocida por nuestro TS en sentencia de 454/2013, de 28 de junio de 2013, y 674/2013, de 13 de noviembre de 2013, por lo que el mismo criterio debe mantenerse en relación con los documentos administrativos.

Resolución de 3-6-2015
(*BOE* 9-7-2015)
Registro de la Propiedad de Telde, número 1

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DIRECTA SOBRE BIENES HIPOTECADOS: DOMICILIO A EFECTOS DE NOTIFICACIONES.

Presentada en su día escritura de préstamo hipotecario sobre determinada finca, se llevó a cabo la inscripción en el folio correspondiente. Por circunstancias que ahora no son objeto de la presente, la inscripción se realizó sin que se hiciese constar un domicilio a efectos de notificaciones y requerimientos ni respecto del deudor no hipotecante ni respecto del hipotecante no deudor. La falta de fijación de domicilio motivó que la inscripción del derecho de hipoteca fuera practicada sin recoger el procedimiento de ejecución directa, ni el procedimiento extrajudicial, tal y como consta en la inscripción y en la nota de despacho. Ahora se presenta testimonio del decreto de adjudicación del que resulta que la hipoteca se ha llevado a ejecución por los trámites procedimentales previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el supuesto de ejecución dirigida exclusivamente contra el bien hipotecado y por la deuda por la que se proceda (*vid.* art. 682.1). El registrador deniega la inscripción y el interesado recurre. El recurrente pretende que en esta vía se decida que la hipoteca pactada en su día en escritura pública y posteriormente inscrita en la «forma determinada por el asiento respectivo», es conforme a Derecho desdibujando por completo el objeto de este expediente que ni es ni puede consistir en ese debate, sino determinar si la calificación del registrador que ahora se ha llevado a cabo es o no conforme a Derecho. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente las partes pactaron en la escritura pública correspondiente un domicilio del deudor para notificaciones y requerimientos, domicilio que por circunstancias ajenas a este expediente, no fue objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, lo que motivó que la inscripción del derecho de hipoteca fuera practicada sin recoger el procedimiento de ejecución directa, ni el procedimiento extrajudicial, tal y como consta en la inscripción y en la nota de despacho. Consecuentemente no puede ejecutarse la hipoteca por el procedimiento previsto en los artículos 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 129 de la LH por carecer de uno de sus presupuestos.

Resolución de 3-6-2015
(*BOE* 9-7-2015)
Registro de la Propiedad de Borja.

ANOTACIÓN PREVENTIVA POR DEFECTO SUBSANABLE: PRÓRROGA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 205 DEL RH.

Tiene señalado este Centro Directivo (*vid.* entre otras, las Resoluciones de 23 de enero de 2002 o 10 de mayo de 2013), que la prórroga de una anotación no constituye un asiento autónomo, sino que se limita a prolongar en el tiempo los efectos de la anotación primitiva a que refiere, manteniendo, con ello, su prioridad. Y la prórroga, como la anotación a la que corresponde, se encuentra caracterizada por un principio de tipicidad. El artículo 205 del RH se refiere a una prórroga extraordinaria respecto a lo establecido en el artículo 96 de la LH. Esta norma, tras establecer en su apartado primero un procedimiento de

prórroga distinto al previsto en el artículo 96 —ante el Registrador que valorará las circunstancias— añade, en su apartado segundo, que «por causas extraordinarias, como el haber incoado expediente de dominio u otras análogas, el Juez de Primera Instancia del partido podrá acordar, a petición de parte, la prórroga de la anotación hasta que transcurra un año de su fecha». Son dos los requisitos exigidos por el artículo 205 del RH: que exista una causa extraordinaria, y que sea ordenada por el Juez de Primera Instancia del partido. El artículo 205 del RH atribuye la competencia para decretar la prórroga no al Juez de la ejecución, a quien se refiere el artículo 170 de la Ley General Tributaria cuando dispone que «el órgano competente expedirá mandamiento, con el mismo valor que si se tratara de mandamiento judicial de embargo», sino que la competencia se le atribuye al Juez de Primera Instancia del partido, como dice expresamente el precepto y destaca la mejor doctrina. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el artículo 205 del RH se refiere no a la prórroga de la anotación preventiva de embargo que es ordenada dentro de un proceso de ejecución, sino que el artículo 205 del RH se refiere a la prórroga extraordinaria de la anotación preventiva por defecto subsanable, defecto que puede producirse en cualquier tipo de título o de proceso, no solo en los ejecutivos, por lo que se trata de una prórroga específica de una anotación de suspensión, que por sus propias características ha de ser ordenada por el Juez de Primera Instancia del partido, tanto se trate de defectos subsanables referidos a escrituras públicas, como a documentos judiciales o documentos administrativos, como ocurre en el presente expediente.

Resolución de 5-6-2015
(*BOE* 9-7-2015)
Registro de la Propiedad de Cambados.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS. RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Todas las circunstancias concurrentes en este supuesto no impiden que sea de aplicación la doctrina que ha sostenido reiteradamente este Centro Directivo para el caso de que la calificación del registrador sea desfavorable, en el sentido de que lo adecuado a los principios básicos de todo procedimiento y a la normativa vigente es que, al consignarse los defectos que, a juicio del Registrador, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también la íntegra motivación de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación (cfr. art. 19.bis de la LH y resoluciones de 2 de octubre de 1998 y 22 de marzo de 2001). Es indudable que, de este modo, serán efectivas las garantías del interesado recurrente, quien al conocer en el momento inicial todos los argumentos en que el registrador funda jurídicamente su negativa a la inscripción solicitada podrá alegar los fundamentos de Derecho en los que apoye su tesis impugnatoria, a la vista ya de todos los hechos y razonamientos aducidos por el registrador que pudieran ser relevantes para la resolución del recurso. También ha mantenido esta Dirección General (*vid.* resolución de 25 de octubre de 2007) que no basta con la mera cita rutinaria de un precepto legal (o de dos resoluciones de esta Dirección General), sino que es preciso justificar la razón por la que ese precepto es de aplicación y la interpretación que del mismo ha de efectuarse. No obstante, el objeto del

expediente de recurso contra calificaciones de Registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho y no tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la validez o no del título inscrito ni de su derecho a inscribir o anotar, cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales (art. 66 de la LH), no cabe sino su desestimación.

Resolución de 8-6-2015
(*BOE* 27-7-2015)
Registro de la Propiedad de Inca, número 1

CONCURSO DE ACREEDORES: EFECTOS DE LA APROBACIÓN DEL CONVENIO SOBRE LOS CRÉDITOS.

Es objeto de este recurso determinar si es posible proceder a la anotación de un embargo de naturaleza administrativa, derivado de créditos de naturaleza tributaria, sobre los bienes de un deudor declarado en concurso de acreedores y una vez aprobado el convenio entre dicho deudor y sus acreedores. Del sentido gramatical del artículo 133 de la Ley Concursal resulta que la aprobación firme del convenio implica la sustitución de los efectos de suspensión o intervención en las facultades del concursado propias de la declaración del concurso por las previsiones y determinaciones establecidas, en su caso, en el propio convenio. Dichas nuevas precisiones, sin embargo, y como ya hemos contemplado no pueden exceder de quitas, esperas u otras medidas, puesto que las que pudieran afectar a la capacidad o al poder de disposición propio del concursado no suponen un cierre del Registro, a tenor del artículo 137 de la indicada Ley Concursal. De esta manera, las circunstancias de quita, espera u otras adoptadas dentro del convenio impedirían, en su caso, el ejercicio de acciones separadas dentro de los límites de dichas medidas, según resulta del claro efecto novatorio previsto en el artículo 136 en relación a los créditos reconocidos en la masa de acreedores. En el caso analizado, debemos recordar la especial consideración de los créditos existentes a favor de la Hacienda Pública. Atendiendo a la clasificación de los créditos incluidos en la masa pasiva del concurso, los de ámbito tributario disfrutan de la categoría del privilegio general. Frente a estos créditos no ordinarios, la legislación concursal considera que los efectos del convenio —la quita y la espera— le son extraños, salvo que los titulares de los mismos hubiesen votado a favor de dicho acuerdo o se hubieran adherido al mismo tras su aprobación. En estas circunstancias, y atendiendo a las consideraciones del artículo 140 antes visto de la Ley Concursal dichos créditos no pueden quedar afectados por la quita y espera establecida en el convenio, debido a lo cual la ejecución separada de los mismos es completamente factible, a través del procedimiento de apremio que le resulte competente, y en este caso le es el de carácter administrativo, por vía de diligencia de embargo y posterior mandamiento de anotación del mismo. La generación de nuevas relaciones económicas y por tanto de débito o crédito entre el concursado y sus acreedores, estén o no incluidos previamente en la masa pasiva por otras deudas, se someten a las consecuencias normales del tráfico, y se excluyen del convenio con los mismos —sin perjuicio de las especiales limitaciones que este pudiera prever—, por lo que su ejecución independiente parece posible, mientras no se produzca la apertura de la fase de liquidación. Por todo

lo analizado, se produce una radical mutación de los efectos de la declaración de concurso una vez aprobado el convenio con los acreedores, de tal manera que la paralización y suspensión de acciones y ejecuciones singulares prevista en el artículo 55 de la Ley Concursal solo despliega sus efectos —al margen de otras previsiones legales sobre ejecución de garantías reales, ajenas a este supuesto— durante la fase de declaración de concurso, quedando las mismas superadas por la aprobación firme del convenio entre deudor y acreedores, sin perjuicio, eso sí, de las previsiones o medidas adoptadas en el mismo que pudieran tener naturaleza patrimonial más allá de una mera quita o espera. Por ello, una vez aprobado el convenio debemos atenernos a las limitaciones en él impuestas. En el caso que nos atañe, sin embargo, la calificación de la Registradora debe ser mantenida. Según resulta del historial registral facilitado a este Centro Directivo, la sociedad propietaria de los bienes solo se encuentra declarada en concurso, y no consta que el convenio o la sentencia de su aprobación fueran aportadas por el presentante a la hora de solicitar la anotación de embargo, por lo que según los medios de calificación de los que disponía la registradora, la concursada no había superado la fase de declaración de concurso, y le eran de aplicación los preceptos por ella alegados, básicamente el artículo 55 de la Ley Concursal, que impide la continuación de un procedimiento administrativo de apremio sin que —entre otros requisitos— se obtuviese pronunciamiento del juez de lo Mercantil sobre la innecesariedad de los bienes trabados para la continuación de la actividad económica del deudor. No obstante, también señalar que la Registradora al objeto de lograr una mejor calificación y evitar trámites innecesarios puede acudir a otros registros, como el Mercantil, al objeto de poder comprobar la situación concursal de la mercantil.

Resolución de 9-6-2015
(*BOE* 27-7-2015)
Registro de la Propiedad de Jaén, número 1

DERECHO DE TRANSMISIÓN: PRINCIPIO DE UNIDAD DEL PROCESO SUCESORIO.

La cuestión a debatir es si a una escritura de herencia a la que se aplicó la doctrina clásica del «*ius transmisiones*», puede seguir una de adición de esa herencia a la que se aplica la teoría moderna de ese derecho de transmisión. Con independencia del absoluto respeto a la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en la sentencia 11 de septiembre de 2013, que ha sido recogida reiteradamente por este Centro Directivo (resoluciones en «Vistos»), la calificación no ha ignorado la citada doctrina, sino que en virtud de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, ha considerado que en la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales y aceptación y adjudicación de la herencia del causante, se aplicaron los parámetros de la teoría clásica y la que ahora se otorga debe someterse también a esas mismas pautas. Por lo tanto, por exigencia de ese principio rector de unidad de la sucesión hereditaria no es posible que a una herencia en la que se aplicó inicialmente la llamada «teoría clásica del *ius transmisionis*, se le pueda ahora aplicar —exclusivamente para un bien integrante de la masa hereditaria y omitido en su día por error— la teoría moderna.

Resolución de 9-6-2015
(*BOE* 29-7-2015)
Registro de la Propiedad de Guadix

HERENCIA: SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO Y ACTOS A TÍTULO GRATUITO.

Frente a la sustitución fideicomisaria ordinaria, en el denominado fideicomiso de residuo se faculta al primer llamado para disponer de los bienes hereditarios o fideicomitidos, por lo que la posición del fideicomisario queda en términos materiales notoriamente disminuida, siendo especialmente ilustrativas de las siguientes afirmaciones contenidas en la Resolución de este Centro Directivo de 17 de septiembre de 2003: «(...) hay un primer llamamiento pleno, total, e ilimitado en vida del beneficiario; el primer llamado es un heredero completo en el tiempo y en las facultades que adquiere, con una sola restricción que operará después de su muerte; la herencia fideicomitida (o el patrimonio fideicomitido ya liquidado, si se aceptó a beneficio de inventario) se integra plenamente en el patrimonio del primer llamado y pasa a responder de las deudas de este como los demás bienes que integran hasta ese momento dicho patrimonio, sin ninguna relación de preferencia entre unos y otros, y esta responsabilidad persiste al fallecimiento de ese primer llamado; el llamamiento al residuo en modo alguno limita en vida las facultades del primer llamado, que es dueño pleno y con plenas facultades de disposición *inter vivos*. Ese llamamiento al residuo lo único que implica es que una vez fallecido el primer llamado y liquidadas sus deudas, los bienes que procedan del fideicomitente, quedan sustraídos a la ley que regulará la sucesión del primer llamado, y seguirán el orden sucesorio predeterminado por el fideicomitente». Y tradicionalmente se ha venido considerando que la mayor o menor amplitud de la facultad de disposición concedida al fiduciario da lugar a la aparición del fideicomiso «si *aliquid supererit*» («si queda algo») y del fideicomiso o «de *eo quod supererit*» («de lo que deba quedar»). Según la sentencia del mismo Tribunal de 7 de noviembre de 2008, «lógicamente es el testador el que determina cuáles son las facultades de disposición del fiduciario (primer heredero), entendiéndose que únicamente ha de ser expresa la facultad de disposición *mortis causa* (sentencias de 13 de noviembre de 1948, 21 de noviembre de 1956 y 2 de diciembre de 1966, entre otras) y contemplada con recelo la facultad de disponer *inter vivos* de forma gratuita (sentencias de 22 de julio de 1994), que impone una interpretación contraria a ella en caso de duda...». Es muy contundente la sentencia 12 de febrero de 2002 cuando, en relación con una cláusula sobre los bienes «de que no hubiera dispuesto» la fiduciaria, declara que «en el poder de disposición del fiduciario en el fideicomiso de residuo no se comprenden los actos dispositivos a título gratuito, a no ser que se haya previsto expresamente por el fideicomitente». En esa tarea de averiguación de la voluntad o intención del testador son útiles determinados elementos interpretativos, que cuando se trata de fideicomisos de residuo pueden ser de especial interés, como por ejemplo y cuando la cláusula se refiera a actos de disposición sin más, el que se haya consignado en el testamento una clara regla de exclusión del juego de la subrogación real respecto de los posibles actos dispositivos, ya que, de haber sido así, parecería de todo punto evidente que el fiduciario estaría autorizado para disponer también a título gratuito, pues al no fijarse barreras a la posible actuación del fiduciario el

fideicomitente está rebajando de manera más que notable las expectativas del fideicomisario de recibir bienes del fideicomitente; en línea, por lo demás, con las modalidades de fideicomiso de residuo que antes se han expuesto. En definitiva, partiendo del indudable presupuesto fáctico de que la cláusula testamentaria invocada por la Registradora en su calificación solo autoriza la disposición mediante actos *inter vivos,* la regla de interpretación estricta que impone la más reciente jurisprudencia (que la limita a los actos onerosos y no a los gratuitos), no aparece desvirtuada por lo plasmado en un testamento que, sin duda, pudo y debió ser mucho más preciso a la hora de delimitar tanto el ámbito de poder de disposición del fiduciario como las expectativas del fideicomisario. Es más, el hecho de que el testador haya ordenado en primer término una sustitución vulgar en favor de quien sería fideicomisario de residuo, patentiza una voluntad clara de que el tránsito de los bienes no queda al completo arbitrio del fiduciario; algo que no sucedería si se le entendiera habilitado para disponer a título gratuito, por lo que procede confirmar una calificación recurrida que, ciertamente, se ajusta a la reciente jurisprudencia reseñada sobre la cuestión debatida.

Resolución de 10-6-2015
(*BOE* 27-7-2015)
Registro de la Propiedad de Elda, número 2

PRINCIPIO DE LEGALIDAD: NECESIDAD DE ESCRITURA PÚBLICA PARA CANCELAR UNA CONDICIÓN RESOLUTORIA CON EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR REGISTRAL.

Se pretende la cancelación de una condición resolutoria explícita inscrita en el Registro de la Propiedad en garantía de la obligación de entrega de un local a construir, pactada en el ámbito de un contrato de permuta de solar por obra futura. La cancelación se solicita mediante la presentación de un documento privado en el que las partes del contrato, tras afirmar que por imposibilidad de llevar a cabo la prestación garantizada con la condición resolutoria inscrita pactaron en su día una indemnización económica sustitutoria, afirman que la misma se ha satisfecho en su integridad dando carta de pago el transmitente. El documento está liquidado de impuestos y las firmas de las partes legitimadas por notario con las advertencias que resultan de los hechos. De conformidad con los principios generales de nuestra regulación hipotecaria, la cancelación del pacto resolutorio inscrito precisa bien consentimiento del vendedor o transmitente otorgado en escritura pública, resolución judicial, o conforme al artículo 82.5.º de la LH, excepcionalmente, el transcurso del plazo establecido para la caducidad de la acción, en los términos indicados por el precepto. No puede pretenderse la cancelación de una condición resolutoria inscrita por documento privado suscrito entre los que en su día otorgaron la escritura pública que dio lugar a la inscripción que ahora se pretende cancelar. De conformidad con los artículos 82 de la LH y 179 de su Reglamento la cancelación debe resultar de escritura pública sin que concurra ninguna de las circunstancias que excepcionalmente pueden eximir de dicho requisito.

Resolución de 11-6-2015
(*BOE* 27-7-2015)
Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4

COMPRAVENTA: CLÁUSULA «PARA PERSONA POR DESIGNAR».

Con base en ese principio de libertad contractual, la doctrina científica y la jurisprudencia (cfr., por todas, las SSTS de 21 de noviembre de 1997, 2 de marzo de 2007 y 16 de junio de 2008) admiten que las partes incluyan en el contrato —normalmente de compraventa— la cláusula «para persona por designar», de suerte que uno de los contratantes —estipulante— se reserva la facultad de identificar, en un momento posterior, a un tercero, por el momento indeterminado, para que ocupe su posición en la relación contractual, quedando aquel desligado de la misma con eficacia retroactiva. Desde el momento de la celebración del contrato queda establecida la relación contractual entre el promitente —vendedor— y el estipulante —comprador— y solo efectuada la designación de tercero sustituye este al elector como si nunca hubiera intervenido. Se trata de un contrato caracterizado porque una de las partes queda identificada alternativamente: el estipulante o la persona que él designe. Y se diferencia del denominado contrato en favor de tercero al que se refiere el párrafo segundo del artículo 1257 del Código Civil porque en esta modalidad contractual típica el tercero favorecido adquiere un verdadero derecho sin haber intervenido en el contrato ni convertirse en parte contractual. Sin necesidad de profundizar sobre la naturaleza jurídica y caracteres de esta modalidad contractual, lo cierto es que en la escritura cuya calificación ha motivado el presente recurso están definidos los elementos necesarios para la validez y eficacia de este contrato y, entre ellos, la *electio* o designación del contratante definitivo, de modo que se produce la adquisición del dominio por el electo, a título de compraventa, mediante la tradición instrumental, por lo que ninguna base existe para afirmar, como hace el Registrador en la nota impugnada, que falta título y modo.

Resolución de 11-6-2015
(*BOE* 10-08-2015)
Registro de la Propiedad de Alcantarilla

SOCIEDADES MERCANTILES: ACTIVOS ESENCIALES.

La norma del artículo 160.f), que atribuye a la junta general competencia para deliberar y acordar sobre «la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales», fue incorporada a la Ley de Sociedades de Capital mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre de 2014, por la que se modifica aquella para la mejora del gobierno corporativo. Aun cuando no se puede afirmar que constituyan actos de gestión propia de los administradores la adquisición, enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, debe tenerse en cuenta que el carácter esencial de tales activos escapa de la apreciación del notario o del Registrador, salvo casos notorios —y aparte el juego de la presunción legal si el importe de la operación supera el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado—. Por ello, es muy difícil apreciar a priori si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los

representantes orgánicos de la sociedad o, por referirse a activos esenciales, compete a la junta general; y no puede hacerse recaer en el tercero la carga de investigar la conexión entre el acto que va a realizar y el carácter de los activos a los que se refiere. Cabe concluir, por tanto, que aun reconociendo que, según la doctrina del Tribunal Supremo transmitir los activos esenciales excede de las competencias de los administradores, debe entenderse que con la exigencia de esa certificación del órgano de administración competente o manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, o prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre la adecuación del negocio a legalidad que tiene encomendado; pero sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar protegido también en estos casos (cfr. art. 160.f Ley de Sociedades de Capital); todo ello sin perjuicio de la legitimación de la sociedad para exigir al administrador o apoderado la responsabilidad procedente si su actuación hubiese obviado el carácter esencial de los activos de que se trate.

Resolución de 15-6-2015
(*BOE* 10-08-2015)
Registro de la Propiedad de Mahón

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Según la reiterada doctrina de esta Dirección General (*vid*. las resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente), el recurso contra la calificación registral es el cauce legalmente arbitrado para impugnar la negativa de los Registradores a practicar, en todo o parte, el asiento solicitado (cfr. arts. 66 y 324 de la LH) y tiene por objeto, exclusivamente, determinar si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No tiene por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la validez o nulidad del título ya inscrito, ni de la procedencia o improcedencia de la práctica, ya efectuada, de los asientos registrales, cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales. De acuerdo con lo anterior, es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40, 82 y 83 de la LH).

Resolución de 15-6-2015
(*BOE* 10-08-2015)
Registro de la Propiedad de Arteixo

INMATRICULACIÓN: CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA.

La dicción del artículo 53 de la Ley 13/1996 es clara y terminante, cuando impone que en lo sucesivo no se inmatriculará ninguna finca en el Registro, si

no se aporta junto al título de inmatriculación, certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de esta en dichos títulos. Como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo, la finalidad que realmente persigue la coincidencia catastral exigida en el citado artículo 53, es la de fomentar la razonable coordinación entre la finca registral desde el momento mismo de su inmatriculación con el inmueble previamente catastrado. Para lo cual, desde la Ley 13/1996, se ha decidido claramente evitar que surjan nuevas fincas registrales por inmatriculación que no sean coincidentes «*ab initio*», en su ubicación y delimitación geográfica, con uno o varios inmuebles catastrales concretos. En cuanto al grado de coincidencia descriptiva exigible, el propio precepto es tajante al hablar de «términos totalmente coincidentes con la descripción de esta en dicho título». Por ello, esa total coincidencia que exige el precepto ha de referirse, de manera ineludible, pero también suficiente, a la ubicación y delimitación geográfica de la finca, esto es, a su situación, superficie y linderos —cfr. resolución de 15 de diciembre de 2014—. No obstante, el defecto es subsanable (véanse resoluciones de 5 de enero de 2005 y 23 de diciembre de 2010), para lo que será sin duda relevante el informe técnico, por la vía de la declaración de los titulares catastrales por la que se manifieste ante el Catastro —*ex* art. 13 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario y 28 de su Reglamento— la modificación de la descripción del inmueble respecto de la superficie conforme al título, o la propia rectificación de este para adecuarlo a la superficie catastral. Lo que no impide acudir posteriormente al procedimiento de inscripción de excesos de cabida, en función del supuesto y normas aplicables, sujeto a calificación registral.

Resolución de 16-6-2015
(*BOE* 10-08-2015)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 27

ANOTACIÓN PREVENTIVA POR DEFECTO SUBSANABLE: REQUISITOS. REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO: SENTENCIA DICTADA EN JUICIO DECLARATIVO.

Debemos comenzar analizado como primera cuestión la procedencia o no de extender anotación preventiva por defecto subsanable. Hemos de partir de que, como resulta con claridad del artículo 19 de la LH, solo se practicará la misma si el presentante la solicita expresamente. Es verdad que en la instancia que se acompaña al testimonio de la resolución judicial cuya inscripción se pretende no se utiliza una expresión de un gran rigor técnico, dado que se dice literalmente: «Subsidiariamente a todo lo anterior, ese Registro haga una nota marginal con la información de la mencionada sentencia y aclare a esta parte qué se necesita para conseguir la inscripción definitiva». Ahora bien, no debemos olvidar, como reconocen las resoluciones citadas en los «Vistos», que el procedimiento registral es rogado, pero una vez iniciado, el registrador ha de actuar de acuerdo con el contenido registral de lo que se solicita, siendo indiferente que se utilice una terminología en cierto modo confusa, pues lo relevante es el reflejo registral que corresponda. Respecto de la cuestión central de la nota de calificación y del recurso, cabe decir que nos enfrentamos de nuevo con el difícil interrogante de si la reanudación del tracto sucesivo de una finca, cuando se han producido varias transmisiones que no han accedido al Registro, puede llevarse a cabo por medio

de una sentencia dictada en un juicio declarativo. Esta Dirección General, ya desde la resolución de 7 de abril de 2003, viene declarando que «la cuestión no es fácil «decía esta resolución» pues, a favor de una conclusión afirmativa podría alegarse que el artículo 40 de la LH, en sus párrafos 1.º a), 3.º y 6.º permite la rectificación del Registro por resolución judicial. Ahora bien, los argumentos a favor de la tesis negativa han de prevalecer, puesto que: a) la reanudación del tracto sucesivo interrumpido tiene en dicho artículo 40 un tratamiento específico; b) por la relatividad de la cosa juzgada, la declaración de propiedad se hace exclusivamente contra el demandado, pero no contra terceras personas (cfr. art. 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); c) conforme a la legislación hipotecaria, para la reanudación del tracto, tanto por expediente de dominio como por acta de notoriedad, han de tenerse en cuenta otros intereses, además de los del titular registral (de ahí que en las actuaciones intervenga el Ministerio Fiscal y que no baste que el titular del asiento contradictorio consienta en estas actuaciones la reanudación para que no fueran necesarios otros trámites (cfr. arts. 201 y 202 de la LH y 286 y 295 de su Reglamento). Aunque la demanda se haya dirigido contra el titular registral, la sentencia dictada en procedimiento declarativo solo valdría para reanudar el tracto en el supuesto en que aparecieran como demandados los titulares registrales, quienes de ellos adquirieron y todos los titulares intermedios hasta enlazar con la titularidad del demandante, y en que se pidiese la declaración de la realidad, validez y eficacia de todos esos títulos traslativos intermedios, en este caso, lo que se estaría haciendo al inscribir la sentencia sería inscribir todos los títulos intermedios, con lo que el supuesto no sería propiamente reanudación de un tracto interrumpido».

Resolución de 16-6-2015
(*BOE* 10-08-2015)
Registro de la Propiedad de Callosa de Segura

PROHIBICIONES DE DISPONER: EFECTOS

La resolución del presente recurso se dirige a la inscripción de una escritura de compraventa cuyo objeto comprende ciertas fincas adquiridas por donación de padres a hija, sobre las que consta inscrita una prohibición de disponer, del siguiente tenor literal: «Los donatarios no podrán enajenar ni gravar las fincas donadas, sean gananciales o privativas de los donantes, sin el consentimiento expreso de los mismos o del último que de ellos sobrevivan». En la venta comparece a fin de prestar su consentimiento el padre pero ni comparece ni consiente en ninguna de las formas admitidas en Derecho la madre de la donataria. Según se manifiesta en la escritura e incorporando certificado médico la donante se encuentra aquejada de un severo proceso de degeneración neurológico que le impide por si misma prestar el consentimiento debido. Ha de observarse que el consentimiento de la donante no va dirigido a obtener un beneficio económico para sí, ni a la subrogación de un bien, ni la recuperación de los bienes donados. Ni siquiera puede considerarse que su ejercicio o no ejercicio conlleve un perjuicio en su esfera patrimonial, sino que estamos ante una facultad que se enmarca en el acto de gratuidad originario y en su misma causa, no necesariamente, por sí misma, personalísima. No corresponde ahora determinar —al no ser objeto directo del recurso— si el ejercicio de esta facultad, dada la discapacidad de la donante, exige la incapacitación de esta por senten-

cia judicial; posterior designación de representante legal y además autorización judicial adicional, o si como parece más acorde con las actuales orientaciones en la defensa de los intereses patrimoniales de las Personas con Discapacidad (cfr. art. 12.4 y 5 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, de la que España es parte) debe buscarse en el ordenamiento jurídico —a falta de solución legal directa— soluciones que supongan la menor injerencia en la autonomía patrimonial de la discapaz, siempre, en Derecho común, bajo protección judicial. Pero cualquiera que sea la solución por la que se opte, lo que no ofrece duda es que el notario no puede por sí mismo declarar extinguida la facultad reservada a favor de la hoy discapaz.

Resolución de 17-6-2015
(*BOE* 10-08-2015)
Registro de la Propiedad de Huete

INMATRICULACIÓN: CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA.

La dicción del artículo 53 de la Ley 13/1996 es clara y terminante, cuando impone que en lo sucesivo no se inmatriculará ninguna finca en el Registro, si no se aporta junto al título de inmatriculación, certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de esta en dichos títulos. Como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo, la finalidad que realmente persigue la coincidencia catastral exigida en el citado artículo 53, es la de fomentar la razonable coordinación entre la finca registral desde el momento mismo de su inmatriculación con el inmueble previamente catastrado. Para lo cual, desde la Ley 13/1996, se ha decidido claramente evitar que surjan nuevas fincas registrales por inmatriculación que no sean coincidentes «*ab initio*», en su ubicación y delimitación geográfica, con uno o varios inmuebles catastrales concretos. En cuanto al grado de coincidencia descriptiva exigible, el propio precepto es tajante al hablar de «términos totalmente coincidentes con la descripción de esta en dicho título». Por ello, esa total coincidencia que exige el precepto ha de referirse, de manera ineludible, pero también suficiente, a la ubicación y delimitación geográfica de la finca, esto es, a su situación, superficie y linderos —cfr. resolución de 15 de diciembre de 2014—.

Resolución de 17-6-2015
(*BOE* 10-08-2015)
Registro de la Propiedad de Icod de los Vinos

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA INMATRICULACIÓN: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se debate en este recurso la inscripción de un auto dictado en expediente de dominio para inmatricular, que declara justificado el dominio de la finca a favor del promotor, a pesar de que el registrador manifestó, en la certificación prevista en el artículo 202 de la LH, dudas sobre si dicha finca forma parte de otra mayor inscrita; en particular, sobre la posible identidad de la finca a inmatricular con una porción de terreno que consta como pendiente de segregar en el historial registral

de una finca inscrita. En efecto, las dudas sobre la identidad de la finca o sobre la realidad del exceso cuando se ventilan en un expediente judicial, por definición se despejan en el ámbito de la valoración de las pruebas practicadas. La decisión corresponde a la autoridad judicial, conforme a lo que señalan los artículos 281 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la doctrina generalmente aceptada sobre el libre arbitrio judicial en la valoración de la prueba. Así pues, tratándose de documentos judiciales, es el juez quien ha de resolver dentro del procedimiento, concretamente en su fase de prueba, sobre esta cuestión de hecho, sin que el registrador pueda realizar una nueva valoración que se superponga a la del juez. Dicho de otra forma, el artículo 100 del RH no ampara que el registrador pueda proceder a una nueva valoración de la prueba, que en dicho procedimiento se ha practicado, y que tenga virtualidad de revisar la efectuada por el juez. En los supuestos en los que el registrador ha expresado sus dudas, al igual que ocurriría si el registrador hubiese certificado que la finca cuya inmatriculación se pretende ya consta registrada, con igual o diferente descripción, es preciso que el auto judicial desvirtúe tales dudas o aclare la inexistencia de doble inmatriculación, previa audiencia de las personas que puedan tener algún derecho según la certificación registral, sin que baste al efecto un auto genérico acordando la inmatriculación (véase por analogía el art. 306 del RH). Debe confirmarse por tanto la nota de calificación, pues no se han cumplido los requisitos establecidos por los artículos 201 y 202 de la LH, en orden a la intervención en el expediente de la persona titular de la inscripción contradictoria o sus causahabientes de quienes puede proceder la finca a juicio tempestivo del registrador —expresado en su certificación—, por lo que o bien el juez hace una expresa valoración de falta de identidad de la finca o bien se procede a los trámites de la reanudación de tracto, en cuyo caso de conformidad con el artículo 286 del RH sería precisa la cancelación de la inscripción contradictoria a que se refiere dicho artículo 202 de la LH.

Resolución de 18-6-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Gandía, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA POR DEFECTO SUBSANABLE: REQUISITOS.

Según se desprende de lo establecido en los artículos 19, 42.9.º y 65 de la LH y 430 de su Reglamento, puede solicitar que se practique anotación preventiva de suspensión el que presentare en el Registro algún título cuya inscripción no pueda hacerse por algún defecto subsanable. Son dos por tanto los requisitos necesarios para que se pueda extender este asiento. Primero que los defectos que el registrador haya apreciado en el título presentado a inscripción reciban la calificación de subsanables. Si los defectos son insubsanables, carece de sentido la anotación, porque de nada servirá recoger en el Registro un adelanto de un asiento que jamás podrá practicarse en esos términos. Y, segundo, que el presentante solicite expresamente la práctica de la anotación. Por ello, aunque es indiscutible que existe una clara contradicción entre ambas notas de calificación (dado que en la primera nota se califica el defecto como subsanable), y que la solicitud de anotación que realiza el presentante viene inducida por la primera calificación de la registradora, debe seguirse el criterio que, para un caso similar a este, se estableció en la resolución de 18 de abril de 2013, sin perjuicio de lo demás que pueda acordarse. Por ello, considerando el evidente carácter insubsanable del defecto de falta de tracto suce-

sivo, al aparecer la finca inscrita a nombre de un tercero que no ha sido parte en el procedimiento y que no es causahabiente del titular inscrito, carece de sentido acceder a la práctica de una anotación que no va a poder cumplir ninguna de las dos finalidades para las que ha sido concebida por el legislador.

Resolución de 18-6-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Adra

PUBLICIDAD FORMAL: ALCANCE.

Se trata de resolver en el presente recurso si cabe la posibilidad de que el registrador expida copias de certificaciones emitidas con anterioridad. La obligación de archivar la solicitud de certificación no se extiende a la propia certificación una vez expedida, ya que no existe obligación legal de conservar la misma, pues esta es solo la expresión sustantiva del principio de publicidad material que rige en nuestro sistema que tiene como principal objetivo dar a conocer el contenido de los libros que obran en el Registro. En consecuencia, como señala el registrador en su informe, puesto que no existe obligación legal alguna de conservación o custodia no procede expedir copias de certificaciones ya emitidas, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 342 del RH.

Resolución de 19-6-2015
(*BOE* 10-08-2015)
Registro de la Propiedad de Almuñécar

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

Según la doctrina de este Centro Directivo es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio, siempre que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la nulidad, la separación o el divorcio. Ahora bien, como también tiene declarado esta Dirección General (véase, por todas, la resolución de 25 de octubre de 2005), esa posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. arts. 90, 91 y 103 del CC), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida. Este Centro Directivo ha entendido que forma parte de las operaciones de liquidación la atribución de la vivienda familiar incluso en el supuesto de que su titularidad pertenezca por mitades a los cónyuges por adquisición realizada antes del matrimonio, pues en este supuesto su evidente afección a las necesidades del matrimonio justifica sobradamente su inclusión junto a los bienes adquiridos constante el régimen matrimonial (resoluciones 11 de abril de 2012 y 7 de julio de 2012). Pero fuera de este supuesto las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación (y tales son, en vía de principios, las que se refieren a bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros no especialmente afectos a las cargas del matrimonio), constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para su formalización.

Resolución de 19-6-2015
(*BOE* 10-08-2015)
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 2

PUBLICIDAD FORMAL: IMPOSIBILIDAD DE CERTIFICAR DOCUMENTOS NOTARIALES QUE HAYAN SERVIDO DE BASE PARA LA PRÁCTICA DE UN ASIENTO.

En el caso de este expediente, el acta notarial constituye un documento complementario del auto judicial de adjudicación y el registrador consideró conveniente archivar una xerocopia del citado acta, pero este hecho no le convierte en archivero natural de tal documento y esta condición, que es la que determina la posibilidad de certificar de los documentos que obren archivados conforme dispone el artículo 342 del RH, la sigue conservando el notario autorizante o su sucesor en el protocolo, que será, como bien dice el registrador en su nota, a quien deba dirigirse el recurrente y quien decidirá si se reúnen los requisitos para su expedición.

Resolución de 22-6-2015
(*BOE* 10-08-2015)
Registro de la Propiedad de Moncada, número 2

HERENCIA: CAUTELA SOCINI Y CONFLICTO DE INTERESES EN LA REPRESENTACIÓN DE LOS HEREDEROS MENORES DE EDAD.

La única cuestión que suscita este expediente es si en este supuesto existe conflicto de intereses debido a la múltiple representación o autocontratación, esto es, si debe nombrarse un defensor judicial y, si no se previera en su designación otra cosa, someter a aprobación judicial una manifestación y aceptación de herencia en la que intervienen menores en las circunstancias que seguidamente se señalan. Los menores están sujetos a patria potestad que es ejercida por su madre que opta en virtud de la facultad atribuida por su esposo, causante de la sucesión, por el tercio de libre disposición de la herencia sin perjuicio de su cuota legal usufructuaria. Este Centro Directivo ya resolvió en la reciente resolución de 5 de febrero de 2015 una cuestión parecida pero precisamente en una decisión sobre la elección, distinta a la de este expediente: en la de la citada resolución, el cónyuge viudo optó por el usufructo de viudedad universal. En el supuesto de este expediente, el cónyuge viudo ha elegido la opción del tercio de libre disposición prevista por el causante, con lo que los herederos no tienen que escoger opción alguna al respetarse sus derechos, esto es, sin otra carga que la de la cuota legal usufructuaria sobre la mejora, con lo que al no tener que tomar decisión no hay conflicto de intereses.

Resolución de 22-6-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Paterna, número 1

HERENCIA: SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO. HERENCIA: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.

En el presente expediente, se presenta escritura de préstamo hipotecario sobre una finca de la que el hipotecante es titular registral afectado por la siguiente

cláusula de fideicomiso de residuo: «c) Enajenación de bienes: No obstante la existencia del fideicomiso, los fiduciarios podrán enajenar los bienes gravados en concepto de libres, y sin que el fideicomiso se extienda a la contraprestación»; alegando la registradora que dicha cláusula solo permite al fiduciario enajenar los bienes fideicomitidos a título oneroso e intervivos, pero no gravarlos en concepto de libres y que solo podría hipotecarlos si el derecho objeto del gravamen fuere su derecho como fiduciario con sujeción a lo establecido por el testador en la «cláusula de sustitución fideicomisaria condicional», dando a entender que si la sustitución fideicomisaria llega a ser efectiva la hipoteca se extinguiría. Según el artículo 675 del Código Civil de Derecho Común, la interpretación de las cláusulas testamentarias «deberán entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador», añadiendo que «en caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento», lo que obliga al análisis y deducción de cuál ha sido esa intención del testador en este supuesto concreto. Nos encontramos en presencia de un fideicomiso de residuo del tipo *si aliquid supererit,* ya que no solo se permite al fiduciario la enajenación de todos los bienes afectados por el fideicomiso en concepto de libres sino que también se dispone que la contraprestación que se obtenga en reemplazo de los mismos no quedará afectada por dicho fideicomiso, es decir, un efecto más radical que el que la doctrina postula con carácter general, que grava en favor de los fideicomisarios la parte no consumida de la contraprestación. En consecuencia, las facultades del dispositivas del fiduciario deben ser interpretadas de forma extensiva ya que nos hallamos ante un tipo de fideicomiso de residuo en que el interés del fiduciario parece ser el prioritario para el testador y no el de los fideicomisarios; lo que lleva a considerar que, en este concreto supuesto, la expresión «podrá enajenar» del testamento debe entenderse en sentido amplio como comprensiva no solo de los negocios de transmisión en sentido estricto sino también de los de gravamen, en especial lo que puedan implicar una enajenación, como los derechos de hipoteca o de opción de compra, y, en general, cualquier acto dispositivo.

Resolución de 24-6-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Corralejo

CALIFICACIÓN POR REGISTRADOR SUSTITUTO: REQUISITOS.

En la reciente resolución de 25 de mayo de 2015 se estableció que cabe la posibilidad de entablar recurso contra la negativa a emitir una calificación sustitutoria, ya que se encuadra dentro de las decisiones que debe tomar el registrador, siendo en definitiva otra calificación más. Es un requisito indispensable para emitir la calificación sustitutoria solicitada que el registrador sustituto reciba la documentación previamente calificada por el registrador sustituido y ello por un doble motivo: en primer lugar, por aplicación del artículo 3 de la LH y, en segundo lugar, porque la calificación sustitutoria de conformidad con el artículo 19 bis, párrafo 4.º, apartado 5.º, de la LH, debe ceñirse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiera manifestado su conformidad sin admitir ninguna pretensión basada en documentos no presentados en tiempo y forma, por lo que deben adoptarse las medidas necesarias para que los documentos objeto de la calificación sustitutoria sean los mismos que se presentaron en su día y de ahí

el derecho a retirar los documentos del Registro donde estuvieran presentados a que se refiere el inciso final del artículo 6 antes referido. Además cuenta el interesado con diversos medios para conseguir, en su caso una copia autorizada del documento, si es notarial, o un nuevo testimonio si es judicial o administrativo y en el caso, como sucede en este expediente, de que el documento calificado se encuentre en un organismo público, en este supuesto en esta Dirección General, puede a su instancia solicitar su desglose o la obtención de una copia testimoniada para su aportación al registrador sustituto. En el presente expediente, la registradora sustituta confirma dos defectos, primero y tercero, de la nota de calificación expedida por el registrador sustituido y deniega la calificación en cuanto al segundo de ellos por entender que para decidir sobre el mismo era indispensable tener a la vista el título presentado. Si bien su decisión en cuanto a la negativa a calificar es acertada, la denegación de la calificación sustitutoria debió ser total.

Resolución de 25-6-2015
(*BOE* 10-08-2015)
Registro de la Propiedad de Cerdanyola del Vallés, número 2

FINCA REGISTRAL: EXPRESIÓN DE LA SUPERFICIE.

Una finca que se halla inscrita sin expresión de su superficie no puede decirse que sea plenamente equiparable a una finca no inmatriculada. Es cierto que no consta la superficie, y que este es un dato esencial para su identificación. Pero también es verdad que aparecen unos linderos, la referencia a la calle de su situación y el número de gobierno, y la alusión a unos elementos construidos en la misma. Por otro lado, del historial registral pueden resultar una serie de titularidades jurídico-reales que a lo largo del tiempo se han ido sucediendo sobre la finca. Todo ello nos conduce a concluir que la finca como tal objeto de derechos sí que ha accedido al Registro. Lo que ocurre es que no consta correctamente especificada su superficie. Y, dada la trascendencia que el dato de la superficie tiene en la delimitación de la finca registral, podemos decir que la inscripción de la superficie de una finca que hasta ese momento no la tenía consignada en su historial registral, sin ser en sentido técnico una inmatriculación, tiene cierta entidad inmatriculadora. Nuestra legislación hipotecaria ha previsto una serie de procedimientos para rectificar la superficie de una finca inmatriculada cuando se detecta que se produjo un error al medirla en el momento de su primera inscripción. Estos procedimientos son esencialmente: el expediente de dominio, el acta de presencia y notoriedad a que alude el artículo 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de 1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y los señalados en el artículo 298.3 del RH. Aunque como ya se ha dicho, la registración de la superficie de una finca que consta inscrita sin ella, tiene cierto carácter inmatriculador, debe admitirse que se pueda llevar a efecto aplicando analógicamente los procedimientos previstos para la inscripción de los excesos de cabida. Ha advertirse, no obstante, que si se opta por la vía establecida en el artículo 298.3 del RH, solo cabrá utilizar el procedimiento señalado en el párrafo primero de dicho artículo 298.3 del RH, precisamente por la naturaleza inmatriculadora que este supuesto encierra. Y por supuesto siempre teniendo en cuenta la imprescindible aplicación de lo establecido en el artículo 53.7 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre de 1996, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Como se desprende de lo establecido en nuestra legislación hipotecaria, no es en el acta de inscripción, sino en la nota

de despacho y calificación donde el Registrador debe indicar los extremos del título cuya inscripción se rechaza y las causas impeditivas, suspensivas o denegatorias y su correspondiente motivación jurídica. Ahora bien, en el presente supuesto concurren una serie de circunstancias que son determinantes al respecto. El hecho de que en el cuerpo del asiento se transcriba lo que se expresa en el título inscribible sobre la superficie de la finca es un elemento fundamental a tener en cuenta. Si a ello unimos el hecho de que las inscripciones posteriores se remiten a esta inscripción 18.ª para describir la finca, y que en la publicidad formal de la misma también se transcribe literalmente el texto del citado asiento, podemos llegar a la conclusión de que en efecto la finca registral 420 aparece en la actualidad inscrita con una superficie de 176 metros cuadrados que aparece reseñada en el cuerpo de dicha inscripción 18.ª La registradora, partiendo de la base de que la finca carece de superficie inscrita, y que, por tanto, lo primero que debe hacerse es reflejar en el Registro la superficie que resulta de la certificación catastral (siempre que se cumplan los requisitos exigidos para la inmatriculación), considera que inscribir este aumento de 2,90 metros cuadrados supone inscribir un segundo exceso de cabida, lo cual entiende que constituye base adecuada para justificar sus dudas sobre la identidad de la finca. En este caso concurren una serie de circunstancias que nos hacen considerar injustificadas las dudas apreciadas por la registradora en su nota para rechazar esta rectificación de cabida. Como se ha declarado en el anterior fundamento de Derecho, debe admitirse que en 1989 se perfeccionó el proceso inmatriculador de esta finca haciendo constar en el Registro su superficie. Dicha superficie no ha sido objeto de modificación alguna desde esa fecha. La rectificación que ahora se pretende es muy inferior a la vigésima parte de la cabida inscrita. Y, además, la nueva medición viene avalada por la licencia municipal de segregación y por el proyecto técnico que le sirvió de fundamento.

Resolución de 25-6-2015
(*BOE* 10-08-2015)
Registro de la Propiedad de Eivissa, número 2

ASIENTO REGISTRAL: IDENTIDAD DE LA PERSONA DE QUIEN PROVIENEN LOS BIENES.

Los requisitos de identificación de los titulares que deben constar en la nueva inscripción se predican no solo de quien va a ser el nuevo titular sino también de quien trae causa. Las circunstancias de domicilio y documento de identidad, así como las demás exigidas por el precepto citado, son por tanto exigibles para llevar a cabo la práctica del nuevo asiento encontrando su fundamento en el más perfecto enlace entre la titularidad publicada hasta ahora y la que va a serlo en el futuro, propiciando así la más perfecta identificación tanto del transmitente del derecho como del transmisario y nuevo titular. Desde la perspectiva registral lo especialmente relevante es que se produzca una perfecta identidad entre la persona demandada y embargada y la titularidad registral (cfr. art. 20 de la LH), al objeto de evitar que puedan practicarse anotaciones preventivas de manera incorrecta sobre fincas pertenecientes a personas distintas, lo cual es posible con aquellas que ostenten los mismos nombres y apellidos, con las gravísimas consecuencias si el proceso culmina en la ejecución y adjudicación. En este sentido la indicación del número de identificación fiscal u otros documentos oficiales que sirven para identificar a las personas constituyen un elemento especialmente importante para

su perfecta identificación, por lo que ha de entenderse que por regla general este dato debe ser aportado. Pero, en el supuesto de hecho que motiva el presente expediente, el registrador en su nota de calificación no pone en duda la identidad de la persona embargada, se trata de una persona extranjera, con nombre y apellidos poco frecuentes, además el proceso es instado por la comunidad de propietarios y la finca embargada forma parte de la propia comunidad de propietarios, por lo que se da plena identidad entre la persona demandada y embargada y la titularidad registral.

Resolución de 25-6-2015
(*BOE* 10-08-2015)
Registro de la Propiedad de Murcia, número 7

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «*ipso iure*» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.ª del RH, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad.

Resolución de 25-6-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Escalona

VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL: CALIFICACIÓN DEFINITIVA.

No consta en el Registro esa calificación definitiva porque no se presentó su cédula concedida. En el certificado expedido por la Junta se dice que no consta la fecha de otorgamiento de la calificación negativa, pero no dice expresamente que esta no haya sido solicitada o concedida. En este certificado de la Junta se dice que «consultado el expediente de referencia "identificado expresamente por su numeración", no consta la fecha de otorgamiento de la calificación definitiva». Ciertamente, la Junta de Comunidades podría haberse pronunciado de un modo más taxativo acerca de si la finca está sujeta al régimen de vivienda de protección oficial, o por el contrario es de venta libre, pero esto no impide que lo pueda hacer en la autorización que se le solicite o en su caso, en la contestación a la instancia que se haga para que certifique que la vivienda no está calificada definitivamente como vivienda de protección oficial lo que la liberaría de limitación alguna en la transmisión. En consecuencia, es necesaria la descalificación, o en su caso el cumplimiento de los requisitos administrativos según el régimen de vivienda de protección oficial al que esté sometido para la transmisión de la finca, o, en su caso, la declaración de que la vivienda no obtuvo calificación definitiva de vivienda de protección oficial.

Resolución de 26-6-2015
(*BOE* 11-08-2015)
Registro de la Propiedad de Albarracín

SOCIEDADES MERCANTILES: ACTIVOS ESENCIALES.

La norma del artículo 160.f), que atribuye a la junta general competencia para deliberar y acordar sobre «la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales», fue incorporada a la Ley de Sociedades de Capital mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre de 2014, por la que se modifica aquella para la mejora del gobierno corporativo. Aun cuando no se puede afirmar que constituyan actos de gestión propia de los administradores la adquisición, enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, debe tenerse en cuenta que el carácter esencial de tales activos escapa de la apreciación del notario o del registrador, salvo casos notorios —y aparte el juego de la presunción legal si el importe de la operación supera el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado—. Por ello, es muy difícil apreciar a priori si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad o, por referirse a activos esenciales, compete a la junta general; y no puede hacerse recaer en el tercero la carga de investigar la conexión entre el acto que va a realizar y el carácter de los activos a los que se refiere. Cabe concluir, por tanto, que aun reconociendo que, según la doctrina del TS transmitir los activos esenciales excede de las competencias de los administradores, debe entenderse que con la exigencia de esa certificación del órgano de administración competente o manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, o prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre la adecuación del negocio a legalidad que tiene encomendado; pero sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar protegido también en estos casos (cfr. art. 160.f de Ley de Sociedades de Capital); todo ello sin perjuicio de la legitimación de la sociedad para exigir al administrador o apoderado la responsabilidad procedente si su actuación hubiese obviado el carácter esencial de los activos de que se trate.

Resolución de 26-6-2015
(*BOE* 11-08-2015)
Registro de la Propiedad de A Coruña, número 5

SOCIEDADES MERCANTILES: ACTIVOS ESENCIALES.

La norma del artículo 160.f), que atribuye a la junta general competencia para deliberar y acordar sobre «la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales», fue incorporada a la Ley de Sociedades de Capital mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre de 2014, por la que se modifica aquella para la mejora del gobierno corporativo. Aun cuando no se puede afirmar que constituyan actos de gestión propia de los administradores la adquisición, enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esencia-

les, debe tenerse en cuenta que el carácter esencial de tales activos escapa de la apreciación del notario o del registrador, salvo casos notorios —y aparte el juego de la presunción legal si el importe de la operación supera el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado—. Por ello, es muy difícil apreciar a priori si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad o, por referirse a activos esenciales, compete a la junta general; y no puede hacerse recaer en el tercero la carga de investigar la conexión entre el acto que va a realizar y el carácter de los activos a los que se refiere. Cabe concluir, por tanto, que aun reconociendo que, según la doctrina del TS transmitir los activos esenciales excede de las competencias de los administradores, debe entenderse que con la exigencia de esa certificación del órgano de administración competente o manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, o prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre la adecuación del negocio a legalidad que tiene encomendado; pero sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar protegido también en estos casos (cfr. art. 160.f de Ley de Sociedades de Capital); todo ello sin perjuicio de la legitimación de la sociedad para exigir al administrador o apoderado la responsabilidad procedente si su actuación hubiese obviado el carácter esencial de los activos de que se trate.

Resolución de 26-6-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Soria, número 1

SOCIEDADES MERCANTILES: ACTIVOS ESENCIALES.

La norma del artículo 160.f), que atribuye a la junta general competencia para deliberar y acordar sobre «la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales», fue incorporada a la Ley de Sociedades de Capital mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre de 2014, por la que se modifica aquella para la mejora del gobierno corporativo. Aun cuando no se puede afirmar que constituyan actos de gestión propia de los administradores la adquisición, enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, debe tenerse en cuenta que el carácter esencial de tales activos escapa de la apreciación del notario o del registrador, salvo casos notorios —y aparte el juego de la presunción legal si el importe de la operación supera el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado—. Por ello, es muy difícil apreciar a priori si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad o, por referirse a activos esenciales, compete a la junta general; y no puede hacerse recaer en el tercero la carga de investigar la conexión entre el acto que va a realizar y el carácter de los activos a los que se refiere. Cabe concluir, por tanto, que aun reconociendo que, según la doctrina del TS transmitir los activos esenciales excede de las competencias de los administradores, debe entenderse que con la exigencia de esa certificación del órgano de administración competente o manifestación del representante de la sociedad

sobre el carácter no esencial del activo, o prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre la adecuación del negocio a legalidad que tiene encomendado; pero sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar protegido también en estos casos (cfr. art. 160.f de Ley de Sociedades de Capital); todo ello sin perjuicio de la legitimación de la sociedad para exigir al administrador o apoderado la responsabilidad procedente si su actuación hubiese obviado el carácter esencial de los activos de que se trate.

Resolución de 27-6-2015
(*BOE* 11-08-2015)
Registro de la Propiedad de A Coruña, número 1

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Según la reiterada doctrina de esta Dirección General (*vid.* las resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente), el recurso contra la calificación registral es el cauce legalmente arbitrado para impugnar la negativa de los registradores a practicar, en todo o parte, el asiento solicitado (cfr. arts. 66 y 324 de la LH) y tiene por objeto, exclusivamente, determinar si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No tiene por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la validez o nulidad del título ya inscrito, ni de la procedencia o improcedencia de la práctica, ya efectuada, de los asientos registrales, cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales. De acuerdo con lo anterior, es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40, 82 y 83 de la LH).

Resolución de 29-6-2015
(*BOE* 11-08-2015)
Registro de la Propiedad de Eivissa, número 2

COSTAS: LIMITACIONES PARA LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA.

Para proteger el dominio público marítimo-terrestre, se establecen en la Ley de Costas una serie de limitaciones a la propiedad de los terrenos colindantes, según la zona de que se trate. Concretamente, por lo que interesa en este recurso, se configura una servidumbre legal de protección del citado dominio (sobre una franja de terreno de cien metros, ampliables hasta un máximo de otros cien metros —cfr. arts. 23 y sigs. de la Ley de Costas—), que comporta la prohibición general de determinadas actividades y, sobre todo, construcciones consideradas perjudiciales para la adecuada protección de ese medio natural tan sensible. Asimismo, se establece una servidumbre de tránsito sobre una franja de terreno —de seis metros, ampliables hasta un máximo de veinte

metros— que deberá dejarse permanentemente expedita para el paso público peatonal y para los vehículos de vigilancia y salvamento, salvo en espacios especialmente protegidos, si bien dicha franja de terreno podrá ser ocupada excepcionalmente por obras a realizar en el dominio público marítimo-terrestre (cfr. art. 27 de la misma Ley). Según la doctrina de este Centro Directivo (cfr., por todas, la resolución de 11 de junio de 2013), con independencia del régimen legal transitorio al que por razón de su antigüedad pueda acogerse la edificación a que se refiere la declaración de obra nueva formalizada en la escritura cuya calificación ha motivado este recurso, es también cierto que no solo el artículo 20.4.a) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio de 2008, según redacción dada por Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio de 2011 (que impone al registrador, como operación previa a la inscripción de la obra nueva de edificación antigua, que compruebe que el suelo sobre el que se asienta la edificación no está afectado por una servidumbre de uso público general), sino también y, en particular, los citados artículos 28 y 49 del Reglamento General de Costas, abonan la negativa a la inscripción solicitada al imponer el cierre del Registro respecto de las obras realizadas en zona de servidumbre de protección o en zona de servidumbre de tránsito sin los correspondientes informe o autorización administrativos previos, norma plenamente vigente al tiempo del otorgamiento de dicha escritura.

Resolución de 29-6-2015
(*BOE* 11-08-2015)
Registro de la Propiedad de Mijas, número 2

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «*ipso iure*» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.a del RH, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad.

Resolución de 29-6-2015
(*BOE* 11-08-2015)
Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz

HERENCIA: APLICACIÓN DEL DERECHO ALEMÁN.

Se discute en este expediente si procede la inscripción de un bien inmueble a favor de una fundación de nacionalidad alemana a quien la titular registral, igualmente de nacionalidad alemana, ha instituido heredera habida cuenta de que existe una legitimaria y que el bien inmueble cuya inscripción se solicita ha

sido legado específicamente a un tercero. La escritura pública está autorizada exclusivamente por el representante de la fundación instituida heredera sin que comparezcan ni el albacea designado, ni la legitimaria ni el legatario de cosa específica. Es doctrina reiterada de esta Dirección General (por todas, resolución de 23 de diciembre de 2010), que el recurso contra la calificación registral solo puede recaer sobre cuestiones que se relacionen directa o inmediatamente con la nota de calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma (cfr. art. 326 LH). No procede en consecuencia que esta Dirección General lleve a cabo un pronunciamiento en relación a documentos que no se pusieron a disposición de la Registradora de la Propiedad al tiempo de llevar a cabo su calificación sin perjuicio de que llevándose a cabo una nueva presentación se adopte un nuevo acuerdo de calificación en el que se haga referencia a dichos documentos (*vid.* art. 108 del RH). Siendo indiscutible la aplicación de la norma española para determinar los requisitos de inscripción en el Registro de la Propiedad español, el artículo 40 de nuestra LH determina que no puede modificarse el contenido del Registro sino consta el consentimiento de su titular o, en su defecto, la oportuna resolución judicial firme. Tratándose de sucesiones *mortis causa* es preciso acreditar tanto el título sucesorio como la justificación de la adjudicación de un bien concreto y determinado (art. 14 de la LH). Esta adjudicación, tratándose de sucesión de persona extranjera se rige por las disposiciones correspondientes a su ley nacional al tiempo del fallecimiento en cuanto a ley material aplicable (art. 9.8 del CC). Si la norma de conflicto impone la aplicación de la norma extranjera esta debe ser debidamente acreditada ante el registrador por los medios previstos por el ordenamiento. Al respecto dispone el artículo 36 del RH: «La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un notario o cónsul español o de diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles. El registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente». Como afirma la registradora, en Derecho alemán y salvo que el testador disponga otra cosa, el heredero está gravado con el pago del legado (art. 2.147 del BGB). Existiendo personas con derecho a legítima el llamado a la herencia puede rehusar el pago del legado en la medida que el pago de la legítima sea satisfecho de forma proporcional entre el heredero y el legatario (art. 2318). El testador puede modificar esta regla (art. 2324). Del testamento de la causante resulta que existe una legitimaria que ha recibido diversas donaciones en vida; resulta que la testadora afirma que conoce las reglas de la legítima y que la heredera recibirá el resto de su patrimonio del que no ha dispuesto como legado; resulta que dispone en relación a los legados que deberán ser cumplidos inmediatamente con su muerte con cargo a la herencia. Resulta en consecuencia que la testadora ha hecho uso de la disposición que le permite modificar la regla general suprimiendo la facultad del heredero de imponer al legatario el pago proporcional de la legítima. Es evidente que de la documentación presentada no resultan los particulares que justificarían, en su caso, la atribución de los bienes inventariados de una forma distinta a la prevista por la testadora.

Resolución de 29-6-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Mojácar

HERENCIA: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO.

Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de aceptación y adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: se instituye herederas a dos hermanas de la testadora y se establecen dos sustituciones vulgares. La primera, sustitución mutua entre las dos herederas para el caso de fallecimiento de cada una de ellas; la segunda, literalmente designa que «si fallecieran en el mismo momento, la testadora y sus dos hermanas, D.ª Inocencia y D.ª Isabel S. M., heredarían por partes iguales sus sobrinos Don J. J. y D.ª L. M. S. M.». Las dos herederas fallecieron antes que la testadora; cada una de ellas respectivamente en los años 2000 y 2006, y la testadora en el año 2013; la escritura de partición y adjudicación de herencia la otorgan los dos sobrinos como herederos por sustitución vulgar. El registrador señala como defecto insubsanable, que la sucesión que procede es la abintestato; que ya que no se han producido ninguno de los casos para los que están previstas las sustituciones vulgares de las cláusulas segunda y tercera del testamento, por lo que debe procederse a la apertura de sucesión intestada; que esa es la interpretación literal de las cláusulas del testamento y una interpretación distinta a la literalidad de dichas cláusulas testamentarias, solo correspondería realizarla a los tribunales de Justicia. Ciertamente el primer elemento en la interpretación de los testamentos es el literal, pero merced a la utilización de otros elementos interpretativos se debe establecer cuál es el verdadero significado de las cláusulas testamentarias. La resolución de 30 de abril de 2014, resuelve un supuesto de interpretación de testamento redactado de forma confusa, vinculando sus disposiciones al acaecimiento de hechos que no se sabe si han ocurrido, y con legados de bienes de dudosa identificación. Señala como doctrina general del Centro Directivo que, en principio, la interpretación del testamento corresponde a los herederos, o en su caso al albacea o en su defecto a la autoridad judicial y que a falta de datos concluyentes que resulten del testamento, debe prevalecer la interpretación literal de sus cláusulas. Centrados en el supuesto de este expediente, y ajustándose a la literalidad de las cláusulas, ya que del testamento no resulta de forma clara que fuera otra la voluntad del testador, tenemos en primer lugar una institución de herederas que no puede aplicarse por fallecimiento anterior de ambas a la apertura de la sucesión. Por la misma razón, tampoco surte efecto la primera sustitución mutua entre ellas. Nos queda la segunda sustitución, que literalmente señala «si fallecieran en el mismo momento, la testadora y sus dos hermanas... heredarían por partes iguales sus sobrinos...». No han fallecido en el mismo momento por lo que no procede la sustitución vulgar. La precisión con que está redactada la cláusula no deja lugar a dudas: si la testadora hubiese querido que los dos sobrinos mencionados sucedieran en caso de premoriencia o renuncia de las dos herederas, así lo habría recogido el testamento y sin embargo no lo ha hecho. No hay contador-partidor designado ni albacea, lo que hubiese sido esclarecedor en cuando algunos aspectos de la disposición de las sustituciones del testamento de este expediente. Este Centro Directivo ha determinado, a los efectos de fijar el ámbito de la calificación registral en esta materia, que para determinar el sentido del

testamento a efectos de la calificación registral solo puede tenerse en cuenta el tenor del propio testamento (resoluciones de 25 de septiembre de 1987 y 27 de mayo de 2009), configurado como primer elemento de interpretación del testamento (resoluciones de 16 de marzo de 2015). Por lo tanto, es lógico entender, en palabras de la propia Dirección General, que en un testamento autorizado por notario, las palabras que se emplean en la redacción de aquel tiene el significado técnico que les asigna el ordenamiento puesto que la preocupación del notario debe ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad en el lenguaje (resolución de 25 de septiembre de 1987). La reiterada jurisprudencia del TS (por todas, la sentencia de 9 de marzo de 1993) establece que la interpretación de las cláusulas testamentarias es función exclusiva de los tribunales de Instancia cuyas conclusiones hermenéuticas deben ser respetadas en casación, salvo que las mismas puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la voluntad del testador o a la Ley y si bien, de acuerdo con el artículo 675 del Código Civil, en principio las disposiciones testamentarias deberán entenderse en el sentido literal de sus palabras, está permitida la búsqueda de otras medios probatorios de la voluntad del testador, cuando esta se expresa de un modo oscuro.

Resolución de 30-6-2015
(*BOE* 11-08-2015)
Registro de la Propiedad de Villena

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

Según la doctrina de este Centro Directivo es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio, siempre que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la nulidad, la separación o el divorcio. Ahora bien, como también tiene declarado esta Dirección General (véase, por todas, la resolución de 25 de octubre de 2005), esa posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. arts. 90, 91 y 103 del CC), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida. Este Centro Directivo ha entendido que forma parte de las operaciones de liquidación la atribución de la vivienda familiar incluso en el supuesto de que su titularidad pertenezca por mitades a los cónyuges por adquisición realizada antes del matrimonio, pues en este supuesto su evidente afección a las necesidades del matrimonio justifica sobradamente su inclusión junto a los bienes adquiridos constante el régimen matrimonial (resoluciones de 11 de abril de 2012 y 7 de julio de 2012). Pero fuera de este supuesto las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación (y tales son, en vía de principios, las que se refieren a bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros no especialmente afectos a las cargas del matrimonio), constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para su formalización. Ha admitido este Centro Directivo (*vid.* resolución de 11 de abril de 2012) que respecto de la vivienda familiar de que ambos cónyuges eran cotitulares en virtud de compra anterior al

matrimonio, puedan aquellos explicitar ante la autoridad judicial, con carácter previo a la liquidación de gananciales, la voluntad de atribuir carácter ganancial a un bien cuya consideración como integrante del patrimonio conyugal ha sido tenido en cuenta por los cónyuges durante su matrimonio. Del mismo modo que los excesos de adjudicación en la liquidación de gananciales motivados por la indivisibilidad de los inmuebles puede compensarse con dinero privativo, sin que nada obste a que incluyan otros bienes privativos para compensar tales excesos. Por último, como ya se ha dicho, la finalidad de la institución —el convenio regulador de los efectos de la separación o divorcio— debe llevarnos a incluir en su ámbito todas las operaciones que ponen fin a una titularidad conjunta de bienes entre los cónyuges, que alcanza o puede alcanzar, no solo a la liquidación de los bienes gananciales, sino también todas aquellas operaciones encaminadas a poner fin a todo su activo y toda su vida en común. Lo que sucede en el presente expediente es que no se advierte ninguna circunstancia de la que se pueda deducir la existencia de algún tipo de comunidad sobre la vivienda habitual, pues la vivienda fue adquirida exclusivamente por la esposa antes de la celebración del matrimonio, sin que conste que se obtuviera financiación para su adquisición que diera lugar al proindiviso previsto en los artículos 1354 y 1357.2 del Código Civil, sin que tampoco conste la finalidad del préstamo hipotecario obtenido en febrero de 2011, transcurridos varios años desde la compra (año 2005) y de la celebración del matrimonio (año 2006), incluso contraído el préstamo hipotecario con posterioridad a la separación de hecho de mutuo acuerdo que fijan los cónyuges en el convenio regulador en noviembre de 2010 y sin que tampoco se pueda deducir que el desplazamiento patrimonial de la mujer al marido, lo sea en pago de un posible exceso de adjudicación en la liquidación de los gananciales.

Resolución de 30-6-2015
(*BOE* 11-08-2015)
Registro de la Propiedad de Elche, número 5

TRANSMISIÓN DE FINCA A FAVOR DE UN AYUNTAMIENTO EN CUMPLIMIENTO DE UN AUTO JUDICIAL: CAUSA.

Cabe recordar la tradicional distinción doctrinal, inserta en la teoría general de la causa, entre la finalidad del negocio jurídico y su propia causa. En este sentido al referirnos a la finalidad estamos poniendo el acento en la cuestión de por qué se realiza el negocio en cuestión, mientras que al tratar de la causa nos referirnos a la función económico-social digna de protección por el ordenamiento jurídico. Parece, por tanto, que en el presente supuesto de hecho se aprecia tal diferenciación entre aquello que el recurrente alega como causa y la propia causa concreta del negocio objeto de calificación. No encajando el negocio jurídico celebrado ni en los exactos términos del autores que se dice constituye su origen, ni en la ejecución de un Plan de Reforma Interior todavía no aprobado definitivamente (pero cuya aprobación inminente es tenida en cuenta por las partes en la formación de su voluntad) debe considerarse justificada la apreciación del Registrador de que la operación verificada trae causa de un acuerdo o convenio entre propietarios y Ayuntamiento, que por tanto debe cumplir los requisitos que señala la disposición adicional cuarta de la Ley Valenciana 16/2005 en su apartado 2, norma vigente al autorizarse

las escrituras calificadas, y que presupone el trámite de información pública y la aprobación firme por el Pleno del Ayuntamiento. Dichos trámites son de calificación registral obligada de acuerdo con los términos del artículo 99 del RH. No cabe duda el interés objetivo de tal Administración en el supuesto en cuestión ya que la propia Generalitat ha satisfecho el 50% de la indemnización que, se conviene, es contraprestación por la transmisión dominical. Por tanto debe necesariamente consentir que sus derechos queden postergados a un momento futuro e incierto, como es la ejecución de un nuevo plan, ya que en caso contrario o bien el Ayuntamiento se estaría arrogando una representación que no le corresponde legalmente (art. 1259 CC), o se estaría vulnerando el legítimo derecho a la intervención de tal institución, sin que en ningún caso pueda considerarse suplido por un conocimiento oficioso.

Resolución de 1-7-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Cerdanyola del Vallés, número 2

HERENCIA: CERTIFICADO DEL REGISTRO DE ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD DE CAUSANTES DE NACIONALIDAD EXTRANJERA.

Como ha dicho esta Dirección General (cfr. resoluciones de 14 de noviembre de 2012 y 14 de agosto de2014, por todas), la determinación de cuál haya de ser la ley material aplicable a un supuesto internacional corresponde a la autoridad del foro, en este caso a la registradora, ya que no debe ser objeto de confusión la falta de obligatoriedad de conocer el Derecho extranjero con la obligatoriedad de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable, conforme al artículo 12.6 del Código Civil, norma que, como señaló la resolución de 20 de enero de 2011, impone la aplicación de oficio de la norma de conflicto que resulte aplicable al supuesto. En este caso la norma de conflicto está integrada por el artículo 9.8 del Código Civil, conforme al cual «la sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren». Dado que en el presente caso el causante tiene nacionalidad alemana en el momento de su fallecimiento, su sucesión se regirá por las leyes de ese país. La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el artículo 36 del RH, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, como señala la resolución 1 de marzo de 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Según este precepto los medios de prueba del Derecho extranjero son «la aseveración o informe de un notario o cónsul español o de diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable». El precepto señala además que «por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles». La enumeración expuesta no contiene un *numerus clausus* de medios de prueba ya que el precepto permite que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse «entre otros medios», por los enumerados. Se plantea en este expediente si es o no inscribible una escritura de manifestación de herencia en la que el causante es de nacionalidad alemana, falleció en España

y se acompañan certificados de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad españoles de los que resulta no haber otorgado testamento en España; junto a un testamento otorgado en Alemania, debidamente traducido y apostillado del que resulta única heredera la otorgante, sin acreditación complementaria de la plena vigencia y efectividad de dicho título sucesorio, pues puede verse comprometida por la existencia de otro título sucesorio con eficacia revocatoria o modificativa del primero, hecho que en el sistema sucesorio de nuestro país se trata de asegurar mediante el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad, acorde, no debe olvidarse, con el régimen general de revocación e ineficacia de testamentos y otros títulos sucesorios previsto en nuestro Derecho Civil. Tratándose de causantes extranjeros, obviamente (por su vinculación patrimonial o residencial española) ha de presentarse igualmente el correspondiente certificado del Registro español de actos de última voluntad. Más cabría plantear si, además, complementariamente, habría o no de exigirse el certificado de algún registro equivalente al país de donde el causante es nacional. Ciertamente no todos los países tienen instaurado un Registro de actos de última voluntad similar al nuestro, en cuanto a sus efectos, y en cuanto a su organización (a pesar del impulso, que sobre este tema, supone el Convenio de Basilea). Sin embargo, dada la prevalencia de la nacionalidad del causante a la hora de regir la sucesión, parece una medida oportuna y prudente, y casi obligada si lo exigiese la *lex causae*, que el notario español también solicite (en tanto no se establezca la deseada conexión de Registros, como la prevista para una fase final en el citado Convenio de Basilea de 16/V/1972), como prueba complementaria, la certificación, en su caso, del Registro semejante correspondiente al país de donde el causante es nacional (a veces, su propio Registro Civil, si fuere en esta institución donde la ley personal del finado establece que se tome nota de los testamentos otorgados), siempre que estuviese prevista alguna forma de publicidad de los títulos sucesorios en ese país extranjero. Esta actuación, al dotar de un mayor rigor al expediente, solo puede redundar en una mayor seguridad de la declaración notarial. También deberá aportarse, si existiere, por las consecuencias legitimadoras que atribuye la inscripción registral, al Registro de la Propiedad, con ocasión de la inscripción sucesoria. Y, si este Registro de Actos de Última Voluntad no existiere deberá acreditarse esta circunstancia en la forma determinada en el artículo 36 del RH. Consecuentemente con todo lo expuesto y de acuerdo con la resolución de 18 de enero de 2005 (Servicio Notarial) deberá aportarse certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad del país de la nacionalidad del causante o acreditarse que en dicho país no existe dicho Registro de Actos de Última voluntad o que por las circunstancias concurrentes al caso concreto no sea posible aportar dicho certificado.

Resolución de 1-7-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Ejea de los Caballeros

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA.

La distinción entre procedimientos sancionador y de protección de la legalidad urbanística permite evitar la confusión a que puede dar lugar el hecho de la distinta terminología empleada por el artículo 52 del RD 1093/1997, de

4 de julio de 1997, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la LH sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, y el artículo 20, número 4, del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio de 2008, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo, cuando regulan la inscripción de las obras antiguas. Como ha señalado este Centro Directivo (*vid.* por todas, las resoluciones de 5 de marzo de 2013 y 5 de agosto de 2013), el acceso al Registro de la Propiedad de edificaciones (o de sus mejoras o ampliaciones: *vid.* arts. 308 del RH y 45 y 52 del RD 1093/1997, de 4 de julio de 1997) respecto de las que no procede el ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, como consecuencia del transcurso del plazo de prescripción establecido por la ley para la acción de disciplina, se halla sometido, de modo exclusivo, al cumplimiento de los requisitos expresamente establecidos por la ley, entre los que no se encuentra la prueba exhaustiva de la efectiva extinción, por prescripción, de la acción de disciplina urbanística. El legislador sigue exigiendo que el Registrador califique la antigüedad suficiente para considerar posible la prescripción de las acciones que pudieran provocar la demolición y, además que compruebe que la edificación no se encuentra sobre suelo demanial o afectado por servidumbres de uso público. La cuestión principal que plantea el presente expediente es determinar, conforme a la legislación autonómica aragonesa, competente en este supuesto, el plazo de prescripción que debe ser considerado a efectos de la aplicación del actual artículo 20.4 de la Ley del suelo estatal, a una edificación terminada en el año 2007, según se acredita por certificado de técnico competente y del propio Ayuntamiento. En efecto, la obra se terminó en 2007, bajo la vigencia de la Ley 5/1999, de 25 de marzo de 1999, Urbanística, que en su artículo 197, establecía la remisión al plazo de prescripción de la correspondiente infracción urbanística, a contar desde la total terminación de las obras. El artículo 209, por su parte, señalaba que el plazo de prescripción para las infracciones leves sería de un año; para las graves, de cuatro años, y para las muy graves, de diez años. El 30 de septiembre de 2009, entra en vigor, sin embargo, la Ley 3/2009, de 17 de junio de 2009, de Urbanismo de Aragón, en cuyo artículo 266, vino a fijar un plazo único de diez años, a contar desde la total terminación de las obras, evitando el problema de calificar la naturaleza de la infracción cometida en cada caso. Pero el artículo 266 será reformado por el número 157 del artículo único de la Ley 4/2013, 23 de mayo de 2013, por la que se modifica la Ley 3/2009, de 17 de junio de 2009, de Urbanismo de Aragón («BOA» de 6 junio), con vigencia desde el 6 de agosto de 2013, que vuelve a remitirse al plazo de prescripción de la correspondiente infracción urbanística, regulado en el artículo 280, para las leves, de un año; para las graves, de cuatro años; y para las muy graves, de diez años. En el presente supuesto, sin embargo, la cuestión se facilita al contar con certificación municipal de la que resulta que la finca sobre la que se ha realizado la obra está situada en suelo clasificado como urbano consolidado, zona de vivienda unifamiliar; que no se halla incluida en el ámbito del Conjunto Histórico de Ejea del municipio ni en el Catálogo del Patrimonio Arquitectónico y Arqueológico del Plan General, por lo que ninguna dificultad existe al considerar que el plazo a aplicar a efectos registrales será el de las infracciones graves, esto es, cuatro años, como se deriva del propio tenor de la norma autonómica, al regular el elenco de infracciones muy graves, que no ha sido objeto de alteración sustancial en las sucesivas redacciones legales. Conforme a ello, si la obra se terminó en 2007, siendo de aplicación la legislación de 1999, al entrar en vigor la Ley de 2009 que fijó un

plazo de diez años, el plazo de cuatro años aplicable con arreglo a la Ley de 1999 no se había consumado, por lo que a partir de la citada Ley de 2009, si bien el plazo quedó entonces determinado en diez años, su eventual aplicación al cómputo iniciado antes, quedó imposibilitada por la vigencia, de nuevo, del plazo de cuatro años, a partir de la reforma de 2013 —cfr. sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 14 de mayo de 2008 y de 11 de julio de 2012—. En cuanto a la referencia del registrador al artículo 285, de modo que no es solo al Ayuntamiento, sino también en su caso a la administración comarcal o a la autonómica a quien puede corresponder la incoación de expediente por la comisión de una infracción que pudiera ser tipificada como muy grave, debe señalarse que el reconocimiento de facultad subrogatoria en la competencia municipal, no afecta a la aplicación de los preceptos enunciados a los efectos de calificar los requisitos de inscripción de edificaciones consolidadas por antigüedad, como resulta directamente del artículo 20.4 de la norma estatal; sirviendo el actual artículo 51.3 de la misma Ley de garantía de las competencias autonómicas mediante la notificación de la realización de las inscripciones correspondientes, con los datos resultantes del Registro y constancia por nota al margen de las mismas.

Resolución de 1-7-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Lepe

CONCESIÓN ADMINISTRATIVA: CANCELACIÓN SIN EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR REGISTRAL.

Es doctrina consolidada de esta Dirección General (*vid.* resoluciones de 11 de febrero de 1998, 20 de julio de 2006 y 20 de enero de 2012, entre otras), que la sola presentación de un documento en el Registro implica la petición de la extensión de todos los asientos que en su virtud puedan practicarse, siendo competencia del Registrador la determinación de cuáles sean estos, sin que el principio registral de rogación imponga otras exigencias formales añadidas. Resultando del Registro de la Propiedad determinado titular registral no puede llevarse a cabo la modificación del contenido del asiento, en este caso su cancelación, sin que resulte que ha disfrutado de la posición jurídica prevista en el ordenamiento (art. 40 en relación al art. 99 de la LH y al art. 60 de su Reglamento). Resultando del expediente administrativo que dicho titular ha fallecido es preciso, para llevar a cabo la modificación solicitada, acreditar ante el registrador que las personas que han de ocupar su posición jurídica han tenido el tratamiento previsto para aquel. La Administración actuante sin embargo no ha justificado, mediante la incorporación de la documentación adecuada o mediante su oportuna relación auténtica en el expediente, ni el hecho del fallecimiento del titular registral, ni el título sucesorio ni la identificación ni cualidad de herederos de las personas a quien haya realizado las notificaciones (art. 21 de la LH). En un supuesto como el que plantea el presente expediente en el que no se trata de un acto dispositivo o de ejecución, sino de la notificación que ha de practicarse como consecuencia de un supuesto de revocación de una concesión administrativa, debe admitirse la doctrina consolidada por esta Dirección General de que el Registrador en el ejercicio de su función de calificación deba comprobar el Registro Mercantil al objeto de acreditar la existencia de un proceso de fusión entre el titular registral

y la entidad notificada, evitando con ello trámites innecesarios, doctrina que ha sido especialmente admitida en materia referente al nombramiento de administradores sociales o apoderados al objeto de comprobar su inscripción en el Registro Mercantil (Cfr. resoluciones de 11 de junio de 2012 y 5, 24 y 30 de octubre de 2012, entre otras), por lo que este defecto debe ser revocado. Dispone el artículo 175 del RH (en desarrollo del art. 107.6.a de la LH), en lo que ahora interesa, lo siguiente: «En consecuencia de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 82 de la Ley, la cancelación de las inscripciones cuya existencia no dependa de la voluntad de los interesados en las mismas se verificará con sujeción a las reglas siguientes:... 3.ª Las inscripciones de hipotecas constituidas sobre obras destinadas al servicio público cuya explotación conceda el Gobierno y que estén directa y exclusivamente afectas al referido servicio, se cancelarán, si se declarase resuelto el derecho del concesionario, en virtud del mismo título en que se haga constar esa extinción y del documento que acredite haberse consignado en debida forma, para atender al pago de los créditos hipotecarios inscritos, el importe de la indemnización que en su caso deba percibir el concesionario». Procede en consecuencia la confirmación del defecto señalado por el Registrador por cuanto la dicción del precepto no deja lugar a dudas. De existir una excepción amparada en el ordenamiento, como la alegada por el recurrente, debe igualmente ponerse de manifiesto ante el Registrador acompañando, en el caso que nos ocupa, el traslado de las cláusulas particulares de la concesión que no fueron objeto de inscripción en su día (sin que la valoración de dicha circunstancia constituya objeto de este expediente lo que excluye cualquier pronunciamiento al respecto, *vid.* art. 326 de la LH). De lo establecido en los artículos 688 de la LEC y 131 de la LH resulta que la regla general es que para cancelar una hipoteca por causas distintas de la propia ejecución, debe resultar previamente acreditado registralmente que ha quedado sin efecto la ejecución hipotecaria, pues de lo contrario se podría perjudicar a los posibles terceros adquirentes en la ejecución, que confían en la presunción de validez de los asientos registrales, en clara infracción del principio de confianza legítima en la validez de los pronunciamientos del Registro (cfr. art. 38.2 de la LH, que igualmente se inspira en esta necesidad de que no haya contradicción entre la sentencia que se dicte y el principio de legitimación registral).

Resolución de 2-7-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Chiclana de la Frontera, número 2

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que los medios de calificación deben limitarse a los asientos vigentes en el momento de su realización y no caducados, de tal manera que el Registrador no puede tener en cuenta en su calificación de títulos presentados asientos caducados, no vigentes, que a efectos del procedimiento registral es como si no hubieran estados presentados nunca (resolución de 5 de septiembre de 2013). Por tanto debe considerarse correcta la actuación del registrador en lo relativo a este punto. Por último cabe recordar que no compete a este Centro Directivo pronunciarse sobre la posible nulidad de un título ni de las inscripciones ya practicadas que pudieran haber dado lugar, siendo materia reservada al poder judicial conforme las previsiones contenidas en el propio artículo 1.3.o de la LH Sin perjuicio de ello cabría apuntar que

el sistema de adquisición dominical previsto en la teoría del título y del modo debe limitarse, como expresamente previene el artículo 609 del Código Civil para «ciertos contratos mediante la tradición». Consecuentemente, conforme al artículo 17 de La LH, inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, señalando además el artículo 20 de la misma Ley que 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.

Resolución de 2-7-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Móstoles, número 3

CONCURSO DE ACREEDORES: CANCELACIÓN DE CARGAS Y PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

El principio de tracto sucesivo instaurado en el artículo 20 de la LH, corolario y garante de la prohibición de indefensión ante los tribunales reconocida en el artículo 24 de nuestra Carta Magna, impone que ningún asiento del Registro puede ser objeto de alteración, modificación o cancelación sin la intervención de su titular registral, ya sea por vía voluntaria o forzosa. En el supuesto estudiado, del mandamiento no resulta intervención alguna del titular del derecho objeto de la anotación que se pretende cancelar, por lo que la rectificación o eliminación de su posición o titularidad registral no puede llevarse a cabo sin su consentimiento. A pesar de la indudable competencia universal que al Juez de lo Mercantil le concede el artículo 8 de la Ley Concursal, sus actuaciones de eficacia registral deben atenerse a los principio establecidos en la legislación hipotecaria de acuerdo con los límites señalados en el artículo 100 del RH, dentro de los cuales el tracto sucesivo encarna uno de los obstáculos que surgen del Registro y que han de ser objeto de calificación y control por el registrador.

Resolución de 2-7-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Plasencia

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que los medios de calificación deben limitarse a los asientos vigentes en el momento de su realización y no caducados, de tal manera que el Registrador no puede tener en cuenta en su calificación de títulos presentados asientos caducados, no vigentes, que a efectos del procedimiento registral es como si no hubieran estados presentados nunca (Resolución de 5 de septiembre de 2013). Por tanto debe considerarse correcta la actuación del Registrador en lo relativo a este punto. Por último cabe recordar que no compete a este Centro Directivo pronunciarse sobre la posible nulidad de un título ni de las inscripciones ya practicadas que pudieran haber dado lugar,

siendo materia reservada al poder judicial conforme las previsiones contenidas en el propio artículo 1.3.o de la LH. Sin perjuicio de ello cabría apuntar que el sistema de adquisición dominical previsto en la teoría del título y del modo debe limitarse, como expresamente previene el artículo 609 del Código Civil para «ciertos contratos mediante la tradición». Consecuentemente, conforme al artículo 17 de la LH, inscrito o anotado preventivamente en el Registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, señalando además el artículo 20 de la misma Ley que 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.

Resolución de 3-7-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Teguise

OBRA NUEVA: LICENCIA POR SILENCIO ADMINISTRATIVO

La reciente resolución de 25 de marzo de 2015 continúa la línea marcada por la resolución de 23 de julio de 2012, reiterada por las resoluciones de 21 de marzo de 2013 y 2 de abril de 2014, que al diferenciar entre normas de naturaleza material o sustantiva y las de carácter procedimental o adjetivas, declara: «(...) cuando, se plantean problemas de derecho intertemporal o transitorio —a la hora de fijar las reglas y requisitos procedimentales que hay que cumplir para practicar el asiento— procede atenerse por analogía —a falta de norma explícita en las leyes especiales, que disponga otra cosa— al principio que con toda claridad resulta de la disposición transitoria cuarta del Código Civil, en cuya virtud los derechos nacidos y no ejercitados (en este caso no inscritos) ciertamente subsisten con la extensión y en los términos que les reconoce la legislación precedente; pero han de sujetarse para hacerlos valer (en este supuesto para inscribirlos) al procedimiento dispuesto en la legislación vigente en el momento en que el asiento se solicite. En el supuesto de hecho de este expediente, está acreditada, en virtud de las circunstancias recogidas en el acta notarial de 14 de septiembre de 2006, la falta de respuesta tempestiva de la Administración a la solicitud de la licencia, lo cual, sin embargo, a la vista de la doctrina legal sentada por el TS en su sentencia de 28 de enero de 2009, antes reseñada, no puede entenderse suficiente a efectos de considerar la licencia adquirida por silencio administrativo y, con ello, inscribible la obra nueva declarada, toda vez que según el criterio sostenido por el Alto Tribunal puede concurrir una situación de inexistencia o nulidad radical del pretendido acto administrativo presunto sin necesidad de que la Administración deba iniciar un expediente de revisión del acto producido por silencio. Todo ello genera, a falta de una manifestación expresa del Ayuntamiento relativa al hecho de que las facultades adquiridas no son contrarias a la ordenación urbanística, una situación jurídica claudicante, en la que no puede entenderse acreditada la existencia y validez de un acto de autorización de la obra declarada, por lo que su acceso al Registro, no puede ser admitida. A los efectos expuestos, se ha de entender que la doctrina legal sentada por el TS y determinante del sentido de la presente Resolución es aplicable a lo previsto en el artículo 166 del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo de 2000, por

el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias por lo que el silencio administrativo positivo al que el mismo se refiere no producirá efectos registrales sin una previa declaración administrativa de la que resulte que el silencio tuvo lugar, por no haber dado lugar a la adquisición de facultades contrarias a la ordenación urbanística.

Resolución de 3-7-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Sahagún

RETRACTO LEGAL: EFECTOS.

Según la doctrina jurisprudencial, el arrendatario retrayente se subroga en la compraventa efectuada por el arrendador ocupando el lugar del adquirente, por lo que al existir ya una compraventa resulta innecesario y hasta contradictorio otorgar una nueva compraventa. De esta forma el momento en que el arrendatario se convierte en dueño por efecto del retracto no es el de la firmeza de la sentencia sino la fecha en que se produjo la consignación o pago del precio de la venta puesto que el cumplimiento de la obligación de pago consumará la venta a su favor constituyendo la sentencia en este supuesto un reconocimiento judicial de la idoneidad de la transmisión efectuada. Por otro lado si bien la referida sentencia de 14 de enero de 2015 fija doctrina jurisprudencial en cuanto al fenómeno adquisitivo que se deriva del ejercicio de adquisición preferente del arrendatario, dado el fundamento de tal doctrina y su invocación de los artículos 1518 y 1521 referidos genéricamente al retracto legal y por tanto al de comuneros, nada impide aplicarla a este supuesto en el que el retracto era de comuneros. La sentencia calificada, respondiendo al petitum de la parte demandante y ahora recurrente, como ella misma manifiesta en su escrito, condena a otorgar a su favor la correspondiente escritura de venta ante el notario de Segovia o su provincia que indique, recibiendo en ese acto el precio del remate por el que se adjudicaron ambas fincas, 4051 euros más los gastos correspondientes a que hace referencia el artículo 1518 del Código Civil, que se aprueban por el propio Juzgado y se cuantifican en 784,26 euros. Por lo tanto, del contenido de la propia sentencia, se infiere la necesidad del otorgamiento de la escritura con entrega en ese momento del precio ya que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial ahora invocada por la recurrente, resulta que el momento en que se entiende consumada la venta a favor del retrayente es aquel del cumplimiento de la obligación de pago, que en este caso queda diferido al momento de otorgamiento de la escritura.

Resolución de 3-7-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Palencia, número 2

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO POR DEUDAS A LA SEGURIDAD SOCIAL: CARGAS POSTERIORES A LA EXPEDICIÓN DE LA CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS.

Atendiendo a la normativa aplicable, el procedimiento de apremio en el ámbito administrativo de la Seguridad Social, si bien con algunas especialidades

incluidas en su Reglamento, sigue el esquema y la tramitación recogida en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la realización forzosa de los bienes trabados. De esta manera, el sistema previsto en nuestro procedimiento de ejecución, prevé una relación diferente con el proceso en consideración a los anotantes o terceros que adquieren algún derecho con reflejo registral con anterioridad al momento de la expedición de la certificación de dominio y cargas prevista en el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en comparación a aquellos que lo verifican una vez expedida y hecha constar la misma por nota marginal. A tenor del artículo 654 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una vez celebrada la subasta (o el procedimiento alternativo que fuera acepado por los interesados) el importe obtenido en la misma deberá servir, en primer lugar para satisfacer el importe reclamado por el ejecutante, así como las costas de ejecución (aunque dentro de los límites previstos en el artículo 613 de la norma procesal civil, que impone ciertas limitaciones en la satisfacción del ejecutante cuando existan terceros adquirentes en una adjudicación de rango no preferente) debiendo retenerse el resto para otros posibles interesados. De esta manera, una vez satisfecho el crédito que origina la ejecución, el remanente será reservado para el pago de quienes tengan su derecho inscrito o anotado con posterioridad al del ejecutante, debiendo ser objeto de entrega, depósito o consignación en su favor, y satisfechos estos, si aún existiere sobrante se entregará al ejecutado o tercer poseedor (672 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En relación a esta cuestión, ha tenido ocasión de manifestar esta Dirección General (resoluciones de 12 de abril de 2000, 20 de febrero de 2002 y 23 de septiembre de 2002, 8 de noviembre de 2012 y 11 de marzo de 2014), que cuando los artículos 132 y 133 de la LH y 692.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aluden al depósito de la cantidad sobrante a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado, se están refiriendo a los titulares de derechos posteriores al que se ejecuta y que constan en el procedimiento, bien por la certificación de cargas, bien porque, advertidos por la nota de expedición de esta última, han comparecido por su propia iniciativa para hacer valer sus derechos sobre el eventual sobrante; por tanto, no habiendo derechos posteriores al ejecutado según la certificación registral y no habiendo comparecido en el proceso los titulares de derechos inscritos después de la nota de expedición de certificación de cargas, el Juez actúa correctamente entregando el sobrante al ejecutado, pues, de lo contrario, se obligaría a aquel a una actitud inquisitiva entorpecedora de dicho procedimiento, que va en contra de las reglas generales del sistema y que ningún precepto establece (se precisaría a este efecto que estuviese prevista una nueva certificación registral expedida al tiempo de repartir el sobrante), y no se olvide que la regulación de los trámites procesales es materia reservada a la ley (art. 117 de la Constitución Española). Este procedimiento, por la remisión antes analizada, debe ser aplicado de manera supletoria al apremio administrativo, al no recogerse especialidad alguna en la materia en su específica regulación reglamentaria. El hecho de que en ámbito administrativo la práctica de la anotación de embargo se practique de manera simultánea a la expedición de la certificación (como impone el artículo 104 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social) no altera este criterio.

Resolución de 6-7-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Salamanca, número 2

CONCURSO DE ACREEDORES: CANCELACIÓN DE CARGAS EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN.

En el sistema diseñado por la Ley Concursal, la resolución por la que se procede por el Juez del concurso a la aprobación del plan de liquidación, con o sin modificaciones (art. 148.2, inciso segundo, Ley Concursal) o por la que se decreta que las operaciones de liquidaciones se ajusten a las reglas legales supletorias (art. 149 Ley Concursal) produce los efectos de inmediato. El administrador concursal debe iniciar sin demora las operaciones de liquidación: no es que tenga la facultad de liquidar; es que tiene el deber legal de hacerlo, para lo cual dispone del plazo de un año (arg. ex art. 153.1 de la Ley Concursal), si bien el juez, al aprobar el plan, puede fijar un plazo menor o, transcurrido ese año, permitir que esas operaciones se prolonguen si existiera justa causa que justifique la dilación. Ese carácter inmediatamente ejecutivo del auto resulta, de un lado, el principio de celeridad en la tramitación del concurso de acreedores, al que alude la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio de 2003, y, de otro, del régimen de recursos: contra ese auto de aprobación del plan de liquidación puede interponerse por legitimado «no interesa ahora determinar quién tiene esa legitimación» recurso de apelación (art. 148.2, inciso tercero, de la Ley Concursal), pero la admisión del recurso no tiene, por regla general, efectos suspensivos. No obstante, el juez, de oficio o a instancia de parte, puede acordar motivadamente esa suspensión al admitir el recurso, y esta decisión puede ser revisada por la Audiencia Provincial (art. 197.6 de la Ley Concursal). Es obvio que si el juez suspende la totalidad o parte de las operaciones de liquidación, el administrador concursal incurre en responsabilidad si liquida aquello a lo que afecta la suspensión; pero no es menos obvio que, en defecto de suspensión, el cumplimiento del deber legal de liquidar no admite demora. Si, por regla general, hay que liquidar aunque el auto no sea firme, cabe dudar si el registrador que recibe el mandamiento de cancelación de embargos y de cualesquiera gravámenes debe proceder a esa cancelación o, si, por el contrario, puede exigir que se le acredite la firmeza de esa resolución. La solución al problema planteado no se encuentra en la Ley Concursal, que guarda silencio sobre el particular, sino en la legislación registral en relación con la normativa contenida en las leyes procesales. En este sentido, en relación con los denominados «títulos judiciales» sujetos a inscripción en el Registro de la Propiedad, la LH exige que estén consignados en «ejecutoria» expedida por autoridad judicial (art. 3). Pues bien, no hay «ejecutoria» sin que la resolución judicial a que se refiera (sentencia, auto) haya alcanzado firmeza (art. 245.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Según el artículo 207.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es fuente subsidiaria de la Ley Concursal (disposición final quinta de esta Ley 22/2003, de 9 de julio de 2003), «son resoluciones firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado». La práctica de asientos definitivos en el Registro de la Propiedad, como son las inscripciones y las cancelaciones, ordenada en virtud de documento judicial, solo puede llevarse a cabo cuando del mismo resulta la firmeza de la resolución judicial (arts. 40, 79, 80, 82 y 83 de la LH y 174 del RH), y esta doctrina ha

sido igualmente reiterada al tratar de las cancelaciones ordenadas por el Juez del concurso durante la fase de liquidación de la masa activa, exigiendo para la cancelación de cargas y gravámenes, una y otra vez, que la resolución por la que se hubiera aprobado el plan de liquidación haya alcanzado firmeza. El siguiente defecto que procede examinar consiste, a juicio del registrador, en que la cancelación de las hipotecas ordenada por el juez del concurso es anterior a la enajenación de los bienes hipotecados. Si se tratase de embargos, no habría inconveniente en admitir que, precisamente para favorecer las operaciones de liquidación de la masa activa, el plan de liquidación contemplara esa cancelación anterior a la enajenación. Pero, tratándose de derechos reales de garantía, no es admisible esa cancelación anticipada, por pugnar frontalmente con las características de las hipotecas. Si se tratara de hipotecas constituidas en garantía de deuda propia «esto es, de la sociedad concursada», la Ley Concursal no prevé la cancelación de esos derechos reales de garantía como mera consecuencia de que, en la lista definitiva de acreedores, esos créditos no se califiquen como créditos con privilegio especial. La única hipótesis en que así acaece es cuando el titular del crédito tuviera la condición de persona especialmente relacionada con la sociedad deudora, hipótesis en la que la cancelación sería consecuencia de la declaración judicial obligatoria de extinción de la garantía (art. 97.2 Ley Concursal). Si se tratara de hipotecas constituidas en garantía de deuda ajena, la cancelación en modo alguno procedería por decisión el juez del concurso en el que el beneficiario de la garantía no figura reconocido como acreedor concursal. Al requisito de la firmeza «o, más exactamente, de la constancia de la firmeza del auto de aprobación del plan de liquidación» se añade el requisito del tiempo: en el supuesto objeto de consideración, la cancelación de la hipoteca o hipotecas constituidas sobre una finca integrada en la masa activa no puede verificarse antes de la enajenación de los bienes hipotecados por la Administración concursal. El registrador ha exigido que el plan de liquidación fuera conocido por los acreedores hipotecarios, y no solo eso, sino, además, que se hubiera puesto en conocimiento de los mismos las medidas adoptadas para la satisfacción del crédito a ellos reconocido. Sin esa notificación al titular registral de la hipoteca, con expresión de las medidas que se hubieran adoptado o se proyecten adoptar para la satisfacción de los créditos respectivos la cancelación no puede ser decretada por el juez.

Resolución de 6-7-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Vilajoyosa, número 2

Proyecto de equidistribución urbanística: Rectificación. La dificultad de precisar el alcance de este tipo de rectificaciones del proyecto de equidistribución, ha llevado a alguna Comunidad Autónoma (cfr. D. 305/2006, de 18 de julio de 2006, de Cataluña, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo, art. 168.1) a precisar los supuestos en que los proyectos de reparcelación se pueden rectificar mediante operaciones jurídicas complementarias. Ciertamente, aun reconociendo la virtualidad de la figura en determinados supuestos, debe partirse de la premisa básica que las alteraciones del instrumento de reparcelación originario que se opongan al mismo suponen verdaderas modificaciones o revisiones del instrumento de reparcelación y, consecuentemente, deben ser tramitadas como tales —cfr. en este sentido, la STS de 13 de noviembre de 2002,

antes mencionada—. El presente supuesto se trata pues de un acto administrativo firme que, a modo de operación jurídica complementaria, altera parcialmente el contenido del proyecto, a los efectos de efectuar operaciones de modificación hipotecaria que permitan cumplir los límites de parcela mínima derivados del planeamiento, además de los criterios de adjudicación de fincas y las reglas de formación de proindivisos —cfr. art. 174 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre de 2005—, acto administrativo de ejecución de sentencia judicial firme, que se configura como acto debido —art. 17 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial— y responsabilidad de la propia Administración actuante en su función pública de dirección del desarrollo urbanístico. La propia sentencia del Tribunal Superior confirma el carácter parcial de la operación tramitada y su propia regularidad, y en particular, su no afectación al resto del contenido del proyecto, cuya validez y eficacia se mantiene, por lo que no solo no se opone al proyecto de equidistribución y al planeamiento que se ejecuta, sino que completa aquel y con ello permite realizar este, salvando la ineficacia parcial en beneficio de la gestión urbanística, de interés público, y la equidistribución de beneficios y cargas urbanísticas. Ha reiterado esta Dirección General (por todas, resoluciones de 15 de noviembre 2012, y 15 de junio de 2013) que habiendo ganado firmeza en vía administrativa el acuerdo de aprobación definitiva de un proyecto de reparcelación, y estando ya inscrito y bajo la salvaguardia de los tribunales (*ex* art. 1 de la LH) no cabe ya, so pretexto de la realización de una operación jurídica complementaria de la reparcelación *ex* artículos 113.3 y 174.5 del Reglamento de Gestión Urbanística, introducir una modificación del proyecto original (desbordando lo que es un mero error material o de hecho o una previsión complementaria plenamente respetuosa del contenido básico que se completa). Partiendo de la argumentación expuesta sobre la procedencia del acto administrativo tramitado, no puede compartirse la exigencia de un consentimiento civil escriturado que sería exigible, sin duda, en cualquier acto voluntario de riguroso dominio, pero que resultaría incompatible con la esencia del procedimiento encaminado a la efectividad de actuaciones de Derecho Público con sus propias formas legales de intervención y defensa del interesado —cfr. art. 422.4 del D. 67/2006, de 19 de mayo de 2006, que aprueba el Reglamento de Ordenación y Gestión Territorial y Urbanística, en su redacción por D. 36/2007, de la Comunidad Valenciana—, siempre y cuando, claro está, se respete la naturaleza de tal actuación, en particular, en la afectación a los derechos de propiedad —cfr. art. 422.4 del D. 67/2006, de 19 de mayo de 2006, que aprueba el Reglamento de Ordenación y Gestión Territorial y Urbanística, en su redacción por D. 36/2007—. Pues bien, justificada la posibilidad, limitada, de rectificar proyectos de equidistribución inscritos, particularmente cuando se trata de hacer efectiva una sentencia firme que invalida de forma parcial el proyecto y afecta únicamente a determinados propietarios, con la intervención de los mismos en el proceso judicial y el administrativo, y con audiencia a los nuevos titulares registrales, debe admitirse la inscripción del acto administrativo de ejecución de sentencia que afecta limitadamente al contenido del proyecto a los solos efectos de adecuarlo de modo pleno al planeamiento que ha de ejecutar en cuanto a la recomposición de la parcela mínima y determinación de las nuevas cuotas de propiedad y titulares conforme a las propias reglas del proyecto, basadas en la subrogación real y la correspondencia de derechos, sobre la base de la proporcionalidad directa entre el aprovechamiento objetivo de la finca adjudicada a un propietario y la superficie de su finca originaria, según el aprovechamiento subjetivo del que por ella sea titular.

Resolución de 6-7-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Alcoy

CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN.

En relación con la inscripción parcial de un título, pactándose en la escritura calificada que la transmisión quede sujeta a una condición resolutoria que atribuye al comprador la facultad de dejarla sin efecto si concurren determinadas circunstancias, tiene este interés legítimo para decidir que se inscriba la transmisión prescindiendo de la publicidad del derecho potestativo que genera en su favor dicha condición, por lo que, concurriendo además el consentimiento del vendedor en escritura pública, negarlo supondría una desnaturalización del principio de rogación. Nos enfrentamos a la inscripción de una compraventa sujeta a determinada condición resolutoria. Entre las normas en que fundamenta su calificación el Registrador este cita la del artículo 1115 del Código Civil, conforme al cual es nula la obligación condicional cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor. No obstante, cabe recordar que la propia literalidad de la norma (como acontece también respecto del artículo 1256 del mismo Código) y la gravedad de la sanción establecida han dado lugar a una interpretación restrictiva de la misma y a la habitual distinción entre las condiciones puramente potestativas, basadas en la pura arbitrariedad (pura condición de querer —«si volam», «si voluero»—), y las simplemente potestativas, en las que han de valorarse otros intereses e impulsos, de suerte que rara vez se ha apreciado por la jurisprudencia la existencia de las primeras, inclinada como está a calificar como condición no invalidante aquella en que la voluntad del deudor dependa de un complejo de motivos e intereses que, actuando sobre ella, influyan en su determinación, aunque sean confiados a la valoración exclusiva del interesado (*vid*. las resoluciones de 28 de febrero de 1984 y 15 de febrero de 2002). Por lo demás, son igualmente válidas las condiciones potestativas para el acreedor. En el presente caso no cabe calificar la condición pactada de puramente potestativa, toda vez que su posible cumplimiento no depende de la pura arbitrariedad del comprador, sino de la decisión de la autoridad administrativa correspondiente. Frente a la objeción expresada por el Registrador según la cual por la amplitud de los casos establecidos en la cláusula debatida para la posibilidad del ejercicio de la facultad resolutoria por parte del comprador carece de los requisitos necesarios para cumplir con los principios de certeza y seguridad jurídica que la publicidad registral proporciona frente a terceros, tiene razón el recurrente al afirmar que se trata de actuaciones descritas suficientemente, con especificación del plazo para que la condición se considere cumplida o incumplida.

Resolución de 6-7-2015
(*BOE* 13-08-2015)
Registro de la Propiedad de Salamanca, número 2

CONCURSO DE ACREEDORES: CANCELACIÓN DE CARGAS EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN.

En el sistema diseñado por la Ley Concursal, la resolución por la que se procede por el juez del concurso a la aprobación del plan de liquidación, con

o sin modificaciones (art. 148.2, inciso segundo, Ley Concursal) o por la que se decreta que las operaciones de liquidaciones se ajusten a las reglas legales supletorias (art. 149 Ley Concursal) produce los efectos de inmediato. El administrador concursal debe iniciar sin demora las operaciones de liquidación: no es que tenga la facultad de liquidar; es que tiene el deber legal de hacerlo, para lo cual dispone del plazo de un año (arg. *ex* art. 153.1 de la Ley Concursal), si bien el Juez, al aprobar el plan, puede fijar un plazo menor o, transcurrido ese año, permitir que esas operaciones se prolonguen si existiera justa causa que justifique la dilación. Ese carácter inmediatamente ejecutivo del auto resulta, de un lado, el principio de celeridad en la tramitación del concurso de acreedores, al que alude la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio de 2003, y, de otro, del régimen de recursos: contra ese auto de aprobación del plan de liquidación puede interponerse por legitimado «no interesa ahora determinar quién tiene esa legitimación» recurso de apelación (art. 148.2, inciso tercero, de la Ley Concursal), pero la admisión del recurso no tiene, por regla general, efectos suspensivos. No obstante, el Juez, de oficio o a instancia de parte, puede acordar motivadamente esa suspensión al admitir el recurso, y esta decisión puede ser revisada por la Audiencia Provincial (art. 197.6 de la Ley Concursal). Es obvio que si el Juez suspende la totalidad o parte de las operaciones de liquidación, el administrador concursal incurre en responsabilidad si liquida aquello a lo que afecta la suspensión; pero no es menos obvio que, en defecto de suspensión, el cumplimiento del deber legal de liquidar no admite demora. Si, por regla general, hay que liquidar aunque el auto no sea firme, cabe dudar si el Registrador que recibe el mandamiento de cancelación de embargos y de cualesquiera gravámenes debe proceder a esa cancelación o, si, por el contrario, puede exigir que se le acredite la firmeza de esa resolución. La solución al problema planteado no se encuentra en la Ley Concursal, que guarda silencio sobre el particular, sino en la legislación registral en relación con la normativa contenida en las leyes procesales. En este sentido, en relación con los denominados «títulos judiciales» sujetos a inscripción en el Registro de la Propiedad, la LH exige que estén consignados en «ejecutoria» expedida por autoridad judicial (art. 3). Pues bien, no hay «ejecutoria» sin que la resolución judicial a que se refiera (sentencia, auto) haya alcanzado firmeza (art. 245.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Según el artículo 207.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es fuente subsidiaria de la Ley Concursal (disposición final quinta de esta Ley 22/2003, de 9 julio), «son resoluciones firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado». La práctica de asientos definitivos en el Registro de la Propiedad, como son las inscripciones y las cancelaciones, ordenada en virtud de documento judicial, solo puede llevarse a cabo cuando del mismo resulta la firmeza de la resolución judicial (arts. 40, 79, 80, 82 y 83 de la LH y 174 del RH), y esta doctrina ha sido igualmente reiterada al tratar de las cancelaciones ordenadas por el juez del concurso durante la fase de liquidación de la masa activa, exigiendo para la cancelación de cargas y gravámenes, una y otra vez, que la resolución por la que se hubiera aprobado el plan de liquidación haya alcanzado firmeza. El siguiente defecto que procede examinar consiste, a juicio del Registrador, en que la cancelación de las hipotecas ordenada por el Juez del concurso es anterior a la enajenación de los bienes hipotecados. Si se tratase de embargos, no habría inconveniente en admitir que, precisamente para favorecer las operaciones de liquidación de la masa activa, el plan de liquidación contemplara esa cancelación anterior a la enajenación.

Pero, tratándose de derechos reales de garantía, no es admisible esa cancelación anticipada, por pugnar frontalmente con las características de las hipotecas. Si se tratara de hipotecas constituidas en garantía de deuda propia «esto es, de la sociedad concursada», la Ley Concursal no prevé la cancelación de esos derechos reales de garantía como mera consecuencia de que, en la lista definitiva de acreedores, esos créditos no se califiquen como créditos con privilegio especial. La única hipótesis en que así acaece es cuando el titular del crédito tuviera la condición de persona especialmente relacionada con la sociedad deudora, hipótesis en la que la cancelación sería consecuencia de la declaración judicial obligatoria de extinción de la garantía (art. 97.2 Ley Concursal). Si se tratara de hipotecas constituidas en garantía de deuda ajena, la cancelación en modo alguno procedería por decisión el Juez del concurso en el que el beneficiario de la garantía no figura reconocido como acreedor concursal. Al requisito de la firmeza «o, más exactamente, de la constancia de la firmeza del auto de aprobación del plan de liquidación» se añade el requisito del tiempo: en el supuesto objeto de consideración, la cancelación de la hipoteca o hipotecas constituidas sobre una finca integrada en la masa activa no puede verificarse antes de la enajenación de los bienes hipotecados por la Administración concursal. El Registrador ha exigido que el plan de liquidación fuera conocido por los acreedores hipotecarios, y no solo eso, sino, además, que se hubiera puesto en conocimiento de los mismos las medidas adoptadas para la satisfacción del crédito a ellos reconocido. Sin esa notificación al titular registral de la hipoteca, con expresión de las medidas que se hubieran adoptado o se proyecten adoptar para la satisfacción de los créditos respectivos la cancelación no puede ser decretada por el juez.

Resolución de 7-7-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Jijona

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: CONSENTIMIENTO DEL TITULAR REGISTRAL.

Constituye una regla básica en nuestro Derecho Hipotecario la de que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud (art. 1, párrafo tercero, de la LH). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., por todas, las resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011 y, 5 y 20 de febrero de 2015 y 27 de marzo de 2015), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. En el presente caso no es suficiente para practicar la rectificación pretendida que se acredite fehacientemente el estado de casados en régimen de separación de bienes de los compradores al tiempo de la adquisición mediante el certificado del Registro Civil, pues debiendo hacerse constar la porción que cada uno de los dos compradores adquiere pro indiviso, es ineludible el consentimiento de ambos, sin que baste el prestado por uno solo de ellos con determinación unilateral de dicha cuota (cfr. arts. 1269 del CC y 54 del RH). En consecuencia, para la práctica de la rectificación

objeto de este expediente, es necesaria la prestación de consentimiento por parte de ambos y habiéndolo hecho tan solo uno de ellos en el documento, es necesaria la resolución judicial firme entablada en juicio declarativo contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. El asentimiento a la verdad del contenido de la escritura de rectificación de este expediente, que se relata y describe en la diligencia del acta de notificación, no es más que una percepción del notario sobre el hecho de ese consentimiento, pues solo la firma de la escritura —que no se ha producido— con todas las exigencias que conlleva la misma —identificación, juicio de capacidad, información, advertencias sobre los efectos de su contenido, etc.— determinan que se haya producido el otorgamiento que supone la prestación de consentimiento al negocio de la rectificación.

Resolución de 7-7-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Manzanares

SEGURO DECENAL: EXCEPCIÓN DEL AUTOPROMOTOR.

La Ley exige un doble requisito, subjetivo y objetivo, para admitir la exoneración del seguro, pues ha de tratarse de un «autopromotor individual» y, además, de «una única vivienda unifamiliar para uso propio» (cfr., por todas, resoluciones de 11 de febrero de 2003 y 9 de julio de 2003 y Resolución-Circular de 3 de diciembre de 2003). En el presente caso no concurre el requisito objetivo de la exoneración de tal obligación, pues no se trata de una edificación integrada por una única vivienda unifamiliar sino de una edificación con cinco viviendas, dos locales y una cochera. Los argumentos de la recurrente relativos a su avanzada edad y su intención (que pertenece al ámbito subjetivo) de no transmitir las viviendas no constituyen argumentos jurídicos y por lo tanto carecen apoyo legal. Tampoco se puede acudir al espíritu de la Ley como argumento, cuando la letra de la Ley es clara y no ofrece duda alguna. En cuanto a la posibilidad subsidiaria alegada por la recurrente de inscribir sin seguro decenal, una sola de las viviendas, concretamente la que usa como vivienda habitual, es inadmisible.

Resolución de 7-7-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Girona, número 2

CALIFICACIÓN REGISTRAL: EXISTENCIA DE DOCUMENTOS PRESENTADOS CON ANTERIORIDAD.

De la lectura de los artículos 17 y 18 de la LH resulta evidente que mientras existan presentados documentos previos pendientes de despacho cuyos asientos de presentación estén vigentes, no puede calificarse un documento contradictorio presentado posteriormente. El asiento de presentación tiene una duración de sesenta días hábiles, que se prorrogan conforme al artículo 18.2.o de la LH y en caso de que se produjere una calificación negativa por observarse en el documento defectos subsanables, el asiento se prorroga por otros sesenta días a contar desde la última de las notificaciones recibidas (art. 323 de la LH). Y todo ello lleva consigo la prórroga de los asientos contradictorios o conexos presentados con posterioridad al

documento calificado (art. 432.2 del RH). Y esto es lo que ocurre en el supuesto de este expediente. Nos hallamos ante dos documentos previos presentados, calificados con defectos subsanables, y como consecuencia de dicha calificación negativa dichos asientos de presentación están prorrogados, y por tanto vigentes, y ello implica la prórroga del asiento posterior contradictorio, que es el objeto de recurso. No cabe acceder a lo solicitado en el escrito de interposición del recurso en el sentido de practicar anotación preventiva por defecto subsanable del documento de arrendamiento —si entendemos que es ésa la anotación que en realidad quiere pedir el recurrente en su escrito—, pues no se trata de un documento calificado con defectos, sino que se trata de un documento que está pendiente de calificación en tanto no se resuelva la situación creada por los documentos presentados antes. En cuanto a la petición de que se ordene la cancelación de asientos practicados, baste recordar el artículo 1.3.o de la LH: «Los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley», por lo que una vez practicados dichos asientos solo la autoridad judicial, mediante el correspondiente procedimiento, podrá ordenar su modificación o cancelación. En consecuencia no es posible la cancelación de los asientos practicados en virtud de los títulos previos presentados, en caso de que estos se llegaren a practicar, pues para ello deberá, en su caso, acudirse al procedimiento judicial correspondiente.

Resolución de 7-7-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 40

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

A la luz de las disposiciones contenidas en nuestra legislación hipotecaria, no procede que esta Dirección General lleve a cabo pronunciamiento alguno sobre la cuestión de fondo, que no ha sido discutida por el recurrente, y sobre la que no se puede entrar en base a documentos presentados con el escrito de recurso y respecto de los que el Registrador ya ha afirmado que no subsanan las deficiencias observadas. Si el recurrente desea obtener una decisión del Registrador al respecto y entablar contra la misma el oportuno recurso tiene abierta la vía de la nueva presentación del conjunto de la documentación en los términos en que se ha expuesto con anterioridad. La confirmación de la calificación del Registrador implica la de la afirmación de que no procede la práctica de asientos provisionales, solicitud que ha sido hecha en vía de recurso y que, por no contenerse en la rogación ante el Registrador, tampoco fue objeto de calificación.

Resolución de 8-7-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de San Martín de Valdeiglesias

LEGADOS: ENTREGA.

Este Centro Directivo se ha manifestado sobre esta cuestión de la identificación de la finca legada, en resolución de 5 de diciembre de 2003, donde recoge

el supuesto de las dudas planteadas acerca de la identidad entre el bien que un causante su testamento atribuye a uno de sus herederos a título de prelegado y el bien que se entrega en escritura de «aceptación unilateral de legado» otorgada solo por el heredero beneficiario. La Dirección General considera que la duda es razonable, si está fundada en la omisión de datos esenciales en la descripción de los inmuebles y en que hay varios en la misma localidad. Pero lo más destacable es que, para el Centro Directivo no resulta suficiente para despejar las dudas un acta de manifestaciones otorgada por distintas personas que afirman tal correspondencia, sino que tendrían que ser los propios interesados en la herencia o quienes por ley tengan facultades de interpretación del testamento, quienes resuelvan tal discrepancia, sin perjuicio de acudir a la vía judicial en caso de falta de acuerdo. La falta de identificación indubitada supone en sí misma duda sobre la identidad absoluta de la finca. Por lo tanto, es suficiente para suspender la inscripción en tanto no se acredite fehacientemente la identidad cuestionada; Y como ha dicho el Centro Directivo en la citada Resolución, «sin que sea suficiente al respecto un acta de manifestaciones otorgada por distintas personas que afirman tal correspondencia, pues, habrán de ser los propios interesados en la herencia o quienes por ley tengan facultades de interpretación del testamento, quienes resuelvan tal discrepancia, sin perjuicio de acudir a la vía judicial en caso de falta de acuerdo». En definitiva, en todos los casos existen dudas para la identificación plena pero esto no significa que la identificación testamentaria de los inmuebles objeto del legado no sea suficiente.

Resolución de 8-7-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Salamanca, número 1

CONCURSO DE ACREEDORES: CANCELACIÓN DE CARGAS EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN.

En el sistema diseñado por la Ley Concursal, la resolución por la que se procede por el juez del concurso a la aprobación del plan de liquidación, con o sin modificaciones (art. 148.2, inciso segundo, Ley Concursal) o por la que se decreta que las operaciones de liquidaciones se ajusten a las reglas legales supletorias (art. 149 Ley Concursal) produce los efectos de inmediato. El administrador concursal debe iniciar sin demora las operaciones de liquidación: no es que tenga la facultad de liquidar; es que tiene el deber legal de hacerlo, para lo cual dispone del plazo de un año (arg. *ex* art. 153.1 de la Ley Concursal), si bien el juez, al aprobar el plan, puede fijar un plazo menor o, transcurrido ese año, permitir que esas operaciones se prolonguen si existiera justa causa que justifique la dilación. Ese carácter inmediatamente ejecutivo del auto resulta, de un lado, el principio de celeridad en la tramitación del concurso de acreedores, al que alude la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, de 9 de julio de 2003, y, de otro, del régimen de recursos: contra ese auto de aprobación del plan de liquidación puede interponerse por legitimado «no interesa ahora determinar quién tiene esa legitimación» recurso de apelación (art. 148.2, inciso tercero, de la Ley Concursal), pero la admisión del recurso no tiene, por regla general, efectos suspensivos. No obstante, el juez, de oficio o a instancia de parte, puede acordar motivadamente esa suspensión al admitir el recurso, y esta decisión puede ser revisada por la Audiencia Provincial (art. 197.6 de la Ley Concursal). Es obvio que si el juez suspende la totalidad o parte de las operaciones de liquidación, el administrador concursal incurre en

responsabilidad si liquida aquello a lo que afecta la suspensión; pero no es menos obvio que, en defecto de suspensión, el cumplimiento del deber legal de liquidar no admite demora. Si, por regla general, hay que liquidar aunque el auto no sea firme, cabe dudar si el registrador que recibe el mandamiento de cancelación de embargos y de cualesquiera gravámenes debe proceder a esa cancelación o, si, por el contrario, puede exigir que se le acredite la firmeza de esa resolución. La solución al problema planteado no se encuentra en la Ley Concursal, que guarda silencio sobre el particular, sino en la legislación registral en relación con la normativa contenida en las leyes procesales. En este sentido, en relación con los denominados «títulos judiciales» sujetos a inscripción en el Registro de la Propiedad, la LH exige que estén consignados en «ejecutoria» expedida por autoridad judicial (art. 3). Pues bien, no hay «ejecutoria» sin que la resolución judicial a que se refiera (sentencia, auto) haya alcanzado firmeza (art. 245.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Según el artículo 207.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es fuente subsidiaria de la Ley Concursal (disposición final quinta de esta Ley 22/2003, de 9 de julio de 2003), «son resoluciones firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado». La práctica de asientos definitivos en el Registro de la Propiedad, como son las inscripciones y las cancelaciones, ordenada en virtud de documento judicial, solo puede llevarse a cabo cuando del mismo resulta la firmeza de la resolución judicial (arts. 40, 79, 80, 82 y 83 de la LH y 174 del RH), y esta doctrina ha sido igualmente reiterada al tratar de las cancelaciones ordenadas por el juez del concurso durante la fase de liquidación de la masa activa, exigiendo para la cancelación de cargas y gravámenes, una y otra vez, que la resolución por la que se hubiera aprobado el plan de liquidación haya alcanzado firmeza. El siguiente defecto que procede examinar consiste, a juicio del registrador, en que la cancelación de las hipotecas ordenada por el juez del concurso es anterior a la enajenación de los bienes hipotecados. Si se tratase de embargos, no habría inconveniente en admitir que, precisamente para favorecer las operaciones de liquidación de la masa activa, el plan de liquidación contemplara esa cancelación anterior a la enajenación. Pero, tratándose de derechos reales de garantía, no es admisible esa cancelación anticipada, por pugnar frontalmente con las características de las hipotecas. Si se tratara de hipotecas constituidas en garantía de deuda propia «esto es, de la sociedad concursada», la Ley Concursal no prevé la cancelación de esos derechos reales de garantía como mera consecuencia de que, en la lista definitiva de acreedores, esos créditos no se califiquen como créditos con privilegio especial. La única hipótesis en que así acaece es cuando el titular del crédito tuviera la condición de persona especialmente relacionada con la sociedad deudora, hipótesis en la que la cancelación sería consecuencia de la declaración judicial obligatoria de extinción de la garantía (art. 97.2 Ley Concursal). Si se tratara de hipotecas constituidas en garantía de deuda ajena, la cancelación en modo alguno procedería por decisión el Juez del concurso en el que el beneficiario de la garantía no figura reconocido como acreedor concursal. Al requisito de la firmeza «o, más exactamente, de la constancia de la firmeza del auto de aprobación del plan de liquidación» se añade el requisito del tiempo: en el supuesto objeto de consideración, la cancelación de la hipoteca o hipotecas constituidas sobre una finca integrada en la masa activa no puede verificarse antes de la enajenación de los bienes hipotecados por la Administración concursal. El registrador ha exigido que el plan de liquidación fuera conocido por los acreedores hipotecarios, y no solo eso, sino, además, que se hubiera puesto en conocimiento de los mismos

las medidas adoptadas para la satisfacción del crédito a ellos reconocido. Sin esa notificación al titular registral de la hipoteca, con expresión de las medidas que se hubieran adoptado o se proyecten adoptar para la satisfacción de los créditos respectivos la cancelación no puede ser decretada por el juez.

Resolución de 8-7-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

SOCIEDADES MERCANTILES: ACTIVOS ESENCIALES.

La norma del artículo 160.f), que atribuye a la junta general competencia para deliberar y acordar sobre «la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales», fue incorporada a la Ley de Sociedades de Capital mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre de 2014, por la que se modifica aquella para la mejora del gobierno corporativo. Aun cuando no se puede afirmar que constituyan actos de gestión propia de los administradores la adquisición, enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, debe tenerse en cuenta que el carácter esencial de tales activos escapa de la apreciación del notario o del registrador, salvo casos notorios —y aparte el juego de la presunción legal si el importe de la operación supera el veinticinco por ciento del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado—. Por ello, es muy difícil apreciar a priori si un determinado acto queda incluido o no en el ámbito de facultades conferidas a los representantes orgánicos de la sociedad o, por referirse a activos esenciales, compete a la junta general; y no puede hacerse recaer en el tercero la carga de investigar la conexión entre el acto que va a realizar y el carácter de los activos a los que se refiere. Cabe concluir, por tanto, que aun reconociendo que, según la doctrina del TS transmitir los activos esenciales excede de las competencias de los administradores, debe entenderse que con la exigencia de esa certificación del órgano de administración competente o manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter no esencial del activo, o prevenciones análogas, según las circunstancias que concurran en el caso concreto, cumplirá el notario con su deber de diligencia en el control sobre la adecuación del negocio a legalidad que tiene encomendado; pero sin que tal manifestación pueda considerarse como requisito imprescindible para practicar la inscripción, en atención a que el tercer adquirente de buena fe y sin culpa grave debe quedar protegido también en estos casos (cfr. art. 160.f de Ley de Sociedades de Capital); todo ello sin perjuicio de la legitimación de la sociedad para exigir al administrador o apoderado la responsabilidad procedente si su actuación hubiese obviado el carácter esencial de los activos de que se trate.

Resolución de 8-7-2015
(*BOE* 12-08-2015)
Registro de la Propiedad de Ourense, número 3

PROPIEDAD HORIZONTAL: CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRES.

El TS, por todas, la sentencia de 28 de marzo de 2012, reitera como doctrina jurisprudencial que la ejecución de obras en elementos comunes, los cuales

conforman la estructura del edificio, requieren del consentimiento unánime de la comunidad, sin que la permisividad de tales obras se encuentre condicionada a la existencia o no de perjuicio para los propietarios o afecten o no a la estructura, seguridad o configuración exterior del edificio comunitario, así como que la constitución de servidumbres en beneficio de elementos privativos requiere no solo del consentimiento de los respectivos dueños de los predios dominante y sirviente sino también, cuando afecte a elementos comunes, del consentimiento unánime de la comunidad de propietarios. El dueño de un elemento privativo tiene por razón de su integración en una comunidad limitado su derecho de propiedad en aras al mantenimiento y seguridad del edificio y a la protección de los derechos del resto de propietarios por lo que no puede por sí solo constituir una servidumbre permanente a favor de otra comunidad con su sola voluntad, aun cuando afirme no afectar a los elementos comunes del edificio en que su finca está integrada, pues dicha afirmación, deberá ser ratificada por la oportuna autorización de la comunidad o comunidades afectadas. En el supuesto de hecho de este expediente aun cuando no se produzca una agrupación de las fincas comunicadas, si se establece de facto una unión física entre dos fincas, una de ellas elemento privativo de una comunidad horizontal, que serán recíprocamente predios sirviente y dominante, y, conforme a la doctrina jurisprudencial, ver sentencias citadas en «Vistos», no hay duda de que pueden constituirse servidumbres, frente a finca ajena, por el propietario o promotor del total de la finca antes de la división y adquisición por terceros de los locales y viviendas. Y también, por los copropietarios de la comunidad, lo que afectará al título constitutivo y exige la unanimidad en aplicación del artículo 17.1 de aquella Ley y será inscribible en el Registro de la Propiedad. Si en los estatutos, sobre los cuales nada se dice en la escritura, no consta nada relativo al destino del local, ni limitación respecto a la modificación del citado destino, pueden hacerse las modificaciones y cambios y por lo tanto no se puede sostener tal defecto en la calificación. si en los estatutos, sobre los cuales nada se dice en la escritura, no consta nada relativo al destino del local, ni limitación respecto a la modificación del citado destino, pueden hacerse las modificaciones y cambios y por lo tanto no se puede sostener tal defecto en la calificación.

Resolución de 9-7-2015
(*BOE* 13-08-2015)
Registro de la Propiedad de Murcia, número 7

ANOTACIÓN DE EMBARGO SOBRE EL DERECHO HEREDITARIO: EFECTOS.

Fallecido el causante titular de una finca y abierta la sucesión, surge el «*ius delationis*» a favor de los llamados a la herencia que son depositarios del derecho potestativo de aceptarla o repudiarla. Si son varios los llamados mientras no se realice la partición existe el derecho hereditario in abstracto, que es el que cada uno de los herederos ostenta sobre la totalidad de la herencia en proporción a sus cuotas entre tanto no se practique la partición hereditaria. El heredero puede disponer de su derecho *in abstracto,* transmisión que se concretará en los bienes que se le adjudiquen en la partición, pero no de bienes concretos, ni de cuotas o partes indivisas de los mismos, hasta la partición, con excepción de la transmisión de un bien por todos los herederos, todos los miembros de la comunidad hereditaria. Este derecho solo puede acceder al Registro vía anotación preventiva conforme al artículo 42.6 de la LH que prevé así mismo la posibilidad de su transmisión, gravamen o

anotación. La anotación de embargo del derecho hereditario esta además regulada en el artículo 166 del RH. Una vez hecha la partición, el derecho hereditario *in concreto* recae directamente sobre bienes concretos o cuotas o partes indivisas de los mismos. Y cada titular ostenta plena disponibilidad de los bienes adjudicados que se le hayan adjudicado. Hecha la partición, cabe inscripción en el Registro de la Propiedad conforme a los artículos 14 y 16 de la LH. En el caso de este expediente se cumplen las anteriores condiciones por lo que se extendió en su momento la anotación preventiva de embargo del derecho hereditario que pudiera corresponder a don J. M. S. por el fallecimiento de su padre. En consecuencia con lo anterior solo podría, en su caso, con motivo de la adjudicación derivada de la ejecución del embargo, anotarse el derecho del adjudicatario, pero la efectividad de la ejecución quedará también sujeta a la efectiva consolidación del derecho hereditario a favor del deudor. En cuanto a la posibilidad de anotación de la adjudicación efectuada sobre la finca registral número 90, hay que considerar dos circunstancias: En primer lugar, cuando el testimonio del auto se presenta, la anotación de embargo del derecho hereditario que le da sustento registral ha caducado, por lo que la adjudicación en ningún caso podrá beneficiarse por la prioridad ganada por dicha anotación que ha devenido registralmente inexistente. En segundo lugar, la situación del Registro en el momento de emitir la calificación. En relación con esta última es reiterada la doctrina de esta Dirección General según la cual 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). Es así mismo regla general que los registradores despachen los documentos referentes a una misma finca por riguroso orden cronológico de su presentación en el Diario, salvo que sean incompatibles entre sí. Además y en relación con el derecho hereditario adjudicado, de los asientos del Diario de presentación del Registro se infiere que no será posible practicar asiento alguno derivado del título presentado en segundo lugar, esto es el testimonio del auto de adjudicación y mandamiento de cancelación, puesto que el deudor no ostenta derecho alguno sobre la finca registral número 90 pues, practicada la partición, el derecho hereditario en abstracto que tenía sobre dicha finca como integrante de la herencia se ha extinguido respecto a ella, ya que ha pasado a adjudicarse a su hermano don J. P. M. S. Así se deduce del artículo 206 del RH cuando en su número 10 determina que procederá la cancelación de las anotaciones preventivas cuando en el supuesto del número 6.a del artículo 42 de la Ley o del párrafo segundo de la regla la del artículo 166 de este Reglamento se presentare la escritura de partición y no aparecieren adjudicados al heredero las fincas o derechos sobre los que se hubiere tomado anotación preventiva del derecho hereditario.

Resolución de 9-7-2015
(*BOE* 13-08-2015)
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN SOBRE BIENES HIPOTECADOS: REQUERIMIENTO DE PAGO AL DEUDOR HIPOTECANTE EN DOMICILIO DISTINTO AL CONSIGNADO EN LA ESCRITURA DE HIPOTECA.

En el presente expediente se centra el debate en los requisitos para que el requerimiento de pago realizado al deudor hipotecante deba entenderse realizado debidamente, de tal forma que cumpla con las exigencias que el principio de tu-

tela judicial efectiva salvaguarde los derechos de la parte demandada. En el caso debatido se fija como domicilio a efecto de notificaciones en la propia escritura de constitución de hipoteca la finca hipotecada, resultando ser una finca rústica carente de construcción alguna. Ante la imposibilidad de realizar el pertinente requerimiento de pago opta el Juzgado por realizarlo en la sede social de la mercantil deudora hipotecante. Dicha cuestión ha sido resuelta por el TS en sentencia de 3 de mayo de 1947 al entender válidamente realizado el requerimiento practicado en el domicilio real cuando el fijado en el Registro resultaba erróneo puesto que si bien no ha cumplido estrictamente la previsión legal no cabe duda que el deudor «fue requerido en su verdadero domicilio, con todas las garantías para él», resultando «indudable que se ha cumplido plenamente la finalidad del requerimiento en su doble aspecto de invitación al pago y de anuncio o notificación del procedimiento judicial». En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 24 de julio de 1991 con la entrega realizada a una empleada en el domicilio efectivo de la deudora hipotecante. Ciertamente, el artículo 686.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil según redacción dada por Ley 13/2009, de 3 de noviembre de 2009, determina que «intentado sin efecto el requerimiento en el domicilio que resulte del Registro, no pudiendo ser realizado el mismo con las personas a las que se refiere el apartado anterior, se procederá a ordenar la publicación de edictos en la forma prevista en el artículo 164 de esta ley». Ahora bien, como ha manifestado el Tribunal Constitucional (cfr. sentencia de 11 de mayo de 2015) conlleva mucha mayor protección la notificación personal al deudor hipotecante en cualquier domicilio conocido que acudir a la notificación edictal.

Resolución de 9-7-2015
(*BOE* 13-08-2015)
Registro de la Propiedad de Novelda

CALIFICACIÓN REGISTRAL: FORMA. MONTES: DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO LEGAL.

Como cuestión procedimental previa cabe recordar que, según la reiterada doctrina de este Centro Directivo, cuando la calificación del Registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. No obstante lo anterior, conviene tener en cuenta que es igualmente doctrina de esta Dirección General que aunque la argumentación en que se fundamenta la calificación haya sido expresada de modo ciertamente escueto, es suficiente para la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado haya podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo acredita en este caso el mismo contenido del escrito de interposición, y por ello procede entrar en el fondo del asunto. Corresponde a los propietarios de los montes o fincas enclavadas o colindantes con un monte público la obligación de comunicar la transmisión que se pretende efectuar a fin de facilitar el ejercicio de tal derecho. Así lo señala el punto 4 del artículo 25 de la Ley de Montes. Y el punto 5 impone a notarios y registradores un claro deber de colaboración señalando que no autorizarán ni inscribirán,

respectivamente, las correspondientes escrituras sin que se les acredite previamente la práctica de dicha notificación de forma fehaciente. Aplicando los anteriores preceptos al supuesto de este expediente está claro que la finca constituye un terreno forestal ya que de los datos obrantes en el Registro, que se reproducen en la nota de calificación, resulta que la finca es en su mayor parte monte, atochar, pastos y pinar y el resto tierra secana campa destinada a cereal con algunos almendros, olivos y algarrobos. También resulta de dichos datos que la medida superficial de la finca no determina la existencia del derecho de retracto pero pudiera surgir el mismo si la finca estuviera enclavada o fuera colindante con terrenos propiedad de la comunidad. Estas circunstancias no se deducen de su descripción, ni tampoco si tiene la consideración de monte protector. Ahora bien, la simple constancia de la cualidad de monte de la finca por sí sola no justifica la exigencia de la notificación fehaciente de su transmisión ni las averiguaciones posteriores que ha efectuado el registrador y que recoge en su informe pueden ser tenidas en cuenta para la resolución de este expediente al no haberse señalado en la nota de calificación.

Resolución de 9-7-2015
(*BOE* 13-08-2015)
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 8

MENCIONES: CANCELACIÓN.

A la hora de calificar, desde un punto de vista registral, la indicación «por cuyo camino tiene derecho de paso el vecino del lado oeste» debe llegarse a la conclusión de que se trata de una simple mención, pues el asiento registral se refiere a un derecho que, pudiendo acceder al Registro, no lo ha hecho —resolución de 1 de febrero de 2010—, conforme al concepto que da el artículo 29 de la LH. El artículo 98 de la misma LH determina que los derechos personales no asegurados especialmente, las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada no tendrán la consideración de gravámenes a los efectos de esta Ley y serán cancelados por el registrador a instancia de parte interesada, por lo que el recurso ha de ser estimado.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.ª DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 26-5-2015
(*BOE* 3-7-2015)
Registro Mercantil de Mallorca

TRANSFORMACIÓN. PATRIMONIO-CAPITAL.

En un transformación hay que compaginar el interés social en continuar la personalidad jurídica bajo una nueva forma societaria con el interés de los

socios, a quienes se les reconoce el derecho de separación, y con el de los titulares de derechos especiales, a quienes se les atribuye derecho de separación, ampliándoseles a todos ellos y a los acreedores el derecho de información y de publicidad. Ya no existe en la ley actual el requisito de manifestar expresamente que el patrimonio cubre el capital social, pero no puede reputarse *contra legem* el artículo 220.1.3.º que establece dicha exigencia dado que el requisito de integridad del capital social rige para todas las sociedades. Si la sociedad anónima no tiene, y así resulta del balance aportado, el patrimonio suficiente para cubrir el capital social en la cifra establecida para la sociedad limitada que se constituye, no es posible la transformación a menos que restablezca el equilibrio patrimonial por el procedimiento que sea (reducción para compensar pérdidas, aportaciones de los socios al neto, préstamos participativos…). Si se han producido modificaciones patrimoniales posteriores a la fecha de dicho balance, no puede estimarse suficiente la manifestación del otorgante, sino que dicha manifestación deberá ir respaldada por el informe que sobre tales modificaciones exige el artículo 9.1.2.º *in fine* de la Ley 3/2009.

Resolución de 5-6-2015
(*BOE* 9-7-2015)
Registro Mercantil de Valencia III

ESTATUTOS. PRESTACIÓN ACCESORIA.

Se debate si la siguiente cláusula que se contiene en los estatutos es o no una prestación accesoria y, por tanto, debe expresarse su carácter gratuito o retribuido: «los socios no podrán ejercer por cuenta propia o ajena actividades que coincidan con el objeto social o impliquen alguna especie de solapamiento con su actividad, de no mediar acuerdo unánime de los concurrentes. El incumplimiento de esta prohibición dará lugar a la indemnización de los daños y perjuicios causados y además en concepto de pena convencional a la pérdida en beneficio del otro socio del dividendo del ejercicio en el que se haya producido la infracción y de los dos siguientes». En la escritura de constitución de una sociedad cabe distinguir:

— los pactos propiamente contractuales entre los socios fundadores, dirigidos a surtir efectos entre los mismos y cuya modificación requiere el consentimiento de todos los contratantes (arts. 1091 y 1258 del CC).
— los pactos de contenido organizativo o corporativo, que en esencia miran a la configuración de la posición de socio y al funcionamiento de los órganos sociales, tienen eficacia *erga omnes* «pues alcanzará a terceros que no intervinieron en su redacción» y su modificación se rige por el sistema de mayorías reforzadas (con algunas excepciones en atención al principio de igualdad de trato entre los socios, al de necesidad de consentimiento del socio para imponerle nuevas obligaciones y al respeto de los derechos individuales).
— los pactos de organización societaria inicial, como puede ser el relativo a la determinación del modo concreto en que inicialmente se organice la administración, en caso de que se prevean diferentes alternativas, o el de especificación de la identidad de la persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y representación social, que pueden

ser modificados conforme al principio de mayoría que rige los acuerdos ordinarios.

— Aunque se admitiese que la cláusula debatida es una mera obligación entre socios, su inclusión formal en los estatutos, sin expresar su carácter corporativo o meramente convencional sería contraria a la exigencia de precisión y claridad de los pronunciamientos registrales. Por otra parte, si lo que estipulan los socios es un mero pacto convencional entre ellos, y aunque se configurase como uno de los llamados pactos parasociales, tampoco podrían acceder al Registro, por su propia naturaleza extrasocietaria o extracorporativa, sin que se trate de uno de los supuestos en que se permite dicho acceso, como ocurre con los llamados protocolos familiares. Finalmente, el Centro Directivo interpreta la disposición estatutaria debatida como una obligación de carácter corporativo, apuntando además que la prohibición de competencia junto a la de suministro de materias primas constituyó históricamente una de las modalidades más frecuentes de prestación accesoria. Por ello deben cumplirse los requisitos establecidos para las mismas.

Resolución de 9-6-2015
(*BOE* 29-7-2015)
Registro Mercantil de León

CUENTA ANUALES. AUDITOR. INFORME.

Se trata de una sociedad no obligada a verificación contable que solicita el depósito de sus cuentas aprobadas por la junta y acompaña informe de verificación efectuado por un auditor nombrado voluntariamente por el órgano de administración. En el informe el auditor afirma que, debido a determinadas limitaciones y con independencia de determinadas salvedades, no puede expresar opinión. Tratándose de una sociedad obligada (por sus caracteres o por solicitud del socio minoritario) el Registrador debe analizar si con el informe aportado se da satisfacción al interés de socios y terceros o de un socio minoritario. Pero, en este caso, al no estar la sociedad obligada a presentar el informe voluntariamente, no existe interés protegible que pueda justificar el rechazo al depósito de las cuentas.

Resolución de 10 de junio de 2015
(*BOE* 27-7-2015)
Registro de Bienes Muebles de Badajoz

HIPOTECA MOBILIARIA. MINAS.

Las minas son bienes de demanio público según los artículos 334.8 y 339.2º del Código Civil y 2 de la Ley de Minas 22/1973 y también son mueble inmuebles los derechos concesionales que sobre las mismas se otorguen por la Administración competente, por lo que el Registro competente para la inscripción de la autorización del aprovechamiento de los recursos mineros de la sección A, así como la hipoteca sobre dicho aprovechamiento, es el Registro de la Propiedad y no el de Bienes Muebles.

Resolución de 15-6-2015
(*BOE* 10-8-2015)
Registro Mercantil de Zaragoza I

JUNTA. CONVOCATORIA. FORMA. CUENTAS. CAPITAL SOCIAL.

Se trata de una junta convocada conforme a la cláusula estatutaria contenida en una escritura de elevación a público de acuerdos de modificación de estatutos que no ha sido inscrita, al ser calificada como defectuosa por entenderse que la junta que adoptó el cambio estatutario no fue válidamente convocada. No cabe por tanto admitir esa forma de convocatoria no inscrita. El principio de prioridad contenido en el artículo 10 RRM impide el depósito de unas cuentas en las que consta un capital social que no se corresponde con el que consta inscrito en el Registro.

Resolución de 16-6-2015
(*BOE* 10-8-2015)
Registro Mercantil de Zaragoza I.

JUNTA. CONVOCATORIA. FORMA.

Siendo el régimen legal de convocatoria de carácter imperativo, solo cabe establecer en los estatutos como sistema sustitutivo del mecanismo legal los procedimientos individuales y por escrito. Según la actual redacción del artículo 173 LSC no cabe, por tanto, fijar en estatutos como sistema el de anuncio en un periódico aunque este sea uno determinado. No puede aceptarse como válidamente convocada la junta si se ha hecho conforme al pacto estatutario inscrito, de acuerdo con lo admitido anteriormente por la ley, de anuncio en el «Heraldo de Aragón». La resolución incluye una serie de argumentos para ello. Básicamente que, aunque no se ha establecido una expresa obligación de adaptación de los estatutos a cada una de las versiones del artículo 173 LSC, tampoco hay previsión legal que mantenga la validez de los pactos estatutarios inscritos contrarios a la imperatividad de la norma. Ello dejaría a la voluntad de los interesados la aplicación de una disposición imperativa.

Resolución de 18-6-2015
(*BOE* 10-8-2015)
Registro Mercantil de Cádiz

SOCIEDAD LIMITADA DE FORMACIÓN SUCESIVA.

No es aplicable el régimen de sociedades de formación sucesiva regulado en el artículo 4.bis de la LSC a sociedades que, teniendo un capital social al menos igual al mínimo, pueda este encontrarse pendiente de desembolso. Se trata de sociedades que deben tener un capital social que, siendo inferior al mínimo legal, esté totalmente desembolsado.

Resolución de 25-6-2015
(*BOE* 10-8-2015)
Registro Mercantil de Madrid IX

AUDITOR. DESIGNADO POR EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN. CIERRE REGISTRAL. CUENTAS ANUALES.

El cierre del Registro constituye una sanción contra la sociedad por el incumplimiento de una obligación legal que se establece en el artículo 282 LSC. La sanción solo se levanta en los supuestos contemplados en la Ley cuyo contenido desarrolla el artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil. El nombramiento voluntario de auditor llevado a cabo por el órgano de administración no se encuentra entre las excepciones al cierre del folio registral. Presentada una solicitud de inscripción de nombramiento de auditor voluntario por el órgano de administración por sociedad no obligada a verificación contable en conflicto con una solicitud de designación realizada por socio minoritario en ejercicio de la facultad reconocida en el artículo 265.2 LSC, el registrador debe actuar de acuerdo a la doctrina de la DG. No frustra el derecho del socio el origen del nombramiento —judicial, registral o voluntario— dados los principios de objetividad, independencia e imparcialidad que presiden la actividad auditora. Pero para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario, el nombramiento debe ser anterior a la presentación en el Registro de la instancia de solicitud del socio minoritario y que se garantice su derecho mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del informe o mediante su incorporación al expediente.

Resolución de 2-7-2015
(*BOE* 12-8-2015)
Registro Mercantil de Jaén

AUDITOR. INFORME. OPINIÓN.

Es competencia del registrador mercantil determinar el valor del informe del auditor a los efectos de practicar operaciones en el Registro Mercantil, analizando si con el mismo se cumple o no con la finalidad prevista por la legislación de sociedades y se respetan debidamente los derechos del socio cuando se ha instado su realización. Pueden ser expresados cuatro tipos de opiniones técnicas: favorable, con salvedades, desfavorable y denegada. No hay cuestión cuando el informe contiene una opinión favorable o favorable con salvedades pues ambos supuestos implican la afirmación del auditor de que el informe que suscribe conlleva que las cuentas analizadas expresan la imagen fiel del patrimonio social, de su situación financiera y, en su caso, del resultado de las operaciones y de los flujos de efectivo (arts. 3.1.c la Ley de Auditoría y 6.1 de su Reglamento). Tampoco es problemática la evaluación del supuesto de informe con opinión desfavorable. Entre estos dos grupos de supuestos se encuentra aquel en que el informe contiene reservas de las que resulte una opinión denegada, supuesto al que se asimila aquel en que el auditor se abstiene de emitir opinión. En estos supuestos no existe una opinión desfavorable, sino una declaración de que el auditor no se pronuncia

técnicamente en función de las salvedades o incertidumbres señaladas. No toda opinión denegada implica necesariamente el rechazo del depósito de cuentas. No procede el depósito cuando la falta de opinión derive del incumplimiento por parte de la sociedad de su obligación en materia de formulación de las cuentas y de su obligación legal de colaboración con el auditor designado. Más compleja es la situación en que las reservas expresadas en el informe no vienen referidas a la falta de aportación de información por la sociedad sino a otras cuestiones más difíciles de evaluar. Debe procederse al depósito siempre que, a pesar de la existencias de reservas, el informe de verificación no implique una afirmación de que las cuentas no son fiables, de que no reflejan el estado patrimonial de la sociedad y sus estados financieros (por referirse a cuestiones tales como la evolución del mercado o la posibilidad de realización de activos en el futuro), que impiden pronunciarse técnicamente al auditor pero que no comprometen su fiabilidad.

Resolución de 6-7-2015
(*BOE* 12-8-2015)
Registro Mercantil de Alicante IV

CUENTAS ANUALES. CONCURSO. CERTIFICACIÓN DE ACUERDOS.

Nombrada y vigente la administración concursal en los supuestos en que ello implique la suspensión de las facultades del deudor, solo a esta corresponderá la facultad de certificar los acuerdos de la junta, previa la inscripción de su cargo. Es procedente la expedición de la certificación por los administradores sociales en fecha anterior a su cese, y con cargo inscrito y vigente en el Registro al tiempo de la firma o emisión de la misma. Pero es necesario acreditar el consentimiento, conocimiento o intervención de las cuentas presentadas a depósito por la administración concursal, en este caso, toda vez que a la fecha de su presentación consta en el Registro el cese de los anteriores administradores sociales, que han sido sustituidos por una administradora concursal cuyo nombramiento y vigencia resulta del Registro mismo.

Resolución de 9-7-2015
(*BOE* 13-8-2015)
Registro Mercantil de Madrid VIII

CUENTAS ANUALES. SUCURSAL DE SOCIEDAD EXTRANJERA.

No puede practicarse la inscripción de un poder general otorgado por la sucursal en España de una sociedad extranjera al hallarse el folio de la sucursal cerrado por falta del depósito de las cuentas correspondientes al ejercicio anterior. Los artículos 375 y 376 del RRM prevén la obligatoriedad del depósito hasta el punto de hacer necesaria la formulación de cuentas específicas para la sucursal cuando se produzca el supuesto previsto en el último artículo citado, es decir, en el caso de que la legislación de la sociedad extranjera no preceptuase la elaboración de las cuentas a que se refiere el artículo anterior o la preceptuase en forma no equivalente a la legislación española.

Resolución de 10-7-2015
(*BOE* 13-8-2015)
Registro Mercantil de Málaga II

APORTACIÓN DE BIENES A SOCIEDADES. ACTIVOS ESENCIALES.

En el supuesto contemplado se constituye una sociedad de responsabilidad limitada, con aportación dineraria de 5.000 euros realizada por otra sociedad limitada, representada por su administrador único y se suspende la inscripción solicitada porque, al no constar la autorización de la junta general ni expresarse por el administrador de la sociedad aportante que los activos aportados no son esenciales, se infringe la norma del artículo 160.f) de la Ley de Sociedades de Capital. El artículo 160 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital no ha derogado el artículo 234.2 del mismo texto legal, por lo que la sociedad queda obligada frente a los terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave. No existe ninguna obligación de aportar un certificado o de hacer una manifestación expresa por parte del administrador de que el activo objeto del negocio documentado no es esencial, si bien con la manifestación contenida en la escritura sobre el carácter no esencial de tal activo se mejora la posición de la contraparte en cuanto a su deber de diligencia y valoración de la culpa grave. No obstante, la omisión de esta manifestación expresa no es por sí defecto que impida la inscripción. En todo caso el registrador podrá calificar el carácter esencial del activo cuando resulte así de forma manifiesta (caso, por ejemplo, de un activo afecto al objeto social que sea notoriamente imprescindible para el desarrollo del mismo) o cuando resulte de los elementos de que dispone al calificar (caso de que del propio título o de los asientos resulte la contravención de la norma por aplicación de la presunción legal).

Resolución de 10-6-2015
(*BOE* 27-7-2015)
Registro de Bienes Muebles de Badajoz

HIPOTECA MOBILIARIA. MINAS.

Las minas son bienes de demanio público según los artículos 334.8 y 339.2º del Código Civil y 2 de la Ley de Minas 22/1973 y también son mueble inmuebles los derechos concesionales que sobre las mismas se otorguen por la Administración competente, por lo que el Registro competente para la inscripción de la autorización del aprovechamiento de los recursos mineros de la sección A, así como la hipoteca sobre dicho aprovechamiento, es el Registro de la Propiedad y no el de Bienes Muebles.

Resolución de 26-6-2015
(*BOE* 11-8-2015)
Registro de Bienes Muebles de Granada

INMATRICULACIÓN DE VEHÍCULO. TÍTULO. USUCAPIÓN.

Se pretende la inmatriculación de un vehículo en base a una instancia presentada por quien dice ser titular del mismo por donación verbal y por usucapión.

La titularidad que reclama el solicitante no viene amparada ni por el consentimiento del titular según el Registro Administrativo ni por una resolución firme en procedimiento dirigido contra él. En cuanto a la usucapión, la mutación sin causa negocial como consecuencia de la prescripción exige una determinación de los hechos y de su valoración jurídica, que escapa por completo de la función registral y que corresponde a los Tribunales de Justicia.

Resoluciones publicadas en el *DOGC*

por María TENZA LLORENTE

Resolución 1726/2015 de 14-7-2015
(*DOGC* 31-7-2015)
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 1

PROHIBICIÓN DE USOS TURÍSTICOS: EN CASO DE OPOSICIÓN, NO ES INSCRIBIBLE

En cuestión procedimental, la Dirección reitera que, versando el recurso sobre preceptos de Derecho civil catalán sobre bienes inmuebles sitos en Cataluña, la Dirección, la competencia a su favor no admite dudas. Sobre esta cuestión ha tenido ocasión de reiterar en multitud de resoluciones, a fin de deslindar las facultades de ambas. En cuanto a la falta de acreditación de la representación para recurrir, de conformidad con el artículo 325 letra a) de la LH, aplicable por la remisión contenida en el artículo 3.1 de la Ley 5/2009, de 28 de abril, señalar que el Centro Directivo se muestra partidario de una tesis flexible, pues entiende que para acreditar tal condición no es necesario aportar escritura pública, y basta con un escrito del representado cuya firma haya sido ratificada ante el registrador, dada la flexibilidad con que se desenvuelve el procedimiento registral en general, y el del recurso gubernativo en particular, sobre todo como consecuencia de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre. En definitiva, de haberse advertido hubiera podido subsanarse, pues en tal caso el escrito debe interpretarse como una ratificación, una convalidación retroactiva, de lo actuado por el representante (resolución de 21 de octubre de 2011). Asimismo, la resolución 21 de enero de 2015 reitera la doctrina de que el otorgamiento de las facultades que acreditan la legitimación del recurrente puede hacerse después de presentado el recurso por quien no acreditó suficientemente sus facultades representativas. En cuanto al fondo, la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas tuvo ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión en las resoluciones de 21 de octubre de 2010 y 28 de octubre de 2013; 9 y 14 de octubre de 2014, a cuyo comentario es preciso remitirse y 7 de enero de 2015. En esta última, más concretamente en el Fundamento Jurídico 2.2 y con referencia a la resolución de 14 de octubre de 2014, analiza la interpretación de la voluntad de los propietarios notificados que no se oponen en el sentido de que «la ley atribuye directamente a su actitud —la del propietario no asistente a la

Junta que no se opone al acuerdo, a qué se refiere el artículo 553.26.2 CCC— el sentido de una declaración de voluntad en sentido positivo que se equipara con el consentimiento al cual se refiere el artículo 553.25.4 del CCC». De esta manera, la regulación del CCC distingue dos situaciones diferentes con respecto al régimen jurídico de la adopción de acuerdos, según si los propietarios asistieron a la Junta en que se adoptó el acuerdo o no. Si asistieron, se aplica el artículo 553.25.4 CCC, que exige que el propietario o los propietarios afectados consientan expresamente el acuerdo, siendo necesaria una declaración de voluntad expresa e inequívoca de aprobación del acuerdo limitativo, sin que pueda considerar la abstención como una manifestación en este sentido. Pero esta exigencia de consentimiento «expreso» no siempre es necesaria: solo opera en el ámbito del artículo 553.25.4 CCC, con relación a los acuerdos adoptados en una Junta a la cual asisten los propietarios convocados. En cambio, si los propietarios no asisten a la reunión, el régimen jurídico al que se sujetan es otro, el previsto en el artículo 553.26.2 CCC. En los casos de oposición, recae sobre la comunidad la carga de demandar a los titulares disidentes al amparo del artículo 553.40 (resolución de 28 de octubre de 2013). Por tanto, en los casos de oposición, no es posible la inscripción de los acuerdos de comunidades de propietarios que prohíban el uso turístico de la finca.

Resolución 1744/2015 de 14-7-2015
(*DOGC* 1-8-2015)
Registro de la Propiedad de Granollers, número 2

DACIÓN INOFICIOSA: TRACTO SUCESIVO. RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIA, NOTIFICACIONES.

En cuanto al fondo, de conformidad con el principio de tracto sucesivo y de legitimación registral (arts. 20 y 38 de la LH) una escritura en la que no comparecen los titulares registrales y donde no existe un pronunciamiento judicial que declare la ineficacia de la transmisión operada en la que estos no hayan sido parte no es inscribible. Es de tener en cuenta que en este principio se entronca según doctrina reiterada del Centro Directivo manifestación a su vez del principio de tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 de la Carta Magna. Así lo recuerda el Centro Directivo, en numerosas resoluciones (así, resolución 14 de octubre de 2006, de 14 de febrero de 2008, 30 de mayo de 2009, 5 de octubre de 2009,19 de abril de 2010, Fundamentos de Derecho 2 y 3 de la resolución 27 de abril de 2012, 13 de febrero de 2013 y 23 de mayo de 2013 o 17 de junio de 2013 y 22 de julio de 2013, por todas STS 21 de octubre de 2013, 25 de noviembre y 26 de diciembre de 2014). Según resolución de 14 de julio de 2011, en el Fundamento de Derecho Tercero explica los antecedentes históricos y la raíz de este principio, entroncado con el de fe pública registral, en cuanto a la tutela que, respecto de los adquirentes posteriores, resulta del artículo 34 de la LH. La Dirección General indica que si bien es cierto que el artículo 34 de la LH no es una excepción del 33, como se recogía en la LH de 1909, y en la primera LH de 1861 y que fue modificado en la reforma de 1944-46, donde ambos artículos 33 y 34 quedaron deslindados. El artículo 33, al expresar que la inscripción no convalida los actos nulos refleja que nuestro sistema registral no es de fuerza convalidante. Así también, en la resolución de 22 de marzo de 2006 de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas

de Cataluña, se señala que la falta de tracto sucesivo es obstáculo que impide la inscripción. Más concretamente, el artículo 37 de la LH dispone que las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley. Comoquiera que no se hallaba en los supuestos exceptuados por la propia LH y por los efectos propios de la inoficiosidad, que es la reducción, esta inscripción resultaba improcedente. Así, para un supuesto en que se declaró nula una donación en causa penal, la resolución de 2 de febrero de 2005 confirma la nota de denegación por falta de intervención del titular registral. La resolución de 14 de enero de 2006 resolvió que no es anotable una demanda presentada en un procedimiento judicial de división de herencia, por la que se pretende, entre otras cosas, la reducción por inoficiosas de las donaciones hechas en vida por el causante, si las fincas figuran inscritas a favor de quienes las compraron a los donatarios, y estos titulares registrales no han sido demandados. En cuanto a cuestiones procedimentales, en primer lugar, la Dirección sigue la tesis restrictiva sobre el objeto del recurso gubernativo, al pronunciarse exclusivamente sobre el problema del tracto sucesivo, de conformidad con el artículo 326 de la LH. Así se lo entiende también el Centro Directivo en resolución 23 de abril de 2014 o 27 de marzo de 2015, entre otras muchas. En segundo término, considera innecesario ahondar sobre su competencia, al tratarse de materia de Derecho foral en su integridad, sin que se susciten las dudas planteadas en otros supuestos de hecho en los que hay concurrencia con instituciones jurídicas de Derecho Civil Común o con materias netamente registrales, por lo que simplemente se remite, a título ejemplificativo, de 22 de mayo, 7 de julio y 18 de septiembre de 2006 u otras posteriores, como la de 18 de septiembre de 2014. Por lo que hace a la notificación a los interesados, señala la Dirección General en resolución de 14 de diciembre de 2014 que la obligación que tiene el registrador de trasladar el recurso a los titulares de derechos presentados no pueda servir de base para reputar como interesados a personas distintas de dichos titulares, según el artículo 327.5 de la LH, que solamente se refiere a los funcionarios que hubieran autorizado el título y no hayan recurrido (resolución de 19 de octubre de 2011). Por su parte, en el Fundamento de Derecho Primero de la resolución de 31 de marzo de 2015 entiende que, conforme al artículo 327, párrafo séptimo, de la LH, no es la decisión de mantener la calificación lo que haya de notificarse a los interesados, sino únicamente la de rectificar dicha calificación con la consiguiente inscripción del título; y, según el párrafo octavo del mismo artículo, la falta de emisión en plazo del referido informe del registrador no impide la continuación del procedimiento hasta su resolución, pero tan solo es a efectos de que puedan ejercer los recursos que estimen procedentes, pero sin que su oposición esté prevista legalmente como defecto que impida la inscripción. En Cataluña, en cambio, el artículo 3.5 impone la notificación a los titulares de los derechos reales presentados, inscritos, anotados o que consten por nota al margen en el registro y puedan resultar perjudicados por la resolución, como regla general, de ahí que esta Resolución lo considere necesario, pese a que por el supuesto de hecho, la ausencia de indefensión no invalidaba su pronunciamiento, al no resultar perjudicial para los titulares. En definitiva, la declaración de inoficiosidad de una donación no implica la ineficacia de una inscripción de donación, sino solo la reducción y, en materia de procedimiento, estima que la falta de notificación de la interposición del recurso si no perjudica a los titulares, aunque sí ha de notificarse la resolución dictada en todo caso.

Resolución 1.745/2015 de 14-7-2015
(*DOGC* 4-8-2015)
Registro de la Propiedad de Sant Boi de Llobregat

PROPIEDAD HORIZONTAL: IDENTIFICACIÓN DE LAS FINCAS. ACUERDOS DE MODIFICACIÓN DE GASTOS DE UNA SUBCOMUNIDAD.

En lo que respecta a la primera cuestión, la doctrina de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas es coincidente con la de la Dirección General de los Registros y Notariado. En efecto, comoquiera que el Registro de la Propiedad tiene como base, según se desprende de los artículos 7 y 243 de la LH, las fincas (sistema de folio real, Fundamento de Derecho Segundo de la resolución de 15 de junio de 2010, con cita de la resolución de 30 de septiembre de 2005), el Centro Directivo señala que todos los documentos inscribibles deben cumplir las exigencias del sistema registral, entre las que está la debida descripción de la finca, pues en estas exigencias están implicados unos intereses que, por afectar al estatuto jurídico de la propiedad inmueble, suponen la protección de los intereses públicos, como son los que imponen la determinación del objeto del derecho a que se refiere la inscripción...). Por tanto, si el objeto está indeterminado, no puede procederse a calificar el documento. En el mismo sentido se pronuncia el Fundamento de Derecho Octavo de la resolución de 21 de julio de 2011 que entiende incluso que el objeto está insuficientemente determinado si solo se aportan los datos registrales de la finca —número, libro, tomo y folio— (resolución de 15 de junio de 2010 o 13 de julio de 2012) en cuanto a la necesidad de determinar los linderos y descripción de fincas resultantes de una división judicial o resolución de 20 de junio de 2013, Fundamento de Derecho Noveno). En análogo sentido, para un supuesto de certificación relativa a la adjudicación de finca en procedimiento administrativo de apremio, indica el Centro Directivo en resolución de 11 de octubre de 2011 (Fundamento de Derecho Segundo), que siendo la finca el elemento primordial de nuestro sistema registral —de folio real—, por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídico real (cfr. arts. 1, 8, 9, 17, 20, 38 y 243 de la LH y 44 y 51.6 del RH), constituye presupuesto básico de toda actividad registral la identidad o coincidencia indubitada entre la finca que aparece descrita en el título presentado y la que figura inscrita en el Registro. Por ello, como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (cfr. resoluciones de 2 de septiembre de 1991, 29 de diciembre de 1992, 21 de junio de 2004 y 10 y 14 de junio de 2010, entre otras), para su acceso al Registro, los títulos inscribibles han de contener una descripción precisa y completa de los inmuebles a que se refieren, de modo que estos queden suficientemente individualizados e identificados (arts. 9.1 de la LH y 51, reglas 1.ª a 4.ª, del RH, resoluciones de 13 de junio y 9 de diciembre de 2014). En esta Resolución, concretamente, siguiendo los pronunciamientos sostenidos en la resolución JUS/1.659/2014, de 2 de mayo de 2014, la Dirección de Derecho y Entidades Jurídicas entiende que las vinculaciones *ob rem* no alteran en modo alguno las propiedades horizontales en que se integran, sino solo el régimen jurídico de los elementos privativos afectados, por lo que no existiendo la propiedad horizontal compleja y no existiendo en consecuencia finca registral constituida por el conjunto de ambas, el régimen previsto por el Libro V para las propiedades horizontales complejas no es procedente. Así, las resoluciones de la Dirección General de los Registros de 15 de noviembre de1994 y de 14 de abril de 2015 confirmaron la negativa a legalizar los libros de actas de un portal no

constituido en subcomunidad. Así, figurando inscrito, en régimen de propiedad horizontal, un edificio con dos portales en cuyos estatutos se preveía que determinados gastos fueran satisfechos solo por los propietarios de cada portal, rechaza la Dirección General la legalización de un libro para cada subcomunidad, pues para admitirlo sería necesario que de los estatutos resultase la existencia indubitada de un órgano colectivo especial permanente que se ocupase solo de los asuntos concernientes a un grupo de propietarios y entiende que solo cabe diligenciar el libro de actas correspondiente a la comunidad general, sin que la existencia del libro fichero a que se refiere el artículo 415.7 del RH vincule la decisión del registrador en orden a la calificación de futuros actos de supracomunidades no constituidas en la forma prevista en la normativa, esto es, el artículo 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio de 1960 o, en el caso de Cataluña, artículos 553.48 a siguientes del Libro V. En cuanto a la necesidad de recabar el consentimiento de los titulares de los locales, señalar que la resolución de 14 de julio de 2015 entiende, en el Fundamento de Derecho Tercero, que el acuerdo de prohibir la instalación de viviendas turísticas en el inmueble propiedad de una Comunidad limita o disminuye las facultades de goce y disfrute de todos los propietarios de las viviendas que constituyen el inmueble, y es aplicable el artículo 553.25.4 de Libro V. Como conclusión, no es posible inscribir los acuerdos adoptados por los propietarios de una escalera que no se halla constituida formalmente como subcomunidad.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Concepto de allegados y el interés superior del menor*

Concept of relatives and the best interests of the child

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular de Universidad Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La Ley concede a los allegados el derecho de relación con los menores. La jurisprudencia ha concretado que son realmente los menores quienes tienen este derecho por su propio beneficio. El juez fijara la extensión del derecho de relación del allegado según el supuesto y el modo de practicarse la relación entre menor y allegado que puede ser distinta en cada supuesto. Podría incluso concederse una modificación del régimen de relación, en cualquier momento por el Juez, otorgándose un grado de flexibilización, a favor del allegado frente al pariente o incluso al abuelo… en beneficio del interés del menor. O, puede ocurrir que el derecho de relación otorgado al allegado sea modificado con posterioridad por el Juez porque surja alguna justa causa que lo impida.

ABSTRACT: The law grants the right of relatives regarding minors. The jurisprudence specified that children really are the ones who have this right for their own benefit. The judge will set the extension of the relationship right, depending

* Este trabajo forma parte de los resultados del Proyecto de Investigación, DER 2011-22469/JURI, subvencionado por el Ministerio de Economía y Competitividad, titulado «Negocios jurídicos de familia: la autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema», dirigido por la Pr.ª. Dra. Dña. Cristina DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, y en el marco del Grupo de Investigación UCM, «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», en cuyos equipos de investigación colaboro activamente.

on the nature of the relationship between the minor and the relative as it can vary in each case. It may be the case of a change of regime granted relationship at any time by the judge, granting a degree of flexibility, in favor of insider versus relative or even grandparent… in the best interests of the child. Or, it may be that the right given to insider relationship is modified by the court after any fair cause to prevent it is found.

PALABRAS CLAVE: Allegados. Principio del interés superior del menor.

KEY WORDS: Relatives. Principle of the best interests of the child.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. MARCO LEGISLATIVO ACTUAL. ANTECEDENTES INTERNACIONALES Y EUROPEOS.—III. JURISPRUDENCIA DEL TEDH.—IV. EL DERECHO DEL MENOR A RELACIONARSE CON SUS ALLEGADOS EN LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS.—V. PRIMEROS INTERROGANTES EN TORNO AL CONCEPTO.—VI. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO.—VII. CONSTATACIÓN DEL BENEFICIO DE LA RELACIÓN ENTRE EL MENOR Y EL ALLEGADO: 1. ¿Es allegado el amigo de la madre? 2. El marido de la abuela si es allegado. 3. La amiga de la madre y de la hermana como allegada 4. La compañera sentimental de la madre del menor. 5. El compañero sentimental que ha ejercido como figura paterna durante la convivencia con el menor.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.—X. JURISPRUDENCIA.—XI. LEGISLACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La STS, Sala Primera, de lo Civil, 320/2011 de 12 de mayo de 2011, de la cual fue ponente ROCA TRIAS[1] ha sido una de las sentencias más decisivas a la hora de otorgar un régimen de *relaciones personales* entre un menor y la antigua compañera de su madre biológica, tomando como centro neurálgico la aplicación del principio constitucional de protección del menor. Uno de los puntos más relevantes de la sentencia ha sido la afirmación de que aunque no puede hablarse de relaciones jurídicas entre el menor y la excompañera de la madre, aquella tiene la categoría jurídica de *allegado* a la que alude el artículo 160 del Código Civil, lo que le da derecho a relacionarse personalmente con el niño. También resulta muy interesante para el estudio que a continuación abordamos la *extensión del derecho* del menor de relacionarse con sus allegados como una cuestión que debe ser decidida por el juez en cada caso.

Resulta llamativo el hecho de que, poco a poco, cada vez la jurisprudencia va teniendo en cuenta esta figura, la del *allegado*, y, con más asiduidad se le otorga una cercanía mayor a los lazos familiares. Así ocurre en el supuesto de la STS de 5 de diciembre de 2013[2], donde se ejercita una acción de reclamación de filiación por posesión de estado por la exesposa de la madre biológica de las niñas. El Tribunal consideró suficiente que la exesposa de la madre biológica prestase su consentimiento respecto a la determinación de la filiación a su favor, y que dicha manifestación se haga antes de que nazca el hijo y no necesariamente ante el encargado del Registro Civil, quedando acreditado adecuadamente el voluntario

consentimiento para la técnica de reproducción asistida y la voluntad concorde de las partes de concebir un hijo. La posesión de estado constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, y refuerza el consentimiento como título de atribución de la paternidad.

Y posteriormente en la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 15 de enero de 2014[3], donde se analiza una acción de reclamación de la filiación por posesión de estado, formulada por la mujer que fue pareja de hecho de la madre biológica del niño, nacido durante su relación de pareja mediante la técnica de reproducción asistida. El ponente, ORDUÑA MORENO, va a estimar el recurso de casación al considerar la posesión de estado como presupuesto para la legitimación del ejercicio de la acción y como medio de prueba de la filiación reclamada. Todo ello al amparo del interés superior del menor[4]. Se insiste en que este interés se proyecta «sobre la protección de la vida familiar alcanza, sin distinción, a las relaciones familiares con independencia, como razón obstativa, de la naturaleza matrimonial o no de la misma, o al hecho de la generación biológica tomado como principio absoluto, en sí mismo considerado, de forma que incide en la existencia del lazo de familiaridad establecido con el niño permitiendo o favoreciendo su desarrollo conforme al libre desarrollo de la personalidad del menor».

De ahí, que consideramos detenernos brevemente en estas páginas en la importancia del *concepto de allegado* y, en todas las cuestiones que en torno al mismo se suscitan.

II. MARCO LEGISLATIVO ACTUAL: ANTECEDENTES INTERNACIONALES Y EUROPEOS

Como ya hemos indicado en otras ocasiones el marco normativo referido al interés del menor surge primero de los Tratados Internacionales. Recordemos cómo primer texto en el que se menciona este principio la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas donde se formulan una serie de principios con el objetivo de reconocer al niño, por su falta de madurez física y mental, una especial protección y cuidado incluyéndose para ello una protección legal efectiva. En él se hace referencia a la *necesidad de amor y comprensión en el menor para poder desarrollar su personalidad, siendo conveniente su crecimiento en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material*.

Posteriormente, la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (es un Tratado Internacional de 54 artículos) reafirma la necesidad de proporcionar cuidado y asistencia especial a los menores por razón de su vulnerabilidad, subrayando la responsabilidad primordial de la familia en su protección y asistencia. Texto adoptado por nuestro país y que así se convierte en garante de las relaciones familiares al ser compromiso de los Estados la preservación de la identidad, incluyéndose la nacionalidad, el nombre y las *relaciones familiares* (art. 8).

La Resolución A3-0172/1992, de 8 de julio de 1992, del Parlamento Europeo, sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño, también consagra esa filosofía que toma como primordial la protección del interés del menor.

Tras la adhesión de España a este Tratado, y la publicación de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, nace la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, cuya Exposición

de Motivos indica que «los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil» por lo que «los poderes públicos han de fomentar la protección integral del menor y la familia en cumplimiento del mandato constitucional del artículo 39 de nuestra Carta Magna». Pero que junto con los abuelos y los parientes introdujo la figura de *allegados*.

Y que se transcribe en el artículo 160, 2.º y 3.º del Código Civil que *no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados.*

En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores[5].

III. JURISPRUDENCIA DEL TEDH

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha modelado el principio de interés primordial del menor como uno de los «derechos humanos» intrínsecamente protegido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos configurándolo como uno de los derechos fundamentales de la persona. La primera jurisprudencia relativa al reconocimiento del «derecho de visita» a favor de los abuelos en Europa es fruto de la «Cour de Cassation» francesa, en la sentencia de 8 de julio 1857[6].

Toda la jurisprudencia que recogemos se refiere al derecho de relacionarse con la familia, pero no en el sentido que estamos analizando en nuestro breve estudio.

El artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño ha asentado el derecho al respeto de la vida privada y familiar, configurando como objetivo primordial impedir la injerencia arbitraria de las autoridades públicas en la esfera personal y familiar del individuo. El TEDH amplió el concepto de vida familiar, al tener en cuenta las relaciones familiares fundadas en el matrimonio, y las relaciones familiares de hecho, donde sus miembros conviven a través de una *estructura que irradia relaciones familiares desde el epicentro hacia fuera del matrimonio*. Así entiende que la mera existencia de lazo biológico podrá no ser suficiente para merecer la protección del artículo 8 y, por otro lado, que la ausencia de lazo biológico no excluye la existencia de vida familiar, desde que los criterios de la efectividad de los lazos interpersonales o de la apariencia de una familia se verifiquen (STEDH de 22 de junio de 1989)[7].

En la STEDH, de 18 de diciembre de 1986[8] que recoge la cuestión importante del respeto a la vida de familia en el artículo 8 del Convenio y se considera que «abarca las relaciones *entre los parientes próximos (e) implica la obligación para el Estado de actuar de manera que les permita desenvolverse normalmente.* Ahora bien, en el caso de autos entiende el Tribunal que el desenvolvimiento normal de los lazos familiares naturales entre los dos primeros demandantes y su hija exige que se la coloque legal y socialmente, en una situación semejante a la de un hijo legítimo».

El TEDH utiliza el término de *allegados* para diversos supuestos pero no para el que estamos analizando, por ejemplo, tras establecer la obligación del Estado de abonar cantidad en concepto de satisfacción equitativa tras el fallecimiento de la recurrente beneficiaria antes de su percepción surge la imposibilidad de ejecutar

la sentencia por la ausencia de designación de herederos o *allegados*[9]. O en el caso de la condena a la revista «París-Match» por la publicación de fotografías del asesinato del gobernador francés sin consentimiento de su familia, en base al respeto de la intimidad y vida privada de sus *allegados*[10]. O ante la ausencia de indemnización del perjuicio moral a los *allegados* de las víctimas de los delitos[11]. O, referida a las condiciones de almacenamiento de los cadáveres en el depósito susceptibles de provocar sufrimiento mental a los *allegados*[12].

IV. EL DERECHO DEL MENOR A RELACIONARSE CON SUS ALLEGADOS EN LAS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS

La modificación del Código Civil ha tenido su reflejo en las *legislaciones autonómicas*.

Así nos encontramos con que en el Código de Derecho foral de Aragón[13], el artículo 60,1.º que regula la *relación personal del hijo menor* se establece que «El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes *y allegados*, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja».

Se configura en Derecho aragonés el derecho de relación con abuelos, parientes y personas allegadas como un derecho propio del menor (de carácter obligatorio) salvo que el interés del mismo lo desaconsejen, a diferencia de lo que ocurre en el Código Civil donde el derecho se enuncia con carácter negativo al indicarse que no se pueden impedir estas relaciones sin justa causa. Y solo en caso de oposición, el juez a petición del allegado si lo considera necesario y en base al interés del menor resolverá según las circunstancias.

Se enmarca también el derecho de relación cuando hay ruptura de la convivencia de los padres estableciendo el mismo orden que el Código Civil. Parece pues, como indica GONZÁLEZ DEL POZO que «…solo será procedente recoger en el pacto de relaciones familiares un concreto régimen de comunicaciones y estancias del menor con sus hermanos, parientes o allegados que no convivan en el mismo domicilio en los supuestos en que, por enemistad del padre con los mismos, o por otras causas, sea imposible el contacto del hijo menor con aquellos cuando permanece con el progenitor de la línea correspondiente»[14].

Y en cuanto a los *efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo*, el artículo 75, 2.º regula su objeto y finalidad afirmando que «(se) pretende que los hijos mantengan la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y *personas allegadas*».

El Libro II del Código Civil de Cataluña[15], concretamente su artículo 236-4, 2 recoge también que «Los hijos tienen derecho a relacionarse con los abuelos, hermanos y *demás personas próximas*, y todos estos tienen también el derecho de relacionarse con los hijos. Los progenitores deben facilitar estas relaciones y solo pueden impedirlas si existe una justa causa»[16].

Además la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, de Cataluña. En su artículo 38-1.º, referido a los derechos de relación y convivencia, indica que «los niños y los adolescentes tienen derecho a vivir con sus progenitores salvo en los casos en los que la separación es necesaria. Tienen también derecho a convivir y a relacionarse con *otros parientes próximos*, especialmente con los abuelos».

En Navarra, la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia[17], en su artículo 44, 1.º referido a

la convivencia y al derecho a la relación entre padres, madres e hijos, se establece que «Los menores tienen derecho a vivir con sus padres y madres, salvo en aquellos casos en los que la separación resulte necesaria, en conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente. Así mismo, tienen derecho a convivir y relacionarse con otros parientes y allegados, en la forma establecida en el artículo 160 del Código Civil, y en particular, con los abuelos».

La Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat valenciana, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 22, referido al derecho a las relaciones familiares, recoge el mismo sentir: «Así mismo, el menor tendrá derecho a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o *allegados*».

V. PRIMEROS INTERROGANTES EN TORNO AL CONCEPTO

El término *allegado* es un término coloquial que según el Diccionario de la RAE significa, en su segunda acepción, y se le califica como «adjetivo dicho de una persona, que es cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza».

Desde luego no tiene un significado jurídico (sentido que atañe al Derecho) hasta que se utiliza por primera vez en una Ley, que además, modifica el Código Civil, en concreto el artículo 160, como ya hemos expuesto. Con esto queremos decir que al introducirse por Ley el concepto y máxime en el ámbito familiar, con la finalidad de proteger al menor, *es conveniente otorgársele un rigor jurídico*, esto es concretar con propiedad y precisión qué se entiende realmente por allegado.

No hay duda de que coloquialmente en principio es un término abierto y abstracto, pero en el contexto de la interpretación literal de la Ley, y preguntándonos por la finalidad de su utilización, entendemos que *el legislador ha abierto variedad y casuismo según las distintas funciones que vaya a desempeñar la persona allegada*, y que siempre va a estar relacionada con la protección del menor y en su beneficio, por lo que debe ser analizada por la Jurisprudencia en cada caso.

La introducción de este término, tras los abuelos[18] y los parientes[19], impone un orden gradual a las relaciones personales siempre pensando en el interés supremo del menor que debe quedar salvaguardado. Eso parece de la interpretación literal del precepto.

Con todo lo indicado entendemos en una primera aproximación que el allegado (adjetivo sustantivado que va unido por los sustantivos que le preceden —abuelos, parientes—) es la *persona que se halla en el círculo o entorno social del menor*.

Y ello porque consideramos que el legislador ha querido preservar y garantizar el entorno del menor, y en su caso específicamente por su vulnerabilidad reducido solo hacia el ámbito o proyección familiar y social. Con el allegado se alcanza, una tercera gradación de proximidad. *Se consigue incluir a una persona no del ámbito familiar directo que puede solucionar, proteger supuestos concretos determinados jurisprudencialmente.*

Además, ha utilizado conscientemente este *término abstracto para garantizar la tutela jurídica del menor en términos amplios, en base a los derechos fundamentales* recogidos constitucionalmente en los artículos 39 CE y 10,2 CE.

Amplitud con perspectiva de futuro, pues hay que tener en cuenta que en una sociedad como la actual donde se va más allá del concepto nuclear de la familia, acudiéndose a situaciones de familias monoparentales, aparece la figura del allegado que, en cierto modo, como ha dicho la doctrina «hace pervivir la

familia in extenso»[20]. Lo que está claro es que *el allegado constituye una auténtica red social sobre la que se podrán asentar unas relaciones personales más garantistas* para la protección del menor.

De este modo podemos decir que el allegado es la persona vinculada al menor por una relación personal, afectiva de confianza y puede que incluso en algún momento haya convivido con él. De las sentencias que a continuación vamos a ver, se puede comprobar cómo el papel del allegado tiene una situación jurídica concreta respecto al menor. Llegados a este punto debemos preguntarnos *si el allegado tiene un estatuto jurídico definido.*

Para llegar a responder este interrogante hay que tener en cuenta varias cuestiones previas. Y ello porque una vez determinada su consideración como figura jurídica, hay que ser conscientes de su *revitalización*, y, además, su *reconocimiento*, ya que no solo hay una legislación general sino también autonómica que lo concreta y confirma.

En este estado de cosas veamos en qué situación se encuentra la Jurisprudencia del Supremo, cual ha sido la evolución jurisprudencial de las resoluciones de las Audiencias que realmente ha ido progresivamente implantándose.

VI. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO

Vamos a comenzar con el primer punto de interés suscitado en torno a los allegados y que hemos indicado en la introducción de este comentario. Nos encontramos ante *el derecho del allegado a relacionarse con el menor*. Hasta ahora solo se había hablado de este derecho para ceñirlo al supuesto de los abuelos, y concretado en el derecho de visita de estos cuando los padres estaban separados, o falta alguna figura materna o paterna.

Así, una de las primeras sentencias en las que se establece el derecho de visita de los abuelos maternos tras el fallecimiento de la madre, se produce en la STS de 23 de noviembre de 1999[21]. En su FJ 2.º las importantes alegaciones de los abuelos señalan que «difícilmente se puede argumentar que vetar esta relación personal con los abuelos beneficia al hijo y nieto de ambos, respectivamente; más bien aparece a lo largo del proceso el interés del padre para alejar a su hijo de aquellos que, necesariamente, pueden ubicarle en la cotidiana realidad de su madre ya irremediablemente perdida, pero cuyo recuerdo no se puede pretender hurtar a la memoria del hijo, como factor fundamental para el desarrollo de su personalidad».

En la STS de 11 de junio de 1996[22], se determina que el menor pernocte en su casa, pero que se mantengan los contactos que «por orden natural se corresponden con los deseos de los abuelos, sin necesidad de abandonar el domicilio por más tiempo que el estrictamente necesario para que las relaciones con sus abuelos no se pierdan»[23].

Al tiempo, ha de tenerse presente, que, como recoge la sentencia del TS de 17 de septiembre de 1996[24], la valoración de los hechos corresponden a los juzgados de primera instancia y se determinan cuales son las circunstancias más favorables al menor, sin acceso a la casación[25]. «El interés superior del menor como principio inspirador de todo lo relacionado con él, que vincula al Juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el

control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los jueces pueden adoptar (art. 158 CC) se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la LO 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, aplicable retroactivamente por cuanto se ha dicho, por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas convenciones internacionales vinculan a España…».

Fue la sentencia del TS de 11 de junio de 1998[26], la que pondera la formación integral y la integración familiar y social del menor, indicando que debe mantenerse que las medidas que los jueces pueden adoptar, *ex* artículo 158 del Código Civil, se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales… En esta sentencia ya se amplía la visión del derecho de visita estricto de la abuela y evoluciona hacia el derecho de comunicación consistente en no solo el derecho de visita[27].

En la STS, de 20 de septiembre de 2002[28] continúa indicándose la necesidad de que el ejercicio del derecho de visita no dependa de una actitud personal del padre —que siente animadversión hacia la familia de su esposa tras el fallecimiento de esta—, máxime cuando las relaciones entre las niñas y sus familiares eran buenas y les beneficia en gran medida. De ahí que se otorgue *el derecho de los abuelos y de los tíos* a relacionarse con sus nietos, ya que «no puede ni debe limitarse (el régimen de comunicación) a los (parientes) pertenecientes a una sola línea…»[29].

En el apartado tercero del Auto del TS Sala Primera, de lo Civil, de 1 de julio de 2003[30], se cita como precepto legal infringido el artículo 160 del Código Civil, alegando la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el concepto de *allegados* de fecha 23 de noviembre de 1999[31].

A pesar de los años… la Jurisprudencia mantiene el mismo criterio como puede verse en las últimas. STS que tratan este tema. Así la STS de 24 de mayo de 2013[32], y la STS de 14 de noviembre de 2013, que fija las estancias de los menores con sus abuelos y tíos paternos tras fallecer su padre. El superior interés de los niños aconseja la potenciación de las relaciones familiares, desempeñando los abuelos un papel enriquecedor en el desarrollo personal y familiar de sus nietos[33].

En cuanto a la doctrina de la *jurisprudencia menor* sigue la línea dictada por el TS en el sentido de entender las relaciones beneficiosas para los menores (SAP de Lérida de 28 de febrero de 2000[34], y SAP de Toledo de 1 de diciembre de 1998[35], SAP de Segovia de 28 de noviembre de 2006[36]) y la SAP de 2 de febrero de 2000 donde se determina que aunque se debe favorecer la relación de los menores con sus abuelos paternos, las tensas relaciones entre estos y la madre de los pequeños, y la incomodidad manifestada por los menores acerca de la pernocta fuera de su domicilio y lejos de la madre, determinan una reducción del régimen de visita[37].

La SAP de Segovia, de 17 de enero de 2011[38] con contundencia entiende que no procede la fijación del establecimiento de un régimen de visitas de los abuelos porque existe causa justificada para rechazar las visitas interesadas ya que hay una oposición de los progenitores y de los propios nietos (de 14 y 17 años) a las mismas. Todo ello en atención al superior interés de los menores. No se acredita que los padres estén dando una educación y cuidados inadecuados a sus hijos, y

no consta que estos sufran una situación de alienación o privación por el hecho de no ver a sus abuelos o que carezcan de madurez para expresar su opinión[39].

En el mismo sentido se reafirma la línea jurisprudencial del TS en su sentencia de la Sala Primera[40], que no se accede a la petición de los abuelos paternos de establecer un sistema de comunicación con sus nietos, hijos de la demandada ya que concurre justa causa para denegar dicha relación, pues los informes periciales desaconsejan las visitas de los abuelos por ser perjudiciales para los menores. Con ellas evocarían al padre, que está en un proceso penal en el que los niños son los perjudicados, existiendo una orden de alejamiento de ellos[41].

De todo lo expuesto hasta este momento vemos como ha sido la jurisprudencia la que ha entendido y concretado que *el derecho de relacionarse es más amplio que el de visita, de comunicación de estancia* y se aplica en cualquier relación afectiva, independientemente de que haya crisis o no entre los padres… (Se encuentra ubicado en el Libro I, Título VII «De las relaciones paterno-filiales», Capítulo Primero «Disposiciones generales»)[42].

Derecho que generalmente se otorga a los abuelos y tios (como parientes próximos). Así, la SAP de Toledo de 1 de diciembre de 1998[43] a favor de los abuelos y tía materna y, la SAP de Valencia de 26 de octubre de 1999 donde se analiza la solicitud de la tía del régimen de visitas a su favor para poder ver así a su sobrina, hija de la demandada al haberla criado desde que era pequeña[44].

También hemos visto que según el dictado del precepto legal se otorga el derecho de relacionarse salvo que exista justa causa que lo impida. ¿Cuál es pues la *justa causa necesaria para impedir el derecho a relacionarse con los menores*? Incluiríamos, desde luego, todas aquellas relaciones negativas para el menor, que además va evolucionando con el cambio de la sociedad, y con el Derecho de Familia.

La Jurisprudencia ha sido la encargada de establecer las líneas de la justa causa, pero siempre en relación con los abuelos o parientes: el Auto de la AP de Santa Cruz de Tenerife de 17 de octubre de 1989[45] concreta que la simple negativa del niño no es causa suficiente para denegar tal derecho, y mucho menos las malas relaciones entre uno de los progenitores y los abuelos del otro progenitor[46]. En este caso el cambio definitivo se produce con la introducción del principio del interés supremo del menor, pues será el Juzgador quien deberá ponderar en cada supuesto específico si las tensas relaciones entre los padres y los abuelos son beneficiosas o no para el menor[47]. No obstante los PEF ayudan a resolver estas cuestiones, potenciándose las relaciones de abuelos y parientes con el menor[48]. Así se configura como un derecho de los propios menores en su beneficio[49].

Así pues, no es hasta el 2014, cuando nos encontramos con la SAP de Sevilla, Sección 2.ª, de 31 de julio de 2014[50], momento en el que de los abuelos y parientes, pasamos a encontrarnos con la figura de los *allegados*. Sentencia que sigue la del TS de 12 de mayo de 2011 y puntualiza que para *establecer una relación del menor con sus allegados, se debe tener presente el derecho efectivo que tiene el menor de relacionarse con aquellas personas con las que le une una relación afectiva*, pues así se recoge en el artículo 160 núm. 2 del Código Civil, acudiendo a la definición de una persona cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza.

Determina además los criterios para poder entender y concretar al allegado y examinar si es posible que existan las relaciones entre el mismo y el menor, indicando que en todos los supuestos hay que partir de:

1.º Determinar si el apelante tiene o entra dentro del concepto de allegado.

2.º Si por su relación con el menor tiene derecho a continuar o reiniciar la relación.
3.º Si existe alguna causa objetiva para impedir esa relación.
4.º Y finalmente si el apelante tiene ese derecho de relación con el menor, cual es la extensión adecuada atendiendo a las concretas circunstancias.

En resumen, tras ver si se está dentro del concepto de allegado el problema reside en *probar y concretar* cómo se aplica al caso la cercanía o proximidad en amistad, trato o confianza.

VII. CONSTATACIÓN DEL BENEFICIO DE LA RELACIÓN ENTRE EL MENOR Y EL ALLEGADO

El término allegado y su derecho a relacionarse se debe producir cuando se constata que esa relación es beneficiosa para el menor, lo cual, y respecto a los abuelos, salvo excepciones, es siempre beneficiosa, pues ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular[51]. El caso de los abuelos es diferente pues se constata su importancia en la propia Exposición de Motivos de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre de 2003.

Teniendo en cuenta que los abuelos son una figura jurídica clara con un concepto claro desempeñan un papel fundamental de cohesión y de transmisión de valores en la familia; esta situación privilegiada, junto con la proximidad en el parentesco y su experiencia, distingue a los abuelos de otros parientes y allegados.

El Derecho de Familia está en continua evolución, y así lo pone de manifiesto ROCA TRÍAS, ponente de la STS de 12 de mayo de 2011 al indicar que el sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales.

La cuestión, una vez determinado que el sujeto puede configurarse como allegado, debe probarse. La propia Jurisprudencia entiende que la cuestión tiene su dificultad pues el término allegado no ofrece ni objetividad, ni seguridad, pues en él cabe incluir a todas las personas que han tenido trato próximo con el menor, y ello, de hecho, podría afectar a la necesaria estabilidad que necesita en su vida diaria.

SANCHO REBULLIDA entendió que «el término allegado carece de una significación jurídica unívoca; parece que, no existiendo justa causa para impedir esta comunicación, el simple interés del menor o del tercero por tenerla ya convierte al tercero en allegado»[52].

Hoy creo que la Jurisprudencia ha descrito con mayor precisión el término allegado pues no basta que el simple interés del tercero en tener este derecho convierta al tercero en allegado.

1. ¿Es allegado el amigo de la madre?

La SAP de Sevilla, Sección 2.ª, de 31 de julio de 2014 estudia el supuesto en el que la madre del menor tuvo una estrecha relación de amistad con un sujeto con quien no hubo intención de formar una familia. Como consecuencia de

esa amistad con la madre, tuvo una relación con el menor hasta el año en que rompieron su amistad, pero no ha vuelto a estar o relacionarse con él de modo que se ha producido un prolongado periodo de falta de relación.

Bajo el prisma del interés del menor, no se considera que en nada pueda beneficiarle reiniciar una relación con quien fue un buen amigo de su madre, pues no se le puede atribuir la condición de padre, pero *tampoco de allegado del artículo 160 del Código Civil*.

No basta para ser considerado allegado el que hubiera llevado en ocasiones al menor a la guardería o que este hubiera estado con la familia de Victorino algún fin de semana. Solo existió una relación de amistad entre la madre y él, ayudando este en algunas ocasiones a la madre en sus tareas, que generó sin dudas una relación afectiva, que se truncó cuando se produjo la ruptura de la relación con la madre[53].

2. El marido de la abuela si es allegado

La SAP de Málaga de 1 de diciembre de 2010[54], incluye como allegado al marido de la abuela paterna en el sistema de visitas establecido a favor de esta. Siguiendo al artículo 160.2 del Código Civil, que no reduce la relación del menor estrictamente a sus abuelos, sino que se refiere a otros parientes y allegados.

De esta manera se incardina en el *concepto de allegado de aquellas personas cercanas que tengan cierto grado de vínculo afectivo con el menor*. El considerar al sujeto como abuelo político o por afinidad del niño, y tan allegado a la familia que ha convivido con la abuela y con el padre del menor desde que tenía 3 años y tiene una hija con aquella. No supone problema para su inclusión en la figura de allegado por asimilación a la del abuelo.

3. La amiga de la madre y de la hermana como allegada

La SAP de Málaga, de 16 de febrero de 2012[55], estudia un supuesto en que dos amigas se conocieron por motivos laborales en el año 1992, entablando una relación que las llevó a convivir juntas con la hermana de la demandada. Compraron un terreno y se construyeron una casa en el año 2002 en la que continuaron conviviendo desde el año 2004. Año en que Remedios decidió tener una hija por inseminación artificial que nació en 2005, siendo inscrita en el Registro Civil a nombre exclusivo de la madre, pero insertándose en el núcleo familiar de las litigantes y de la hermana de la demandada, que asumieron roles en la crianza y cuidado de la pequeña Lucía, hasta que la convivencia se rompió en el año 2008. No obstante, continuó la relación a través de las visitas que dos tardes cada semana tenía la actora con la menor, hasta que a mediados del año 2009 prohibió la madre a la actora visitar a la menor.

El ponente con buen criterio entiende que «con estos antecedentes no puede negarse la condición de allegada a la demandante, que acciona para el establecimiento de un régimen de visitas, sin que el ejercicio de esta acción pueda verse desde el punto de vista que adopta la recurrente en cuanto a que la actora consiga un derecho sobre la menor que no le corresponde, sino que, por el contrario, ha de contemplarse también el derecho de la menor a seguir *relacionándose con la adulta a la que considera una segunda mamá,* de forma que la ruptura entre los adultos no le puede perjudicar *privándole sin causa que lo justifique de todo*

contacto con esa persona, con la que le une una estrecha relación afectiva, supuesto de hecho previsto en la norma y de plena aplicación al caso enjuiciado, sin que para la menor sea equiparable un no pariente con un extraño, es más, un pariente sería un extraño si no hubiera tenido contacto previo con él…».

4. La compañera sentimental de la madre del menor

La SAP de Sevilla de 30 de septiembre de 2008, determina que ostenta la condición de *allegada*, tras acreditar una relación sentimental intensa y prolongada en el tiempo con la demandada, que se inició en la fecha del nacimiento del menor.

Ello justifica el establecimiento del régimen de visitas pretendido, sin que la parte demandada acredite que dicho régimen sea perjudicial para el menor. Considera que el solicitado en la demanda es adecuado dada la relación del menor con la actora y necesario para contribuir al desarrollo integral del mismo: una tarde a la semana, un fin de semana al mes y comunicaciones telefónicas al menos cuatro veces a la semana[56].

5. El compañero sentimental que ha ejercido como figura paterna durante la convivencia con el menor

La SAP de Málaga, Sección 6.ª, de 26 de enero de 2012[57], estudia las alegaciones de una madre que se opone al establecimiento del régimen de visitas de su hijo co*n su excompañero sentimental y padre de su otra hija alegando que tan solo convivió con el menor y su madre durante dos años, … y que se está obligando a un menor a convivir con un extraño pues tras la ruptura del reconviniente con su madre ningún vínculo de parentesco les une, debiendo interpretarse el artículo 160 del Código Civil en el sentido de que los allegados comprende a los familiares pero no al excompañero sentimental de la madre*.

Entiende la Audiencia que el artículo 160 se refiere a los allegados, supuesto que comprendería el presente supuesto. Y ello porque «…del propio tenor literal de este precepto ha de descartarse la tesis recurrente referida a que la norma se refiere a las visitas *de los menores con allegados que a su vez sean parientes por cuanto si esa hubiera sido la intención del legislador no diría «parientes y allegados» al bastar el primero de esos sustantivos según la tesis recurrente, …concepto este de allegado que resultaría redundante el precepto si se identificase solamente con aquellas personas unidas con vínculo de parentesco debiendo considerarse incluidas dentro de él otras personas que no tienen un grado de parentesco,* aunque sí de cierta cercanía, bastando pues ser incluible en la denominación de allegado que se trate de personas cercanas, próximas, con cierto grado de vínculo afectivo con el menor, lo que justificaría las visitas.

Pero es que indica la Audiencia que en este caso hay que tener en cuenta el interés del menor porque «ha de contemplarse *el derecho del menor a seguir relacionándose con el adulto que ha representado su única figura paterna desde su más tierna infancia*, de forma que la ruptura sentimental entre los adultos no puede perjudicar al menor privándosele sin causa que lo justifique de todo contacto con la persona que hasta ese momento hacía las veces de progenitor y con el que le une una estrecha relación afectiva, supuesto de hecho previsto en la norma y de plena aplicación al caso enjuiciado, sin que para el menor sea equiparable un no pariente con un extraño sino que todo lo contrario: un

pariente, por muy cercano que sea, para el menor es un extraño si no ha tenido contacto previo con el mismo… y que con ello se está *beneficiando también a la menor hija de ambos litigantes con la compañía de su hermano*.

Todos los supuestos de hecho descritos anteriormente por la Jurisprudencia menor examinada, son casos en los que el progenitor se niega a que el menor tenga derecho de relación con el allegado. No son supuestos en los que el progenitor proponga en el convenio, por ejemplo, un concreto régimen de relación del menor con el allegado. Esto significa que solo llegará a conocimiento del juez los supuestos en que los allegados den a conocer su existencia, porque si no, es difícil que el juez a petición del Ministerio Fiscal aconseje su establecimiento e imponga el derecho, fijando además su contenido y extensión del derecho entre menor y allegado.

Los supuestos que han llegado a las Audiencias, y que hemos recogido, tienen lugar cuando los progenitores separados o solos constituidos en familia monoparental no están dispuestos a permitir tales relaciones, y por ello se hace necesaria la fijación judicial de un régimen de relaciones del hijo con allegados que no conviven en el hogar monoparental. Vía solicitud del régimen de relaciones en demanda frente al progenitor por el cauce procesal previsto en el artículo 250.1.13.º LEC. O los allegados formularán demanda de juicio verbal al amparo de lo dispuesto en el artículo 160 del Código Civil o precepto foral equivalente.

Una vez conocida su existencia el juez dará audiencia al allegado antes de aprobar el régimen de relación, y, a continuación tras otorgar su consentimiento el allegado, el juez fijará el régimen de relación con el menor.

VIII. CONCLUSIONES

I. El derecho de visita es menos amplio que el derecho a relacionarse con los menores. Su contenido es diferente porque este implica no solo visita sino comunicación, afecto y estancias de mayor o menor entidad en el tiempo.

II. Ambos son derechos de los menores que se otorgan en su beneficio.

III. Hasta el año 2011 se otorgaba en mayor medida a los abuelos y a los tíos por ser parientes en grado próximo al menor con quien se entendía existía una estrecha vinculación.

IV. Los allegados en principio deben probar su conexión, grado de confianza y trato con el menor para poder serles otorgado el derecho. Al no tener lazos familiares en sentido estricto con el menor, el juez deberá examinar en cada caso y siempre pensando en el beneficio del menor su importancia para ser otorgado. Pueden menor y allegado tener un vínculo de afinidad aunque no de consanguinidad porque si no serían parientes.

V. En todos los supuestos, puede haber existido una gran comunicación que se ha cortado y que debe retomarse en interés del menor.

VI. La extensión del derecho de relación del allegado es fijada por el Juez según el supuesto. El modo de practicarse la relación entre menor y allegado puede ser distinta ya que puede no haber progenitor, puede no haber abuelo, puede no haber pariente… o puede primarse su relación frente a otros parientes…

VII. Puede haber supuestos en que es mayor la idoneidad del allegado frente al pariente… porque realmente no hay un orden o gradación… Además, entiendo que el orden establecido por el legislador no tiene carácter imperativo.

VIII. Además podría darse el supuesto de concederse una modificación del régimen de visitas o de relación, en cualquier momento por el juez, otorgándose

un grado de flexibilización, a favor del allegado frente al pariente o incluso al abuelo… en beneficio del interés del menor. O, puede ocurrir que el derecho de relación otorgado al allegado sea modificado con posterioridad por el Juez porque surja alguna justa causa que lo impida.

IX. Una vez obtenida en la primera fase la legitimación como allegado y la posibilidad de instar la ejecución forzosa del régimen… La segunda fase consiste en el otorgamiento del derecho de relación con el allegado, y la concreción de su contenido que lleva consigo el nacimiento de derechos y obligaciones para menor y allegado.

X. Tal vez debería propiciarse un cambio normativo en el sentido de otorgar más fuerza a la figura del allegado, pues cada vez va a ser más frecuente su existencia. Dotarle de un estatuto jurídico propio.

Debería concretarse su derecho a relacionarse con el menor, no como hasta ahora se hace en el precepto del Código Civil, donde el derecho se enuncia con carácter negativo al indicarse que no se pueden impedir estas relaciones sin justa causa. Y solo en caso de oposición, el juez a petición del allegado si lo considera necesario y en base al interés del menor resolverá según las circunstancias. Consideramos que debería partirse del derecho del menor a relacionarse con sus allegados como un beneficio otorgándosele la consideración de derecho propio del menor de carácter obligatorio salvo que el interés del mismo lo desaconsejen.

Derecho que tiene el menor independientemente de que entre sus progenitores haya habido o no ruptura.

IX. BIBLIOGRAFIA

CARBAJO GONZÁLEZ, J. El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil, en *Diario La Ley*, 2000, Ref. D-125, tomo 4, Editorial La Ley.

DE LA TORRE OLID, F. y CONDE COLMENERO, P. Allegados y responsabilidad civil. La red social por Derecho, en *Diario La Ley*, núm. 8426, Sección Doctrina, 21 de noviembre de 2014, Año XXXV, Ref. D-389, Editorial La Ley. (La Ley 8181/2014)

FAYOS GARDÓ, A. y TORRÉ SAURA, A. J. Las relaciones entre los menores y sus abuelos y otros parientes, en *Diario La Ley*, núm. 8459, Año XXXVI, 15 de enero de 2015, Ref. D-17, Editorial La Ley.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P. Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del pacto de relaciones familiares en la Ley de Custodia Compartida de Aragón, en *Diario La Ley*, núm. 7529, Año XXXI, 16 de diciembre de 2010, Ref. D-380, Editorial La Ley

VERDERA IZQUIERDO, B. Anotaciones sobre el régimen de visitas de parientes y allegados, en *Diario La Ley*, núm. 5669, Sección Doctrina, 4 de diciembre de 2002, Año XXIII, Ref. D-253, p. 1569, tomo 7, Editorial La Ley. (La Ley 3967/2002).

X. JURISPRUDENCIA

- STS, Sala Primera, de lo Civil, 90/2015 de 20 de febrero de 2015, Rec. 1320/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 2015, 10064).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 15 de enero de 2014, Rec. 758/2012. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. (La Ley 2014, 11199).

- STS, Sala Primera, de lo Civil, 740/2013 de 5 de diciembre de 2013, Rec. 134/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 2013, 190869).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 723/2013 de 14 de noviembre de 2013, Rec. 731/2012. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. (La Ley 2013, 179526).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 359/2013 de 24 de mayo de 2013, Rec. 732/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 2013, 45896).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 320/2011 de 12 de mayo de 2011, Rec. 1334/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. (La Ley 2011, 52207).
- Auto del TS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de julio de 2003, Rec. 405/2003. Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA. (La Ley 2003, 233833).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 858/2002 de 20 de septiembre de 2002, Rec. 577/1997. Ponente: José DE ASÍS GARROTE. (La Ley 2002, 7868).
- ATS, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de mayo de 2000, Rec. 971/1998. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. (La Ley 2000, 243145).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 23 de noviembre de 1999, Rec. 1048/1995. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. (La Ley 2000, 2464).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 11 de junio de 1998, Rec. 1474/1994. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. (La Ley 1998, 6214).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de septiembre de 1996, Rec. 2631/1992. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. (La Ley 1996, 8736).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 11 de junio de 1996, Rec. 3446/1991. (La Ley 1996, 7499).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de abril de 1994. Ponente: Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO. (La Ley 28462-JF/0000).
- STEDH, Sección 1.ª, de 6 de junio de 2013. Rec. 38450/2005. (La Ley 2013, 88655).
- STEDH, Sección 3.ª, de 7 de julio de 2009. Rec. 58447/2000. (La Ley 2009, 171889).
- STEDH, Sección 1.ª, Sentencia de 14 de junio de 2007. Rec. 71111/2001. (La Ley 2007, 132268).
- STEDH, Sección 2.ª, de 3 de mayo de 2001, Núm. de Recurso: 31127/1996. (La Ley 2001, 88971).
- STEDH de 22 de junio de 1989 Caso Eriksson c. Suecia. (La Ley 1989, 2001).
- STEDH, de 18 de diciembre de 1986 caso de Johnston y Otros contra Irlanda. (La Ley 1986, 6528).
- SAP de Sevilla, Sección 2.ª, de 31 de julio de 2014, Rec. 7569/2013. Ponente: PIÑOL RODRÍGUEZ, Carlos María. (La Ley 2014, 161656).
- SAP de Málaga, Sección 6.ª, 132/2012 de 16 de febrero de 2012, Rec. 1169/2010. Ponente: Antonio ALCALÁ NAVARRO. (La Ley 2012, 150893).
- SAP de Málaga, Sección 6.ª, 44/2012 de 26 de enero de 2012, Rec. 1119/2010. Ponente: María de la Soledad JURADO RODRÍGUEZ. (La Ley 2012, 148113).
- SAP de Málaga, Sección 6.ª, 638/2010 de 1 de diciembre de 2010, Rec. 520/2010. Ponente: Antonio ALCALÁ NAVARRO. (La Ley 2010, 319700).
- SAP de Segovia, 3/2011 de 17 de enero de 2011, Rec. 9/2010. Ponente: Ignacio PANDO ECHEVARRÍA. (La Ley 2011, 151407).
- SAP de Sevilla, Sección 2.ª, 444/2008 de 30 de septiembre de 2008, Rec. 8368/2007. Ponente: Rafael MÁRQUEZ ROMERO. (La Ley 2008, 234328).
- SAP de Segovia, 237/2006 de 28 de noviembre de 2006, Rec. 385/2006. Ponente: Andrés PALOMO DEL ARCO. (La Ley 2006, 212694).
- SAP de Barcelona, Sección 12.ª, 509/2004 de 30 de julio de 2004, Rec. 421/2004.

- SAP de Jaén, Sección 1.ª, 23/2001 de 19 de enero de 2001, Rec. 674/2000. Ponente: Pío José AGUIRRE ZAMORANO, (La Ley 2001, 18061).
- SAP de Tarragona, Sección 3.ª, de 30 de marzo de 2000. Rec. 481/1999. Ponente: María Ángeles GARCÍA MEDINA. (La Ley 2000, 71084).
- SAP de Lérida, Sección 1.ª, 29/2000 de 28 de febrero de 2000, Rec. 189/1999. Ponente: Francisco SEGURA SANCHO. (La Ley 2000, 47759).
- SAP de Guadalajara, 33/2000 de 2 de febrero de 2000, Rec. 123/1999. Ponente: Concepción ESPEJEL JORQUERA (La Ley 2000, 29259).
- SAP de Sevilla, Sección 6.ª, 896/1999 de 15 de diciembre de 1999, Rec. 8602/1998. Ponente: Rosario MARTÍN RODRÍGUEZ, (La Ley 1999, 183597).
- SAP de Valencia, Sección 6.ª, de 26 de octubre de 1999, Rec. 465/1999 Ponente: Ana M.ª PÉREZ TÓRTOLA. (La Ley 1999, 147167).
- SAP de Toledo, Sección 1.ª, de 1 de diciembre de 1998, Rec. 217/1998. Ponente: Julio TASENDE CALVO. (La Ley 1998, 130690).
- AAP de Santa Cruz de Tenerife, de 17 de octubre de 1989. Ponente: Pablo José MOSCOSO TORRES. (La Ley 1989, 2976).

XI. LEGISLACIÓN

- Declaración Universal de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.
- Resolución A3-0172/1992, de 8 de julio de 1992, del Parlamento Europeo, sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño.
- Código Civil, Artículo 160, 2.º y 3.º.
- LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

NOTAS

[1] STS, Sala Primera, de lo Civil, 320/2011 de 12 de mayo de 2011, Rec. 1334/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. (La Ley 2011, 52207).

[2] STS, Sala Primera, de lo Civil, 740/2013 de 5 de diciembre de 2013, Rec. 134/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 2013, 190869).

[3] STS, Sala Primera, de lo Civil, de 15 de enero de 2014, Rec. 758/2012. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. (La Ley 2014, 11199).

[4] Se declaran unos hechos reveladores de la posesión de estado ahora alegada, entre otros, que existió una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, que la relación o trato con dicho hijo desde su nacimiento fue de madre y que resultó beneficiosa y complementaria para el niño, que así la reconocía. Hechos no desacreditados por la sentencia recurrida que reconoce, conforme a lo probado en autos, «que tanto la madre biológica como la demandante se han preocupado del menor con igual dedicación» o que resulta acreditado que «durante un tiempo actuó como madre».

[5] La ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, modifica el artículo 160 en el siguiente sentido:

«*2. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.*

En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas

que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores».

6 En esta Sentencia, aun reconociéndose el derecho del padre a prohibir a su descendencia el relacionarse con su familia, se matizó que este derecho no es discrecional del padre, sino que debe ampararse en causas legítimas y graves, excluyéndose este «derecho a impedir relacionarse» en aquellas supuestos donde no se den esas hipótesis de gravedad o legitimidad. FAYOS GARDÓ, Antonio; TORRÉ SAURA, Alberto J.: Las relaciones entre los menores y sus abuelos y otros parientes, en *Diario La Ley*, núm. 8459, Año XXXVI, 15 de enero de 2015, Ref. D-17, Editorial La Ley.

[7] STEDH de 22 de junio de 1989 (La Ley 1989, 2001). Caso Eriksson C. Suecia. Privación de custodia de los hijos, y régimen de visitas.

[8] STEDH, de 18 de diciembre de 1986 caso de Johnston y otros contra Irlanda. (La Ley 1986, 6528). El TEDH entendió que no se violó el artículo 8 del convenio, ya que «el respeto de la vida de familia implica en especial, según el Tribunal, la existencia en el Derecho nacional de una protección legal que haga posible desde el momento del nacimiento la integración del niño en su familia». En el caso que se plantea en Irlanda unos padres que desde hace muchos años viven con su hija en una relación familiar, pero que no pueden casarse porque el matrimonio de uno de ellos es indisoluble.

El Tribunal insiste en que «para decidir si existe una obligación positiva, hay que tener en cuenta preocupación que subyace en el Convenio considerado como un todo el equilibrio justo que se debe procurar entre el interés general y los intereses de la persona individual».

[9] STEDH, Sección 2.ª, de 3 de mayo de 2001, núm. de Recurso: 31127/1996. (La Ley 2001, 88971).

[10] STEDH, Sección 1.ª, Sentencia de 14 de junio de 2007. Rec. 71111/2001. (La Ley 2007, 132268).

[11] STEDH, Sección 3.ª, de 7 de julio de 2009. Rec. 58447/2000 (La Ley 2009, 171889). El Tribunal declara la inexistencia de violación del artículo 2 en relación con el artículo 13 del Convenio en lo que concierne a la reparación de los perjuicios sufridos y al recurso eficaz frente a las vulneraciones de derechos fundamentales, y en concreto ante la ausencia de indemnización del recurrente por perjuicio moral derivado del fallecimiento de su hija como víctima de un delito de homicidio imprudente.

[12] STEDH, Sección 1.ª, de 6 de junio de 2013. Rec. 38450/2005 (La Ley 2013, 88655).

[13] Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (Núm. 63 *Boletín Oficial de Aragón* 29 de marzo de 2011).

[14] GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: cree además más conveniente el sistema establecido en el Código Civil «que, si bien permite el establecimiento de un concreto régimen de relación del menor con parientes y allegados cuando se considera necesario, no lo impone como obligatorio». «Todo apunta a que, en la práctica, los Juzgados de Primera Instancia de Aragón no entenderán el ap. b) del artículo 3 como extremo de obligada regulación en el pacto de relaciones familiares, sino como una medida meramente voluntaria que solo procederá concretar cuando se considere necesario para garantizar las relaciones del menor con sus hermanos, parientes y personas allegadas que no convivan en el mismo domicilio familiar, si tales relaciones no se producen de otro modo. Fuera de tales casos de estricta necesidad, sería contraproducente fijar un régimen de relación específico, autónomo y distinto del correspondiente al régimen de guarda o estancias de los progenitores».

[15] En su Preámbulo se insiste en que la familia es el referente esencial de los ciudadanos y que en este ámbito tiene lugar la interacción y solidaridad entre las generaciones, especialmente en ocasión de la crianza y educación de los niños y jóvenes, reconoce, igualmente, el carácter privilegiado de las relaciones de los menores con el entorno más próximo, particularmente con los abuelos y hermanos…

[16] No hemos encontrado mucha Jurisprudencia al respecto, pero la SAP de Barcelona, Sección 12.ª, 509/2004 de 30 de julio de 2004, Rec. 421/2004, alude de pasada a la figura de los allegados ya que «…la captación y difusión pública de la imagen de una persona mientras está siendo juzgada tiene unos efectos considerables, de variado orden, y produce

o puede producir un evidente sufrimiento no solo al acusado sino también a su familia más cercana (piénsese en los hijos, que pueden ser de corta edad, o en los padres, que pueden ser ancianos) o a sus *allegados*».

[17] *BON*, núm. 149 de 14 de diciembre de 2005.

[18] Cuya significación coloquial es sabida (persona, padre o madre de su padre o de su madre), y su significado jurídico es preciso (art. 918 CC)

[19] En su significado de la RAE, respecto de una persona, se dice de cada uno de los ascendientes, descendientes y colaterales de su misma familia, ya sea por consanguinidad o afinidad.

[20] DE LA TORRE OLID, F. y CONDE COLMENERO, P: Allegados y responsabilidad civil. La red social por Derecho en *Diario La Ley*, núm. 8426, Sección Doctrina, 21 de noviembre de 2014, Año XXXV, Ref. D-389, Editorial La Ley (La Ley 2014, 8181).

[21] STS, Sala Primera, de lo Civil, 23 de noviembre de 1999, Rec. 1048/1995. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. (La Ley 2000, 2464). Se otorga el régimen de visitas a los abuelos maternos. Frente al Juzgado núm. 2 de Alcalá de Henares, que desestimó la demanda, la AP de Madrid, revocó la sentencia y reconoció a los abuelos maternos el derecho a relacionarse con el nieto regulando su forma y extensión. El Tribunal Supremo no casó la sentencia.

[22] STS, Sala Primera, de lo Civil, de 11 de junio de 1996, Rec. 3446/1991 (La Ley 1996, 7499). Fue el propio Juzgado núm. 2 de Badalona quien declaró el derecho de los abuelos a relacionarse con un nieto y fijó el régimen, pero la Audiencia estimó en parte la apelación alterando el régimen de relaciones. No obstante, el TS casó la sentencia a petición del Ministerio Fiscal, acordando dejar para ejecución y previa audiencia del menor el régimen más conveniente.

[23] El FJ 1.º dice que «la prudencia del Juzgador se ha extremado al máximo ya que se ha tenido en cuenta que el derecho de los abuelos a relacionarse con su nieto, fallecido el padre, no puede equipararse o igualarse a la condición que mantenía el menor con su padre, pues el establecimiento de un régimen de visitas en favor de un progenitor, tras una separación, nulidad o divorcio, no solo descansa en el cariño mutuo y la necesidad afectiva o la conveniencia educacional para un niño que se está formando y psíquicamente puede precisar de la vivencia que supone el saber que una persona concreta es su padre, aún cuando el matrimonio haya quebrado su convivencia, sino que también encuentra su apoyo en algo tan importante como es el ejercicio de la patria potestad. Igualmente se ha ponderado la presencia de una tensión entre madre y suegros».

[24] STS, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de septiembre de 1996, Rec. 2631/1992. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES (La Ley 1996, 8736). Se concede el régimen de visitas a los menores a favor de los abuelos maternos. Amplitud de las facultades judiciales para adoptar las medidas necesarias encaminadas a su total integración familiar y social.

[25] La parte recurre en casación porque «consideraba infringido el artículo 160.2 del Código Civil, en cuanto dispone que "no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados"». En el desarrollo reconoce que el precepto tiende a facilitar, posibilitar o mantener, salvo justa causa en contrario, las relaciones del menor con la familia del progenitor fallecido, como algo beneficioso para dicho menor, pero entiende que la razones dadas por el juzgado constituyen justa causa para impedirlas, como entendió la psicóloga del Colegio que depuso como testigo, por lo que rechaza las de la Audiencia, que, según él, inciden en error al afirmar que, aunque la relación personal entre abuelos y nieto haya sido escasa, «no parece prudente cortarla ahora de raíz», pues «de toda la prueba practicada resulta que desde el año 1983 no existió relación alguna, por lo que de obligarse ahora a mantenerla, sí cortaría de raíz una situación actual, con el consiguiente perjuicio anímico para el menor, como indicó la psicóloga».

[26] STS, Sala Primera, de lo Civil, de 11 de junio de 1998, Rec. 1474/1994. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ (La Ley 1998, 6214).

[27] Lo interesante de esta sentencia radica en su FJ 2.º donde se establece que «*No hay base para negar de forma radical la comunicación de la abuela con la nieta, debiendo significarse por último que, ni los profesores de esta han advertido rechazo de la niña a su abuela, ni la menor expresó ese rechazo en su exploración, pues se mostró dispuesta incluso a ir ella a la casa de su abuela»; a lo que se agrega el contenido dispositivo de su FJ 4.º:* «*…no parece*

adecuado que en todo caso la visita de la abuela tenga que realizarse a presencia del padre o de su actual esposa, pues a buen seguro ello originaria una inagotable fuente de conflictos, y por otro lado, y esto es lo decisivo, no podría nunca crearse el clima conveniente para el progreso de la relación personal entre la abuela y la nieta. Por ello se habrá de ampliar el régimen de visitas establecido en la sentencia apelada, de modo que las comunicaciones se desarrollarán de seis a ocho de la tarde dos veces al mes, la primera a presencia del padre o actual esposa de este y la siguiente en el lugar del pueblo de residencia de la menor que desee la abuela materna. Con ello se pretende conjugar tanto la vigilancia del padre respecto al desarrollo de esta visita como el que estas puedan, en alguna medida, propiciar la relación más directa entre abuela y nieta. Todo ello además, sin perjuicio de que los interesados acuerden otro régimen que tendrá vigencia desde que sea aprobado por el juez de Primera Instancia, y sin perjuicio de que dicho juez en la ejecución solucione las incidencias que surjan y adopte las visitas según vayan variando las circunstancias»; frente a la que se alza en casación el demandado, con un único motivo de su recurso.

[28] STS, Sala Primera, de lo Civil, 858/2002 de 20 de septiembre de 2002, Rec. 577/1997. Ponente: José DE ASÍS GARROTE (La Ley 2002, 7868).

[29] La sentencia recurrida se basa para *estimar esa justa causa* en dos supuestos: a) En la falta de relación del padre con los familiares de su difunta esposa desde la muerte de esta, es debida a la animadversión existente entre el demandado y los familiares de aquella. b) El temor de que los parientes de D.ª Consuelo, influyan de forma directa o indirecta en el ánimo de las menores en el sentido de hacer recaer en su padre la responsabilidad de la muerte de su madre.

Respecto al primer punto, es indudable que esas relaciones entre el padre y los parientes de su mujer, no deben influir en la concesión del régimen de visita, pues es bien sabido, que los relaciones entre los padres cuando se separan, o divorcian en muchos casos no son buenas, y sin embargo este hecho, no pueden afectar en forma alguna al régimen de visitas, lo que si afectaría serían las relaciones de las menores con las personas que reclaman las visitas o comunicación. Por otra parte, la animadversión se manifiesta especialmente en el padre, que llega a admitir que antes de la muerte de la madre de las menores, despreciaba a la familia de su mujer, y que si tenía relación con ellos era para complacer a su esposa y después de la muerte de esta detesta al abuelo materno. Posición esta del padre recurrido, que como se dice en la sentencia de primer grado, hace a este árbitro, de la realización de este derecho, pues basta que siga detestando a sus suegros para que estos no puedan comunicarse nunca con sus nietas.

Sobre la perniciosa influencia que los abuelos puedan ocasionar a las niñas, sobre las posibles versiones manipuladas que puedan hacer llegar a estas sobre la muerte de su madre, que hagan al padre responsable directo de la misma … (pueden llevarse a cabo) imponiendo una limitación específica, consistente, en la posibilidad de la suspensión o mayor limitación del régimen de visitas, apercibiendo previamente de ello a los actores, esto es de la obligación que contraen de evitar en todo momento ante las niñas cualquier alusión que haga recaer ante el padre la responsabilidad de la muerte de la madre.

[30] Auto del TS, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de julio de 2003, Rec. 405/2003. Ponente: Pedro GONZÁLEZ POVEDA (La Ley 2003, 233833).

[31] STS, Sala Primera, de lo Civil, de 23 de noviembre de 1999, Rec. 1048/1995. Ponente: José ALMAGRO NOSETE (La Ley 2000, 2464).

[32] STS, Sala Primera, de lo Civil, 359/2013 de 24 de mayo de 2013, Rec. 732/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA (La Ley 2013, 45896). Se considera en un supuesto de régimen de visitas de los abuelos a los nietos, que «La mala relación existente entre la madre y la abuela de la menor no es suficiente para denegar el derecho de visitas de la abuela salvo que se acredite que esa circunstancia puede influir negativamente sobre la nieta, lo que en el caso de autos no se ha demostrado».

[33] STS, Sala Primera, de lo Civil, 723/2013 de 14 de noviembre de 2013, Rec. 731/2012. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS (La Ley 2013, 179526). Se mantiene la pernocta en casa de los abuelos el último fin de semana de cada mes y una semana de vacaciones en verano y otra en Navidad. Dicha pernocta no es una medida novedosa pero tampoco generalizada, debiéndose estar a las circunstancias del caso. La solución adoptada por la

sentencia recurrida es moderada y respeta el derecho de la madre y el interés de los menores a mantener el contacto con la familia paterna

[34] SAP de Lérida, Sección 1.ª, 29/2000 de 28 de febrero de 2000, Rec. 189/1999. Ponente: Francisco SEGURA SANCHO (La Ley 2000, 47759). Concesión de régimen de visitas a favor de la abuela del menor ya que este tiene derecho a relacionarse con sus parientes más allegados. En este caso la custodia del nieto de la actora se concedió a su madre en sentencia de separación matrimonial. Las relaciones entre la madre y la hija revisten una especial conflictividad, pero esta circunstancia no es suficiente para anular el derecho de la abuela a relacionarse con su nieto.

[35] SAP de Toledo, Sección 1.ª, de 1 de diciembre de 1998, Rec. 217/1998. Ponente: Julio TASENDE CALVO (La Ley 1998, 130690). Se declara el derecho de los abuelos y tía materna de las menores a comunicarse y tener a estas en su compañía, a raíz del fallecimiento de su madre puesto que el contacto personal y asiduo con la familia materna se considera necesario y beneficioso para estas.

[36] SAP de Segovia, 237/2006 de 28 de noviembre de 2006, Rec. 385/2006. Ponente: Andrés PALOMO DEL ARCO (La Ley 2006, 212694). Derecho de los abuelos paternos a relacionarse con la menor, compartiendo con su hijo el régimen de visitas establecido a su favor, pues «El hecho de que las relaciones se hayan deteriorado y quieran ahora restablecerse por cauces de normalidad, debe fomentarse».

[37] SAP de Guadalajara, 33/2000 de 2 de febrero de 2000, Rec. 123/1999. Ponente: Concepción ESPEJEL JORQUERA (La Ley 2000, 29259). Se estima que «deberían fijarse visitas puntuales y que no exigieran que los niños pernoctaran fuera del domicilio… debe de tenerse en cuenta la especial naturaleza de los intereses en litigio en el procedimiento que nos ocupa, en el que las medidas establecidas en relación con menores de edad han de fijarse atendiendo prioritariamente al beneficio de estos… Y «esta Sala comparte el criterio expresado en el dictamen pericial practicado durante la litis, relativo a que *el contacto con los abuelos y con la familia paterna no solo no perjudicará a los menores sino que, a la larga, redundará en su beneficio, por lo que debe de ser fomentado,* no puede desconocerse el hecho evidente de que los contactos con dicho entorno familiar se hallan en la actualidad prácticamente interrumpidos por completo, … se estima ponderado fijar como régimen de visitas para la abuela paterna (ya que ha fallecido el abuelo), dos domingos alternos al mes desde las once de la mañana hasta las veinte horas de la tarde, sin establecer, por el momento, días adicionales durante las vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa, sin perjuicio de que más adelante, a medida que los chiquillos vayan creciendo y cuando las relaciones con la familia paterna se vayan haciendo más fluidas, si los menores lo desean, puedan fijarse periodos de convivencia más dilatados, en los que puedan, si así lo quieren, pernoctar en la casa de la abuela paterna o permanecer en su compañía algunos días durante las vacaciones».

[38] SAP de Segovia, 3/2011 de 17 de enero de 2011, Rec. 9/2010. Ponente: Ignacio PANDO ECHEVARRÍA (La Ley 2011, 151407).

[39] «Se pide se fije un régimen de visitas a favor de los abuelos maternos respecto de los dos nietos, hijos de su hija, que junto con su marido se oponen al mismo. En este caso es precisamente la voluntad de ambos padres la que se opone a esa relación, siendo precisamente los progenitores los que ostentan el derecho y la obligación del cuidado y educación de sus hijos, por lo que la revocación de su decisión debe ser considerada con especial precaución. No nos hallamos, como sucede en otras ocasiones ante la petición de derecho de visitas en situaciones de crisis conyugal… Nos hallamos ante un familia que no desea relacionarse con ellos, por lo que difícilmente podría un tribunal imponer ese derecho a los abuelos si no existe una causa muy poderosa y debidamente justificada que exija romper esa unidad de criterio familiar, la cual no se ha acreditado.

La juez de primera instancia determina que la causa que se opone a la pretensión de los abuelos es precisamente el interés superior de los menores, compartiéndose por la sala tal conclusión a la vista del interrogatorio de los implicados, y de la evidente animadversión de los actores frente a su hija, que es a fin de cuentas quien detenta la patria potestad, pudiendo servir como ejemplo las manifestaciones del abuelo respecto de los consejos al nieto de esconder el dinero que le daban para que su madre no lo pudiese controlar».

[40] STS, Sala Primera, de lo Civil, 90/2015 de 20 de febrero de 2015, Rec. 1320/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ (La Ley 2015, 10064).

[41] A juicio del TS, la Sentencia de la AP «no solo no infringe la doctrina jurisprudencial. concluye con el riesgo actual que puede suponer para los menores acordar el régimen de visitas de los mismos con sus abuelos paternos, razonando de modo lógico y no arbitrario sobre la justa causa que justifica su decisión… la existencia de un proceso penal abierto contra el padre de los menores por presunto abuso sexual respecto de ellos, y de ahí las atinadas valoraciones del Tribunal a pesar de reconocer, como la juzgadora de la primera instancia, la dificultad que encierra negar o permitir la medida. Opta por lo más prudente en interés de los menores y será el devenir de los acontecimientos el que pueda justificar, en su caso, una modificación de la misma».

[42] *Visitar* significa ir a ver a uno a su casa por amistad, afecto o por cualquier otro motivo; mientras que la *relación*, expresa un contenido más amplio y comprende conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otra, donde caben las estancias del menor más o menos prolongadas.

[43] SAP de Toledo, Sección 1.ª, de 1 de diciembre de 1998, Rec. 217/1998. Ponente: Julio TASENDE CALVO (La Ley 1998, 130690). Se declara el derecho de los abuelos y tía materna de las menores a comunicarse y tener a estas en su compañía, a raíz del fallecimiento de su madre.

[44] SAP de Valencia, Sección 6.ª, de 26 de octubre de 1999, Rec. 465/1999 Ponente: Ana M.ª PÉREZ TÓRTOLA (La Ley 1999, 147167).

[45] AAP de Santa Cruz de Tenerife, de 17 de octubre de 1989. Ponente: Pablo José MOSCOSO TORRES (La Ley 1989, 2976). Es hábil el expediente de jurisdicción voluntaria para pedir la comunicación de una abuela con sus nietos. Al igual que no existe inconveniente en que en la designación de tutor se haga constar el derecho de la abuela a visitar a sus nietos.

[46] Todas ellas referentes a que las malas relaciones entre padres y abuelos no son suficientes para considerar la existencia de una justa causa y de suficiente entidad para impedir el derecho de relación de los abuelos con los menores. SAP de Lleida, Sección 1.ª, 29/2000 de 28 de febrero de 2000, Rec. 189/1999. Ponente: Francisco SEGURA SANCHO, (La Ley 2000, 47759), en la que se concede el régimen de visitas a favor de la abuela del menor ya que los menores tienen derecho a relacionarse con sus parientes más allegados y únicamente podrá privárseles de este derecho por justa causa. Las relaciones entre la madre y la hija revisten una especial conflictividad, pero esta circunstancia no es suficiente para anular el derecho de la abuela a relacionarse con su nieto, SAP de Sevilla, Sección 6.ª, 896/1999 de 15 de diciembre de 1999, Rec. 8602/1998. Ponente: Rosario MARTÍN RODRÍGUEZ, (La Ley 1999, 183597), de Santa Cruz de Tenerife de 17 de enero de 1998, de Zaragoza de 11 de octubre de 1999.

STS, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de abril de 1994. Ponente: Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO (La Ley 28462-JF/0000), indica que existe el derecho a relacionarse entre los abuelos y la nieta y solo se le puede privar por justa causa.

[47] SAP de Jaén, Sección 1.ª, 23/2001 de 19 de enero de 2001, Rec. 674/2000. Ponente: Pío José AGUIRRE ZAMORANO, (La Ley 2001, 18061) deniega el régimen de visitas de los abuelos paternos debido a las tensas y conflictivas relaciones de la madre y aquellos, todo ello de acuerdo con el principio del interés del menor (*«favor minoris»)*.

[48] SAP de Tarragona, Sección 3.ª, de 30 de marzo de 2000. Rec. 481/1999. Ponente: María Ángeles GARCÍA MEDINA (La Ley 2000, 71084). Se establece el derecho de los abuelos paternos a relacionarse con su nieto menor de edad aunque existan relaciones conflictivas con la demandada madre del menor, pero no se acredita que pueda ser peligroso para el menor estar con los abuelos. El padre hijo de los actores se encuentra en prisión y de los informes psicosociales se deduce que la familia no tiene una conducta normal. El régimen de visitas se mantiene pero con la vigilancia de la madre o persona de confianza.

[49] STS, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de septiembre de 1996, Rec. 2631/1992. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES (La Ley 1996, 8736). Derecho de visita de los abuelos maternos. Amplitud de las facultades judiciales para adoptar las medidas necesarias encaminadas a su total integración familiar y social.

ATS, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de mayo de 2000, Rec. 971/1998. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL (La Ley 2000, 243145), «el interés superior del menor, como principio

inspirador de todo lo relacionado con él, vincula al Juzgador, a todos los Poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los jueces pueden adoptar (art. 158 CC) se amplían a todo tipo de situaciones…».

[50] SAP de Sevilla, Sección 2.ª, de 31 de julio de 2014, Rec. 7569/2013. Ponente: Carlos M.ª PIÑOL RODRÍGUEZ (La Ley 2014, 161656).

[51] SAP de Sevilla, Sección 2.ª, de 31 de julio de 2014, Rec. 7569/2013. Ponente: Carlos PIÑOL RODRÍGUEZ (La Ley 2014, 161656).

[52] SANCHO REBULLIDA en LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil,* IV, Derecho de familia, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1989, p. 247.

[53] SAP de Sevilla, Sección 2.ª, de 31 de julio de 2014, Rec. 7569/2013. Ponente: Carlos M.ª PIÑOL RODRÍGUEZ (La Ley 2014, 161656).

[54] SAP de Málaga, Sección 6.ª, 638/2010 de 1 de diciembre de 2010, Rec. 520/2010. Ponente: Antonio ALCALÁ NAVARRO (La Ley 2010, 319700).

[55] SAP de Málaga, Sección 6.ª, 132/2012 de 16 de febrero de 2012, Rec. 1169/2010. Ponente: Antonio ALCALÁ NAVARRO (La Ley 2012, 150893).

[56] SAP de Sevilla, Sección 2.ª, 444/2008 de 30 de septiembre de 2008, Rec. 8368/2007. Ponente: Rafael MÁRQUEZ ROMERO. (La Ley 2008, 234328).

[57] SAP de Málaga, Sección 6.ª, 44/2012 de 26 de enero de 2012, Rec. 1119/2010. Ponente: María de la Soledad JURADO RODRÍGUEZ (La Ley 2012, 148113).

1.2. Familia

Pensión compensatoria y corresponsabilidad económica: revisión de las tendencias del Tribunal Supremo y la temporalidad prevista legalmente

Compensatory pension and economic responsibility: review of trends of the Supreme Court and temporary provided by law

por

AGUSTINA HERRANZ GONZÁLEZ*
Abogada. Profesora Tutora UNED
Doctoranda EES del Departamento de Derecho civil de la UNED

RESUMEN: La pensión compensatoria ha evolucionado de forma sustancial desde su instauración en el año 1981 hasta nuestros días, pasando de su inicial carácter vitalicio y cuya beneficiaria era generalmente la mujer, a las tendencias actuales, más acordes con la sociedad española del siglo XXI. El presupuesto necesario tanto hoy como en sus inicios sigue siendo el desequilibrio económico, concepto jurídico indeterminado que hay que poner en relación con las restantes obligaciones o cargas familiares a las que deben hacer frente los miembros de la extinta pareja, sobre todo cuando existen menores implicados. El objetivo último ha de ser extender la corresponsabilidad parental también al terreno patrimonial.

ABSTRAC: Alimony has evolved substantially since its inception in 1981 to the present day, from its initial life tenure and whose beneficiary was generally women, current trends, more in line with the Spanish society of XXI century. The budget needed today and in the beginning is still the economic imbalance, vague legal concept to be put in relation to other obligations or family responsibilities to those faced by members of the former couple, especially when there are children involved. The ultimate goal must be to extend the parental responsibility also to patrimonial field.

PALABRAS CLAVE: Desequilibrio. Ruptura. Compensación. Evolución. Corresponsabilidad económica.

KEY WORDS: Imbalance. Ruptura. Compensation. Development. Economic responsibility.

* Mi agradecimiento al Departamento de Derecho civil de la UNED, y muy especialmente a mis directoras de tesis, Profesoras M.ª Fernanda MORETÓN SANZ y M.ª Paz POUS DE LA FLOR, por su dedicación y apoyo continuo, así como a su Director, el Profesor Carlos LASARTE ÁLVAREZ, Catedrático de Derecho civil de la UNED.

SUMARIO: I. LOS ORÍGENES DE LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES SOBRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA: EL CAMBIO DE PANORAMA SOCIAL Y LEGISLATIVO.—II. EL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO.—III. ESTABLECIMIENTO Y POSIBLES VICISITUDES DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.—IV. VINCULACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA CON LOS RESTANTES. PRONUNCIAMIENTOS DE CONTENIDO ECONÓMICO.—V. NUEVAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES Y LEGALES.—VI. DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL: LAS APELACIONES EN MATERIA DE CRISIS MATRIMONIALES Y SU IMPOSIBILIDAD DE CASACIÓN HASTA LA NUEVA LEC.—VII. ANÁLISIS DE LA CASUÍSTICA VENTILADA EN LA *PRAXIS* JUDICIAL.—VIII. CONCLUSIONES. —IX. BIBLIOGRAFÍA.—X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES.

I. LOS ORÍGENES DE LOS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES SOBRE LA PENSIÓN COMPENSATORIA: EL CAMBIO DE PANORAMA SOCIAL Y LEGISLATIVO

Los pronunciamientos judiciales sobre pensión compensatoria han evolucionado sustancialmente desde su creación hasta nuestros días. Partiendo de la concepción de matrimonio indisoluble por divorcio que estuvo vigente en España[1] hasta la promulgación de la Ley 30/1981, de 7 de julio, durante largo tiempo la institución familiar ha tenido un carácter marcadamente patriarcal. Hasta la modificación del Código Civil (en adelante, CC) por Ley 14/1975, de 2 de mayo, el varón era el encargado de administrar los bienes comunes[2], el que representaba a la esposa[3] y completaba su capacidad negocial[4] y, en definitiva, el que generalmente subvenía a las necesidades de la familia con el producto de su trabajo o industria. En este contexto, ciertamente era inevitable que la nulidad, separación o divorcio conllevara un notable desequilibrio económico, porque dada la dedicación exclusiva de la mujer al cuidado de la familia y del hogar familiar[5] era impensable que tras la ruptura pudiera integrarse en el mundo laboral en condiciones aceptables. Y no solo por carecer de formación adecuada para tal fin, sino también por falta de disponibilidad, dado que en la mayoría de los casos se le atribuía la guarda y custodia de los hijos menores.

Pero frente al panorama que acabamos de esbozar, la sociedad española ha evolucionado progresivamente durante los últimos treinta años hacia un modelo en el que los roles masculino y femenino se difuminan en aras de la igualdad. En la actualidad, tanto la legislación como el sentir general abogan por un trato no discriminatorio, por una educación y formación igualitaria y orientada a facilitar la incorporación de ambos sexos al mundo laboral, con el consiguiente reparto más o menos equitativo de las tareas domésticas.

Esa evolución se ha traducido, como no podía ser de otra forma[6], al ámbito judicial, generando una nueva línea jurisprudencial que restringe el acceso a la pensión compensatoria o, al menos, la limita temporalmente. Así mismo, se tiende a una distribución más equitativa de las cargas económicas entre los miembros de la extinta pareja, a cuyo efecto se ponen en relación los diversos pronunciamientos de carácter económico[7].

En este sentido se pronuncia la STS de 26 junio de 2011: «…ni siquiera es lógico afirmar que la esposa es quien ha salido más perjudicada económicamente respecto de la situación inmediatamente anterior a producirse aquella. Así, es determinante que al mantenimiento de su salario se una el hecho de que

ha obtenido el uso del domicilio familiar y que la mayor parte de los gastos de alimentación de los hijos que con ella conviven, se sufragan con la pensión alimenticia a cargo del padre, que es, por el contrario, sobre quien han incidido en mayor medida las consecuencias económicas negativas derivadas de la ruptura conyugal, al tener que hacer frente a un alquiler de 530 euros mensuales, y al pago de las referidas pensiones alimenticias de sus dos hijos. Por tanto, incluso sin computar el importe de la pensión compensatoria, la capacidad económica del marido sería inferior a la de su esposa, lo cual, más allá de diferencias salariales, impide hablar de un auténtico desequilibrio en perjuicio de esta, que deba de ser compensado por aquel con una pensión a su cargo».

Paralelamente, la Ley General de la Seguridad Social condiciona la posibilidad de lucrar el derecho a la pensión de viudedad en los casos de separación o divorcio a que la persona viuda estuviera percibiendo pensión compensatoria en el momento de fallecer el causante[8]. No obstante, la reciente STS, Sala 4.ª, de 29 de enero de 2014, ha flexibilizado este requisito al interpretar que debe producir los mismos efectos cualquier prestación periódica que viniera abonando el causante, con independencia de su denominación[9].

II. EL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL Y EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO

La redacción de este precepto legal introducida por Ley 30/1981, de 7 de julio, establecía lo siguiente: «El cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:…».

Por su parte, la redacción vigente en la actualidad[10], dice así: «El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia».

El desequilibrio económico sigue siendo, por tanto, el presupuesto de hecho necesario para el nacimiento del derecho, limitándose la redacción actual a cambiar la denominación de «pensión» por la de «compensación» y a contemplar expresamente la posibilidad de limitarla en el tiempo, o bien abonarla de una sola vez. Pero, ¿qué es exactamente el desequilibrio económico? Nos encontramos ante uno de los numerosos conceptos jurídicos indeterminados que pululan por nuestro ordenamiento, para cuya delimitación debemos acudir a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo:

Dice la STS de 4 de diciembre de 2012: «…por desequilibrio ha de entenderse un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. Puesto que por su configuración legal y jurisprudencial la pensión compensatoria no tiene por finalidad perpetuar, a costa de uno de sus miembros, el nivel económico que venía disfrutando la pareja hasta el momento de la ruptura, sino que su objeto o finalidad legítima es lograr reequilibrar la situación dispar resultante de aquella, no en el sentido de equiparar plenamente patrimonios que pueden ser desiguales por razones ajenas

a la convivencia, sino en el de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo matrimonial en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas respecto de las que habría tenido de no mediar el vínculo matrimonial…».

Partiendo de esta consolidada definición, la STS de 20 de febrero de 2014 abunda en la idea de que la pensión compensatoria no es garantía de sostenimiento, nivel de vida o igualdad entre los excónyuges: «El artículo 97 del Código Civil según redacción introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, regula el derecho a la pensión compensatoria como una prestación singular, con características propias, notoriamente alejada de la prestación alimenticia… siendo su finalidad restablecer el equilibrio y no ser una garantía vitalicia de sostenimiento, perpetuar el nivel de vida que venían disfrutando o lograr equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre estos».

De esta misma sentencia resulta que, en los casos en que ambos cónyuges trabajan, la mera desigualdad económica no se traduce en desequilibrio a los efectos de la pensión compensatoria; y termina fijando como doctrina jurisprudencial que «…no basta la mera consideración del desequilibrio patrimonial, en sí mismo considerado, sino que debe valorarse la perspectiva causal que lo sustente ya en relación con la situación de derechos y obligaciones resultante tras el divorcio, como, en su caso, con la mayor dedicación a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge anterior a la ruptura matrimonial».

En el mismo sentido, «…resulta de plena aplicación la doctrina que alude a que la simple desigualdad económica, cuando no es consecuencia de la mayor dedicación a la familia de uno de los esposos, no determina un automático derecho de compensación por vía del artículo 97 del Código Civil y a que el principio de dignidad contenido en el artículo 10 CE debe servir de argumento para justificar la independencia económica de los cónyuges una vez extinguido el matrimonio, a salvo los casos previstos en el artículo 97 del Código Civil»[11].

No existe desequilibrio compensable cuando la diferencia no se ha generado durante el matrimonio, sino que proviene de la distinta posición social, familiar o profesional de uno de los cónyuges.

Y así afirma la STS de 4 diciembre de 2012: «…aspectos ajenos al propio matrimonio, que no son susceptibles de compensación mediante la pensión del artículo 97 del Código Civil, como la superior posición socio-familiar de la esposa, que ya tenía al tiempo de contraerse el matrimonio, y su lógica repercusión en su alto nivel de vida, en una mayor disponibilidad de renta y recursos económicos y una mayor facilidad de acceso al mercado laboral gracias a la existencia de empresas de titularidad o gestión familiar en las que podía trabajar, como era el caso».

El único desequilibrio que se puede tener en cuenta es aquel que se pone de manifiesto en el momento de la ruptura, tal como resulta de la STS de 18 de marzo de 2014: «Se declara como doctrina jurisprudencial que el desequilibrio que da lugar a la pensión compensatoria debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acredita cuando ocurre la crisis matrimonial».

Además, no todo desequilibrio económico se puede compensar por esta vía, sino solamente aquel que tiene su origen en la convivencia matrimonial truncada. En especial, la exclusiva o preponderante dedicación de uno de los cónyuges al cuidado de la familia y la colaboración en las actividades del otro cónyuge son los parámetros que con más frecuencia se tienen en cuenta por los Tribunales. Así resulta de la STS (Pleno) de 19 de enero de 2010:

«La pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si este ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación. De este modo, las circunstancias contenidas en el artículo 97.2 del Código Civil tienen una doble función:

a) Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias.
b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión.

A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones:

a) Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria.
b) Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia.
c) Si la pensión debe ser definitiva o temporal».

Esta doctrina se ha aplicado en las sucesivas STS de 24 de noviembre de 2011, 19 de octubre de 2011, 16 de noviembre de 2012 y 17 de mayo de 2013, entre otras.

De las diversas puntualizaciones efectuadas por el Alto Tribunal se extrae como conclusión que el objetivo último de la pensión es compensar las desigualdades que los distintos roles asumidos durante la convivencia hayan podido generar entre los cónyuges, siempre que se pongan de manifiesto en el momento de la ruptura. Es significativa la STS de 21 febrero de 2014, que considera procedente la compensación en un caso en el que a la esposa le correspondía una exigua pensión de jubilación al carecer prácticamente de cotizaciones a consecuencia de su dedicación exclusiva a la familia durante más de veinte años, mientras que el esposo percibía por el mismo concepto una cantidad sustancialmente mayor.

III. ESTABLECIMIENTO Y POSIBLES VICISITUDES DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Para determinar si alguno de los cónyuges tiene derecho a percibir pensión compensatoria, el primer paso a seguir consiste en indagar en las circunstancias del caso concreto, siguiendo las directrices marcadas por el Tribunal Supremo anteriormente esbozadas. Y ello, con el objetivo de comprobar si la ruptura produce o no desequilibrio económico compensable. En caso afirmativo, habrá que delimitar igualmente la cuantía y duración de la pensión. Para realizar ambas operaciones hemos de partir de lo establecido en el artículo 97 del Código Civil que, como sabemos, remite a un variado elenco de circunstancias[12], si bien es posible acudir a cualquier otra que resulte relevante dado que nos encontramos ante un *numerus apertus*[13].

Una vez fijada, la pensión o compensación únicamente se puede modificar por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge[14], y se extingue

cuando concurren determinadas causas[15]. No se extingue *per se* por el fallecimiento del obligado al pago, pero sus herederos pueden solicitar su reducción o supresión cuando el caudal relicto resulte insuficiente o el pago afecte a sus derechos legitimarios. Tampoco se extingue por el simple transcurso del tiempo, salvo las temporales[16].

Dado que la pensión o compensación tiene carácter dispositivo[17], solo cabe establecerla a petición de parte[18]. En cuanto a la forma, el artículo 97 del Código Civil prevé su fijación bien a través del convenio regulador en los casos de mutuo acuerdo, bien mediante la sentencia que ponga fin al proceso matrimonial contencioso[19]. No obstante, nada impide que los cónyuges puedan establecerla a través de un acuerdo independiente celebrado antes de contraer matrimonio, al tiempo de la ruptura o, incluso, posteriormente[20]. Pactos que deben surtir plenos efectos sea cual sea el tiempo y la forma en que se celebren, de conformidad con lo establecido en el artículo 1255 del Código Civil[21], si bien existen diversas teorías al respecto[22].

No procede fijar la pensión compensatoria *ex novo* en el proceso de divorcio cuando existe separación matrimonial previa, porque el desequilibrio económico que la fundamenta únicamente puede producirse cuando tiene lugar la ruptura. Sí es posible, por el contrario, solicitar la modificación, limitación temporal o extinción de la pensión fijada en el proceso de separación cuando se insta el divorcio, siempre que concurran los requisitos legalmente establecidos para ello.

De conformidad con el artículo 100 del Código Civil, la pensión puede modificarse[23] en caso de que se produzcan alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge. Buena parte de las Audiencias Provinciales consideran que la modificación solo puede efectuarse a la baja, cuando disminuyen los ingresos del deudor o aumentan los del acreedor[24]. No obstante, no existe base legal que impida incrementarla.

Distinta de la modificación de la pensión es su actualización, que debe llevarse a cabo de conformidad con las bases fijadas al constituirla[25]. El procedimiento adecuado en este caso es el de ejecución de la sentencia matrimonial.

Por su parte, la extinción de la pensión procede, de conformidad con lo establecido en el artículo 101 del Código Civil, en los siguientes casos:

1. Por el cese de la causa que la motivó, lo que equivale a la desaparición total del desequilibrio económico que se produjo en el momento de la ruptura y que justificó su adopción. La diferencia entre este supuesto de extinción y la modificación a la baja es solamente de grado, entendiéndose que quien pide lo más, también pide lo menos. Por ello, es posible decretar la modificación a la baja aunque únicamente se haya solicitado la extinción[26]. La desaparición del desequilibrio económico es una cuestión de hecho que habrá de ser probada por aquel que pretenda la extinción.
2. Por contraer el acreedor nuevo matrimonio. En este caso la pensión compensatoria se extingue *ex lege* desde el momento en que se celebra el ulterior matrimonio, dado que es un hecho objetivo fácilmente constatable. Consecuentemente, el pago de lo indebido podrá reclamarse, en su caso, conforme a la norma general, junto con los correspondientes intereses[27].
3. Por vivir maritalmente con otra persona. Al contrario que en el caso anterior, en este supuesto la extinción tiene lugar en virtud de la sentencia judicial que así lo declare, previa tramitación del procedimiento correspondiente en el que se acredite la concurrencia de la causa de extinción y la fecha en que ha de producir efectos[28].

4. Aunque no previstas en el artículo 101 del Código Civil, existen otras causas de extinción que se deducen de las normas y principios jurídicos de general aplicación. Sin ánimo de exhaustividad citamos las siguientes: Muerte del acreedor, renuncia a su percepción, reconciliación de los cónyuges en caso de separación matrimonial, caducidad de la acción ejecutiva *ex* artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil[29], prescripción de la acción para exigir su pago o para reclamar las mensualidades ya devengadas, concretamente las anteriores a los últimos cinco años[30].

Huelga decir que tanto la modificación como la extinción de la pensión compensatoria solo cabe plantearlas cuando se haya fijado con carácter vitalicio, o bien cuando siendo temporal no se haya agotado su duración. No cabe, por el contrario, en los casos de pago único, pensiones agotadas por transcurso del plazo establecido o pensiones sustituidas *ex* artículo 99 del Código Civil.

IV. VINCULACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA CON LOS RESTANTES PRONUNCIAMIENTOS DE CONTENIDO ECONÓMICO

Las diferentes medidas de carácter patrimonial que han de adoptarse cuando se produce la ruptura guardan entre sí una estrecha relación. Dejando al margen las cuestiones personales, la crisis matrimonial produce un importante quebranto de la economía familiar, porque la desmembración genera la necesidad de arbitrar soluciones que, en lo material, pasan por determinar quién se queda en el domicilio familiar, la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, alimentos, etc. En el mejor de los casos, los gastos se incrementan como mínimo con los necesarios para mantener una segunda vivienda en la que pueda residir el cónyuge que tenga que salir del domicilio familiar. Gastos que, en las economías más humildes, no siempre es posible afrontar sin detrimento de las obligaciones pecuniarias previamente contraídas. Si a ello le sumamos la obligación de pagar una pensión compensatoria, la situación, en muchas ocasiones, resulta ya insostenible.

Por ello es necesario ponderar de forma conjunta las diversas cargas económicas a las que han de hacer frente los cónyuges una vez producida la desmembración familiar[31]. En la actualidad existen tablas para calcular la cuantía tanto de la pensión de alimentos como de la pensión compensatoria, pero su aplicación no resuelve el problema dado que no parten de una visión de conjunto. No cabe duda de que la situación ideal pasa porque ningún miembro de la familia quede desamparado tras la ruptura, pero cuando los ingresos no alcanzan para cubrir todos los gastos, necesariamente, hay que prescindir de los superfluos. Y, en la mayoría de los casos, la pensión compensatoria es, sino superflua, sí prescindible, porque los ingresos de ambos cónyuges deben destinarse, prioritariamente a cubrir las necesidades económicas de todo tipo generadas por los dos hogares que necesariamente surgen tras la ruptura[32].

Pero si lograr el mayor equilibrio posible siempre es aconsejable, cuando existen menores implicados la necesidad de equilibrar las prestaciones económicas resulta imprescindible. No podemos olvidar que su interés es el más necesitado de protección, y puesto que a partir de la separación o divorcio necesariamente tendrán que residir durante más o menos tiempo en cada uno de los nuevos hogares en compañía de sus respectivos progenitores[33], habrá que proveer lo necesario para que ese supremo interés quede plenamente garantizado en todo momento.

En resumen, la corresponsabilidad parental ha de manifestarse no solo en las medidas de carácter personal, sino también en las patrimoniales, porque la suma de ambas conforma la realidad tangible de los menores, el ámbito en el que se van a desarrollar sus vidas a partir de la ruptura. Centrándonos en la pensión compensatoria, el desequilibrio económico que puede generarla habrá de evaluarse una vez que las necesidades básicas o primarias de todos los miembros de la familia estén cubiertas.

Es ilógico y contrario a los más elementales cánones de justicia y equidad imponer a uno de los cónyuges la obligación de abonar una pensión compensatoria cuando él mismo no tenga cubiertas sus propias necesidades de habitación y sustento, incluso en los casos en los que el otro cónyuge carezca total o parcialmente de recursos. Piénsese que la carencia de ingresos posibilita el acceso a determinadas ayudas sociales[34], a las cuales no tiene derecho el cónyuge que sí los percibe; y, en caso de necesidad, el desamparado puede solicitarlos de sus familiares, en los términos que resultan del Código Civil[35]. En definitiva, el Estado social[36] y nuestro ordenamiento jurídico cuentan con resortes que permiten resolver situaciones extremas, pero la solución no pasa por imponer a una persona la obligación de mantener a otra a la que ya no le une ningún vínculo legal, en detrimento de su propia calidad de vida y la de los hijos comunes cuando están en su compañía.

Por otra parte, es notorio que las cuestiones económicas generan importantes tensiones entre los excónyuges. Disputas que, inevitablemente, repercuten de forma negativa en los menores, vulnerando ese «supremo interés» cuya tutela debe prevalecer en todo caso.

Sin embargo, a pesar de su relevancia práctica la legislación vigente en la actualidad no contiene ninguna disposición expresa que aborde la interrelación entre las diversas medidas económicas.

V. NUEVAS TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES Y LEGALES

La ausencia de norma jurídica que tenga en cuenta la evidente vinculación que existe entre las prestaciones económicas derivadas de la ruptura viene a solventarla el Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental[37], incluyendo una extensa regulación de las cuestiones patrimoniales directamente relacionadas con la crisis familiar:

1. Se añaden al artículo 97 los siguientes criterios a tener en cuenta para determinar si se produce o no desequilibrio económico:

- El caudal, los medios económicos y las necesidades de ambos cónyuges.
- La atribución que, en su caso, se haya hecho del uso de la vivienda familiar al acreedor de la pensión, así como el régimen de asunción de los gastos que la misma genere.

2. En los casos de mutuo acuerdo, la nueva redacción del artículo 90 del Código Civil establece que el convenio regulador deberá contener todo lo referente a la contribución a las cargas familiares y alimentos, con especial atención no solo a las necesidades de los menores, sino también al tiempo de permanencia con cada progenitor, la capacidad económica de cada uno de ellos, la atribución de la vivienda y ajuar familiar, etc. Pero además la letra d) del citado artículo establece que el convenio tiene que contemplar cuándo se producirá el cese del

uso, así como la repercusión que su atribución tenga sobre las cargas familiares, las pensiones alimenticias y la pensión compensatoria.

3. Paralelamente a lo establecido para los supuestos consensuales, el artículo 91 dispone que, a falta de acuerdo, el juez habrá de pronunciarse sobre esas mismas cuestiones, teniendo en cuenta para el cálculo de la pensión de alimentos no solo las necesidades de los menores, sino también los recursos económicos de los progenitores, el tiempo de permanencia con cada uno de ellos, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda y ajuar familiar, la contribución a las cargas familiares y el lugar de residencia de los menores. Por lo que se refiere a los gastos extraordinarios, se sufragarán en proporción a los recursos económicos disponibles de los progenitores.

Así pues, tanto en los supuestos consensuales como en los contenciosos es preceptivo tener en cuenta la capacidad económica de ambos cónyuges para fijar la contribución a las cargas familiares y alimentos. Capacidad que, obviamente, habrá de ser calculada teniendo en cuenta el incremento generado por la pensión compensatoria para el cónyuge que resulte acreedor de la misma; y, paralelamente, la disminución de recursos que conlleva el pago de dicha pensión para el cónyuge deudor.

4. También se ocupa el Anteproyecto de los bienes comunes, concretamente mediante la reforma que introduce en el artículo 95 del Código Civil: «La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial, siempre que no se hubiera acordado con anterioridad, y aprobará la liquidación del mismo si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto.

A falta de acuerdo en la liquidación del régimen económico matrimonial, al iniciar los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y los dirigidos a obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas, se deberá solicitar la formación de inventario de la masa común de bienes y derechos sujeta a las cargas y obligaciones matrimoniales, pudiendo acumular, en su caso, la acción de división de cosa común respecto a los bienes que tengan los cónyuges en comunidad ordinaria indivisa. Igualmente se deberá presentar un plan sobre el régimen de administración y disposición de los bienes gananciales y comunes que se incluyan en el inventario, y de los bienes privativos que estuvieran especialmente afectados a las cargas familiares, así como sobre la rendición de cuentas que deba realizarse al finalizar el mismo, para que sea observado hasta que se proceda a la liquidación definitiva del régimen económico matrimonial o a la división de la comunidad ordinaria».

En la actualidad, la liquidación de la sociedad de gananciales solo resulta posible en el proceso matrimonial consensuado. Y ello, porque se canaliza a través del cajón de sastre del artículo 97 del Código Civil, precepto que dispone que el convenio regulador ha de referirse «al menos» a las materias que cita expresamente; luego, *sensu* contrario, puede referirse a todas aquellas que las partes tengan por conveniente, incluida la liquidación del régimen económico matrimonial. No obstante, algunas resoluciones judiciales han denegado la aprobación del convenio por considerar que no es materia propia del procedimiento matrimonial[38].

La liquidación de gananciales en el mismo proceso matrimonial beneficia tanto a los cónyuges como a la propia Administración de Justicia. A los primeros, porque les evita los largos y costosos trámites previstos en los artículos 809, siguientes y concordantes de la LEC; a la segunda, porque contribuye a descargar de trabajo a los órganos judiciales, al evitar de esta forma la tramitación de dos procedimientos completos[39].

Pero no solo es digno de alabanza este precepto por la mención expresa de la posible liquidación consensuada, sino también porque la exigencia de formar inventario en el propio proceso matrimonial posibilita la identificación y control de los bienes desde el momento inicial, evitando las frecuentes disposiciones fraudulentas de los muebles y enseres por el cónyuge que tiene atribuido su uso. Además, la nueva regulación permite inventariar el haber común en un solo procedimiento, consensual o no[40], con independencia del régimen jurídico al que estén sometidos los bienes que integren el haber partible. Y, una vez firme la resolución que decrete la disolución del régimen económico, se procederá a su liquidación también en un único procedimiento.

5. La atribución del uso de la vivienda, enseres y ajuar familiar es objeto de una exhaustiva regulación, cuya finalidad parece ser la de acabar con la «indolencia» generada por los pronunciamientos efectuados en aplicación de la legislación todavía vigente. Y es que en la actualidad dicho uso se atribuye generalmente al cónyuge guardador y, al igual que la pensión de alimentos, permanece en la práctica hasta tanto los hijos pueden subvenir a sus propias necesidades[41]. Paralelamente, el otro cónyuge no solo tiene que abonar la pensión de alimentos y, en su caso, compensatoria, sino que además no puede disponer de la vivienda familiar, que en muchos casos constituye su único patrimonio. El Anteproyecto en trámite introduce modificaciones dignas de alabanza en esta materia, aunque quizás sigan siendo insuficientes para garantizar la igualdad real y efectiva de ambos cónyuges:

a) La atribución del uso de la vivienda, enseres y ajuar familiar se condiciona en el reformado artículo 96.2 del Código Civil a que no se haya dado a la misma un «destino definitivo». Por tanto, no procederá pronunciamiento alguno cuando hayan sido adjudicados a uno de los cónyuges en la liquidación de gananciales contenida en el propio convenio regulador. De no ser así, el Juez atribuirá el uso de los indicados bienes «en función de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos», previendo expresamente la posibilidad de establecer periodos de uso alternos. En último extremo, el uso se atribuirá al progenitor «que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda» en los casos de guarda y custodia compartida y en los de ausencia de hijos menores comunes.

b) Solo de forma excepcional se podrá atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge no guardador, «si es el más necesitado y el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos».

c) No obstante lo anterior, el apartado 3 del mismo artículo pone límites a la atribución del uso de la vivienda al cónyuge custodio cuando sea común o privativa del otro cónyuge, de forma que el derecho de uso se mantiene, exclusivamente, hasta que se extinga la obligación de prestar alimentos a los hijos[42], o bien hasta que se liquide la vivienda. En los demás supuestos la atribución del uso se limitará a dos años, con una posible prórroga de un año más.

d) Pero lo que sin duda resulta más relevante a los efectos que nos ocupan es la obligación impuesta por el nuevo artículo 96.4: «La atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge». Y es que, como ya hemos apuntado anteriormente, la «corresponsabilidad» ha de estar presente también en el aspecto patrimonial, porque un reparto no equitativo de los beneficios y cargas, además

de vulnerar el derecho a la igualdad, acaba por repercutir negativamente en el supremo interés de los menores. En esta línea se ha pronunciado ya el Tribunal Supremo, denegando la pensión compensatoria a la esposa al considerar inexistente el desequilibrio económico en atención a los gastos a los que debía hacer frente el esposo tras la ruptura[43].

Consideramos que una cabal aplicación de este precepto legal debería traducirse en la valoración del coste de los bienes cuyo uso se atribuye, acudiendo por ejemplo a la renta de mercado de viviendas amuebladas de similares características y ubicación. Y, una vez determinado, proceder a su distribución entre los diversos usuarios, de forma que la parte correspondiente a los hijos disminuya su pensión de alimentos, mientras que la que corresponda al cónyuge custodio se detraerá de un hipotético derecho a pensión compensatoria.

e) Del apartado 5 del mismo artículo cabe destacar la incorporación a la norma de la jurisprudencia actual del Tribunal Supremo en relación con el pago de préstamos hipotecarios u otras obligaciones contraídas para la adquisición o mejora de la vivienda familiar[44], estableciendo que «deben satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución». En este sentido se pronuncian las STS de 28 marzo 2011 y 17 febrero 2014, entre otras.

f) El artículo 96.6 por su parte impone restricciones a la venta de la vivienda cuyo uso corresponda a los hijos menores, llegando a exigir autorización judicial en determinados casos. El apartado 7 se limita a reflejar lo que ya es práctica habitual: cuando la vivienda no es propiedad de los cónyuges, el uso se limita a lo que resulte del título[45], mientras que en los casos de precario el uso acabará cuando su titular exija la restitución, adecuándose en ese caso las pensiones a la nueva situación. En la misma línea, el apartado 8 contempla expresamente la posibilidad de anotar preventivamente o inscribir el uso, lo que también se viene admitiendo en la actualidad.

VI. DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL: LAS APELACIONES EN MATERIA DE CRISIS MATRIMONIALES Y SU IMPOSIBILIDAD DE CASACIÓN HASTA LA NUEVA LEC

Hasta la entrada en vigor de la vigente LEC los procedimientos matrimoniales estaban regulados por la Disposición Adicional 5.ª de la Ley de divorcio[46], conforme a la cual las resoluciones judiciales dictadas en los procesos de nulidad, separación y divorcio no tenían acceso a la casación, salvo a instancia del Ministerio Fiscal, en interés de Ley. No existe, por tanto, jurisprudencia en sentido propio del periodo anterior, tal como se constata en el ATS, Sala 1.ª, de 13 de febrero de 2001:

«UNICO. El recurso … de casación solo se admitirá a instancia del Ministerio Fiscal y en interés de la Ley, … siendo muchas las ocasiones en que esta Sala ha desestimado recursos de queja en los que se pretendía recurrir en casación una sentencia resolutoria de *incidente de modificación de medidas* (AATS de 24 de septiembre de 1996 en recurso 2423/96, 29 de octubre de 1996 en recurso 1943/96, 24 de diciembre de 1996 en recurso 3070/96, 24 de febrero de 1998 en recurso 272/98, 12 de mayo de 1998 en recurso 4157/97, 29 de septiembre de 1998 en recurso 3174/98, y 2 de febrero de 1999 en recurso 4575/98); de *incidente de ejecución de sentencias de separación o divorcio* (STS de 23 de febrero de 1993 y AATS de 23 de julio de 96 en recurso 1457/96, 24 de septiembre de

1996 en recurso 2423/96, 16 de junio de 1998 en recurso 1300/98, 22 de septiembre de 1998 en recurso 2763/98, 13 de abril de 1999 en recurso 334/99 y 28 de diciembre de 1999 en recurso 4605/99); o recaída en *juicio de divorcio* (STS de 23 de febrero de 1993 y AATS de 27 de marzo de 1989 en recurso 506/89, 28 de febrero de 95 en recurso 3332/94, 16 de diciembre de 1997 en recurso 1644/97, 28 de abril de 1998 en recurso 1021/98 y 3 de abril de 1998, en recurso 2336/98)»[47].

La evolución de los pronunciamientos sobre pensión compensatoria durante las dos primeras décadas de vigencia de la Ley de divorcio hemos de analizarla, por tanto, a la luz de las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales. No obstante, el Tribunal Supremo nos ofrece un amplio resumen de las diversas tendencias al pronunciarse sobre las cuestiones controvertidas una vez que las mismas tuvieron acceso a la casación, según tendremos ocasión de comprobar en las citas posteriores.

A partir de la entrada en vigor de la LEC 2000[48] los procesos matrimoniales están regulados en su Libro IV[49], dedicado a los procesos especiales, y tienen acceso a la casación las sentencias dictadas en los mismos en los términos y con los requisitos exigidos en los artículos 477 y siguientes de la misma Ley[50]. Los sucesivos pronunciamientos del Alto Tribunal han formado un cuerpo de doctrina jurisprudencial del que podemos extractar los principios básicos y criterios interpretativos aplicables en la actualidad.

Una de las cuestiones más debatidas tanto antes como después de la reforma de 2005 es la posible temporalidad de la pensión. Conviene recordar que el Tribunal Supremo se pronunció por primera vez sobre esta materia en Sentencia de 10 de febrero de 2005, al resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la AP de Palma de Mallorca el 25 de abril de 2002. Se fundamentaba el recurso en la existencia de interés casacional por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, y el Alto Tribunal declaró «… la posibilidad de acordar como medida en los procesos matrimoniales de separación y divorcio una pensión compensatoria de duración limitada —pensión compensatoria temporal—».

La indicada sentencia comienza analizando el origen de la controversia, lo que nos permite conocer las diversas posturas mantenidas por las Audiencias Provinciales hasta ese momento y su evolución favorable a la temporalidad de la pensión:

«La problemática objeto de enjuiciamiento es la consecuencia de los avatares sufridos por la figura de la pensión compensatoria (desde su introducción en el año 1981) y la incidencia de diversos factores, sobre todo sociales —y singularmente la condición de la mujer en el matrimonio y en el acceso al mundo laboral—, que han dado lugar a un importante cambio de opinión en la doctrina científica y la práctica forense, y una notoria evolución de la jurisprudencia de las Audiencias, que, si bien en un principio se mantuvieron fieles a la opinión claramente dominante de que la pensión debía ser vitalicia, sin embargo, singularmente, a partir de los años 90, comenzaron a mostrarse favorables a la temporalización —unas veces, en circunstancias excepcionales; y otras, con mayor flexibilidad—, hasta el punto de que en la actualidad tal corriente favorable es claramente mayoritaria».

Deja constancia el Alto Tribunal en esta resolución de la multiplicidad de argumentos defendidos por las enfrentadas posturas, evidenciando que son mucho

más numerosos y contundentes los que se pronuncian a favor de la temporalidad de la pensión[51]. Así mismo, se reseña el criterio también favorable manifestado por el Consejo de Europa[52], el Código de Familia de Cataluña o el Proyecto de Ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio. Y, finalmente, se remite al criterio interpretativo del artículo 3.1 del Código Civil, concluyendo que «…la realidad social permite y el sentir social apoya una solución favorable a la pensión temporal».

Poco tiempo después, la STS de 28 abril 2005 puso fin a la controversia, sentando jurisprudencia favorable a la temporalidad: «De conformidad con lo previsto en el artículo 487.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe procederse a efectuar un pronunciamiento unificador sobre la contradicción existente entre diferentes Audiencias Provinciales, dejando zanjada la divergencia en el mismo sentido que la anterior sentencia de 10 de febrero de 2005, sentando como doctrina jurisprudencial la posibilidad de acordar una duración limitada temporalmente a la pensión compensatoria».

Fruto de esa evolución social, doctrinal y jurisprudencial es la reforma del Código Civil introducida por Ley 15/2005, de 8 de julio[53], que no solo admite la pensión compensatoria temporal, sino también su sustitución por una prestación única. La reforma, por tanto, no aportó novedad alguna a la práctica judicial, limitándose una vez más la norma a ir «a remolque de la sociedad». En cualquier caso, hoy como ayer es preciso analizar las circunstancias concurrentes en el caso concreto para poder pronunciarse sobre la temporalidad y, en su caso, duración de la pensión compensatoria, partiendo siempre de la existencia de desequilibrio económico y valorando los parámetros que permitan pronosticar la superación del mismo en un determinado plazo.

VII. ANÁLISIS DE LA CASUÍSTICA VENTILADA EN LA *PRAXIS* JUDICIAL

Una vez examinada la normativa aplicable, veamos ahora su interpretación y aplicación en la práctica judicial a través de supuestos concretos resueltos por el Tribunal Supremo:

1. Alteraciones estables

El primer requisito para que proceda la modificación o extinción de la pensión compensatoria es que las alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge a las que se refiere el artículo 100 del Código Civil, además de ser sustanciales, sean estables, en el sentido de que permanezcan en el tiempo. No son relevantes, por el contrario, los cambios transitorios o de escasa duración.

En este sentido se pronuncia la STS de 26 marzo 2014: «Las alteraciones sustanciales que dan lugar a la extinción de la pensión compensatoria deben reunir el carácter de estables, por lo que cabe descartar las fugaces o efímeras. Por tanto no puede tenerse en cuenta una modificación o alteración transitoria, siendo necesario que reúnan caracteres de estabilidad o permanencia. En conclusión no procede la extinción de la pensión compensatoria, pues el régimen laboral fijo de la Sra. Carmela, constituía una situación transitoria habida cuenta de su próxima jubilación, que realmente se produjo».

Por el mismo motivo, tampoco se consideran relevantes los trabajos esporádicos o mediante contrato temporal[54].

2. Independencia económica

El hecho de que ambos cónyuges trabajen no excluye *per se* el derecho a la pensión, pero no procederá cuando cada uno tenga sus propios ingresos y no sean «absolutamente dispares».

En este sentido la STS de 22 de junio de 2011 dicta lo siguiente: «La duda que a veces se ha planteado es si es posible apreciar el citado desequilibrio, y por tanto, fijar una pensión, cuando cada cónyuge tiene una calificación profesional determinada y ejerce su profesión. Esta Sala (STS de 17 de julio de 2009 *[RC* núm. 2004, 1369]) se ha pronunciado al respecto diciendo que, en principio, la mera independencia económica de los esposos no elimina el derecho de uno de ellos a recibir una pensión, pues a pesar de que cada cónyuge obtenga ingresos, puede haber desequilibrio «cuando los ingresos de uno y otro sean absolutamente dispares». Por tanto, valorando esta afirmación en sentido contrario, la independencia económica impedirá que nazca el derecho a la pensión cuando se produzca una situación equilibrada, compatible con diferencias salariales, si no son notorias. Si ambos esposos trabajan, y sus ingresos, valorando la situación inmediatamente anterior a la ruptura con la que van a tener que soportar a resultas de esta, no son absolutamente dispares, la mera desigualdad económica no se va a traducir en la existencia de un desequilibrio para el más desfavorecido susceptible de ser compensado mediante una pensión a cargo del que lo fue en menor medida, pues lo que la norma impone es una disparidad entre los ingresos de carácter desequilibrante».

3. Desequilibrio no es sinónimo de necesidad

La misma STS de 22 de junio de 2011, deja claro que puede existir desequilibrio y, en consecuencia, ser procedente la pensión compensatoria, aunque el cónyuge acreedor tenga recursos suficientes para subsistir: «Según aclara la citada jurisprudencia, tal desequilibrio implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio; que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. De esto se sigue que, a diferencia de la pensión alimenticia, en la compensatoria no hay que probar la existencia de necesidad, toda vez que, como se ha dicho, el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo. Lo que sí ha de probarse es que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge».

4. Temporal o vitalicia

La jurisprudencia anterior a la reforma de 2005 mantenía una postura claramente favorable a la pensión de carácter vitalicio, sin duda favorecida por la falta de previsión expresa en la norma sobre la posible limitación temporal. La STS de 10 de febrero de 2005 estableció que la nueva realidad y sentir social abogan por la temporalidad de la pensión compensatoria, siempre que ello resulte posible en atención a las circunstancias. No obstante, aún hoy el Alto Tribunal sigue exigiendo prudencia y «criterios de certidumbre» en lo referente a la previsible

desaparición del desequilibrio económico que justifica la limitación temporal de la pensión. Así las SSTS de 27 de junio de 2011, 23 de octubre de 2012 y 20 de junio de 2013, entre otras:

«Por último, operan también estos factores[55] para poder fijarla con carácter vitalicio o temporal, pues permiten valorar la idoneidad o aptitud del beneficiario para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto, y, alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación del desequilibrio. Para este juicio prospectivo el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre».

5. Revisión en casación

Al igual que en cualquier otra materia, las cuestiones de hecho no tienen acceso a la casación. Por ello, las conclusiones que alcance el tribunal *a quo* solo pueden ser revisadas «cuando el juicio prospectivo sobre la posibilidad de superar el inicial desequilibrio en función de los factores concurrentes se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los declarados por la jurisprudencia (SSTS de 9 y 17 de octubre de 2008 *[RC* 2005, 516 y *RC* 2005, 531], de 28 de abril de 2010 *[RC* 2006, 707] y de 4 de noviembre de 2010 *[RC* 2007, 514])».

6. Alteración imprevista

Las alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge, además de ser sustanciales, tienen que ser imprevistas, por lo que no justifican la modificación o extinción de la pensión compensatoria aquellas circunstancias que se tuvieron o debieron tenerse en cuenta en el momento de su establecimiento. Así, dice la STS de 26 de marzo de 2014:

«Esta Sala en aplicación de los artículos 97 y 101 del Código Civil debe recordar que la pensión compensatoria, pactada entre las partes, solo puede modificarse por «alteración sustancial» en la fortuna de uno u otro cónyuge (art. 100 CC).

En resumen, no procede entender que las situaciones que preexisten y se conocen al momento del convenio regulador puedan constituir «alteración sustancial», dado que no pueden considerarse como sobrevenidas (STS 20 de junio de 2013, Rec. 876 de 2011, entre otras)».

7. Uniones de hecho

En ausencia de matrimonio los pronunciamientos judiciales han fluctuado entre pensión compensatoria e indemnización por enriquecimiento injusto. A partir de la STS de 16 de julio de 2002 se consolida la aplicación del artículo 97 del Código Civil por analogía: «Si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala mantuvo un tiempo la solución indemnizatoria con base en la doctrina del enriquecimiento injusto, posteriormente (de un modo definitivo las sentencias de 27 de marzo y 5 de julio de 2001) considera más adecuada la aplicación analógica (art. 4.1 del Código Civil) del artículo 97 del Código Civil…».

8. No cabe sustituir alimentos por compensación

A raíz de las discrepancias existentes entre las diversas Audiencias Provinciales, la STS de 9 de febrero de 2010 fija la siguiente doctrina al respecto:

«2.º Los alimentos y la pensión compensatoria obedecen a finalidades y causas distintas: así como los alimentos tienen como objetivo solucionar el estado de necesidad de quien los acredita, la pensión compensatoria obedece a otras razones, cuales son las de compensar el desequilibrio que pueda producirse como consecuencia de la ruptura matrimonial. De este modo, se ha reconocido que para reclamar la pensión compensatoria no se requiere la prueba de la necesidad (SSTS de 17 de octubre y de 21 de noviembre de 2008 y 10 de marzo de 2009, entre otras). Es por ello que la pensión por alimentos acordada en el procedimiento de separación no puede sustituirse por una pensión compensatoria, ya que ambas instituciones obedecen a causas distintas.

… la pensión compensatoria no es un sustituto del derecho de alimentos que se va a perder por la extinción del matrimonio por divorcio, de modo que aplicando las anteriores reglas, si no existió desequilibrio en el momento de la ruptura matrimonial, no va a poder reclamarse pensión compensatoria en el divorcio».

Sin embargo, la misma sentencia admite la posibilidad de reservarse el derecho a reclamar la pensión compensatoria en el posterior divorcio (al extinguirse el derecho de alimentos), pero siempre que el desequilibrio se haya producido al cesar la convivencia:

«4.º Puede ocurrir… que uno de los cónyuges se reserve el derecho a reclamar la pensión compensatoria en un procedimiento posterior, que lógicamente, se tratará del divorcio… no se trata de que el desequilibrio se produzca por la pérdida del derecho a los alimentos, sino que existiendo ya en el momento de la separación, había quedado oculto por el pacto de alimentos».

9. Producción de efectos

El momento en que la causa de extinción o modificación ha de producir efectos es una cuestión no pacífica. En cualquier caso, la acreditación de la causa ha de llevarse a cabo a través del oportuno procedimiento judicial, no operando de forma automática. Con carácter general, los efectos se producirán a partir de la correspondiente sentencia, si bien en determinados casos se admite su retroactividad. Citamos a título de ejemplo la SAP de Madrid de 12 de marzo de 2008: «En materia de efectos de la extinción de la pensión compensatoria al amparo del artículo 101 del Código Civil, es regla general que al precisar de una declaración judicial su establecimiento, ese mismo carácter constitutivo ha de tener su extinción, sin que quepa admitir, salvo supuestos excepcionales en que quede suficientemente justificada tal previsión, la eficacia retroactiva, siendo la fecha de meritada extinción la de la sentencia recaída en la instancia».

Sin embargo, esta misma sentencia prevé la retroacción de los efectos extintivos en determinados casos: «En la medida que se justifique la procedencia de la extinción con efectos retroactivos, como ocurre, y a modo de ejemplo se puede citar, en aquellos casos en los que se acredita la existencia de un matrimonio anterior a la fecha en la que deba dictarse la resolución que ponga fin al procedimiento, y que declara la extinción de tal beneficio, o cuando de modo indubitado se ha justificado la convivencia con otra persona, también en fecha anterior a la sentencia que deba dictarse, o cuando del mismo modo se acredita, también de un

modo claro y palmario, a una fecha determinada, la importante mejora de fortuna, por cualquier razón, de quien hasta ese momento era perceptor de tal derecho».

La STS de 23 de noviembre de 2011 no se pronuncia de modo expreso sobre esta materia, limitándose a aplicar la doctrina de los actos propios para declarar que no procede la extinción con carácter retroactivo cuando el obligado al pago conocía la existencia de la causa al tiempo de establecerse la pensión: «La sentencia recurrida sigue la corriente mayoritaria que entiende que la extinción opera desde la fecha de la sentencia, sin efecto retroactivo. Pero señala que existe una contradicción entre las Audiencias Provinciales y cita como favorables a la recurrida, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zamora, de 15 de enero de 1999, Córdoba, sección 2.ª de 12 de abril de 2000 y 25 de abril de 2002 y como sentencias contrarias, las de Barcelona, sección 18, de 16 de febrero de 2007 y Madrid, sección 24, de 11 de diciembre de 2001 y 12 de marzo de 2008, que sostienen la posibilidad de retrotraer los efectos de la extinción de la pensión al tiempo de la concurrencia de la causa.

En el presente supuesto, no es posible estimar el recurso de casación en el que se pretende que la extinción de la pensión se produzca con efectos retroactivos al momento en que concurrió la causa, es decir, antes de la sentencia de separación, porque:

1. El recurrente la conocía en el momento de la demanda de separación y a pesar de ello, la consintió y no planteó posteriormente un procedimiento de modificación de medidas, para pedir su extinción durante el periodo durante el que se mantuvo la separación. Por tanto, existió conformidad mientras se mantuvo la separación.

2. La nueva situación creada por el divorcio permite la extinción de la pensión por concurrencia de una causa probada, pero ello no será efectivo desde el momento de la concurrencia de la causa como pretende el recurrente, sino desde la sentencia que acuerda el divorcio».

10. *Pacta sunt servanda,* incluso los atípicos

Cuando los cónyuges han pactado unas determinadas condiciones en relación con la pensión compensatoria, no procede su extinción aún cuando posteriormente se alteren sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta, incluso aunque desaparezca el desequilibrio. Así, dice la STS de 20 de abril de 2012:

«Independientemente de la denominación que las partes hayan establecido para el derecho pactado en el convenio regulador… debe partirse en la presente argumentación de dos elementos que concurren en este derecho, reiterados en sentencias de esta Sala:

1. La pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar. Rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración.

2. Los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación. La STS 2011, 217, de 31 de marzo, confirma esta doctrina, recogiendo sentencias de esta Sala que ya habían admitido esta validez, a partir de la trascendental sentencia de 2 de abril de 1997.

El convenio es, por tanto, un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos, como es el que ahora nos ocupa, (en un supuesto

parecido, STS 2011, 758, de 4 de noviembre), por lo que debe examinarse si se ha aplicado por parte de la sentencia recurrida el completo acuerdo de las partes.

SEXTO. De acuerdo con lo dicho hasta aquí, hay que reconocer que el pacto entre D.ª Carolina y su marido relativo al pago de una pensión compensatoria no tuvo como función la compensación del desequilibrio económico que pudiera surgir como consecuencia de la separación, sino que tuvo otra función. Esta función se observa cuando las partes establecieron que "Con independencia de lo pactado, la esposa queda en total libertad para trabajar e iniciar otra vida laboral o negocial, sin que ello suponga detrimento en el importe de la pensión a satisfacer por el esposo". Esta parte del pacto no ha sido tenida en cuenta por la sentencia recurrida y constituye una expresión clara de que era voluntad expresa de ambos que la denominada pensión, que se pactaba en el convenio de referencia, debía abonarse a pesar de la actividad laboral o negocial de la acreedora de dicha pensión.

De ahí se concluye que fuera cual fuera la razón y el origen de este pacto, que no se ha impugnado, la entrada de D.ª Carolina en el mercado de trabajo no permite la extinción de la pensión compensatoria pactada con estas condiciones, porque en dicho pacto no se contempla el desequilibrio, sino que se acuerda el pago de una cantidad, abstracción hecha del mismo y de las circunstancias posteriores en el ámbito económico de la esposa».

11. Incremento patrimonial relevante y sobrevenido

Se considera superado el desequilibrio económico cuando el beneficiario de la pensión obtiene un importante patrimonio generador de ingresos, por ejemplo a través de la liquidación de la sociedad de gananciales. En dicho sentido, la STS de 24 de noviembre de 2011 asevera: «…debiendo aplicar la Sala la doctrina actual que ha sido dictada para unificar doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 477.2.3 LEC, debe declararse que la posterior adjudicación a D.ª María Rosario de bienes gananciales en exclusiva por un valor superior a los 4 millones de euros determina la concurrencia de una alteración sustancial en su fortuna, porque a partir del momento de la adjudicación ostenta la titularidad exclusiva de los bienes adjudicados, lo que le va a permitir una gestión independiente. Por ello es también adecuado que se acuerde una pensión temporal…».

En idéntica línea, la STS de 17 de marzo de 2014 se refiere al supuesto de incremento patrimonial por la adición de una herencia: «La herencia sí puede tenerse en cuenta en este caso a la hora de juzgar sobre la existencia o inexistencia del desequilibrio actual, … sentar como doctrina jurisprudencial… que el hecho de recibir una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión, y como tal determinante de su modificación o extinción».

El argumento debería ser extensible a cualquier incremento patrimonial sobrevenido, citando a título de ejemplo los procedentes de juegos de azar, donaciones, etc.

12. Pasividad en la búsqueda de empleo

La STS de 23 de enero de 2012 no requiere comentario alguno: «constituye doctrina actual que la pasividad, el interés insuficiente demostrado por la esposa

con su conducta, en orden a la obtención de un empleo que le permitiera alcanzar una situación de independencia económica, resulta determinante a la hora de apreciar la situación objetiva de superación del desequilibrio o de estar en disposición de hacerlo, dado que no resulta jurídicamente aceptable repercutir en el esposo pagador de la pensión las consecuencias negativas derivadas de la falta de acceso a un empleo por la pasividad de la esposa en su búsqueda y obtención (STS de 15 de junio de 2011 *[RC* 2009, 1387])».

13. Separación de bienes

El derecho a la pensión compensatoria no es incompatible con el régimen de separación de bienes, si bien es un dato más a tener en cuenta para su delimitación.

En su virtud, declara la STS de 8 de mayo de 2012: «De aquí cabe deducir que el hecho de que un matrimonio haya regido sus relaciones económicas por un régimen de comunidad o uno de separación no es un factor que origine por sí mismo el derecho a obtener o no pensión compensatoria. Solo lo causará el desequilibrio producido como consecuencia de la separación o el divorcio, si bien entre los parámetros a tener en cuenta para fijar la concurrencia de desequilibrio, debe también incluirse el régimen de bienes.

Cuando los cónyuges se encuentren en separación de bienes, debe demostrarse que la separación o el divorcio producen el desequilibrio, es decir, implican «un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio» a los efectos de la reclamación de la pensión, del mismo modo como se exige cuando se rigen por un régimen de bienes distinto. De ello cabe deducir que el régimen no es determinante del desequilibrio, sino que constituye uno de los factores a tener en cuenta para fijarlo y por ello cabe la pensión compensatoria tanto en un régimen de comunidad de bienes, como en uno de separación».

14. La alteración sustancial y sobrevenida afecta también a la pensión de carácter temporal

En este punto, es la STS de 24 de octubre de 2013, la que evidencia lo siguiente: «Constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal, no impide el juego de los artículos 100 y 101 del Código Civil si concurren en el caso enjuiciado los supuestos de hecho previstos en dichas normas— alteración sustancial y sobrevenida de las circunstancias anteriores (art. 100 CC) o la convivencia del perceptor con una nueva pareja o el cese de las causas que determinaron el reconocimiento del derecho (art. 101 CC). Cuando ello ocurra, el obligado al pago de la pensión podrá pedir que se modifique esta medida, pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir, total o parcialmente (SSTS de 27 de octubre de 2011, 20 de junio de 2013). Es el cambio de circunstancias determinantes del desequilibrio que motivaron su reconocimiento, el mismo que también puede convertir una pensión vitalicia en temporal…».

15. Trabajos antes, durante y después del matrimonio

La STS de 17 de mayo de 2013 establece que no existe desequilibrio cuando el matrimonio no ha tenido incidencia alguna en la situación laboral o profesio-

nal: «El matrimonio, en suma, no ha supuesto ningún perjuicio a la esposa, que sigue trabajando, como antes de casarse y durante el matrimonio, con el plus de la adjudicación del uso de la vivienda, además del beneficio próximo de sus derechos en la sociedad de gananciales, y la situación de cada uno al término de su relación más tiene que ver con su trabajo que con la pérdida de su capacidad laboral o el sacrificio que hubiera tenido que asumir en beneficio del otro».

16. Persistencia del desequilibrio tras la emancipación de los hijos

El desequilibrio económico no desaparece automáticamente por el simple hecho de que los hijos ya no precisen cuidados, pudiendo mantenerse el mismo cuando la edad del beneficiario de la pensión dificulta el acceso al mercado laboral.

Dice en relación a este punto la STS de 20 de diciembre de 2012: «Si bien es cierto que alguno de estos factores son distintos en este momento, como es el que resulta del cuidado de los hijos, otros se agravan con el paso del tiempo, como es la edad de quien percibe la pensión y las consiguientes dificultades para acceder a un empleo suficientemente retribuido y con plenas garantías de mantenerse en el mismo. La decisión de la Audiencia, contraria a esa temporalidad de la pensión, lejos de asentarse en criterios distintos de los afirmados por la jurisprudencia, o de resultar una decisión gratuita, arbitraria o carente de la más mínima lógica, se muestra como el resultado de un juicio prospectivo razonable, lógico y prudente, que debe mantenerse».

VIII. CONCLUSIONES

I. La función de la pensión compensatoria es reequilibrar la balanza cuando uno de los cónyuges ha resultado perjudicado por el rol asumido durante la convivencia.

II. Las variables que fundamentalmente se tienen en cuenta para fijar la pensión son la dedicación al cuidado de la familia y la colaboración en las actividades del otro cónyuge.

III. A lo largo de la pasada centuria la compensación era necesaria en la mayoría de los casos, debido a la escasa incorporación de la mujer al mundo laboral.

IV. En la actualidad, la institución ha perdido buena parte de su sentido, no solo por la equiparación de los roles masculino y femenino en la realización de las tareas domésticas y cuidado de los hijos, sino sobre todo por la incorporación de ambos sexos al mundo laboral en condiciones de igualdad.

V. Desde esta óptica, la pensión o compensación debe manejarse con cautela para no fomentar la desidia laboral en sus beneficiarios, y sobre todo ponderar de forma conjunta todos los parámetros de contenido económico que necesariamente están presentes cuando se produce la ruptura, con el fin de evitar que se produzca el efecto contrario al pretendido.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, M. *Derecho Civil. (Introducción y Parte General). Volumen Primero*. Bosch, Barcelona, 1991.

BONET NAVARRO, A. Los recursos en el proceso civil. *La Ley*, Madrid, 2000.
CORDÓN MORENO F. y otros. *Comentarios a la LEC*. Aranzadi, Navarra, 2001.
CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V, MORENO CATENA, V. *Introducción al derecho procesal y derecho procesal civil (Parte general y especial)*. Colex, Madrid, 2000.
CRESPO GARRIDO, M.ª y MORETÓN SANZ, M.ª F. *Conciliación de trabajo y familia; las claves del éxito: eficiencia empresarial e implicación masculina*. Editorial Colex, Madrid, 2010.
GONZÁLEZ DEL POZO, J. P. Comentarios parciales al anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de separación, nulidad y divorcio. El Derecho Editores. *Revista de Derecho de Familia El Derecho,* núm. 13.
LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho civil. Tomo 6. Derecho de Familia.* Marcial Pons, Madrid, 2013, 12.ª ed.
LORCA NAVARRETE, A. M. *Tratado de Derecho Procesal Civil. (Parte general. El nuevo proceso civil)*. Dykinson, Madrid, 2000.
MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J. y ARENAS GARCÍA, R. *Separación y divorcio tras la Ley 15/2005*. Tirant lo Blanch, Valencia 2006.
PÉREZ MARTÍN, A. J. *Boletín de Derecho de Familia El Derecho,* núm. 115. El Derecho Editores. 1 de septiembre de 2011.
SILGUERO ESTAGNAN, J. *El control de los hechos por el Tribunal Supremo*. Dykinson, Madrid, 1997.

X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES JUDICIALES

Tribunal Supremo, Sala Primera

- Sentencias de 2 de diciembre de 1987; 22 de junio de 2001; 16 de julio de 2002; 10 de febrero y 28 de abril de 2005; 12 de marzo y 3 de octubre de 2008; 19 de enero y 9 de febrero de 2010; 1 y 28 de marzo, 22, 26 y 27 de junio, 19 y 27 de octubre, 23, 24 y 25 de noviembre de 2011; 23 de enero, 20 de abril, 8 de mayo, 23 de octubre, 16 de noviembre, 4 y 20 de diciembre de 2012; 17 de mayo, 20 de junio y 24 de octubre de 2013; 17, 20 y 21 de febrero, 17, 18, 25 y 26 de marzo de 2014.
- Auto de 13 de febrero de 2001.

Tribunal Supremo, Sala Cuarta

- Sentencia de 29 de enero de 2014.

Audiencias provinciales

- SAP, Álava, 25 de marzo de 1999
- SAP, Albacete, 29 de junio de 2004
- SAP, Asturias, 30 de junio de 2005
- SAP, Barcelona, 27 de abril de 2005
- SAP, Cádiz, 12 de noviembre de 2003
- SAP, Granada, 29 de mayo de 2009

- SSAP, Las Palmas, 25 de abril y 29 de octubre de 2002
- SSAP, Madrid, 16 de enero de 2003, 12 de mayo de 2006 y 12 de marzo de 2008
- SAP, Murcia. 8 de marzo de 2004
- SAP, Valencia, 27 de mayo de 2004
- SAP, Valladolid, 10 de septiembre de 1996

NOTAS

[1] Salvo el breve paréntesis de la Segunda República.

[2] Artículo 59 del Código Civil: «El marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario».

3 Artículo 60 del Código Civil: «El marido es el representante de su mujer. Esta no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por sí o por medio de Procurador».

[4] Artículo 61 del Código Civil: «Tampoco puede la mujer, sin licencia o por poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley».

[5] Incluso se hacía constar en determinados documentos oficiales, como por ej. el DNI, que la profesión de la mujer era «sus labores».

[6] Dado que uno de los criterios de interpretación de las normas es, precisamente, la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas, tal como establece el artículo 3.1 del Código Civil.

[7] Tal como se recoge ya en el Anteproyecto de Ley de Corresponsabilidad Parental y se analiza posteriormente.

[8] Artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social: «…Asimismo se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y esta quedara extinguida a la muerte del causante».

[9] STS, Sala 4.ª, de 29 de enero de 2014: «…el reconocimiento de cualquier suma periódica en favor de la esposa —más allá de los alimentos de los hijos— tiene la naturaleza de pensión compensatoria y, por consiguiente permitirá el acceso, en su caso, a la pensión de viudedad, al tratarse de una prestación que se ve truncada por el fallecimiento del deudor. En realidad, resulta difícil impedir el acceso a la prestación en el caso de que, en el momento del fallecimiento, el supérstite sea acreedor a cualquier suma periódica a costa del causante, sea cual sea la denominación dada en su atribución, y con independencia de la naturaleza jurídica de la misma.— La razón del requisito para el reconocimiento del derecho a pensión de viudedad en los supuestos de crisis matrimoniales se halla en la dependencia económica mantenida en el momento del óbito y, tal dependencia se produjo tanto si el supérstite estaba percibiendo pensión compensatoria *strictu sensu*, como si era beneficiario de cualquier otro pago regular a cargo del fallecido, como puede suceder con la pensión alimenticia a la que podía estar obligado legalmente en caso de separación o a la pactada. Lo que el legislador ha querido es ceñir el derecho a pensión de viudedad de quienes estaban separados o divorciados del causante a los supuestos en que la muerte pone fin a la fuente económica que el fallecido representaba, siendo así que esa identidad de razón se dará cuando el solicitante de la pensión acredite que era acreedor de pensión a cargo de aquel, sea cual sea su denominación, o su naturaleza jurídica».

[10] Introducida por Ley 15/2005, de 8 de julio.

[11] STS de 25 de noviembre de 2011 y 4 de diciembre de 2012.

[12] Entre otras, la edad, estado de salud, cualificación profesional, duración del matrimonio, etc.

[13] Artículo 97.9.ª del Código Civil: «Cualquier otra circunstancia relevante».

[14] Artículo 100 del Código Civil.

[15] El artículo 101 del Código Civil contempla las siguientes: Por el cese de la causa que la motivó (lo que habrá que entender como cese del desequilibrio), por contraer el acreedor

nuevo matrimonio y por vivir maritalmente con otra persona. No obstante, existen otras causas de extinción que examinaremos más adelante.

[16] STS de 27 de octubre de 2011: «… esta Sala dicta la siguiente doctrina: el simple transcurso del tiempo no constituye causa de extinción de la pensión compensatoria, salvo que se haya establecido de forma temporal».

[17] STS, Sala 1.ª, de 2 de diciembre de 1987: «…debemos declarar y declaramos que la llamada pensión compensatoria, regulada en el artículo 97 del Código Civil, no puede acordarse por el Juez de oficio y sí, solo, en el caso de que el cónyuge que la pida pruebe que la separación o divorcio le ha producido un desequilibrio económico, en relación con la posición del otro, que implique empeoramiento de su situación durante el matrimonio». En el mismo sentido se pronuncia la más reciente STS de 25 de marzo de 2014, que cita la anterior.

[18] No cabe aplicar el artículo 97 del Código Civil a las uniones de hecho, aunque algunas resoluciones judiciales lo hacen por analogía (SSAP, Las Palmas de 29 de octubre de 2002, Madrid, de 16 enero de 2003, Cádiz, de 12 de noviembre de 2003, Murcia de 8 de marzo de 2004). Parece más adecuado en estos casos recurrir al concepto de «enriquecimiento injusto», en aplicación de los artículos 10.9 y 1887 del Código Civil, para lograr la compensación o indemnización que pueda resultar procedente.

[19] No es posible establecerla como medida provisional, dado que no la contempla el artículo 103 del Código Civil. A mayor abundamiento, el procedimiento de medidas provisionales finaliza mediante Auto, mientras que la pensión compensatoria ha de ser establecida por sentencia.

[20] SAP de Barcelona de 27 de abril de 2005.

[21] Artículo 1255 del Código Civil: «Los contratantes pueden establecer los pactos, clausulas y condiciones que tengan por conveniente…».

[22] Véase PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: *Boletín de Derecho de Familia El Derecho,* núm. 115. El Derecho Editores. 1 de septiembre de 2011.

[23] A través del procedimiento establecido en el artículo 770 y concordantes de la LEC.

[24] SAP de Asturias de 30 de junio de 2005 y STSJ de Cataluña de 28 de octubre y 11 de diciembre de 2003.

[25] En caso de que en el convenio regulador o sentencia no se hayan previsto las bases para la actualización, la misma se llevará a cabo aplicando el IPC del año anterior. La actualización se puede llevar a cabo en cualquier tiempo, mientras que los atrasos prescriben por el transcurso de cinco años «La referida pensión por desequilibrio participa de la naturaleza de una deuda de valor que, como tal, se hace susceptible en su efectividad de mecanismos de actualización,…En consecuencia, la no reclamación por la acreedora durante varios años de las actualizaciones que le correspondían no implica la renuncia, y tampoco la exclusión, de un derecho que la ley le atribuye, … Debe, por ello, distinguirse entre la revalorización en sí, que es imprescriptible por la propia naturaleza de la pensión, y los atrasos derivados de la misma, que pueden caer, por el contrario y previa su invocación por el obligado, bajo las previsiones del artículo 1966 (SAP Madrid de 12 de mayo de 2006).

[26] SAP Álava, de 25 de marzo de 1999 y Valladolid, de 10 septiembre de 1996.

[27] SAP de Albacete, de 29 de julio de 2004.

[28] Desde que se acredite la convivencia, generalmente.

[29] Hay que tener en cuenta que en las prestaciones de tracto sucesivo el *dies a quo* es el del primer impago, no el de la sentencia.

[30] Artículo 1966 del Código Civil.

[31] En este sentido, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª, de 29 de mayo de 2009: «Para el cálculo de la pensión compensatoria la cantidad que percibe el esposo debe ser minorada en las cargas de carácter permanente y estable que debe soportar, entre las que se pueden incluir las pensiones alimenticias de los hijos, el pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar si hubiere hijos menores, el alquiler de vivienda u otras de carácter semejante que tenga que satisfacer».

[32] El Anteproyecto de Ley sobre Corresponsabilidad Parental establece que debe quedar garantizado en todo caso el derecho de los menores a una vivienda digna (nueva redacción del art. 96.1).

[33] Ya sea en régimen de guarda y custodia compartida o durante el periodo de visitas.

[34] Como por ejemplo la pensión no contributiva, la ayuda familiar, la renta activa de inserción, etc.

[35] Según se refleja en la STS de 1 de marzo de 2011, «La obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar y tiene su fundamento constitucional en el artículo 39.1 CE que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia».

[36] Artículo 1.1 CE: «España se constituye en un Estado social…».

[37] Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, aprobado en julio de 2013 y actualmente en trámite.

[38] La sentencia dictada por el Juzgado Mixto número 3 de Linares (Jaén) el 5 de abril de 2011 en los autos 73/2011, no aprueba las cláusulas relativas a la liquidación de gananciales «…en tanto no es susceptible de ser aprobado el pacto de liquidación por vía del proceso de petición de divorcio, existiendo un proceso especial de liquidación del régimen conyugal (arts. 860 y sigs. LEC) dotado de particularidades y caracteres que han de ser respetados…».

[39] Recordemos que la liquidación comienza por la formación del inventario conforme a lo establecido en el artículo 809 LEC. Y, una vez firme, hay que proceder a la liquidación a través del procedimiento regulado en los artículos siguientes.

[40] En la actualidad únicamente se puede efectuar la liquidación de los bienes de carácter ganancial, y únicamente en los procedimientos consensuales.

[41] Según los resultados de la EPA del primer trimestre de 2014, la tasa de emancipación de los jóvenes de entre 16 y 29 años es del 23,78%. Por tanto, respecto del 76,22% las obligaciones de los progenitores se pueden prolongar durante más de veinte años (Fuente: www.injuve.es. Fecha de la consulta: 15 de julio de 2014).

[42] La obligación de prestar alimentos a los hijos se mantiene incluso después de la mayoría de edad cuando no han terminado su formación por causas que no les sean imputables (art. 142 CC). La previsión contenida en este artículo como excepción se ha convertido en la regla general en la actualidad, puesto que prácticamente ningún joven ha acabado su formación a los dieciocho años.

[43] STS de 22 de junio de 2001.

[44] Incluyendo los seguros vinculados a dichas obligaciones.

[45] El supuesto más común es el contrato de alquiler.

[46] Ley 30/1981, de 7 de julio.

[47] La cursiva se ha añadido para resaltar las materias excluidas.

[48] La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, entró en vigor el día 8 de enero de 2001.

[49] La STS de 4 de diciembre de 2012 recuerda la especialidad en materia probatoria aplicable a los procedimientos matrimoniales, entre otros: «Constituye doctrina consolidada (SSTS de 2 de noviembre de 2011, [*RC* 2010, 1003]; 5 de octubre de 2011, [*RC* 2009, 185]; 13 de junio de 2011, [RCIP 2009, 1255] y 25 de abril de 2011, [*RC* 2008, 646]) que el artículo 752 LEC es una norma especial en materia de prueba, que excepciona la aplicación de reglas generales sobre esta materia (como las recogidas en los arts. 271.1 LEC y 460 LEC) en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, dada la naturaleza del objeto de estos procesos. En concreto, el artículo 752.1 LEC contiene dos reglas sobre la prueba, de naturaleza diversa a las que rigen en los procesos generales: a) la posibilidad de alegar e introducir prueba a lo largo del procedimiento, y b) la posibilidad de que el Tribunal decrete de oficio cuantas pruebas estime pertinentes».

[50] El acceso a la casación generalmente tiene lugar a través del supuesto de «interés casacional», si bien nada impide que puedan hacerlo por razón de la cuantía.

[51] Los argumentos en contra se pueden resumir, básicamente, en la falta de previsión legal expresa y la imposibilidad de prever una evolución favorable en la fortuna del beneficiario. La temporalidad de la pensión se defiende, por el contrario, con numerosos argumentos: su finalidad es colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura en una situación de potencial igualdad de oportunidades laborales y económicas; no es una renta vitalicia, ni el matrimonio genera *per se* derecho a percibirla; la temporalidad de la pensión fomenta la autonomía económica, evita la pasividad del beneficiario y potencia el afán de reciclaje

o reinserción laboral, cumpliendo así una función preventiva de la desidia o indolencia del perceptor; evita situaciones abusivas y previene conductas fraudulentas, fomentando la autonomía basada en la dignidad de la persona; etc.

[52] *Informe del Comité de expertos sobre el derecho relativo a los esposos*. Reunión de Estrasburgo de 20 a 24 de octubre de 1980.

[53] «Esta Sala debe declarar que la reforma del año 2005 vino a mencionar expresamente la posibilidad de fijar una pensión temporal, pero con anterioridad era ya una práctica admitida» (STS de 26 de marzo de 2014).

[54] STS de 20 de diciembre de 2012.

[55] Se refiere a los relacionados en el artículo 97 del Código Civil.

1.3. Derechos reales

¿Por qué es necesario otorgar un nuevo consentimiento para cancelar cuando ya se ha pagado el préstamo hipotecario?: la justificación histórica y jurisprudencial del artículo 179 RH

Why you should give a new consent to cancel a paid mortgage loan?: historical and jurisprudential justification of article 179 RH

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Prof. Dra. de Derecho civil. Centro Universitario Villanueva

RESUMEN: En este trabajo pretendemos aclarar el porqué del artículo 179 RH, que exige un especial consentimiento del acreedor hipotecario —que debe constar en escritura pública— para cancelar la hipoteca extinguida previo pago de la obligación que garantiza.

Si al pagarse el préstamo garantizado, se extingue de forma automática la hipoteca que lo asegura por razón de accesoriedad, pues esta no puede vivir sin aquel, no se entiende que sea necesario un especial consentimiento «extra» en el acreedor para poder poner fin a la existencia registral de dicha hipoteca mediante la cancelación del asiento.

Analizamos el origen histórico y la interpretación jurisprudencial que ha hecho la DGRN de este artículo para tratar de entender su justificación y su sentido, cuando, *a priori*, debería cancelarse de forma automática el asiento de hipoteca que la recoge, al extinguirse directamente y por razón de accesoriedad de dicho préstamo garantizado.

ABSTRACT: This paper examines why the article 179 RH, which requires special consent of the mortgagee, to cancel publicly extinguished mortgage upon payment of the obligation it secures. If by paying the secured loan, the mortgage is extinguished automatically because of its incidental nature, as the mortgage can not live without the loan, it is not clear that an «extra» special consent on the creditor is required to end the existence of such mortgage registration by cancel. We analyze the historical origin and judicial interpretation has done DGRN of this article to try to understand their justification and sense when, a priori, should be canceled automatically, to die directly, because of its dependence of the secured loan.

PALABRAS CLAVE: Cancelación. Hipoteca. Pago. Consentimiento acreedor hipotecario. Registro de la Propiedad.

KEY WORDS: Cancellation. Mortgage. Payment. Mortgagee consent. Land register.

SUMARIO: I. EXTINCIÓN Y CANCELACIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO EXTINGUIDO POR PAGO: PLANTEAMIENTO.—II. ORIGEN HISTÓRICO DEL PRECEPTO E INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL: 1. Evolución histórica. 2. Interpretación de la DGRN.—III. JUSTIFICACIÓN DEL ESPECIAL CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA

I. EXTINCIÓN Y CANCELACIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO EXTINGUIDO POR PAGO: PLANTEAMIENTO

La especial relación existente entre la obligación garantizada y el derecho real de hipoteca que lo asegura ha hecho correr muchos ríos de tinta. En este artículo, partiendo de dicha especial relación y sus diversas interpretaciones, nos vamos a fijar en un aspecto concreto, que vuelve a poner de manifiesto que esas, en teoría, apacibles relaciones basadas en una accesoriedad comúnmente admitida, no son tan apacibles, sino que, una vez más, hacen pensar que el derecho real de hipoteca es algo más que un mero accesorio de la obligación que garantiza.

En concreto, nos fijaremos en la última fase de la extinción de la hipoteca que es su cancelación registral. Y lo haremos con respecto a un supuesto concreto: la cancelación de la hipoteca cuando el crédito asegurado se ha extinguido por pago.

Tradicionalmente, se ha considerado que una vez extinguido por pago un crédito garantizado por hipoteca, se extingue entre las partes, asimismo, el derecho real que lo garantiza en razón de la accesoriedad que le une a dicho crédito. Extinguido lo principal (el crédito), debe extinguirse lo accesorio (la hipoteca), pues esta no puede vivir sin aquel. Consecuentemente, y por ser la extinción de la hipoteca presupuesto de la cancelación, debe procederse a cancelar registralmente el asiento que contenía dicha inscripción de hipoteca. ¿Cómo debe llevarse a cabo esta cancelación?

A primera vista, parece que, en virtud de la extinción de la hipoteca por razón de accesoriedad respecto al crédito, debería cancelarse directa y automáticamente su inscripción. Es decir, parece que lo propio sería una cancelación automática por la extinción directa del derecho, conforme a los artículos 79.1 y 82.2 LH, ya que así se desprende del propio título, bastando, entonces, para cancelar, la acreditación de que dicha extinción se ha producido, al igual que ocurre, por ejemplo, en la cancelación de extinción del usufructo.

Pero, sin embargo, el legislador opta por una solución distinta, y establece de manera clara y concreta, con un precepto destinado a ello exclusivamente, que la cancelación de la hipoteca extinguida por pago del crédito que garantiza se hará mediante la correspondiente escritura pública en la que constará el consentimiento del acreedor hipotecario a ello (art. 179 RH). Este artículo está en perfecta sintonía con el artículo 82.1 LH, del cual no es sino una redundancia, y en coherencia lógica con el 174.2 RH. La cancelación de las hipotecas extinguidas por pago de la obligación garantizada se hará, entonces, a través del correspon-

diente negocio cancelatorio, cuya causa es el pago de la obligación, tal y como corresponde a este epígrafe del trabajo.

¿Por qué se exige este consentimiento del acreedor hipotecario, en vez de producirse una cancelación automática? Para responder a esta pregunta es necesario abordar un breve estudio tanto de la evolución histórica y legislativa, como de las distintas opiniones doctrinales sobre este artículo, con el fin de obtener la razón que lo justifica.

II. ORIGEN HISTÓRICO DEL PRECEPTO E INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

1. Evolución histórica

Aunque el artículo 179 RH aparece por primera vez en el actual Reglamento hipotecario de 1947, hay que remontarse hasta el RH de 1861 para encontrar sus primeros antecedentes, o preceptos que sirven para la comprensión del actual artículo 179 RH, aunque sean de signo contrario.

En el Reglamento de 1861 se encuentra el artículo 72[1] que dice lo siguiente: «la misma escritura en cuya virtud se haya hecho la inscripción de una obligación, será título suficiente para cancelarla, si resultare de ella o de otro documento fehaciente, que dicha obligación ha caducado o se ha extinguido.

La nueva escritura no será necesaria para la cancelación, con arreglo al artículo 82 de la Ley, sino cuando extinguida la obligación por voluntad de los interesados, deba acreditarse para cancelar la inscripción».

En el párrafo primero de este artículo se encuentra el primer precedente de la denominada cancelación automática: si la extinción de la obligación se deduce de su propio título de inscripción u otro adecuado, basta acreditar tal extremo para cancelar su correspondiente inscripción, sin que sea necesario una nueva escritura pública conteniendo el consentimiento del titular registral a tal cancelación, tal y como exige la regla general del artículo 82 LH. Sin embargo, en su párrafo segundo se contempla el modo general y normal de cancelar una inscripción, cuando la extinción del derecho inscrito haya sido debida a la voluntad de las partes.

Existe una aparente contradicción entre el artículo 82 LH y el 72.1 RH. Esta contradicción se soluciona indicando que el artículo 72 RH solamente se aplicará a aquellos casos en los que el derecho inscrito se extinga automáticamente, sin intervención alguna de la voluntad de las partes; mientras que el artículo 82 LH se aplicará a todos aquellos supuestos en los que proceda cancelar un asiento por haberse extinguido el derecho que publicaba por la voluntad de aquellos.

Como se observa, este artículo no se refiere para nada a la cancelación concreta del crédito hipotecario, por tanto, no es antecedente directo del actual artículo 179 RH ahora analizado; aunque sí es importante señalarlo por ser el precursor de la cancelación automática en nuestro sistema, que es, precisamente, la contraria a la establecida en el artículo 179 RH, pero que, *a priori*, debería ser la adecuada para cancelar la inscripción de crédito hipotecario extinguido por pago, sobre todo si se defiende la teoría de la accesoriedad.

En el Reglamento hipotecario de 1870, se añade un párrafo nuevo al artículo 72[2], en el que expresamente se va a establecer que las cancelaciones de créditos hipotecarios extinguidos por pago deben hacerse en la forma determinada en el párrafo primero del artículo 72 RH; es decir, directamente y de forma automá-

tica, con solo presentar la escritura del crédito con testimonio del acta notarial del pago. Por lo tanto, se admite la cancelación directa o automática del crédito hipotecario extinguido por pago, una vez acreditada esta circunstancia. Se entiende que es suficiente acreditar el pago para cancelar la inscripción de hipoteca, justamente, por ser esta accesoria del crédito, lo que significa que, extinguido el crédito, se extingue la hipoteca.

A partir de la nueva redacción de este artículo, no va a ser necesario presentar una nueva escritura de cancelación en la que el acreedor hipotecario preste su consentimiento a aquella; sino que puede cancelarse de forma automática, prescindiendo de dicha escritura.

Se contradice este artículo 72.2 RH, con lo establecido en el 82 LH, que todavía no acepta la cancelación automática, y por supuesto, su tenor es absolutamente contrario al del actual 179 RH en cuestión.

¿Por qué aparece, entonces, este artículo 72.2 RH, contrario a lo establecido en el texto de la Ley? ¿Cuál es su justificación, y cuál es la del artículo 82 LH, al cual contradice?

Parte de la doctrina[3] considera que la razón o justificación de estos artículos, en principio antagónicos, hay que buscarla en la polémica o pugna doctrinal que surge entre dos tesis muy distintas, que se han mantenido desde siempre en nuestro Derecho, relativa a la relación existente entre los derechos reales y los derechos de crédito, refiriéndola, en concreto, al derecho real de hipoteca y el crédito que asegura.

1. La tesis de la accesoriedad absoluta de la hipoteca respecto al crédito que garantiza, y la correspondiente dependencia de los derechos reales de garantía con respecto a los de crédito. Los defensores o partidarios de esta tesis sostienen que la hipoteca depende absolutamente de la obligación principal, de manera que la extinción de esta lleva automáticamente a la extinción de aquella. Por tanto, en coherencia con esta concepción, bastará que se acredite o justifique que la obligación principal se ha extinguido por pago, para que se extinga directamente la hipoteca. La extinción de lo principal exige la extinción de lo accesorio. Luego, la cancelación de la inscripción de esa hipoteca —necesaria siempre para su completa extinción frente a terceros— puede hacerse de forma automática nada más acreditarse la extinción por pago de la obligación principal, pues, indiscutiblemente, el derecho de hipoteca también se ha extinguido. El dogma de la accesoriedad absoluta de la hipoteca respecto al crédito justifica plenamente la cancelación automática de su inscripción. Esta tesis es, esencialmente, la que sirve de base o fundamento al artículo 72.2 RH 1870[4].

DE LA RICA Y ARENAL[5] no deja de criticar este artículo, primero porque considera que el medio de acreditar el pago —acta notarial— no es el adecuado para autenticar contratos de extinción de obligaciones, ya que debería hacerse mediante escritura pública; y en segundo lugar, y, desde mi punto de vista, más importante, este precepto se olvida de las diferencias existentes entre los derechos reales y los de crédito en cuanto a su extinción, que exigen distintos requisitos, tal y como defiende la segunda tesis que se explica a continuación.

2. Tesis de la diferenciación absoluta entre los derechos reales y los derechos de crédito. Esta tesis sostiene que el derecho real de hipoteca es tan distinto del crédito que garantiza que, aunque este se haya extinguido por pago, y en teoría debería extinguirse también por accesoriedad el derecho real de garantía, bastando una cancelación automática para ello, esto no ocurre. Partiendo de que el pago del crédito solo extingue la obligación garantizada, pero no la hipoteca, cuya completa extinción —frente a terceros— requerirá de un acto especial de

cancelación, hay que decir que esta cancelación, necesaria para la eficaz extinción de la hipoteca, no es automática, como bastaría por la teoría de la accesoriedad, sino una cancelación para la que se necesita un requisito más: la nueva escritura en la que el acreedor hipotecario preste su consentimiento a la cancelación. No basta, por lo tanto, una cancelación automática mediante la acreditación del pago de la obligación, sino que se hace necesario, para que la hipoteca se extinga frente a todos, su cancelación mediante negocio cancelatorio, tal y como exigía y exige el artículo 82 LH para la cancelación de todas las inscripciones de derechos reales, y, asimismo, como determina —en particular— el actual 179 RH. Además, para consentir en la cancelación se requiere una capacidad especial, la de enajenación, que, por el contrario, no es necesaria para extinguir —cobrar— el crédito, bastando a este respecto la de administración; consecuentemente, muchas veces, la persona capacitada para cobrar un crédito no lo está para cancelarlo, al implicar este acto una enajenación.

Como se puede observar el artículo 72 RH de 1870 se justifica por la primera tesis, y el 82 LH, por el contrario, se basa en la segunda. La contradicción entre ellos permanece, ¿cómo se solucionó el conflicto entre estos dos artículos?

2. Interpretación de la DGRN

Como la Ley admite los dos supuestos, y la doctrina aparece dividida entre las dos tesis, va a ser la Dirección General de los Registros y el Notariado la que, a través de su jurisprudencia, solucione el conflicto entre ambos preceptos.

La DGRN intenta, en un primer momento, solucionar el conflicto existente entre ambos artículos, justificando su distinto tenor en la distinta aplicación de uno y otro a supuestos distintos. De esta manera, las RRDGRN. 19 de enero de 1877 y 20 de octubre de 1875 explican el porqué de estos dos artículos tan dispares.

Estas resoluciones vienen a decir que los artículos 82 LH y 72 RH no son contradictorios, sino más bien complementarios en determinados casos. La RDGRN 19 de enero de 1877 afirma que: «considerando que lo dispuesto en el artículo 72 del reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria no puede entenderse en ningún caso que deroga total o parcialmente el precepto claro, absoluto y terminante consignado en el referido artículo 82 de la Ley Hipotecaria; por cuya razón, y con el fin de facilitar el cumplimiento de este precepto, que es legal y no reglamentario, se ha dispuesto por Real Orden de 13 de diciembre último que en la certificación que hayan de expedir los Jefes económicos de haber satisfecho los compradores el precio aplazado, se exprese que dichos funcionarios consienten a nombre del Estado, en la cancelación de las hipotecas constituidas para la seguridad del pago de dicho precio». Parece, entonces, que, al menos para las hipotecas a favor del Estado, se exige el consentimiento del artículo 82 LH, complementándose, así, ambos artículos, aun cuando el crédito hipotecario se haya extinguido por pago, y debiera bastar, para su cancelación, la presentación de la escritura inscrita y el testimonio de acta notarial de pago.

Asimismo, la RDGRN de 20 de octubre de 1875 considera que «según lo prevenido en el artículo 72 del Reglamento para su ejecución, no son inscribibles las actas notariales sino cuando en ellas se formalizan cartas de pago o se hacen reducciones de créditos, hecho que debe ser de presente y con referencia al acreedor, pues esto equivale al consentimiento de que trata el último párrafo del artículo». Por lo tanto, se sugiere que esas actas notariales equivalen al consentimiento, y de este modo, se cumple lo establecido en el artículo 82 LH.

Sin embargo, posteriormente, la DGRN abandona esta línea doctrinal iniciada, y, directamente, olvida el artículo 72.2 RH y no lo aplica al resolver las cuestiones que se le plantean, exigiendo, en todo lugar, la aplicación del artículo 82 LH para las cancelaciones de inscripciones de crédito hipotecario, aunque este hubiese sido extinguido por pago. Por lo tanto, la DGRN considera que para cancelar un crédito hipotecario —previamente extinguido por pago— es preciso que el acreedor hipotecario preste su consentimiento a dicha cancelación, es decir, que exista un negocio cancelatorio que extinga realmente y frente a todos el derecho real de hipoteca; teniendo en cuenta que para otorgar ese negocio cancelatorio es precisa la capacidad especial de enajenación. Se está confirmando la tesis de que los derechos reales y los de crédito son tan distintos que se hacen necesarios distintos requisitos y formas para extinguirlos; de manera que, la persona capacitada para extinguir un derecho de crédito, no puede, sin más, cancelar el derecho que lo garantiza, pues no tiene capacidad suficiente para hacerlo. En este sentido se encuentran las siguientes RRDGRN que confirman esta tesis: 9 de octubre de 1880; 14 de marzo de 1887; 24 de septiembre de 1891; 17 de junio de 1893; 23 de agosto de 1900; 3 de mayo de 1902; 20 de abril de 1909[6].

Impulsada por la nueva línea doctrinal de la DGRN, la legislación empieza a experimentar cambios. Por ejemplo, en la Real Orden de 13 de diciembre de 1876 se va exigir expresamente que conste el consentimiento de los funcionarios de Hacienda para cancelar las inscripciones de hipotecas extendidas en su favor, habiendo sido extinguidos los créditos por ellas garantizados, por pago[7].

Posteriormente, aparece el Real Decreto de 20 de mayo de 1880 que se encarga de regular por primera vez la llamada «cancelación automática» de las inscripciones[8]. En la Exposición de Motivos de este decreto se dice que una de las finalidades del mismo es poner fin a la contradicción existente entre el artículo 72 RH y el 82 LH, diciendo que ambos tienen cabida en nuestro ordenamiento, pues han de aplicarse a supuestos distintos[9]. De las palabras de esta Exposición de Motivos se distinguen dos tipos diferenciados de inscripciones hechas en virtud de escritura pública para su cancelación: aquellas en las que el derecho inscrito se extingue por voluntad de las partes, a las cuales se aplicará el artículo 82 LH para su cancelación —es decir, mediante escritura pública con el consentimiento del titular registral o por providencia ejecutoria—; y aquellas en las que el derecho inscrito tiene un límite fijado por la ley, que se cancelarán directamente en virtud de lo establecido por este Decreto. A continuación, el Decreto enumera los distintos casos a los que debe aplicarse la cancelación automática por él recogida, que son todos aquellos casos en los que el derecho inscrito se haya extinguido directamente en virtud de lo establecido en su propio título o de lo dispuesto por la Ley. Pues bien, entre estos supuestos no se menciona la cancelación de crédito hipotecario extinguido por pago, y, debido a la aplicación estricta y restrictiva que debe hacerse de este decreto —así lo ha determinado la DGRN en numerosas ocasiones[10]—, no se puede considerar incluida entre los supuestos de cancelación automática. Por lo tanto, y *sensu contrario*, se deduce que la cancelación de la inscripción de hipoteca que aseguraba un crédito extinguido por pago, debe hacerse según la regla general del artículo 82 LH; es decir, mediante negocio cancelatorio a tal efecto. Como se ve, el artículo 72.2 RH queda cada vez más relegado.

La Ley Hipotecaria de 1909 no recoge el RD 1880, y habrá que esperar a su Reglamento de 1915, donde en su artículo 150[11] se contempla la posibilidad de la cancelación automática de las inscripciones cuyo derecho se hubiera extinguido previamente por la Ley o así se dedujera de su propio título. Pero, tampoco este

artículo 150 menciona la cancelación de hipoteca cuyo crédito se ha extinguido por pago, como un supuesto de cancelación automática. Luego, al igual que ocurría con el RD de 1880, hay que entender que no corresponde cancelar así la inscripción del crédito hipotecario extinguido por pago. Es más, el artículo 155 RH 1915[12], que es el sucesor directo del antiguo 72 RH 1870, suprime directamente su párrafo 2.º, que recogía la expresa cancelación automática del supuesto contemplado. Se presume, entonces, por la doctrina[13], que dicha cancelación habrá de practicarse en virtud de escritura de cancelación con el consentimiento del acreedor. Asimismo, con la admisión clara de la cancelación automática en el artículo 150 RH se pone fin a la contradicción existente entre el artículo 82 y los anteriores artículos 72, pues ahora se consideran como dos posibilidades distintas para supuestos distintos, siendo una la regla general (82 LH) y el otro la excepción (art. 150 RH).

Esta solución se va implantando como la normal, a través de la jurisprudencia registral que manifiesta de manera reiterada la necesidad de cancelar la inscripción de crédito hipotecario extinguido por pago, a través de la regla general del artículo 82 LH —escritura pública con consentimiento cancelatorio del acreedor hipotecario—. La DGRN basa sus resoluciones en la enérgica diferenciación que los derechos de crédito y los reales tienen en nuestro sistema, lo que lleva a exigir una capacidad y requisitos distintos para extinguir unos y otros. No es admisible, por tanto, la cancelación automática del supuesto contemplado, con base en la accesoriedad absoluta de la hipoteca respecto al crédito. Conviene resaltar entre las muchas resoluciones en este sentido, la de 24 de septiembre de 1927 que dice textualmente que «considerando que los actos jurídicos de cobro y cancelación de préstamos hipotecarios que extinguen respectivamente el crédito personal y el derecho real que lo garantiza, se hallen en nuestra legislación diferenciados en forma tan absoluta que son muchas las ocasiones en que una persona autorizada, en general, para recibir pagos, no puede extinguir hipotecariamente la garantía de la deuda correspondiente, sin que esta consecuencia pueda presentarse como absurda deducción del sistema, sino más bien como lógica derivación de la distinta importancia que para el régimen jurídico tiene el crédito y el derecho real, los actos que engendran o modifican obligaciones y los que producen una enajenación o un efecto hipotecario». Otras resoluciones que corroboran esta tesis son: 29 de marzo de 1935; 25 de octubre de 1932; 22 de junio de 1936; 23 de mayo de 1964; 3 y 8 de junio de 1964; 26 de octubre de 1964; 23 de febrero de 1966.

Por último, el actual Reglamento hipotecario de 1947, recoge por primera vez el artículo 179 tal y como se ha descrito. Este artículo zanja la cuestión, silenciada por la ley desde 1870 —que mantenía, por cierto, la postura contraria—, y deja asentada de manera clara y contundente que la cancelación por pago de hipoteca no es un supuesto de cancelación automática —no está incluido dentro de los supuestos de cancelación automática del artículo 175 RH, tal y como advierte DE LA RICA Y ARENAL (1976)[14], sino que, para la cancelación, es absolutamente necesaria la escritura con el consentimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 82.1 LH, quedando, entonces, fuera del ámbito del 82.2 LH —cancelación automática, ya admitida con rango legal—.

Con este artículo, parece que se pone fin a la polémica y disparidad de criterios existentes a lo largo de la historia de la legislación hipotecaria sobre este asunto, que primero lo trató como cancelación automática, y luego no dijo nada, teniendo que ser la DGRN la que aclaró el asunto. Por fin, con el artículo 179 RH se termina esta incertidumbre, ya que proclama que para cancelar un crédito

hipotecario extinguido por pago es siempre necesaria una escritura pública más el consentimiento del acreedor a tal efecto. En este sentido se manifiesta, también, parte de la doctrina, como ROCA SASTRE (1968) y DE LA RICA Y ARENAL (1976) que explican de este modo la inclusión del artículo 179 RH actual[15].

Por último, la introducción del nuevo párrafo 5.º del artículo 82LH, en la reforma de 2001, no supuso ningún cambio respecto al problema que se analiza, pues en el mismo se contempla un supuesto distinto: el de la cancelación de hipoteca por caducidad. Si bien es una cancelación sin consentimiento del acreedor hipotecario, es diferente de la del 82.2 LH, que exige la previa extinción del derecho por causa que conste en el título (por ejemplo sometida a plazo y este llega a su fin), mientras que en el 82.5 LH se contempla el supuesto en el que el derecho de hipoteca debe cancelarse por haber prescrito las acciones civiles que suponen su ejercicio, cuando la hipoteca no tenga señalado plazo de ejercicio. Nada que ver con el supuesto que se analiza de la cancelación por pago del préstamo asegurado.

III. JUSTIFICACIÓN DEL ESPECIAL CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR

A la vista de la evolución histórica y de los antecedentes legislativos en esta materia, el artículo 179 RH se justifica, en primer lugar, como precepto que resuelve, o que pone fin al conflicto y silencio legislativo existente hasta el presente, sobre cómo han de cancelarse las inscripciones de crédito hipotecario extinguido por pago.

Con este artículo se pone fin a las vacilaciones legales en torno a la forma de llevarse a cabo la cancelación de crédito hipotecario, ya que, en 1870, se consideraba que se podía cancelar directamente; pero, más tarde, las siguientes leyes y reglamentos no dijeron nada sobre el tema. Ahora está claro, gracias a este artículo, que esta cancelación debe hacerse por medio de una nueva escritura conteniendo el consentimiento del acreedor hipotecario para la cancelación, es decir, mediante negocio cancelatorio.

En este sentido se manifiestan las resoluciones de 23 de mayo, 3 y 8 de junio de 1964, que justifican y dotan de sentido al artículo 179 RH, justamente, como precepto aclarador de cómo debe practicarse la cancelación de crédito hipotecario extinguido por pago, ante los silencios y negativas de la legislación anterior.

Unido estrechamente al motivo anterior, y como consecuencia del mismo, se encuentra el segundo de los fundamentos del artículo 179 RH: coordinar, por fin, los textos legales y reglamentarios en esta materia. Es decir, el artículo 179 RH viene a confirmar plenamente lo establecido en el artículo 82.1 LH; es una copia o repetición del mismo, y por eso se logra una perfecta coherencia y coordinación del texto legal con el reglamentario, de la cual se careció en etapas anteriores.

Por lo tanto, contribuye a corroborar que el artículo 82.1 LH es la regla general de cancelación, de la que el artículo 179 RH no es más que un caso concreto, que se hace necesario especificar y resaltar, con un artículo específico para ello, por su conflictiva evolución histórica.

Con base en su evolución histórica y doctrinal, se puede decir que el artículo 179 RH tiene también su justificación en la separación absoluta entre los derechos de crédito y los reales que, tradicionalmente, se ha mantenido en nuestro sistema. De manera que la extinción de unos requiere una capacidad y requisitos determinados, y la de los otros —por implicar una enajenación— requiere en el sujeto que la lleva a cabo una capacidad mayor, la de enajenar, y en consecuencia,

unos requisitos especiales. Esto se debe a que la persona que puede extinguir el crédito recibiendo el pago, no siempre puede cancelarlo, pues es necesario que tenga esa capacidad de enajenar y que consienta, además, en esa cancelación[16]. Congruentemente, el artículo 179 RH, corroborando esta doctrina, exige un requisito más para cancelar la hipoteca: la necesidad de que el acreedor hipotecario —con capacidad para enajenar— preste el consentimiento a esa cancelación, sin que se pueda cancelar automáticamente la hipoteca que garantizaba el crédito que previamente se extinguió. Las palabras de ROCA SASTRE[17] resumen perfectamente esta idea: «si se parte de la diferenciación enérgica entre el crédito y la hipoteca, a base de que uno y otra son entidades respectivamente pertenecientes al campo de las obligaciones y al de los derechos reales, la conclusión será que el pago del débito garantido solo extingue la obligación, y que, por consiguiente, la extinción del derecho real de hipoteca requiere un acto especial de cancelación. Entendido así, el consentimiento del acreedor será indispensable».

Sin embargo, y pese a que parece que queda muy claro que el artículo 179 RH encuentra su sentido en la distinción entre los derechos de crédito y los reales, y que con el mismo se pone fin al silencio legislativo en torno a la cancelación del crédito hipotecario extinguido por pago, dichos planteamientos sugieren diversas dudas y puntos oscuros que se cuestionan.

La separación entre los derechos reales y los de crédito en relación con la extinción de crédito hipotecario por pago implica que, para extinguir uno y otro, es necesario seguir procedimientos distintos. En concreto y tal como ha manifestado la doctrina y la jurisprudencia registral, la diferenciación entre ambos implica dos cosas: 1) para extinguir un derecho real frente a todos es necesario cancelarlo con el consentimiento del acreedor hipotecario a tal efecto —negocio jurídico cancelatorio—, no siendo suficiente una cancelación automática en virtud de accesoriedad del derecho de garantía respecto al crédito, pues tal cancelación supone un desprendimiento de derechos, cuyo titular debe, consecuentemente, consentir. 2) En segundo lugar ese consentimiento cancelatorio debe prestarse por el acreedor hipotecario —titular—, que debe tener la capacidad suficiente para enajenar o disponer, pues la cancelación equivale a disposición. De este modo, como se ha reiterado en numerosas ocasiones por la jurisprudencia registral, el que está capacitado para cobrar créditos —y por tanto extinguirlos— no tiene por qué estar capacitado para cancelar el derecho real de hipoteca que lo asegura, ya que la propia naturaleza de la cancelación exige una capacidad y requisitos especiales en la persona que la lleva a cabo.

Pues bien, el artículo 179 RH corrobora la doctrina de la distinción entre los derechos reales y los de crédito en cuanto que exige un consentimiento «extraordinario» y necesario para cancelar el crédito hipotecario extinguido por pago. Se rechaza, gracias a este artículo, la cancelación automática, que implica la extinción y cancelación de la hipoteca, directamente, al extinguirse el crédito por razón de su accesoriedad. Pero, sin embargo, en este artículo 179 RH no se encuentra nada que dé pie o justifique la necesidad de una capacidad especial o mayor en el acreedor hipotecario para cancelar el derecho real de hipoteca que garantiza la obligación ya pagada. En efecto, nada dice este artículo acerca de la capacidad necesaria para llevar a cabo tal cancelación, y, además, en este caso concreto de cancelación de hipoteca por haberse pagado el crédito asegurado, no se puede aplicar la regla general —tal y como hace la jurisprudencia y doctrina registral— de que para cancelar debe tenerse la capacidad de disposición, —pues la cancelación implica una enajenación—. Y esto no es posible, ya que, para cancelar un crédito hipotecario extinguido en virtud del pago de la obligación,

basta y es suficiente la capacidad de administrar sus bienes, al igual que para cobrar y extinguir el crédito.

Por eso, se puede decir que la doctrina está confundida cuando justifica el artículo 179 RH en la separación entre derechos de crédito y reales, lo que lleva a exigir distintas capacidades para extinguir uno y otro. Esto no es así, pues la cancelación de un crédito hipotecario extinguido por pago, necesita y exige la misma capacidad que el propio pago. Es decir, para recibir el pago y para cancelar el crédito extinguido por pago se requiere la misma capacidad, que es la de administrar. La razón de esto es que la cancelación de la hipoteca extinguida por pago es un acto debido: una vez pagado el crédito por el deudor, corresponde al acreedor recibir ese pago y cancelar el crédito hipotecario, pues si no se perjudica al deudor. Al acreedor no le queda más remedio que cancelar la inscripción del crédito hipotecario cuando se pagó y se aceptó dicho pago; su voluntad no interviene, la cancelación es, en este caso especial de extinción por pago, un acto debido del acreedor, y por eso le basta con la misma capacidad que para recibir el pago: la de administrar, y no necesita una capacidad mayor. Si el acto determinante de la cancelación es un negocio de disposición, tendrá que reunir los requisitos del negocio dispositivo y se exigirá una capacidad de disposición en el cancelante (v. gr. en la renuncia a la hipoteca), pero la cancelación por pago de la obligación garantizada no es un acto voluntario sino forzoso para el acreedor. Al igual que el cobro de ese pago, la cancelación no es un negocio dispositivo y, por consiguiente, no exige una capacidad de disposición para llevarla a cabo, sino que le basta la de administrar sus bienes que como ya se vio, es también la necesaria para cobrar ese crédito.

Concluyendo, debido a la naturaleza de acto debido del pago y, por supuesto, de la cancelación correspondiente, la capacidad que necesita el acreedor hipotecario para cancelar es la de administrar. Esto queda confirmado y es la única explicación posible a los supuestos recogidos en el artículo 178.2 y 5 RH. En estos preceptos se contempla los casos en los que tanto los padres en representación de sus hijos menores, como el cónyuge a cuyo nombre esté inscrita la hipoteca ganancial, pueden cancelar los respectivos créditos hipotecarios teniendo solamente la capacidad de administrar sus bienes. Se considera suficiente esta capacidad, como ya se ha dicho, por el carácter de acto debido de la cancelación, y en virtud de la accesoriedad o indivisible unidad de la hipoteca respecto al crédito que garantiza, lo que justifica que quien puede recibir el pago, debe poder, también, cancelar. En este sentido se encuentran las RRDGRN de 23 de mayo, 3 y 8 de junio de 1964 que, pese a poner de manifiesto la distinción entre el derecho de crédito garantizado y la hipoteca que lo asegura, y a proclamar que, por regla general, la capacidad necesaria para cancelar es la de enajenar, concluyen que, en los casos contemplados —de extinción de la obligación garantida por pago—, basta en el acreedor hipotecario la capacidad de administrar sus bienes. Asimismo, parte de la doctrina se hace eco de esta misma idea, poniendo de manifiesto la especialidad de la cancelación del derecho real de hipoteca o crédito hipotecario, cuando se haya extinguido por pago el crédito que garantizaba, ya que, entonces, basta la capacidad de administrar, pues, por el carácter de acto debido de la cancelación, quien puede cobrar puede cancelar[18].

Por tanto, en el artículo 179 RH se exige cancelar el crédito hipotecario extinguido por pago mediante una escritura pública conteniendo el consentimiento del acreedor hipotecario, en vez de automáticamente, confirmando, así, la tesis de la diferenciación entre el derecho de crédito y el derecho real de hipoteca que lo garantiza, que exigen distintas formas de extinción, y rechazando la teoría de

la accesoriedad. Pero, sin embargo, puede cancelarse esa hipoteca sin tener la capacidad de enajenar, tal y como parece exigir la tesis de la distinción entre los derechos reales y los de crédito. Como consecuencia, tampoco se puede justificar plenamente el artículo 179 RH en esa teoría, pues este artículo no exige la capacidad que sería necesaria para cancelar según la misma. Pero, esto se debe a que prima la consideración de la cancelación como un acto debido en el cual no interviene la voluntad del acreedor, no siendo necesaria, entonces, la capacidad de disposición en él, aunque sí se pone de relieve que el crédito hipotecario o el derecho real de hipoteca, son distintos del crédito ordinario y no accesorios, pues requieren medidas especiales de cancelación.

Al llegar a este punto, conviene recapitular y plantearse cuál será, entonces, la razón o justificación del artículo 179 RH, que establece la necesidad de cancelar la inscripción de crédito hipotecario extinguido por pago, a través de escritura pública conteniendo el consentimiento del acreedor hipotecario, si ha de rechazarse la distinción entre derechos reales y de crédito, y por otra parte se defiende que la capacidad para cancelar un crédito hipotecario extinguido por pago es la misma que para cobrar ese crédito, al ser la cancelación un acto debido.

La razón última del consentimiento exigido en el artículo 179 RH, a nuestro parecer, no es otra que la excesiva protección que se pretende dar al titular registral. De manera que ningún acto relativo al derecho del cual es titular, pueda llevarse a cabo sin su consentimiento o aprobación. Esto es, lógicamente, consecuencia de un desarrollo extremo del principio de legitimación registral, y no tanto de la diferenciación entre los derechos reales y los de crédito que, como ya se ha visto, tiene sus excepciones. Asimismo, y en consonancia con esto, encuentra su justificación en el hecho de que la cancelación es un procedimiento de rectificación registral que no puede hacerse sin el propio consentimiento del titular cuyo derecho se ha extinguido.

Concluyendo, la cancelación de un crédito hipotecario extinguido por pago deberá hacerse mediante otra escritura pública en la que conste el consentimiento del acreedor hipotecario (titular registral), como consecuencia de la aplicación estricta del principio de legitimación, que trata de proteger, sobre todo, a ese titular registral, bastando para ello la capacidad de administrar sus bienes.

Además, este artículo 179 RH, está en perfecta consonancia con el 82.1 LH, que es la regla general de las cancelaciones, así como con el 144 y el 174.2 RH, que repiten y confirman los artículos citados. El conjunto de todos ellos establece la regla general de cómo llevarse a cabo una cancelación registral, exigiendo el consentimiento del titular del derecho que se pretende cancelar, pues no se puede privar al titular registral de un derecho suyo sin su consentimiento.

La forma en que debe cancelarse un crédito hipotecario extinguido por pago del crédito, establecida en el artículo 179 RH, ha de hacerse extensiva a las demás causas de extinción del crédito garantizado con hipoteca. De manera que, extinguido un crédito hipotecario por cualquiera de las causas de extinción de las obligaciones, será necesario cancelarlo en virtud de escritura pública conteniendo el consentimiento del titular registral (arts. 179 RH, 174.2 y 82.1 LH).

No puede olvidarse que la cancelación automática del 82.2 LH, «solo procede cuando la extinción del derecho tiene lugar de un modo nítido y manifiesto, no cuando sea dudosa o controvertida por no saberse si se está refiriendo a la caducidad misma del derecho o si se está refiriendo al plazo durante el cual las obligaciones contraídas durante dicho término son las únicas garantizadas por la hipoteca. Y para que opere la cancelación por caducidad o extinción legal del derecho es necesario que haya transcurrido el plazo señalado en la legislación

civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dicha garantía o el más breve que a estos efectos se hubiera estipulado al tiempo de su constitución, contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro, al que en el mismo precepto legal se añade el año siguiente, durante el cual no resulte del mismo Registro que las obligaciones garantizadas hayan sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca», tal y como ponen de relieve, entre otras, las RRDGRN de 29 de septiembre de 2009 y 10 de enero de 2014.

IV. CONCLUSIONES

I. Si la hipoteca es un derecho real de garantía accesorio al crédito que asegura, extinguido este, debe extinguirse automáticamente la hipoteca. Por lo tanto, si el crédito se extingue porque se ha pagado, ese pago de la obligación, debe conducir a la extinción de la hipoteca.

II. Si la hipoteca se ha extinguido, debe cancelarse en el Registro de la Propiedad, y nos planteamos cómo debe realizarse dicha cancelación. En un primer momento parece que extinguida de forma directa y automática, bastaría con presentar la carta de pago de la obligación para que se pudiera cancelar de forma automática en virtud del 82.2 LH.

III. Sin embargo, el artículo 179 RH establece la necesidad de que el acreedor hipotecario preste un especial consentimiento a esa cancelación, no bastando la presentación de la carta de pago, ni en consecuencia, una cancelación automática del 82.2 LH.

IV. La evolución histórica y la interpretación jurisprudencial del 179 RH nos llevan a la conclusión de que su sentido y justificación se encuentra:

a) Primero en poner fin a una laguna existente y coordinar, por fin, los textos legales y reglamentarios en esta materia. Es decir, el artículo 179 RH viene a confirmar plenamente lo establecido en el artículo 82.1 LH; es una copia o repetición del mismo, y por eso se logra una perfecta coherencia y coordinación del texto legal con el reglamentario, de la cual se careció en etapas anteriores.
b) Segundo: según la interpretación de la DGRN, en la enérgica diferenciación que los derechos de crédito y los reales tienen en nuestro sistema, lo que lleva a exigir una capacidad y requisitos distintos para extinguir unos y otros. No es admisible, por tanto, la cancelación automática del supuesto contemplado, con base en la accesoriedad absoluta de la hipoteca respecto al crédito.

V. Sin embargo estas razones no son suficientes, ya que si el artículo 179 RH corrobora la doctrina de la distinción entre los derechos reales y los de crédito en cuanto que exige un consentimiento «extraordinario» y en consecuencia se rechaza la cancelación automática, también debería exigir, en consecuencia, distinta capacidad para cancelar que para cobrar (extinción del derecho real, extinción del la obligación), y sin embargo no es así. En este artículo 179 RH no se encuentra nada que dé pie o justifique la necesidad de una capacidad especial o mayor en el acreedor hipotecario para cancelar el derecho real de hipoteca que garantiza la obligación ya pagada; al contrario, para cancelar la hipoteca extinguida por pago basta la capacidad de administración en el

acreedor, al igual que ocurre para recibir el pago, como acto debido que es ¿podemos justificar entonces este artículo solo en la diferenciación entre derechos reales y crédito?

VI. Obviamente no, porque esa tesis exigiría distinta forma de cancelar y distinta capacidad para extinguir, y eso no es así. Por eso, la justificación de ese consentimiento hay que buscarla en el propio principio de legitimación y en la rectificación registral que corrobora aquel, pues nadie puede ser privado de un derecho sin su consentimiento. Esa es la justificación de este peculiar artículo, en consonancia con la regla general del 82.1 LH, y 144 y el 174.2 RH, sin que haya que dar otro tipo de explicación al mismo, y se pretenda ver otro tipo de fundamento que trate de refrendar o extinguir la teoría de la accesoriedad o de la diferenciación de los derechos reales.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

- 20 de octubre de 1875
- 19 de enero de 1877
- 9 de octubre de 1880
- 16 de mayo de 1881
- 14 de marzo de 1887
- 24 de septiembre de 1891
- 17 de junio de 1893
- 21 de junio de 1899
- 11 de agosto de 1900
- 23 de agosto de 1900
- 3 de mayo de 1902
- 22 de noviembre de 1905
- 20 de abril de 1909
- 24 de septiembre de 1927
- 25 de octubre de 1932
- 29 de marzo de 1935
- 24 de abril de 1936
- 22 de junio de 1936
- 23 de mayo de 1964
- 3 de junio de 1964
- 8 de junio de 1964
- 26 de octubre de 1964
- 23 de febrero de 1966
- 29 de septiembre de 2009
- 10 de enero de 2014
- 31 de julio de 2014

VI. BIBLIOGRAFÍA

AMORÓS GUARDIOLA, M. (1986). *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela.* Madrid: Tecnos.

BONILLA ENCINA, J.F. (1981). Nacimiento de los derechos susceptibles de trascendencia registral. El consentimiento como requisito previo al procedimiento de registración. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 531-551.
DE LA RICA Y ARENAL, R. (1976). *Libro homenaje a D. Ramón de la Rica y Arenal,* tomo I. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (1997). La extinción del crédito hipotecario. *BCEHC*, núm. 72, pp. 463-543.
GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, J. M. (1953). *Apuntes de Derecho hipotecario.* Madrid: Centro de Estudios y Oposiciones.
LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1977). *Los créditos hipotecarios*. Madrid: Instituto Editorial Reus.
MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. (1876): *Boletín jurídico administrativo. Apéndice al diccionario de la Administración española,* (Anuario 1876). Madrid.
PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1986). *Derechos reales, Derecho hipotecario.* Madrid: Servicio publicaciones Universidad Complutense de Madrid.
ROCA SASTRE, R. M. (1968). *Derecho hipotecario,* IV-2.º. Barcelona: Ed. Bosch.
ZUMALACÁRREGUI, T. (1977). *Causa y abstracción causal en el Derecho civil español.* Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios.

NOTAS

[1] Artículo 72 RH 1861, en *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución, tomo I.* (1974) Madrid: Ed. Castalia, tomo I, p. 410.

[2] Artículo 72. 2 RH 1870, en *Leyes Hipotecarias y registrales…*, *ob. cit.,* p. 573.

Artículo 72.2 RH 1870: «en virtud de lo dispuesto en el párrafo que precede, las cancelaciones parciales o totales de créditos hipotecarios podrán hacerse presentando en el Registro las mismas escrituras de crédito inscritas, con testimonio de acta notarial de pago o reducción puesto a continuación de la nota de inscripción; cuya escritura con su nota y testimonio se podrán presentar acompañadas de copia simple y literal para que, siendo cotejada y resultando conformes, quede archivada en el Registro la copia, devolviendo el título al interesado».

[3] ROCA SASTRE, R. M. (1968). *Derecho hipotecario,* IV-2.º. Barcelona: Ed. Bosch, p. 1119; DE LA RICA Y ARENAL, R. (1976). *Libro homenaje a D. Ramón de la Rica y Arenal,* tomo I. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 342-344; GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, J. M. (1953). *Apuntes de Derecho hipotecario.* Madrid: Centro de Estudios y Oposiciones, p. 483; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1986). *Derechos reales, Derecho hipotecario.* Madrid: Servicio publicaciones Universidad Complutense de Madrid, p. 467.

[4] Que la accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito implica su extinción cuando lo hace la obligación, es una tesis aceptada desde entonces y que todavía mantiene la DGRN. En este sentido, por ejemplo la RDGRN de 31 de julio de 2014, afirma que «Accesoria como es la hipoteca en cuanto nace en garantía de una obligación ya sea de importe determinado o máximo, con la que se transmite y extingue, no puede existir la hipoteca sin crédito o de propietario, a modo de reserva de rango, para poder ser aplicada a cualquier otro crédito distinto del inicial, de forma que extinguida la obligación actual, su futura existencia dependa absoluta y exclusivamente de la voluntad del hipotecante».

[5] DE LA RICA Y ARENAL, R. (1976). *Libro homenaje a D. Ramón de la Rica y Arenal,* tomo I; *ob. cit.,* p. 343.

[6] Estas resoluciones ponen de manifiesto que la cancelación de la hipoteca supone un acto de disposición o enajenación, que requiere, por tanto, en quien lo realiza dicha capacidad; no siendo, entonces, bastante la capacidad de administrar o cobrar créditos para llevarla a cabo. Lo que conduce, necesariamente, a que la persona capacitada o facultada

para cobrar y así extinguir un crédito garantizado con hipoteca, no pueda, sin más, extinguir y cancelar el derecho real de hipoteca que lo garantiza. Todo esto se debe a la distinta consideración e importancia que tienen los derechos de crédito y los reales en nuestro sistema. Concluyen, consecuentemente, que para cancelar la inscripción del derecho de hipoteca es necesario que se aplique el artículo 82 LH —nueva escritura conteniendo el consentimiento cancelatorio del acreedor hipotecario—, no pudiendo cancelarse directa o automáticamente la misma por haberse extinguido el crédito que aseguraba.

[7] Artículo 3 R. O. de 13 de diciembre de 1876, en MARTÍNEZ ALCUBILLA, M. (1876). *Boletín jurídico administrativo. Apéndice al diccionario de la Administración española,* (Anuario 1876). Madrid, pp. 643-644.

[8] Aunque el precursor de este R.D., fue el artículo 72.1 RH 1861 y 72.1 y 2 RH 1869.

9 En este sentido, véase la Exposición de Motivos del citado Decreto que dice lo siguiente: «se fija la verdadera inteligencia del artículo 82 LH, que, si bien está redactado en términos generales, no puede ni debe aplicarse, a todos los casos que se solicite la cancelación de inscripciones; porque resultaría contradictorio al artículo 107 de la misma ley, que por su propia virtud, sin tener en cuenta para nada la voluntad del interesado en una inscripción, declara extinguido el derecho».

[10] Cfr. las siguientes resoluciones que establecen la aplicación restringida y para casos excepcionales y taxativos de la cancelación automática regulada en el Real Decreto de 20 de mayo de 1880: Resolución de 16 de mayo de 1881; 21 de junio de 1899; 11 de agosto de 1900; 23 de agosto de 1900; 22 de noviembre de 1905; 24 de abril de 1936.

[11] Artículo 150 RH 1915: «las inscripciones verificadas en virtud de escritura pública podrán cancelarse sin que preste su consentimiento la persona a cuyo favor se hayan hecho, o sus causahabientes o representantes legítimos, y sin necesidad de que recaiga providencia ejecutoria a que se refieren los artículos 82, párrafo primero, y 83, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, cuando quede extinguido el derecho inscrito por declaración de la ley o resulte así de la misma escritura inscrita».

[12] Artículo 155 RH 1915; «la misma escritura en cuya virtud se haya hecho la inscripción, será título suficiente para cancelarla, si resultare de ella o de otro documento fehaciente que el derecho asegurado ha caducado o se ha extinguido.

Será necesaria nueva escritura para la cancelación, con arreglo al párrafo primero del artículo 82 de la ley, cuando, extinguida la obligación por la voluntad de los interesados, deba acreditarse esta circunstancia para cancelar la inscripción», en Leyes hipotecarias y registrales…, *ob. cit.,* tomo II, pp. 824-825.

[13] ROCA SASTRE, R. M. (1968). Derecho hipotecario, IV-2.º, *ob. cit.,* p. 1120.

[14] DE LA RICA Y ARENAL, R. (1976). Libro homenaje a D. Ramón de la Rica y Arenal, tomo I, *ob. cit.,* p. 344.

[15] ROCA SASTRE, R. M. (1968). *Derecho hipotecario,* IV-2.º, *ob. cit.,* pp. 1118-1120; y DE LA RICA Y ARENAL, R.: (1976). *Libro homenaje a D. Ramón de la Rica y Arenal,* tomo I, *ob. cit.,* pp. 342-345.

[16] La doctrina considera que así ha interpretado la DGRN el artículo 179 RH: Cfr. ROCA SASTRE, R. M. (1968). Derecho hipotecario, IV-2.º, *ob. cit.,* pp. 1118-1120; DE LA RICA Y ARENAL, R. (1976). Libro homenaje a D. Ramón de la Rica y Arenal, tomo I, *ob. cit.,* pp. 342-345; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1977). *Los créditos hipotecarios*. Madrid: Instituto Editorial Reus, p. 92; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1986). Derechos reales, Derecho hipotecario, *ob. cit.,* p. 467.

[17] ROCA SASTRE, R. M. (1968). Derecho hipotecario, IV-2.º, *ob. cit.,* p. 1119.

[18] GÓMEZ GALLIGO, F. J. (1997). La extinción del crédito hipotecario. *BCEHC*, núm. 72, p. 512; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: (1986). Derechos reales. Derecho hipotecario, *ob. cit.,* pp. 467 y 545; AMORÓS GUARDIOLA, M. (1986). *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela.* Madrid: Tecnos, pp. 552-553; BONILLA ENCINA, J. F. (1981). Nacimiento de los derechos susceptibles de trascendencia registral. El consentimiento como requisito previo al procedimiento de registración. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, p. 550; ZUMALACÁRREGUI, T. (1977). *Causa y abstracción causal en el Derecho civil español.* Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios, pp. 339-341.

1.4. Sucesiones

Reflexiones sobre el derecho de habitación de las personas con discapacidad desde la perspectiva del operador jurídico

Reflections on the right of room of people with disability from the perspective of the legal operator

por

GEORGINA ÁLVAREZ MARTÍNEZ

Dra. en Derecho

RESUMEN: La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad introdujo —en el marco de las modificaciones al Código Civil, concretamente en materia sucesoria— en el artículo 822 del Código Civil el derecho de habitación a favor de las personas con discapacidad. Con el objeto de atender a su necesidad de vivienda, ha concedido un trato de favor en la constitución de este derecho de habitación a título gratuito (párrafo primero), y se ha asegurado el disfrute de la que ha venido siendo su vivienda habitual, cuando el titular de esa vivienda, causante de la sucesión en la que es legitimario la persona con discapacidad, nada hubiese al respecto (párrafo segundo). En esta oportunidad se reflexiona sobre algunos de los requisitos previstos en este artículo, atendiendo especialmente a las aportaciones del operador jurídico.

ABSTRACT: Law 41/2003, of November 18 th, of Patrimonial Protection of People with disability introduced —in the framework of the amendments made to the Civil Code, specifically in succession field— in the artículo 822, the right of room in favour of persons with disabilities. In order to meet to their need of housing, is granted a preferential treatment in the constitution of this room's right to gratuitously (first paragraph), and ensures the enjoyment of which has come being his habitual housing, when the owner of that house, succession's causer where the person with disability is going, nothing has foreseen in the matter (second paragraph). This time it reflects on some of the requirements laid down in this article, especially according to the contributions of the legal operator.

PALABRAS CLAVES: Derecho de habitación. Persona con discapacidad. Legitimario. Vivienda habitual. Legítima.

KEY WORDS: Right of room. Legitimate. People with disability. Residence.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: EL DERECHO DE HABITACIÓN EN LA LEY 41/2003 DE 18 DE NOVIEMBRE DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—II. DONACIÓN O LEGADO (VOLUNTARIO O LEGAL) DEL DERECHO DE HABITACIÓN: IDEAS PRELIMINARES.—III. REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN: 1. SUBJETIVOS: EL BENEFICIARIO, LEGITIMARIO PERSONA CON DISCAPACIDAD. 2. OBJETIVOS: LA VIVIENDA HABITUAL, LA CONVIVENCIA Y LA NECESIDAD. —IV. CONSIDERACIONES FINALES.—V. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

I. PLANTEAMIENTO: EL DERECHO DE HABITACIÓN EN LA LEY 41/2003 DE 18 DE NOVIEMBRE DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Conforme el artículo 524 del Código Civil el derecho real de habitación atribuye a su titular la facultad de ocupar en casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia. Junto al derecho de uso, este derecho real ha sido considerado algo así como un hijo menor del usufructo[1], cuyo régimen se aplica —como es sabido— de manera supletoria[2]. En la práctica es un derecho poco frecuente[3], y en sus contadas apariciones la jurisprudencia lo ha unido, muchas veces, a la encomiable necesidad de garantizar la vivienda de hijas/hijos solteras/os, de viudas, de parientes sin alojamiento, y en general de personas que requieren una especial protección[4].

Un reflejo legal de esta proximidad entre el derecho de habitación y la protección de personas está previsto en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil, y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (en adelante LPPPD)[5]. Junto al patrimonio protegido y en el marco de las modificaciones introducidas al Código Civil[6], concretamente en materia sucesoria, el legislador ha previsto en su artículo 10 —entre otras disposiciones[7]— por un lado, «una protección patrimonial directa a las personas con discapacidad mediante un trato favorable a las donaciones o legados de un derecho de habitación realizados a favor de las personas con discapacidad que sean legitimarias y convivan con el donante o testador en la vivienda habitual objeto de habitación[8]; y por otro lado, se ha concedido «al legitimario con discapacidad que lo necesite un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante»[9], viniéndose con todo ello a dar un nuevo contenido al artículo 822 del Código Civil. así, la incorporación de este derecho de habitación al ordenamiento jurídico —hasta LPPPD no había derechos de habitación establecidos por la Ley[10]— que tiene por objeto atender a la necesidad de vivienda de las personas con discapacidad, se concede un trato de favor en su constitución a título gratuito (párrafo primero), y se asegura el disfrute de la que ha venido siendo su vivienda habitual, cuando el titular de esa vivienda, causante de la sucesión en la que es legitimario la persona con discapacidad, nada haya previsto al respecto (párrafo segundo). En esta oportunidad voy a reflexionar sobre algunos de los requisitos previstos en este artículo, atendiendo especialmente a las aportaciones del operador jurídico.

II. DONACIÓN O LEGADO (VOLUNTARIO O LEGAL) DEL DERECHO DE HABITACIÓN: IDEAS PRELIMINARES

El artículo 10 de la LPPPD dio un contenido completamente nuevo al artículo 822 del Código Civil, pasando su originario —aunque con una nueva redacción—

al artículo 821, conforme el párrafo 5.º del citado artículo 10. La norma en vigor dice así:

«La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios que lo necesiten.

El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación».

Como puede advertirse, este precepto autoriza la constitución de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del legitimario persona con discapacidad que conviviere con el causante y reconoce —curiosamente— en ello hasta tres fuentes, estas son: la donación, y el legado voluntario o legal. Llama particularmente la atención esta concesión del legislador al legado de origen legal, el cual podrá constituirse —concurriendo los requisitos del primer párrafo— aunque el titular de la vivienda habitual no hubiese hecho testamento, o existiendo este último no se lo hubiese excluido expresamente[11]. La Exposición de Motivos de la Ley en el apartado VII c) se refiere en estos términos a este legado: «Además, este mismo precepto concede al legitimario con discapacidad que lo necesite un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviere con el causante, si bien a salvo de cualquier disposición testamentaria de este sobre el derecho de habitación». Parece que se está ante una excepción al principio general de que la institución del legado solo puede realizarse por testamento, que encuentra su razón en la protección del legitimario discapacitado que lo necesite[12]. Bien es verdad, que no sería la única excepción porque también —con una finalidad tutelar, que en el caso se traduce en que el cónyuge supérstite no quede perjudicado al fallecer su consorte— el artículo 1321 del Código Civil establece que «fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo a su haber…». Entiende la doctrina que existe en este supuesto una atribución *mortis causa* y a título particular, de carácter *ex lege,* a favor del consorte sobreviviente[13], y algunas sentencias lo califican claramente como una especie de «legado legal»[14]. Con todo, lo que debe quedar claro es que se está ante un derecho concedido por la Ley, no ante un derecho directamente constituido por la Ley. Así el legitimario persona con discapacidad tiene la facultad de exigir su constitución, pero mientras no lo haga, no se constituye ningún derecho.

En cualquiera de estas tres fuentes la Ley exige la concurrencia de los mismos requisitos, y les asigna los mismos efectos jurídicos, que se verán enseguida. Pero además, para el caso de que este derecho real de habitación tenga su origen en la Ley, se exige en particular que el testador no hubiera dispuesto otra cosa, o lo hubiera excluido expresamente —lo que refuerza la idea de que el derecho no está directamente constituido por la Ley—, y que el legitimario persona con discapacidad necesite este derecho real de habitación. Volveré luego sobre este aspecto.

Junto al origen legal, otro aspecto que se destaca es el trato de favor que se le concede a este derecho y que consiste en su exclusión de la regla general que obliga a computar las donaciones y legados hechos por el testador para calcular la cuantía de las legítimas. Es sabido que el artículo 818 del Código Civil establece que la porción legitimaria se fija atendiendo al valor que tengan los bienes a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas —sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento, que forman parte del caudal relicto— más el valor —ideal— de las donaciones verificadas en vida por el causante[15]. Cabe advertir que si bien esta norma se refiere únicamente a las donaciones colacionables, conforme reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, deben computarse todas las donaciones que el causante hizo a favor de parientes o extraños[16]. Por su parte, prevén los artículos 817 y 819 que, cuando las donaciones hechas por el causante o las disposiciones testamentarias mengüen la legítima de los herederos forzosos, aquellas se reduzcan en lo que sean excesivas o inoficiosas. Como se ha visto el artículo 822 excluye de este cómputo para calcular la porción legitimaria la donación —cuyo valor no se va a añadir al valor de los bienes que quedaran a la muerte del donante— o el legado —su valor se va a sustraer de la masa hereditaria que quedara a la muerte del testador— del derecho de habitación a favor de una persona con discapacidad, por lo que resulta —y en esto consiste el trato de favor— que no podrán ser reducidos por inoficiosidad, ni afectados por cualquier otra operación de cálculo de la legítima como la imputación, o en su caso, si los legitamarios fueran nombrados herederos, por la obligación de colacionar prevista en el artículo 1035 del Código Civil[17]. Así las cosas, conforme la ha entendido la Audiencia Provincial de Vizcaya[18], este derecho real de habitación a favor de las personas con discapacidad constituye una carga de la herencia.

III. REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN

El trato de favor que la Ley concede a este derecho real de habitación está condicionado a la concurrencia de determinados requisitos subjetivos y objetivos, —muy similares, por cierto— en las tres fuentes jurídicas que reconoce. Mucho ya se ha reflexionado sobre ellos. En este lugar voy a traer a colación solo aquellos aspectos sobre los que se ha pronunciado la jurisprudencia, la cual —desde ya cabe anticipar— no es muy abundante, y si acaso, tampoco muy específica. Véanse ahora.

1. Subjetivos: el beneficiario, legitimario persona con discapacidad

El sujeto beneficiario, habitacionista, ha de ser un legitimario persona con discapacidad. En el contexto de la LPPPD debe destacarse esta mención porque algunas de sus disposiciones exigen la condición de personas con capacidad de obrar suficiente —así en el régimen de la autotutela—, mientras que otras incluso prevén la concurrencia de personas incapaces —así en la sustitución fideicomisaria—. Lo que debe entenderse por personas con discapacidad lo define la misma Ley a través de una remisión que ha incorporado como disposición adicional del Código Civil[19], en la que se aclara que:

«La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad…».

Así las cosas, el beneficiario del derecho de habitación sobre la vivienda habitual deberá ponderarse conforme el artículo 2.2 de la LPPPD, el cual forma parte de la regulación del Patrimonio Protegido[20]. Esta norma requiere la concurrencia de ciertos porcentajes de minusvalía —en rigor, discapacidad, conforme Disposición Adicional octava de la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia— psíquica igual o superior al 33%, física o sensorial igual o superior al 65%, acreditados con la correspondiente certificación administrativa o por resolución judicial firme (cfr. art. 2.3). Pese a esta obligada remisión del Código Civil al propio texto de la LPPPD, llama la atención que en un caso resuelto por la Audiencia Provincial de Vizcaya, para valorar la discapacidad reconocida en sede administrativa —del 54%—, se haya recurrido a lo previsto en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual ha modificado en varios aspectos la legislación vigente. Concretamente, se hizo alusión al artículo 1 que contiene diversas modificaciones a la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. En este lugar se prescribe que «…a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento»[21]. Como se ve en esta norma no se distingue entre el carácter psíquico, físico o sensorial de la discapacidad, y se exige en cualquier caso el 33 por ciento, menos de lo previsto en la LPPPD en lo que respecta a la discapacidad física o sensorial. Estas circunstancias favorecen la valoración de la discapacidad, y por ende, la aplicación de las normas que la protegen. Así las cosas, mientras resulte acreditada la discapacidad, creo que el recurso a una ley más benigna —si se me permite decir así—, aunque general, resulta un acierto del operador jurídico.

La Exposición de Motivos explica que el reconocimiento de las personas con discapacidad será así «con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 del Código Civil y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas». Como puede advertirse, el legislador ha separado a los destinatarios de esta norma del concepto civil de incapacidad, delimitando —queriéndolo o no— un nuevo sujeto de derecho en el ámbito del Derecho privado, este es, el de las personas con discapacidad, al que le siguen notables efectos civiles. Así, de la relación del artículo citado con la normativa que regula la incapacitación civil resulta que puedan existir: personas incapacitadas con discapacidad, personas incapacitadas sin discapacidad, y personas discapacitadas no incapacitadas[22].

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de subrayar la separación y proximidad existente entre la incapacidad y la discapacidad, al hilo de definir las reglas interpretativas en materia de incapacitación, a la luz de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad [firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España[23]]. En esta oportunidad, se señaló que, atendiendo a las diferentes situaciones en las que pueden encontrarse las personas[24] —todas ellas previstas en el texto de la citada Convención—, en el ordenamiento jurídico español el sistema de protección se basa en tres soluciones, a su vez adaptables a cada concreta situación: a) la incapacitación; b) la curatela; c) las medidas a tomar en caso de discapacitados no incapacitables respecto a aspectos patrimoniales, regulada en la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 41/2003[25].

Al legislador le ha interesado reforzar —y a mi juicio está bien que lo haya hecho— la existencia de este último grupo de personas, al desvincularlo expresamente del concurso de causas que autorizan la incoación de un procedimiento de incapacitación. Aunque quizás debió dejarse expresamente abierta —implícitamente creo que está, como se verá enseguida— la posibilidad de que con ocasión del proceso de incapacitación se examine la concurrencia de la discapacidad —en los supuestos de incapacidad será más frecuente la discapacidad psíquica que la física o sensorial[26]— declarándose también en la sentencia de incapacitación el concurso de la discapacidad.

Dos son las vías, al menos según el tenor literal del citado artículo 2 de la LPPPD, a través de las cuales se puede acreditar el grado de discapacidad que exige la Ley —y al que se asocian los efectos jurídicos previstos en la misma— a saber: una vía administrativa y otra judicial.

En lo referente a la vía administrativa el procedimiento está previsto —en ausencia de particular desarrollo reglamentario de la LPPPD— en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración, y Calificación del grado de Discapacidad, modificado sucesivamente. Entre estas modificaciones cabe destacar, por un lado, la del Real Decreto 290/2004 de 20 de febrero que añadió una disposición adicional por la cual se indicaba que en los certificados y resoluciones del grado de minusvalía expedidos por organismo competente, se haría constar en lo sucesivo, como mención complementaria al tipo de minusvalía en las categorías de psíquica, física o sensorial. Actualmente el Real Decreto 1364/2012 ha modificado la redacción anterior eliminando el carácter complementario de la mención del tipo de minusvalía y manda a que (ap. 1) a instancia de la persona interesada o de quien ostente su representación, se certifique por el organismo competente el tipo o los tipos de deficiencia o deficiencias que determinan el grado de la discapacidad reconocida, conforme a la información que conste en el expediente. La otra modificación que se destaca es la del Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, el cual adaptó la terminología de la redacción original a lo previsto en la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (Disposición Adicional octava. Terminología), al ordenar la sustitución del término minusvalía por discapacidad, así como el de personas con minusvalía por personas con discapacidad[27].

Este Real Decreto establece, por un lado, los baremos aplicables para valorar la discapacidad en porcentajes (que se acompañan como anexos)[28]; y, por otro, determina los órganos competentes para emitir el dictamen técnico-facultativo, así como su procedimiento y revisión. Cabe destacar en relación a estos últimos —además de que dependen de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas— que se exige que sean equipos multidisciplinares en los que intervienen, al menos, un médico, un psicólogo y un trabajador social[29]. El certificado administrativo emitido por parte de este equipo puede recurrirse por los interesados ante la jurisdicción social[30].

En rigor, conforme lo establece la LPPPD, este es el certificado que debe aportarse para acreditar la discapacidad —con la alusión al tipo de deficiencia que la determina— y, en consecuencia, gozar de los beneficios patrimoniales que esta Ley reconoce en algunos casos. Cabe mencionar un caso —SAP de Gipúzcoa de 24 de junio de 2010— en el que se consideró acreditada la minusvalía y su grado, a pesar de que en los certificados aportados no resultaba acreditada el tipo de minusvalía padecida. En esta oportunidad se entendió que:

«1. Las normas citadas lo son para su aplicación en el ámbito administrativo, por lo que este Tribunal no está sujeto a dichas normas sino a determinar si en el presente caso procede la aplicación o no del artículo 822 del Código Civil que tan solo habla de legitimario persona con discapacidad, sin hacer mención a la clasificación mencionada.

2. En el Real Decreto 290/2004 se indica que los certificados y resoluciones sobre el grado de minusvalía harán constar el tipo de minusvalía, pero como mención complementaria, sin que en ningún caso se exija la obligatoriedad de dicha determinación.

3. No cabe que la persona jurídicamente objeto de protección por la normativa indicada, resulte perjudicada por el hecho de que la Administración haya obviado u omitido la citada indicación, siendo que en todo caso se trataría de un mero error u omisión fácilmente subsanable, pero que en modo alguno puede perjudicarle si su minusvalía ha quedado perfectamente acreditada»[31].

Como puede advertirse —en la misma línea del caso resuelto por la Audiencia Provincial de Vizcaya donde se tomaron en consideración los porcentajes previstos en la Ley 26/2011 y no los más elevados de la LPPPD—, estando acreditada la discapacidad, resulta que la constancia del tipo de minusvalía no es óbice a los efectos de aplicación de la Ley. Hay que advertir que en el caso resuelto por la Audiencia de Gipúzcoa, la redacción del Real Decreto 1971/1999 aplicable, daba todavía más razón a esta reflexión, por cuanto, conforme se advirtió, el tipo de minusvalía era una mención complementaria, nunca obligatoria. Actualmente se ha eliminado este carácter complementario.

La otra vía para obtener la acreditación de la discapacidad, es la judicial. Mucho ha discutido la doctrina en relación con este supuesto. Un sector mayoritario de autores considera que esta resolución es la que proviene de la jurisdicción social en razón del artículo 12 del citado Real Decreto que señala: «Contra las resoluciones definitivas que sobre reconocimiento de grado de minusvalía se dicten por los organismos competentes, los interesados podrán interponer reclamación previa a la vía jurisdiccional social…». Desde esta afirmación se oponen a que tal resolución pueda ser declarada por la jurisdicción civil, con motivo del proceso de incapacitación. Básicamente se insiste en que se trata de dos acreditaciones diferentes, que atienden a supuestos distintos y que la persona discapacitada por el solo hecho de serlo goza de capacidad de obrar plena, para nada resulta afectada como consecuencia de su discapacidad[32].

Otra parte de la doctrina, es proclive a que tal acreditación resulte del proceso de incapacitación civil aunque, al menos a mi juicio, sin desvincularse del todo de la sede administrativa[33]. También con el fin de evitar la descoordinación entre la Administración Pública y los Tribunales, el procedimiento que propone este sector es el que sigue: si existe un documento expedido por la Administración, acreditativo de la discapacidad de una persona y a su vez se ha instado su proceso de incapacitación civil, en este último, sería más conveniente que en lugar de que los dictámenes periciales fueran emitidos por facultativos adscritos al Tribunal o elegidos por el Juez, fueran los propios equipos de valoración que han determinado el grado de discapacidad, los que emitieran los informes, porque han sido los que la han valorado en primera instancia; si no existe documento administrativo acreditativo de la discapacidad y se hubiera instado proceso de incapacitación, el Juez podría solicitar a los equipos correspondientes de la Administración no solo la valoración de la discapacidad de una persona, sino también si puede o no gobernarse por sí misma; así las cosas, la sentencia de incapacitación, al

establecer el Estatuto de la Persona Incapacitada, vendría también a determinar el grado de discapacidad.

En mi opinión, la segunda opción es la más adecuada a los intereses de las personas con discapacidad, sin que ello implique condicionar la discapacidad a la capacidad de las personas. Ya el legislador ha aclarado en la Exposición de Motivos de que tal declaración se podrá obtener con independencia de que exista o no tal proceso. Sin embargo, nada impide que si se ha presentado demanda de incapacitación se pueda aprovechar la instancia para solicitar también la declaración de la discapacidad. Con lo que no estoy del todo de acuerdo es con el procedimiento propuesto por esta segunda parte de la doctrina. Tal como se ha expuesto, este sector propone que el juez solicite el dictamen pericial —previsto en el artículo 759. 1 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil— al equipo multidisciplinar previsto en el Real Decreto 1971/1999, tanto si ha habido ya una declaración acreditativa de la discapacidad como si no. Desde nuestro punto de vista se debe matizar la propuesta.

Por un lado, habrá que ver el tiempo transcurrido entre la declaración de la discapacidad y el momento en el que se interpone la demanda de incapacitación. Si ambas instancias están alejadas en el tiempo, el equipo de valoración no tendrá por qué ser el mismo, con lo que no será necesario acudir a la Administración. Por otra parte, si no hay declaración de discapacidad previa, no veo motivo para diversificar —con su consecuente dilación— el procedimiento judicial. El citado artículo 759.1 prescribe —«*…el Tribunal oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a este por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas en las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el Tribunal*»— que el juez acuerde los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda, por lo que si se ha solicitado la discapacidad, quizás resulte más efectivo que sean los profesionales adscritos al Tribunal —médicos, psicólogos y trabajadores sociales— y no los de la Administración, los que valoren junto a la capacidad de autogobierno el grado de discapacidad previsto en el artículo 2.3 de la LPPPD. Así las cosas, la sentencia que declare la incapacitación de la persona —que determinará sus límites y extensión, cfr. art. 760 Ley Enjuiciamiento Civil— también podría fijar su grado de discapacidad física, sensorial o psíquica.

Volviendo a los requisitos del artículo 822 del Código Civil hay que agregar que el sujeto beneficiario de este derecho real de habitación ha de ser también un legitimario. Conforme el artículo 807 estos podrán ser: los hijos, y descendientes respecto de sus padres y ascendientes; a falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes, y finalmente, el viudo o viuda en la forma y medida que establezca el Código. El artículo 822 no señala ninguna preferencia entre ellos, cualquiera puede resultar beneficiario.

Por lo general los beneficiarios de este derecho van a ser los hijos o descendientes que han convivido con el causante. Cabe preguntarse si pueden concurrir varios legitimarios personas con discapacidad. La norma señala, suponiendo la previa convivencia, que este derecho pueda concurrir con el de otros legitimarios que lo «necesiten», sin precisar si son o no personas con discapacidad. Hay que recordar que el legislador también exige la «necesidad» de la persona con discapacidad en el caso del derecho de habitación con causa legal. Si resulta que todos los legitimarios son personas con discapacidad, no se ve motivo legal para excluir la coexistencia, que se traducirá en cotitularidad o en varios sujetos

titulares. Todos y cada uno podrán ocupar las cosas necesarias para sí. Ahora bien, la coexistencia de varios derechos de habitación sobre la misma vivienda puede plantear serios conflictos cuando las «necesidades habitacionales» de los titulares y sus familias resulten incompatibles con la estructura arquitectónica de la vivienda habitual[34]. Lo mismo hay que decir cuando el legitimario discapacitado venga a compartir la vivienda con el cónyuge supérstite que ha ejercido la facultad que le confiere el artículo 1407.

En efecto, si el legitimario no fuese cónyuge, su derecho de habitación podrá coexistir con el derecho del cónyuge a incluir en su haber hasta donde alcance la propiedad de la vivienda habitual o el derecho de uso o habitación sobre ella, conforme el párrafo final del artículo 822 del Código Civil Ahora bien, si el mismo legitimario fuese cónyuge, en puridad, ya tenía la preferencia para seguir disfrutando de la casa conforme los artículos 1406 y 1407 del Código Civil. Ahora, al abrigo del artículo 822 este derecho de habitación dejará de computarse en su haber.

Por último, cabe señalar que si bien el Código exige el carácter de legitimario —heredero forzoso— al titular de este derecho real, al mismo tiempo, conforme se señaló, lo excluye del cómputo para el cálculo de la legítima, así como de la misma cuota legitimaria de la persona discapacitada. A este respecto, la doctrina ha señalado que, incluso a pesar de estar regulado —el derecho real de habitación del art. 822— en sede de legítimas [*de la herencia,* sección 5.ª], no es una modalidad de la legítima, sino que constituye otro derecho distinto: un plus de la legítima, o un derecho legitimario adicional[35].

2. Objetivos: la vivienda habitual, la convivencia y la necesidad

El objeto del derecho de habitación de que trato es la vivienda habitual. Junto al requisito de la convivencia —que se exige tanto si el derecho de habitación tiene su causa inmediata en un acto voluntario, como si es atribuido por ministerio de la Ley—, estas exigencias del legislador contribuyen a aclarar dudas sobre la finalidad del precepto, a saber: se pretende evitar que la muerte del causante suponga para su legitimario, persona con discapacidad, el desalojo de la que, hasta el momento, había sido su vivienda habitual.

Cabe entender que vivienda habitual es la familiar[36]. La jurisprudencia específica la relaciona, a este respecto, con el domicilio familiar, sin más precisiones[37]. En el ámbito del Derecho de Familia, la interpretación del artículo 96 —el cual atribuye, como es sabido, en defecto de acuerdo con los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar [y los objetos de uso ordinario en ella] a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden— delimita con mejor exactitud el concepto de vivienda familiar. Si bien el supuesto de hecho de la norma es distinto, el principio protegido a través de esta disposición, justifica su aplicación analógica. Porque qué duda cabe de que el interés del menor puede equipararse al interés de la persona con discapacidad que ahora nos ocupa. Es así que el Tribunal Supremo, sobre el presupuesto de que esta atribución de la vivienda es una forma de protección[38], ha venido interpretando la noción de vivienda familiar —concepto no definido en el Código Civil— como «el propio y verdadero domicilio donde la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia»[39]. Estas puntualizaciones excluyen del concepto de vivienda habitual los inmuebles que se ocupan en vacaciones, sin intención de permanencia o, por cualquier otro motivo, con carácter temporal.

Como se ve, la jurisprudencia asocia el concepto de vivienda habitual con la convivencia efectiva, por lo que podría pensarse que dándose aquel se daría por supuesta esta última. No obstante, el artículo 822 la exige particularmente, y está bien que lo haga porque si bien en el supuesto del artículo 96 es natural que los hijos convivan con sus progenitores, no lo es tanto que las personas con discapacidad convivan con el causante, aunque sí resultará frecuente[40]. La LPPPD exige que el legitimario, persona con discapacidad, esté conviviendo con el fallecido —sin especificar cuánto tiempo— al momento de la apertura de la sucesión[41]. Es irrelevante a los fines de la aplicación de este artículo que el legitimario discapacitado no esté conviviendo —incluso no ser discapacitado— al tiempo de hacerse la donación u ordenarse el legado. Se ha señalado que, por el contrario, si el donatario cumple con todos los requisitos que le exige el artículo 822 al realizarse la donación, pero no en la apertura de la sucesión, el negocio jurídico no se verá afectado, aunque deberá someterse al régimen general y no al especial que establece la norma[42]. Creo que esto último rara vez ocurrirá.

En el supuesto de la atribución por ministerio de la ley de este derecho de habitación —y siempre que el testador no hubiese dispuesto otra cosa o lo hubiese excluido expresamente— además de vivienda habitual y convivencia, el artículo 822 párrafo segundo exige que el legitimario, persona con discapacidad, lo necesite. Es decir, el supuesto beneficiario no debe disponer de otro alojamiento, ni de recursos económicos para procurárselos. Se trata, como se ve, de una cualidad subjetiva y si acaso temporal, que podría conducir a la inaplicación de la norma. La Audiencia Provincial de Vizcaya consideró cumplida esta necesidad al no disponer el demandado de otra[43]. Pienso que el tipo de discapacidad acreditada contribuirá a determinar las posibilidades del legitimario de acceder o no a otra vivienda por sus propios medios.

El párrafo segundo del artículo 822 *in fine* vuelve sobre el requisito de la necesidad cuando exige al titular de este derecho real de habitación, que no impida la convivencia de los demás legitimarios que «lo necesiten». No hay casos resueltos en la jurisprudencia que den cuenta de la convivencia entre el legitimario discapacitado que necesite la vivienda habitual y otros legitimarios no discapacitados que también lo necesiten. Lo que está claro es que si el discapacitado no lo necesita no cabe atribuirle por ministerio de la Ley el derecho de habitación sobre la vivienda habitual. Si el causante se lo donó o legó, cabe recordar, es irrelevante a los fines de la constitución de este derecho la necesidad del habitacionista. Finalmente, si los demás legitimarios no lo necesitan, no podrán oponerle al legitimario persona con discapacidad la continuidad de la convivencia.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

I. La jurisprudencia ha relacionado el derecho de habitación con la encomiable necesidad de garantizar la vivienda de hijas/hijos solteras/os, de viudas, de parientes sin alojamiento, y en general de personas que requieren una especial protección.

II. En la línea anterior la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad ha dado un nuevo contenido al artículo 822 del Código Civil y ha previsto, por un lado, «una protección patrimonial directa a las personas con discapacidad mediante un trato favorable a las donaciones o legados de una derecho de habitación realizados a favor de las

personas con discapacidad que sean legitimarias y convivan con el donante o testador en la vivienda habitual objeto de habitación y, por otro, se ha concedido «al legitimario con discapacidad que lo necesite un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante».

III. Algunas sentencias han calificado a este último como una especie de legado legal. Sin embargo, se está ante un derecho concedido por la Ley, no constituido por ella. El testador puede establecer otra cosa o excluirlo expresamente.

IV. El trato de favor que la ley concede a este derecho implica que la donación o legado en que traen su causa no podrán ser reducidos por inoficiosidad, ni afectados por cualquier otra operación de cálculo de la legítima como la imputación, o en su caso, si los legitimarios fueran nombrados herederos, por la obligación de colacionar prevista en el artículo 1035 del Código Civil. Así, en una ocasión, la Audiencia Provincial de Vizcaya ha entendido que este derecho a favor de las personas con discapacidad constituye una carga de la herencia.

V. La discapacidad del beneficiario del derecho de habitación sobre la vivienda habitual debe ponderarse conforme lo establecido en el artículo 2.2 de la LPPPD, el cual forma parte de la regulación del Patrimonio Protegido. Sin embargo, la jurisprudencia ha recurrido en alguna ocasión a lo previsto en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual ha modificado en varios aspectos la legislación vigente. Sus disposiciones —a diferencia de la LPPPD— no distinguen entre el carácter psíquico, físico o sensorial de la discapacidad, y exigen en cualquier caso el 33 por ciento, lo que resulta inferior a lo previsto en la LPPPD para la discapacidad física o sensorial. Hay que subrayar que estas circunstancias favorecen la valoración de la discapacidad, y por ende, la aplicación de las normas que la protegen.

VI. El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de subrayar la separación y proximidad existente entre la incapacidad y la discapacidad, al hilo de definir las reglas interpretativas en materia de incapacitación, a la luz de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad. A este respecto se ha señalado que, atendiendo a las diferentes situaciones en las que pueden encontrarse las personas, en el ordenamiento jurídico español, el sistema de protección se basa en tres soluciones, a su vez adaptables a cada situación concreta, a saber: a) la incapacitación; b) la curatela; c) las medidas a tomar en caso de discapacitados no incapacitables respecto a aspectos patrimoniales, regulada en la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 41/2003.

VII. La discapacidad se acredita, conforme el artículo 2 de la LPPPD, mediante certificación administrativa o por resolución judicial firme. En relación con la primera, cabe destacar un caso judicial en el que se admitió tal certificación a pesar de no constar en ella el «tipo de minusvalía». Por lo que respecta a la segunda, la mayoría de la doctrina considera que se trata de la resolución que proviene de la reclamación ante la vía jurisdiccional social. Un sector minoritario, es proclive a que tal acreditación resulte del proceso de incapacitación civil, aunque sea el equipo de peritos correspondientes a la Administración el que emita el informe sobre el grado de discapacidad. En mi opinión, la segunda opción es la más adecuada a los intereses de las personas con discapacidad, pero no comparto el procedimiento que se propone. A mi modo de ver, si hay procedimiento de incapacitación se puede aprovechar la instancia para declarar la discapacidad, sobre la base del dictamen de los mismos peritos adscritos al Tribunal, sin necesidad de remitirse al procedimiento administrativo.

VIII. El beneficiario del derecho de habitación ha de ser legitimario. Puede ocurrir que este deba convivir con otros legitimarios que lo necesiten, con otras personas legitimarias con discapacidad, así como con el cónyuge que ha hecho uso de la facultad que le confiere el artículo 1407 del Código Civil. Pese a que este derecho está regulado en sede de legítimas, no constituye una modalidad de la legítima.

IX. El objeto del derecho de habitación de que se trata es la vivienda habitual. La jurisprudencia más específica la relaciona con el domicilio familiar. En el ámbito del Derecho de Familia, el Tribunal Supremo la define como el propio y verdadero domicilio donde la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia.

X. Si bien este concepto de vivienda habitual supone la convivencia efectiva, el artículo 822 la exige particularmente entre el causante y el legitimario persona con discapacidad al momento de la apertura de la sucesión.

XI. En el supuesto de la atribución por ministerio de la ley de este derecho de habitación además de vivienda habitual y convivencia, el artículo 822 párrafo segundo exige que el legitimario, persona con discapacidad, lo necesite. La Audiencia Provincial de Vizcaya estimó cumplida esta necesidad al no disponer el demandado de otra vivienda. Se trata, como se ve, de una cualidad subjetiva y si acaso temporal, que podría conducir a la inaplicación de la norma. Pienso que el tipo de discapacidad acreditada contribuirá a determinar las posibilidades del legitimario de acceder o no a otra vivienda por sus propios medios.

V. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 31 de mayo de 2012 *(RJ* 2012, 6550).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 14 de abril de 2011*(RJ* 2011, 3590).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 29 de abril de 2009 *(RJ* 2009, 2901).
- STS, Sala de la Civil, Sección 1.ª, de 24 de enero de 2008 *(RJ* 2008, 306).
- STS de 19 de mayo de 2000 *(RJ* 2000, 3583)
- STS de 17 de marzo de 1989 *(RJ* 1989, 2161).
- SAP de Cantabria de 26 de noviembre de 2013 *(JUR* 2014, 25994).
- SAP de Barcelona de 20 de junio de 2013 *(JUR* 2013, 269480).
- SAP de Guipúzcoa de 21 de diciembre de 2012 *(AC* 2014, 732).
- SAP de Guipúzcoa de 24 de junio de 2010 (LA LEY 2010, 333909).
- SAP de Vizcaya de 15 de noviembre de 2011*(JUR* 2012, 171718).
- SAP de Zamora de 8 de marzo de 2011 *(AC* 2011, 994).
- SAP de Alicante de 16 de febrero de 2010 *(JUR* 2010, 209776).
- SAP de Barcelona de 17 de setiembre de 2002 *(AC* 2003, 1817).
- SAP de Cantabria de 10 de diciembre de 1997 *(AC* 1997, 2482).

VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ALBALADEJO, M. (2010). *Derecho Civil III, Derecho de bienes,* 11 ed., Madrid, Edisofer.

ATIENZA NAVARRO, M. L. (2011). Orduña Moreno, J. (Dir.), *Código Civil Comentado,* vol. III, *Libro IV. Obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (arts. 1088 a 1444),* Civitas, Madrid.

ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. (2015). Análisis jurisprudencial del régimen jurídico de la autotutela: los artículos 223 y 234 del Código Civil, *RCDI,* enero-febrero, núm. 747, Madrid, pp. 341-354.

BUSTO LAGO, J. M. (2009). Comentario al artículo 822 del Código Civil, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Comentarios al Código Civil,* Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, pp. 991-993.

DÍAZ ALABART, S. (2006). El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), en Pérez de Vargas Muñoz, J. (Coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad,* La Ley, Madrid, pp. 53-112.

— (2011). La protección económica de los discapacitados a través del Derecho de sucesiones, en Pérez de Vargars Muñoz, J. (Dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad,* La Ley, Madrid, pp. 853-934.

DÍEZ-PICAZO, L y GULLÓN, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil,* V. III, T. 2, *Derechos reales en particular,* 8 ed., Tecnos, Madrid.

ESCRIBANO TORTAJADA, P. (2009). *El patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad: análisis sistemático,* Tesis doctoral, Castellón.

MARTÍN AZCANO, E. M. (2011). *Patrimonio protegido de las personas con discapacidad: aspectos civiles,* La Ley, Madrid.

NOGUERA NEBOT, T. (2006). El legado de derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código Civil. *RDUNED,* núm. 1, pp. 471-488.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2008). *Código Civil Comentado y con jurisprudencia,* 6.ª ed. La Ley, Madrid.

PEREÑA VICENTE, M. (2006). *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho civil.,* Dykinson.

RAGEL SÁNCHEZ L. S. (2004). El derecho de habitación establecido a favor del legitimario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta, en el *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* T. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, pp. 4017-4032.

RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J. (2004). La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad, *Act. civ.,* núm. 4, La Ley, Madrid, pp. 357-369.

TORRES GARCÍA T. F. (2006). Discapacidad e incapacitación, en Pérez de Vargas Muñoz, J. (Coord.), *Protección jurídica patrimonial de las Personas con Discapacidad,,* La Ley, Madrid, pp. 437-460.

NOTAS

[1] Es un derecho menos amplio que el usufructo. Así, el habitacionista, a diferencia del usufructuario no puede arrendar ni traspasar a terceros por ningún título, ni hipotecar. Cfr. artículo 525 del Código Civil. Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2012), *Sistema de Derecho Civil,* V. III, T. 2, *Derechos reales en particular,* 8 ed., Tecnos, Madrid p. 68, donde se comenta que se ha considerado —junto al derecho real de uso— como una especie de secuela o de apéndice básico de derecho de usufructo.

[2] En cuanto no se opongan a lo ordenado en el capítulo II, título VI, libro II (cfr. art. 528 del Código Civil). Así por ejemplo, atendiendo a que las normas de constitución de este derecho son las previstas para el usufructo (art. 468 del Código Civil), la Audiencia Provincial de Alicante rechazó la constitución del derecho de habitación —que alegaba la parte demandada haber adquirido por usucapión— por no concurrir ninguno de los medios

previstos en el citado artículo 468, así como tampoco el requisito de «cosa ajena». SAP de Alicante de 16 de febrero de 2010, Fundamento jurídico segundo *(JUR* 2010, 209776).

[3] ALBALADEJO, M. (2010). *Derecho Civil III, Derecho de bienes,* 11 ed., Madrid, Edisofer, p. 555.

[4] Algunos casos recientes de lo dicho en el texto, por ejemplo: SAP de Cantabria de 26 de noviembre de 2013 *(JUR* 2014, 25994) resuelve un caso de legado de una casa de un padre a sus hijos «mientras permanezcan solteros»; otro similar: SAP de Zamora de 8 de marzo de 2011 *(AC* 2011, 994); SAP de Barcelona de 20 de junio de 2013 *(JUR* 2013, 269480): ventila un caso de cesión de un derecho de habitación sobre una vivienda de protección oficial de promoción pública a favor de una mujer viuda de 78 años; SAP de Barcelona de 17 de setiembre de 2002 *(AC* 2003, 1817) discute el derecho de habitación legado a favor de una viuda.

[5] *BOE*, 19 de noviembre de 2003. Modificada por la Ley 1/2009, de 25 de marzo de Reforma sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad, y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, *BOE* 26 de marzo de 2009.

[6] Cuatro son las materias afectadas: autotutela, régimen sucesorio, mandato y contratos de alimentos. Hemos tenido oportunidad de referirnos en particular a la autotutela. Cfr. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. (2015). «Análisis jurisprudencial del régimen jurídico de la autotutela: los artículos 223 y 234 del Código Civil», *RCDI,* enero-febrero, núm. 747, pp. 341-354.

[7] Con la finalidad de mejorar la protección de las personas con discapacidad en materia sucesoria, junto a la que se dice en el texto, este Ley ha incorporado una nueva causa de indignidad para suceder, permite el gravamen de la legítima estricta con sustituciones fideicomisarias, y exceptúa de colación los gastos realizados para atender las necesidades especiales de los hijos y descendientes con discapacidad.

[8] Exposición de Motivos de la Ley, ap. VII, letra c).

[9] *Ibidem.*

[10] Muy próximo a este derecho se encuentra la facultad que el artículo 1407 del Código Civil reconoce al cónyuge supérstite para exigir que se constituya a su favor, un derecho de habitación sobre la que ha venido siendo su vivienda habitual, con el fin de satisfacer su preferencia sobre ciertos bienes gananciales (conforme artículo 1406 del Código Civil). No obstante esta proximidad, estoy de acuerdo con la doctrina que subraya que este derecho no se establece directamente por ley, sino que se otorga la facultad de exigir su constitución. Cfr. RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J. (2004), La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad, *Act. civ.,* núm. 4, La Ley, Madrid, p. 361.

[11] Es decir, este legado podrá coexistir con el testamento del causante cuando en este no haya dispuesto otra cosa o lo excluya expresamente.

[12] Cfr. NOGUERA NEBOT, T. (2006). El legado de de derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código Civil. *RDUNED,* núm. 1, p. 485; PEREÑA VICENTE, M. (2006). *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho civil.,* Dykinson, pp. 137 y sigs.

[13] ATIENZA NAVARRO, M. L. (2011), ORDUÑA MORENO, J. (Dir.), *Código Civil Comentado,* vol. III, *Libro IV Obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato* (arts. 1088-1444), p. 853, Civitas, Madrid.

[14] STS de 19 de mayo de 2000 *(RJ* 2000, 3583); SAP de Cantabria de 10 de diciembre de 1997 *(AC* 1997, 2482).

[15] Entiende el TS que (TS, Sala de la Civil, Sección 1, de 24 de enero de 2008, Fundamento de Derecho segundo y jurisprudencia a la que se remite, *[RJ* 2008, 306]) «el cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de esta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el *relictum* con el *donatum*…». Por su parte, puntualiza la SAP de Guipúzcoa que: «para determinar el *relictum* hay que deducir del activo hereditario las deudas y cargas exigibles que existan contra la herencia o contra el causante, sin contar las creadas por este en el testamento (legados o modos). Una vez fijado el *relictum* se lleva a cabo la reunión ficticia de las donaciones

para conocer la hipotética suma que alcanzaría el caudal del causante si no las hubiera realizado, y estimar así si ha cumplido o no su deber de legítima». (SAP de Guipúzcoa de 21 de diciembre de 2012, Fundamento de Derecho cuarto, *AC* 2014, 732).

[16] STS de 17 de marzo de 1989 *(RJ* 1989, 2161).

[17] Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2008), *Código Civil Comentado y con jurisprudencia,* 6.ª ed. La Ley, Madrid, p. 828.

[18] SAP de Vizcaya de 15 de noviembre de 2011, Fundamento jurídico segundo *(JUR* 2012, 171718).

[19] Artículo 13 LPPPD.

[20] Como se ve la delimitación del concepto de «personas con discapacidad» está prevista en la regulación del patrimonio protegido la cual se ha introducido en el ordenamiento jurídico como Ley especial y no como modificación al Código Civil, lo que sí se ha hecho, por ejemplo, con la autotutela, el derecho de habitación o con otras variaciones al régimen sucesorio. Si bien tal Ley especial forma parte del Derecho común, como está fuera del Código, resulta que queda fuera del alcance de la subsidiariedad propia de este cuerpo normativo, conforme lo establecido en su artículo 4.3. Así las cosas, a mi modo de ver, debió incluirse directamente el concepto de personas con discapacidad en el Código Civil, dándole un alcance más general, y evitando remisiones innecesarias.

[21] Cfr. Fundamento jurídico segundo. No consta en autos qué tipo de minusvalía afecta al potencial beneficiario de este derecho real de habitación. Se sabe que es de un 54%, y que además está incapacitado. Es posible —teniendo en cuenta la frecuente relación entre la incapacidad y la discapacidad psíquica, conforme se va a señalar en el texto— que se trate de una discapacidad psíquica, la cual conforme el artículo 2.2 de la LPPPD debe ser igual o superior al 33%. Así las cosas, y sin perjuicio de llegar a la misma conclusión, una aplicación sistemática de la Ley, exigía la observancia del artículo 2.2 de la LPPPD y no de la Ley 26/2011.

[22] Es posible que ambas situaciones coincidan en la misma persona y ello será frecuente cuando concurran causas de incapacitación. Sin embargo, al tratarse de realidades jurídicas diferentes, *vid* brevemente estas diferencias en: MARTÍN AZCANO, E. M. (2011), *Patrimonio protegido de las personas con discapacidad: aspectos civiles.* La Ley, Madrid, pp. 146 y sigs., la coincidencia no es —así lo entiende el legislador— en ningún caso necesaria ni condicional.

[23] Instrumento de ratificación de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, el 13 de diciembre de 2006, *BOE* 21 de abril de 2008, entrando en vigor, en España, el día 3 de mayo de 2008.

[24] Ejemplifica el Tribunal: «Puede tratarse de personas dependientes, que solo necesiten asistencia para actividades cotidianas, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad. Puede ocurrir que un discapacitado no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, mientras que el incapaz requiere de alguna manera, por su falta de las facultades de entender y querer». TS, Sala de lo Civil, Sección 1, de 29 de abril de 2009, Fundamento jurídico quinto *(RJ* 2009, 2901).

[25] Más adelante, en el Fundamento jurídico séptimo, el TS se refiere nuevamente a la Ley 41/2003, como botón de muestra de un sistema de protección en el que no se exige la incapacitación.

[26] Porque la mayoría de las veces es la deficiencia psíquica la que conduce a la incoación de un procedimiento de incapacitación. En efecto, el artículo 200 del Código Civil señala que las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter «físico» o «psíquico» que causan la incapacitación han de impedir a la persona gobernarse por sí misma y ello es clínicamente más probable que acontezca cuando concurre una enfermedad o deficiencia psíquica.

[27] Esta sustitución ha venido a erradicar el término anticuado y obsoleto de minusvalía, que no respetaba el sentir de las Organizaciones Internacionales y nacionales, como los colectivos y asociaciones que reclamaban el establecimiento de un marco común en la terminología de la discapacidad.

[28] Van a ser objeto de valoración tanto las discapacidades que presente la persona, como en su caso «los factores sociales complementarios relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que dificulten su integración social». Cfr. artículo 4, ap. 1. Sin embargo, «el porcentaje mínimo de valoración de la discapacidad sobre el que

se podrá aplicar el baremo de factores sociales complementarios no podrá ser inferior al 25 por 100». Cfr. mismo artículo ap. 3.

[29] Cfr. artículo 8.

[30] Cfr. artículo 12.

[31] SAP de Guipúzcoa de 24 de junio de 2010 (LA LEY 2010, 333909).

[32] Por ejemplo la opinión de: TORRES GARCÍA T. F. (2006). Discapacidad e incapacitación, Pérez de Vargas Muñoz, J. (Coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con Discapacidad,* La Ley, Madrid, 2006, pp. 450 y sigs.; PEREÑA VICENTE, M. (2006), *op. cit.,* pp. 41-43.

[33] ESCRIBANO TORTAJADA, P. (2009). *El patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad: análisis sistemático,* Tesis doctoral, Castellón, pp. 106-112.

[34] Cfr. Así lo advierte: BUSTO LAGO, J. M. (2009). «Comentario al artículo 822 del Código Civil», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Comentarios al Código Civil,* Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, p. 993.

[35] Cfr. RAGEL SÁNCHEZ L. S. (2004). «El derecho de habitación establecido a favor del legitimario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta», en el *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* T. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, pp. 4025 y sigs.

[36] O'CALLAGHAN MUÑOZ, (2008), Código Civil comentado y con jurisprudencia, *op. cit.,* p. 829.

[37] SAP de Vizcaya de 15 de noviembre de 2011, Fundamento jurídico segundo, *op. cit.*, SAP de Guipúzcoa de 24 de junio de 2010, *op. cit*.

[38] STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 14 de abril de 2011*(RJ* 2011, 3590).

[39] STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 31 de mayo de 2012 *(RJ* 2012, 6550).

[40] Señala DÍAZ ALABART que la mayoría de las veces en el momento en que se haga la donación el discapacitado ya estará desde antes conviviendo con el donante, bien porque tratándose de un hijo o nieto menores convivan con él por estar sujetos a la patria potestad o a la tutela, bien porque tratándose del cónyuge la vivienda habitual fuera el domicilio conyugal: DÍAZ ALABART, S. (2011). La protección económica de los discapacitados a través del derecho de sucesiones, en Pérez de Vargas Muñoz, J. (Dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad,* La Ley, Madrid, pp. 864 y sigs.

[41] Como todos los demás requisitos: deben existir en el momento de la apertura de la sucesión. Cumplidos a este tiempo los requisitos, se le dará a la donación o legado el tratamiento excepcional que prevé la norma, esto es, no computarán para el cálculo de la legítima.

[42] DIAZ ALABART, S. (2011). La protección económica de los discapacitados a través del derecho de sucesiones, *op. cit.,* p 865. Lo que significa que la donación en cuestión computará en el cálculo de las legítmas.

[43] SAP de Vizcaya de 15 de noviembre de 2011, *op. cit*.

1.5. Obligaciones y contratos

Caracterización y régimen jurídico de la cláusula *rebus sic stantibus:* el giro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Character and the legal regimen of the clausula rebus sic stantibus: *the turn in the case law's position*

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogada y profesora del Máster de acceso a la Abogacía de la Universidad de La Rioja

RESUMEN: La cláusula *rebus sic stantibus* trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato, siempre que la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o acabe frustrando el propio fin del contrato.

Analizamos el criterio jurisprudencial existente en esta materia que siempre ha sido muy restrictivo en la aplicación de dicha cláusula y estudiamos la interesante sentencia del TS de 30 de junio de 2014, cuyo aspecto más novedoso radica en admitir su aplicación en determinados supuestos como consecuencia de la crisis económica y siempre que concurran determinadas circunstancias que den lugar a una alteración extraordinaria de las circunstancias determinante de una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes. El criterio restrictivo que ha seguido el TS en la aplicación de esta cláusula deja paso, a través de esta sentencia así como la de 15 de octubre de 2014, a un criterio más aperturista, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, que considero muy acertado.

ABSTRACT: Clausula rebus sic stantibus *attempts to solve problems stemming from a supervising change in the circumstances that applied when a contract was concluded, causing a change so drastic that it either increases the burden in an extraordinary fasion or frustrates the contract´s very purpose. We take a close look showing that case law's position on the application of clausula rebus sic stantibus has always been very restrictive. We also study the interesting Supreme Court ruling of 30 June 2014, whose most novel aspect is that it accepts the application of clausula rebus sic stantibus in certain cases where the economic crisis has made it impossible for real state buyers to obtain financing, provided that certain circumstances are present that give rise to an extraordinary change in the circumstances, making for a severe upset of the proporcionality of the parties´obligations. The restrictive criterion that the Supreme Court once hewed to regarding the application of clausula rebus sic stantibus gave way in this ruling and in the ruling of 15 October*

2014 to a stance that looks more favourably on an open interpretation, taking account of the circumstances of each particular case, which the author considers wise.

PALABRAS CLAVE: Cláusula *rebus sic stantibus*. Alteración sobrevenida de las circunstancias. Giro en jurisprudencia del TS.

KEY WORDS: Clausula rebus sic stantibus. *Supervining chance in the circumstances. Turn in the case law's position.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REQUISITOS PARA QUE PROCEDA LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*: 1. Carácter imprevisible y extraordinario de las circunstancias acaecidas. 2. Excesiva onerosidad y ruptura del equilibrio contractual. 3. Riesgos que no entran en el *alea* normal del contrato.—IV. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TS DE 30 DE JUNIO DE 2014: 1. Objeto del proceso. 2. Cláusula *rebus sic stantibus* e imposibilidad sobrevenida. 3. Tendencias del Derecho Comparado. 4. La aplicación de esta figura en el contexto actual de crisis económica: su configuración jurídica.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principios inspiradores de nuestro sistema contractual, el formulado como *pacta sunt servanda*, viene tipificado en el artículo 1091 del Código Civil: «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos». Ahora bien, en los contratos de tracto sucesivo o larga duración, una alteración sobrevenida, no prevista, de las circunstancias tenidas en cuenta por las partes al contratar puede, en determinados casos, producir la ruptura del equilibrio interno del contrato, convirtiendo en excesivamente gravosa la prestación de alguna de las partes. En tales supuestos, entra en juego la denominada cláusula *rebus sic stantibus*[1], como remedio destinado a restablecer el equilibrio que inicialmente existió entre las partes contratantes y que, por la concurrencia de circunstancias imprevisibles en el momento de contratar, ha quedado alterado.

La profunda y prolongada crisis económica que estamos sufriendo produce efectos importantes sobre la conducta de los operadores económicos. La limitación del acceso a fuentes de financiación junto con la disminución de ingresos son factores que pueden dificultar o impedir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos. En nuestro sistema jurídico, la cláusula *rebus sic stantibus* viene a modular la rigidez formalista del cumplimiento contractual cuando aparecen nuevas circunstancias sobrevenidas que pueden variar la base económica del contrato y romper el equilibrio originario de las prestaciones recíprocas.

En cualquier caso, su aplicación ha sido siempre muy restrictiva por parte de los Tribunales y se puede considerar una constante en los pronunciamientos jurisprudenciales el destacar su carácter excepcional[2]. Son muy escasos los supuestos en los que ha sido acogida esta figura dogmática y jurisprudencial por el Tribunal Supremo, entre otras, podemos citar las SSTS de 14 de diciembre de 1940, 17 de mayo de 1941, 13 de abril de 1944, 30 de junio de 1948, 21 de

octubre de 1958, 23 de noviembre de 1962, 15 de abril de 1991, 23 de diciembre de 1991, 20 de febrero de 2001. Esta última señala: «…sigue la línea de la doctrina jurisprudencial pacífica y consolidada sobre esta materia, relativa a que por la aplicación de la cláusula implícita *rebus sic stantibus* cabe la posibilidad de que, aunque en casos excepcionales y con gran cautela, por la alteración que ello puede suponer del principio *pacta sunt servanda* y del de seguridad jurídica…»[3].

También hemos de tener en cuenta que esta cláusula, considerada implícita en todo contrato de tracto sucesivo y prolongada duración, en principio no tiene como finalidad la resolución o extinción del contrato, sino su acomodación a las circunstancias sobrevenidas para restaurar el equilibrio en las prestaciones.

La problemática de la influencia en el contrato de la alteración de las circunstancias ha dado lugar incluso a una propuesta de modificación del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, presentada por la Comisión General de Codificación en 2009, sin que hasta la fecha haya tenido resultado.

El ordenamiento jurídico ofrece otros medios similares, como alegar la imposibilidad de cumplimiento *ex* artículo 1124 del Código Civil. En este sentido, la sentencia del TS de 18 de mayo de 1993 ha precisado que la imposibilidad de cumplimiento contractual «no debe entenderse como concepto absoluto sino relativo y acomodado a las circunstancias de tiempo y lugar, dentro también, de una razonable previsión, derivada de las actuaciones de la parte», explicando la sentencia de 26 de junio de 1990 que «cuando la norma del párrafo 2 del artículo 1124 del Código Civil se refiere a que el cumplimiento resultare imposible para poder optar por la resolución, no alude desde luego a una imposibilidad material, sino que puede incluir, entre otros supuestos, a la sobrevenida por el transcurso de largo tiempo sin cumplir el prestador su prestación en la forma pactada, lo que hace alejarse indefinidamente el resultado perseguido por la contraparte y sus legítimas expectativas en el cumplimiento debido del contrato».

Ante la actual situación de crisis económica, han sido muchos los pleitos por incumplimiento contractual en que se ha discutido este principio. La jurisprudencia por su parte, consciente de la relevancia y consecuencias del asunto, se ha seguido manteniendo firme en su aplicación restrictiva. Pero parece que en sus últimas resoluciones el TS está cambiando, o mejor dicho, está moderando su estricto planteamiento adaptando el Derecho a la realidad social del momento en los términos que vamos a analizar en este trabajo.

En primer lugar, vamos a estudiar los requisitos generales para que proceda la aplicación de la claúsula *rebus sic stantibus,* para después analizar cómo afecta la crisis económica al cumplimiento de los contratos. Para ello nos vamos a basar en los pronunciamientos jurisprudenciales sentados en las recientes sentencias del TS de 30 de junio y 15 de octubre de 2014.

II. REQUISITOS PARA QUE PROCEDA LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

La falta de reflejo positivo sobre la onerosidad sobrevenida ha obligado a los Tribunales a elaborar una doctrina jurisprudencial que puede sintetizarse en las siguientes consideraciones de la sentencia del TS de 17 de mayo de 1957: «Su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, que verdaderamente

derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones; c) que sobrevengan circunstancias radicalmente imprevisibles».

A los tres requisitos citados la sentencia del TS de 6 de junio de 1959 añadió otro más: «Que se carezca de otro medio de remediar y salvar el perjuicio».

Las líneas argumentales de ambas sentencias se han mantenido prácticamente inalterables, formando una consolidada línea jurisprudencial reiterada é invariable, entre la que citamos la sentencia de 28 de diciembre de 2001 que se expresa en los siguientes términos: «…rigor impuesto por la Jurisprudencia de esta Sala para modificar lo pactado en virtud de circunstancias sobrevenidas, exigiendo que la alteración sea extraordinaria, que el equilibrio de las prestaciones resulte aniquilado por darse una desproporción exorbitante y que las circunstancias sobrevenidas sean radicalmente imprevisibles, todo lo cual entraña una excepcionalidad todavía más acusada en los contratos de tracto único, así como la necesidad de que quien pretende la modificación de lo acordado pruebe todos estos requisitos en forma racionalmente conveniente y decisiva».

Con estos datos, puede constatarse fácilmente que el TS viene adoptando una clara línea jurisprudencial que podemos calificar como rigurosa, en cuanto al reconocimiento de la posible aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*[4]. No solo se trata de someter la misma a una serie de presupuestos, sino también de mantener un fuerte control sobre los mismos. Son numerosos los procedimientos en los que se invoca la aplicación de dicha cláusula, bien con la finalidad de proceder a la revisión del contrato, bien incluso solicitando de los Tribunales la resolución del mismo, no obstante, el número de sentencias en las que se admite su aplicación es reducido. El argumento más utilizado por los Tribunales para rechazar su operatividad suele radicar en la no concurrencia de sus requisitos, lo que permite además una mayor subjetividad a la hora de apreciar su concurrencia por parte del juzgador, fundamentalmente en cuanto a la imprevisibilidad y la presencia de circunstancias extraordinarias.

Si atendemos al criterio doctrinal, podemos observar dos tendencias en cuanto al posible número de requisitos:

Una primera corriente, que hace una enumeración extensa incluyendo: imprevisibilidad, excesiva onerosidad o desproporción exorbitante, que el riesgo no sea el motivo determinante del contrato, que exista petición de parte, no haya existido acción dolosa por parte de ninguno de los contratantes, que se trate de un contrato de tracto sucesivo o cumplimiento diferido, el deudor no haya incurrido en mora, se produzca una alteración posterior al contrato con cierta permanencia y que se carezca de otro medio para remediar y salvar el perjuicio[5].

La segunda línea enumera tan solo tres requisitos: que la parte perjudicada no sea culpable y carezca de otro medio para remediar el perjuicio, que la alteración sea extraordinaria y fuera de toda previsión y que produzca una desproporción exorbitante, un desequilibrio enorme[6].

Nos centraremos, por tanto, en aquellos presupuestos sobre los que coinciden tanto los textos legales que llevan a cabo una regulación detallada de la onerosidad sobrevenida de la prestación, como también la doctrina y la jurisprudencia y que son:

1. La imprevisibilidad y excepcionalidad de las circunstancias acontecidas.
2. La excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación ocasionado por las mismas.
3. El hecho de que tales circunstancias no entren en el *alea* normal del contrato, o no se trate de un riesgo asumido por los contratantes y que pasamos a exponer.

1. Carácter imprevisible y extraordinario de las circunstancias acaecidas

Estamos hablando de circunstancias sobrevenidas, por tanto, que acaecen con posterioridad a la constitución de la obligación y antes de su cumplimiento. La conclusión que podemos extraer de ello es que todas aquellas circunstancias existentes en el momento de celebración del contrato no podrán invocarse, con independencia de que cumplieran teóricamente los requisitos, como justificativas de la posible revisión o resolución del contrato[7]. Tan solo en los Principios de Unidroit, en el artículo 6.2.2 hacen referencia a la posibilidad de que acaecidos antes, sean conocidos después por la parte en desventaja.

Para poder invocar la doctrina que estamos examinando también es necesario que no se haya cumplido todavía la prestación que ha resultado ser más onerosa. El momento, por tanto, en el que deberán tener presencia tales circunstancias extraordinarias e imprevisibles será necesariamente entre esas dos secuencias: conclusión y cumplimiento. No procede por tanto la revisión en los casos de ejecución integral de la prestación que, por circunstancias sobrevenidas ha devenido más gravosa, es decir, sobre aquellas prestaciones que ya están cumplidas puesto que la doctrina no tiene efecto retroactivo y el permitir modificar las obligaciones cumplidas atentaría contra la seguridad jurídica.

Ahora bien, sí procede la aplicación de la doctrina frente a prestaciones parcialmente cumplidas, o en supuestos en los que se haya cumplido la contraprestación, pero no la obligación afectada por la onerosidad sobrevenida.

Desde un punto de vista conceptual podría mantenerse que una cosa es lo imprevisible y otra lo extraordinario. Basándonos en la definición de ALBADALEJO, la imprevisibilidad equivale a imposibilidad de representarse razonablemente, es decir, según un criterio de lógica común, el acontecimiento como evento verificable entre la celebración y la ejecución del contrato[8].

En cuanto a lo extraordinario, implica lo que es extraño al curso de los acontecimientos, lo que no se repite con frecuencia o con regularidad.

Lo imprevisible se acerca más a consideraciones de índole subjetiva, ya que presupone un acercamiento a las facultades de previsión de los sujetos, mientras que lo extraordinario presenta una naturaleza objetiva, casi de carácter estadístico. No obstante, ambos presupuestos suelen exigirse de forma cumulativa, por lo que es frecuente confundirlos o tratarlos conjuntamente, como ocurre en nuestra jurisprudencia y en gran parte de la doctrina.

Como señala ALBADALEJO[9] no se trata de exigir una imprevisibilidad absoluta, sino que hay que atender a una consideración razonable de los hechos o bien a las condiciones concretas, que concurren en cada caso. Es más, en su opinión, sería preferible sustituir el concepto de imprevisibilidad por el de imprevisión, lo que solucionaría muchos problemas. La revisión procedería cuando el contrato se haya celebrado como si tal cambio no fuese a darse, o como, si aún producido, no fuese a influir sobre el mismo.

2. Excesiva onerosidad y ruptura del equilibrio contractual

Para que proceda la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* no es suficiente con que sobrevengan acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, se requiere además que el efecto de los mismos en el cumplimiento de la obligación sea de tal intensidad que conviertan la prestación en excesivamente onerosa, que produzcan una significativa alteración en el contenido económico del contra-

to, una alteración anormal que afecte gravemente a los principios de equidad, rompiendo la proporcionalidad entre las prestaciones, de forma que no pueda esperarse el mantenimiento del contrato.

Las palabras que emplea el TS para definir tal situación suelen ser una desproporción inusitada o exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes, que rompan el equilibrio entre dichas prestaciones, o bien que el equilibrio de las prestaciones resulte aniquilado por darse una «desproporción exorbitante» o finalmente, una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las pretensiones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones.

Ahora bien, considero que no puede interpretarse la doctrina como un mecanismo de tutela del deudor, sino como una figura que surge cuando se quiebra o se rompe el equilibrio entre las partes.

El equilibrio contractual, inicialmente previsto por las partes, ha quedado roto o como dice la Sentencia de 28 de enero de 1970, deshecho… convirtiendo un contrato oneroso y conmutativo en una pesada carga económica para la compañía suministradora.

Una vez más la valoración que deben llevar a cabo los Tribunales deberá ser en términos objetivos, prescindiendo de las condiciones subjetivas del deudor. Se trata de una alteración del contenido económico del contrato, de una ruptura del mismo, pero lo que hay que determinar en este caso es cómo se constata que ha tenido lugar ese desequilibrio o lo que es lo mismo ¿cuáles son los términos de la comparación?

En principio hay que desechar todas aquellas comparaciones iniciales entre las prestaciones. En el momento de contratar los sujetos son libres para negociar las condiciones que les convengan, incluidas aquellas en las que exista una cierta desigualdad entre el contenido de uno y otro contratante. Además, como hemos visto, la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* no está pensada con la finalidad de proteger a a los contratantes[10], sino con la de tutelar el equilibrio contractual.

Parece que deberá excluirse también la comparación entre una y otra prestación en el momento del cumplimiento, e incluso también aquellas proposiciones que buscan un *tertium comparationis*, con la finalidad de contrastar cada una de las prestaciones, aunque se trata de términos de valoración que han sido defendidos por la doctrina.

El criterio prioritario deberá ser la comparación entre el equilibrio inicial y el equilibrio presentado en el momento del cumplimiento o de la ejecución del contrato, precisamente cuando se plantea la resolución o la revisión del contrato. Todo ello confirma, una vez más, que es perfectamente asumible la postura que considera que nos movemos en lo que se llama el «sinalagma funcional» del contrato. Si estamos partiendo del principio de que se puede invocar la aplicación de la cláusula *rebus,* o de la onerosidad sobrevenida, porque no subsiste el equilibrio inicial, porque se ha roto o porque ha desaparecido, estamos reconociendo que la causa es un presupuesto que se prolonga a lo largo de la vida del contrato y que en el momento en que decae es cuando se permite acudir a estas soluciones extremas para restablecer el contrato[11].

Se trata además del término elegido por nuestro Tribunal Supremo para llevar a cabo la comparación, como muestran las afirmaciones de la sentencia de 6 de noviembre de 1992 en la que se habla de alteración completamente extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración.

Finalmente, también podría hablarse de excesiva onerosidad tanto en el caso de que el cumplimiento de la prestación represente un coste mucho mayor (lo que se llama por la doctrina italiana onerosidad directa) como en aquellos supuestos en los que se produzca una pérdida de valor por parte de la contraprestación todavía no cumplida (onerosidad indirecta). Expresamente se refieren a esta doble posibilidad los contratos de Unidroit, en el artículo 6.2.2, cuando en la definición de la excesiva onerosidad (hardship) se habla de sucesos que alteran fundamentalmente el equilibrio del contrato, ya sea por el incremento en el costo de la prestación a cargo de una de las partes, o bien por una disminución del valor de la prestación a cargo de la otra.

3. Riesgos que no entran en el *alea* normal del contrato

Quedan excluidos como posibles supuestos que dan lugar a la aplicación de la cláusula, todos aquellos acontecimientos o riesgos que formen parte del *alea* normal del contrato, bien porque hayan sido expresamente asumidos por las partes, bien porque acompañen al tipo legal elegido por los contratantes del que forman parte inescindible.

Este requisito es exigido también por los Principios de Unidroit, que son muy rigurosos en el tratamiento del *hardship* y exigen entre los requisitos para poder considerar que existe un supuesto de onerosidad, que la parte en desventaja no asumió el riesgo de tales sucesos[12].

Sabemos que una cosa es la exclusión del ámbito de aplicación de la doctrina que nos ocupa de los contratos aleatorios (siempre que las circunstancias sobrevenidas recaigan sobre lo que es el contenido sujeto a la suerte o azar, pero no cuando recaen sobre otros aspectos del contrato) y otra el que en contratos conmutativos pueda existir un alea natural que forme parte del contrato o de las previsiones de las partes. En toda relación contractual existe una cierta asunción de riesgo, un riesgo no de carácter jurídico sino en sentido económico, pues los contratantes no pueden conocer de antemano (en la mayoría de los casos), los beneficios o pérdidas que se seguirán de su actuación. En este sentido el *alea* se identificaría con el riesgo presente en el sujeto que va a cumplir.

La primera medida de distribución de riesgo estará en el tipo legal elegido, que suministrará la medida del riesgo inherente en el mismo. De esta forma el ordenamiento va trazando un sistema de atribución de las posibles contingencias que pudieran sobrevenir entre los contratantes, sistema al que quedan sujetas las partes al elegir el tipo correspondiente. Además, las partes pueden establecer sus propias medidas o cláusulas en cuanto a la asunción de determinadas contingencias, asumiendo el riesgo específico de que se produzcan.

Ahora bien, la exclusión de estas doctrinas solo tendrá lugar cuando el riesgo previsto y asumido por los contratantes coincida exactamente con el acontecimiento acaecido, pero no en otro caso, con lo que no siempre la existencia de pactos determinará la exclusión de la cláusula *rebus*. Por ello es fundamental indagar el contenido del contrato para ver si las partes han asumido o no algún riesgo y si puede observarse la correspondiente identidad entre lo previsto y lo sucedido, lo que es una función que corresponde a los Tribunales.

Muchas de estas afirmaciones se encuentran avaladas por pronunciamientos jurisprudenciales. Así de la sentencia de TS de 16 de junio de 1983 se desprende, que cuando los sujetos asumen de forma expresa un determinado riesgo contractual, queda invalidada e impedida la posible aplicación de la cláusula *rebus*

sic stantibus, bien al contrario, esa «circunstancia reafirma su plena aceptación de esa vicisitud anormal como no invalidante del incumplimiento». De forma similar en la sentencia de 15 de marzo de 1994 se considera que la dilación o el retraso, expresamente previstos en el contrato, no pueden invocarse con motivos que permitan acudir a la cláusula *rebus*.

En la misma línea, la sentencia del TS de 24 de junio de 1993 entiende que no puede alegarse la aplicación de la cláusula cuando las partes asumen un cierto *alea* o albur, cuyos efectos se intentan paliar a través del establecimiento de una condición suspensiva, consistente en la aprobación definitiva de un proyecto por parte de un Ayuntamiento, situación urbanística que además se considera de perfecto conocimiento por ambas partes. «Todo lo cual revela que no puede hablarse de verdadero derrumbamiento del contrato por aniquilación del equilibrio de prestaciones, ni de sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles, ni de que se carezca de medios para salvar el perjuicio…».

En definitiva, los Tribunales deben atender al caso concreto para solucionar los problemas de aplicación que presenta la cláusula, valorando cada supuesto de hecho, lo que en muchos casos, dificulta la elaboración de una doctrina general.

III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TS DE 30 DE JUNIO DE 2014

1. Objeto del proceso

Este litigio tiene su origen en el contrato celebrado entre las partes para la explotación durante cuatro años de la publicidad incluida en los autobuses de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia (EMT). Transcurridos tres años de vigencia del contrato, la empresa adjudicataria formuló demanda frente a la EMT en la que solicitaba que se declarase que se había producido una alteración imprevisible de las circunstancias que sirvieron de base para la formación de la voluntad negocial y que dicha alteración generó un desequilibrio de las prestaciones por lo que debían modificarse las bases para el cálculo del canon que debía abonar a la EMT.

Por su parte, la EMT formuló demanda en la que solicitaba la resolución del contrato por incumplimiento de la adjudicataria y la condena a esta a abonar la deuda vencida y una indemnización de daños y perjuicios.

La Sentencia de primera instancia desestimó la demanda formulada por la EMT y estimó parcialmente la formulada por la adjudicataria modificando las bases para el cálculo del canon a abonar que fijó en un 80% de su facturación neta mensual. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Valencia revocó la sentencia del Juzgado, estimó en parte la demanda de la EMT y desestimó la interpuesta por la adjudicataria.

El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juzgado. La Sala analiza el régimen de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* y señala que en la actualidad se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de dicha figura, pasándose de un marco de aplicación sumamente restrictivo o excepcional derivado del criterio subjetivo de la equidad, a una concepción plenamente normalizada con una progresiva objetivación de su fundamento técnico de aplicación claramente compatible con el sistema codificado, ya que desde su moderna configuración la figura obtiene su fundamento último de las propias directrices del orden público económico, particularmente de la regla de la conmutatividad del comercio jurídico, como expresión de un

equilibrio básico entre los bienes y servicios que son objeto de intercambio y del principio de buena fe.

Establece después que la valoración de la incidencia que determina la mutación o el cambio de circunstancias que dotaron de sentido al contrato, es decir, la posible alteración causal del contrato, ha de realizarse de un modo objetivado mediante la utilización de dos criterios delimitadores de la tipicidad contractual de la cláusula: a) la doctrina de la base del negocio que permite contrastar el alcance de dicha mutación o cambio respecto del sentido o finalidad del contrato y de la conmutatividad o equilibrio prestacional del mismo; b) el marco de riesgo establecido o derivado del negocio, el denominado «riesgo normal del contrato», de forma que para la aplicación de la cláusula el cambio o mutación, configurado como riesgo, debe quedar excluido del «riesgo normal» inherente o derivado del contrato.

A continuación, tras diferenciar la cláusula de otras figuras próximas como la imposibilidad sobrevenida de la prestación y los supuestos de resolución de la relación obligatoria, propiamente dichos, el Tribunal afirma que la actual crisis económica puede ser considerada como un fenómeno capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases del negocio, si bien no da lugar por sí sola a la aplicación de la cláusula ya que es necesario examinar su incidencia real en la relación contractual de que se trate.

Finalmente, en relación a la excesiva onerosidad sobrevenida de la relación negocial para una de las partes, la sentencia razona que su incidencia debe ser significativa respecto de la base económica del contrato, bien porque refleje un sustancial incremento del coste de la prestación, o bien porque represente una disminución o envilecimiento del valor de la contraprestación recibida.

El Tribunal, teniendo esto en cuenta, extrae las siguientes consideraciones de carácter general:

a) La base económica del contrato, como parámetro de la excesiva onerosidad, permite que en el tratamiento de la relación de equivalencia sea tenida en cuenta la actividad económica o de explotación de la sociedad o empresario que deba realizar la prestación comprometida.
b) Es razonable apreciar la excesiva onerosidad en el incremento de los costes de la prestación en aquellos supuestos donde la actividad económica o de explotación, por el cambio de circunstancias, lleve a un resultado reiterado de pérdidas o a la completa desaparición de cualquier margen de beneficio.
c) En ambos casos, el resultado negativo debe desprenderse de la relación económica que se derive del contrato en cuestión, sin que quepa su configuración respecto de otros parámetros más amplios de valoración económica: balance general o de cierre de cada ejercicio de la empresa, actividades económicas diversas, etc.

Aplicando esta doctrina al caso de autos, el Tribunal determina que la Audiencia no realizó correctamente la concreción funcional y aplicativa de la cláusula conforme al contexto y a las circunstancias del marco negocial objeto de análisis, ya que no analizó el alcance de la alteración de las circunstancias económicas en la relación contractual celebrada. De este modo, una vez determinado el carácter extraordinario de la alteración de las circunstancias, por el hecho notorio de la actual crisis económica, su notable incidencia en el contexto del mercado publicitario del transporte, su nota de imprevisibilidad en el marco de razonabilidad de la distribución de los riesgos del contrato y la excesiva onerosidad en

el cumplimiento de la prestación afectada que vería comprometida la viabilidad de la empresa en caso de cumplimiento íntegro del contrato según lo pactado, el Tribunal concluye que procede la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* y, por tanto, la modificación del contrato según la correcta ponderación que realizó la sentencia de primera instancia.

2. Cláusula *rebus sic stantibus* e imposibilidad sobrevenida

Si atendemos al caso concreto, los límites entre ambas figuras no son claros, se suele distinguir por la doctrina, al referirse a las obligaciones de hacer, entre la imposibilidad y la excesiva onerosidad sobrevenida para el deudor. A este último concepto se suele asimilar el de imposibilidad sobrevenida en sentido subjetivo por contraposición al de imposibilidad en sentido objetivo. La imposibilidad subjetiva se sujetaría a un doble parámetro: con carácter general, al módulo del artículo 1104 del Código Civil y con carácter concreto, a las determinadas circunstancias personales, temporales o sociales del obligado a la prestación.

A pesar de la dificultad de distinguir entre ambas figuras, sobre todo, para los autores que defienden la existencia de la categoría llamada imposibilidad de carácter subjetivo, se puede afirmar que el ámbito de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* se extiende a aquellos supuestos en los que la prestación no ha devenido completamente imposible, sino más onerosa.

Por otro lado, en el campo de las obligaciones pecuniarias no podría hablarse de imposibilidad como causa de liberación de la obligación contraída, al tratarse de una obligación genérica (*genus nunquam perit*), sí en cambio, podría aplicarse la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Este planteamiento es el que subyace en la sentencia para estimar el recurso de casación. De hecho establece que la sentencia recurrida, si bien se funda formalmente en los artículos 1182 a 1184 del Código Civil, aplica materialmente la doctrina de la cláusula atendiendo a la restricción del crédito provocada por la crisis económica y las consiguientes dificultades de los compradores de viviendas para acceder al que hasta entonces venía siendo su medio más habitual de financiación, como es el préstamo hipotecario.

3. Tendencias en derecho comparado

El aspecto novedoso de esta Sentencia es considerar aplicable la cláusula *rebus sic stantibus* en algunos casos de imposibilidad de obtener financiación ya que una crisis económica como la actual de efectos profundos y prolongados, podría calificarse si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias que podría dar lugar siempre que concurran otros requisitos, a una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes.

Esta es también la tendencia que sigue el Derecho Comparado y distintos textos internacionales. Así el Derecho alemán establece en el artículo 313 BGB: «1. Si las circunstancias que forman parte de la base del negocio cambian considerablemente después de la conclusión del contrato, de modo que las partes no hubiesen concluido el contrato o no con ese contenido si hubieran podido prever ese cambio, se puede solicitar la adaptación del contrato siem-

pre que no se pueda exigir a una parte la vinculación al contrato teniendo en cuenta las circunstancias del caso, especialmente el reparto contractual o legal del riesgo.

2. Dicho cambio de circunstancias es equiparable a la falsa representación de la realidad que pertenece a la base del negocio.

3. Si la adaptación del contrato no es posible o no es exigible a una de las partes, la parte en desventaja puede solicitar la resolución del contrato. En vez de la resolución, en los contratos de tracto sucesivo, las partes tienen el derecho de denunciar el contrato».

Con este marco normativo, los presupuestos que en Derecho alemán se exigen para la aplicación de esta doctrina, son los siguientes:

a) Es necesario que se produzca un cambio de alguna circunstancia que forme parte del contenido del negocio.
b) Falta de previsión expresa en el contrato acerca de la distribución de los riesgos y que no sea posible determinarla mediante la interpretación integradora del contrato.
c) La perturbación en el equilibrio de las prestaciones ha de ser entidad suficiente y la mayor onerosidad en el cumplimiento ha de considerarse inexigible.
d) El cambio de circunstancias no puede ser imputable a una de las partes, ni tampoco puede encontrarse en mora.

En Derecho inglés se contemplan las figuras de la «*frustation of contract*» y de la «*comercial impracticability*». En este segundo supuesto no existe imposibilidad sino que el deudor alega que el coste de entregar la cosa o prestar el servicio se ha visto incrementado de tal forma que se debe poner fin al contrato. En los casos de «*frustation*» es, en cambio, el receptor de la cosa o del servicio el que interesa la liberación del contrato porque la prestación de su contraparte se ha convertido en una prestación carente de utilidad. En este caso se libera a ambas partes de sus deberes legales respecto a lo que reste por cumplir en el momento de la liberación.

En el ámbito de los Principios Unidroit, su artículo 6.2.1 establece que «cuando el cumplimiento del contrato ha devenido más oneroso para una de las partes, dicha parte está obligada a cumplir su obligación según lo previsto en esta normas».

En el artículo 6.2.2 se define el fenómeno denominado «*hardship*» que se produce cuando un evento altera el equilibrio del contrato bien porque el coste del cumplimiento de una de las partes se ha visto incrementado o bien porque el valor de la prestación se ha devaluado. Es necesario que dicho acontecimiento sea conocido por la parte perjudicada después de la conclusión del contrato, que tal acontecimiento no haya podido preverse de forma razonable por la perjudicada en el momento de la conclusión del contrato, que estén fuera de su control y, por último, que la parte no haya asumido el riesgo de tales acontecimientos. En cuanto a los efectos de este fenómeno, el artículo 6.2.3. establece que la parte perjudicada está legitimada para exigir una renegociación, que por sí sola no suspende el cumplimiento de sus obligaciones. En el caso de falta de acuerdo se puede acudir a los Tribunales para que se decida la controversia. Si se estima la existencia de «*hardship*», el Tribunal puede poner fin al contrato en el momento y en los términos que estime oportunos o bien adaptar el contrato con el fin de restaurar el equilibrio.

En el marco de los Principios del Derecho Europeo de la Contratación (PECL), el artículo 6.1111 dice:

«1. Una parte está obligada a cumplir sus obligaciones incluso si el cumplimiento ha devenido más oneroso, bien porque se ha incrementado el coste del cumplimiento o bien porque ha disminuido el valor de la prestación.

2. Sin embargo, si el cumplimiento del contrato deviene exclusivamente oneroso como consecuencia de un cambio de circunstancias, las partes están obligadas a celebrar negociaciones con vistas a la adaptación o finalización del contrato, con la condición de que: a) El cambio de circunstancias ocurra después de la celebración del contrato; b) La posibilidad de un cambio de circunstancias no pudo razonablemente tenerse en cuenta en el momento de la celebración del contrato; c) El cambio de circunstancias no es un riesgo que debe asumir una de las partes según el contrato.

3. Si las partes no logran alcanzar un acuerdo dentro de un periodo razonable, el Tribunal podrá: a) poner fin al contrato con determinadas consecuencias y b) adaptar el contrato para distribuir entres las partes de un modo justo y razonable las ganancias y las pérdidas derivadas del cambio de circunstancias».

En ambos casos el Tribunal concederá indemnización por las pérdidas sufridas como consecuencia de la negativa a negociar por una de las partes o la ruptura de las negociaciones de modo contrario a la buena fe.

Finalmente, la regla *rebus sic stantibus* está regulada en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, en el artículo 1213 que dice: «Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieran cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquel pedir su resolución. La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato».

4. La aplicación de esta figura en el contexto actual de crisis económica: su configuración jurídica

Como estamos analizando en este trabajo, la claúsula *rebus sic stantibus* trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o acabe frustrando el propio fin del contrato. Reconocida dicha regla por la jurisprudencia, la ha aplicado con un criterio restrictivo, dado el principio general contenido en el artículo 1091 del Código Civil de que los contratos deben ser cumplidos (SSTS de 10 de diciembre de 1990, 6 de noviembre de 1992 y 15 de noviembre de 2000). Más excepcional aún se ha considerado su posible aplicación a los contratos de tracto único como es la compraventa (SSTS de

10 de febrero de 1997, 15 de noviembre de 2000, 22 de abril de 2004, 1 de marzo de 2007).

En concreto, en relación a la obligación de pago del precio por parte de los compradores de vivienda, la sentencia del TS de 17 de enero de 2013 se refiere a tres supuestos recientes en los que se rechazan pretensiones resolutorias por dificultades en la financiación:

Así, la sentencia del TS de 8 de octubre de 2012 contempla un supuesto en que se celebra contrato privado de compraventa de tres viviendas en las que los compradores lo que verdaderamente pretendían era «dar el pase» antes del efectivo otorgamiento de la escritura, con fines por tanto, puramente especulativos. No consiguen compradores y se les cita hasta en tres ocasiones para firmar escritura de compraventa, si bien consta que la entidad de crédito les deniega la subrogación. La vendedora les exige el cumplimiento, admitiéndose sus pretensiones en la primera y la segunda instancia. La compradora acude al TS alegando, en primer lugar, que la vendedora que les había requerido por tres veces notarialmente había optado por la resolución. Esta tesis es rechazada por el TS. El vendedor había requerido a los compradores para comparecer y otorgar escritura de compraventa, con lo que era clara su intención; el hecho de que en el primer requerimiento les advirtiese de las posibles consecuencias de su incumplimiento *ex* artículo 1124 del Código Civil, no implica que optasen por la resolución. El otro motivo digno de atención es acudir al artículo 1184 del Código Civil. Se acogen los compradores a una imposibilidad sobrevenida, al no haber podido obtener financiación. Esta argumentación es rechazada por el TS entendiendo que para que tenga lugar la imposibilidad sobrevenida ha de ser definitiva y no ser por culpa del deudor. En este caso, la compra era con fines puramente especulativos, pretendiendo obtener un beneficio muy superior al del promotor inicial, con ello asumían un riesgo que no pueden imputar ahora a los vendedores. Hay culpa del deudor, al no prever ese riesgo que asumía, dados los vaivenes económicos.

Por su parte, la sentencia de 1 de octubre de 2012 también entiende que en una compraventa el no ofrecer la posibilidad de financiación prometida no constituye incumplimiento esencial del contrato. Se otorga contrato de compraventa ente dos sociedades, por la que una de ellas vende a la otra tres viviendas. En el folleto informativo proporcionado por la vendedora, así como en el contrato firmado, esta ofrecía financiación mediante la subrogación del comprador en el préstamo promotor contando con la autorización de la entidad financiera. La vendedora no obtiene esa financiación y la compradora no acude al otorgamiento de la escritura de compraventa, alegando que por la falta de financiación cuyo ofrecimiento había sido prometido por la vendedora, solicita la nulidad de los contratos por publicidad engañosa. El Tribunal Supremo aclara que no cabe la aplicación de la norma tuitiva de protección al consumidor dada la naturaleza mercantil societaria de la compradora. Por otro lado, señala que es cierto que la entidad vendedora ofrecía posibilitar financiación, pero que su incumplimiento no se puede considerar como esencial o determinante de la resolución, ya que en última instancia la decisión final le correspondería a la entidad acreedora y tal financiación la puede solicitar directamente el comprador, cosa que intentó pero que no obtuvo. Señala el TS que para que haya incumplimiento determinante de la resolución ha de ser de esencia de lo pactado, que se frustre la finalidad económica perseguida por las partes, requisito que no se cumple en el caso de incumplimiento de una prestación accesoria.

La sentencia del TS de 10 de diciembre de 2012 rechaza unas pretensiones semejantes de los cónyuges compradores de una vivienda en una urbanización

de la costa razonando que la propia ambigüedad de su planteamiento impedía dilucidar si en verdad les interesaba o no la financiación del pago del precio mediante un préstamo hipotecario.

El aspecto más novedoso de esta sentencia de 17 de enero de 2013 es el reconocimiento, hasta ahora inédito en la jurisprudencia de la Sala Primera del TS, de la posibilidad de aplicar la regla *rebus sic stantibus* en algunos casos de imposibilidad de obtención de financiación por parte de los compradores de inmuebles. Señala la sentencia que una recensión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar junto con otros factores, una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla (SSTS 27 de junio de 1984, 17 de mayo de 1986, 21 de febrero de 1990 y 1 de marzo de 2007). Ya hemos visto que, en la actualidad, existe una tendencia en Derecho Comparado a que esta regla se incorpore a propuestas o proyectos de textos internacionales como hemos expuesto.

Seguidamente y para eliminar cualquier atisbo de inseguridad jurídica, deja claro que el hecho de que la regla *rebus sic stantibus* pueda aplicarse a determinados casos de imposibilidad de financiación absolutamente imprevisible al tiempo de perfeccionarse la compraventa, no significa que la crisis económica por sí sola, permita al comprador desistir del contrato, ya que en tal caso se produciría un manifiesto desequilibrio en contra del vendedor, se propiciarían los incumplimientos meramente oportunistas y, en definitiva se desvirtuaría el verdadero sentido de una determinada solución jurídica hasta el punto de convertirla en un incentivo para el incumplimiento.

En definitiva, la sentencia deja claro que la posible aplicación de la regla *rebus sic stantibus* no puede fundarse en el solo hecho de la crisis y las consiguientes dificultades de financiación, sino que requerirá valorar una serie de factores, necesitados de prueba que posibilitarían su aplicación en este mismo contexto, enumerando entre ellos si bien no de forma exhaustiva o tasada los siguientes:

1. El destino de la cosa comprada a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia, o a su venta antes o después del otorgamiento de la escritura pública.
2. La asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, distinguiendo entre contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean.
3. La situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar el precio pendiente que esperaba poder financiar.
4. El grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, debiéndose valorar también, en su caso, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para obtener financiación.
5. En definitiva, se habrán de valorar las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia.

Precisamente, junto a la inaplicación de las normas sobre imposibilidad sobrevenida (arts. 1182 a 1184 del CC) a las obligaciones pecuniarias, la no valo-

ración de estos factores constituye la verdadera ratio de la sentencia, estimatoria del recurso de casación interpuesto. En concreto, se alude a que no se consideró necesaria la comparación entre la situación económica de los compradores antes y después del contrato, se prescindió de analizar la capacidad económica de uno de los cónyuges compradores con el insuficiente argumento de que se compraba para la sociedad de gananciales, se identificó la imposibilidad de financiación con la denegación de financiación por una única entidad de crédito fundada en un alto endeudamiento que bien podía existir al tiempo de celebrarse el contrato y, por último se advierte que no se dio relevancia al dato de que el propio contrato ya contemplaba expresamente la posibilidad de que los compradores no obtuvieran la financiación prevista sin que por ello se les exonerara del pago del precio, asignándoles así un riesgo que en principio excluiría la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* conforme al criterio de asignación de riesgos seguido por la sentencia del TS de 23 de abril de 2012.

Como vemos, el criterio restrictivo que ha seguido la jurisprudencia del TS en la aplicación de dicha cláusula deja paso a través de esta sentencia a contemplar posibilidades de aplicación de la misma siempre que concurran determinadas circunstancias y enumerando una serie de factores necesitados de prueba que posibilitarían su aplicación. Por todo lo expuesto, valoro muy positivamente esta sentencia.

Por otro lado, la STS de 18 de enero de 2013 también contempla el supuesto relativo a si la imposibilidad de obtener financiación para obtener el préstamo hipotecario puede considerarse como causa de resolución del contrato por parte de los compradores, los cuales basan su defensa en una situación de crisis económica. Pero esto lo hacen, como señala el TS «sin mayor precisión, sin análisis comparativo de la situación económica de los compradores anterior y posterior y de su capacidad económica y sin valorar si existían posibilidades de financiación acudiendo a otras entidades de crédito distintas de aquella que les denegó la subrogación»[13].

Atendiendo a las circunstancias concretas que concurren en este caso, el TS desestima la acción de resolución que había sido formulada por los compradores alegando que no podían obtener el préstamo hipotecario para su financiación, ya que la imposibilidad liberatoria ha de ser posterior a la celebración del contrato. Como consecuencia, no cabe atribuir efectos extintivos a los impedimentos sobrevenidos que fueron tomados en consideración por las partes al contratar. En este caso, el contrato regulaba las consecuencias de que los compradores no obtuvieran financiación para pagar el precio y esas consecuencias, consistieron precisamente, en la previsión del cumplimiento de la obligación de pago del precio aplazado en las condiciones pactadas.

Finalmente, con la STS de 30 de junio de 2014 posteriormente confirmada por la STS de 15 de octubre de 2014 se consolida la doctrina manifestada por el TS en lo referente tanto a los requisitos exigidos para su aplicación como a su facultad modificativa de los contratos por acontecer nuevas y sobrevenidas causas que rompen el equilibrio económico y obligacional entre las partes y se observa un giro jurisprudencial en el actual contexto económico con la finalidad de adaptar las instituciones a la realidad social del momento, lo que exige un cambio progresivo de su concepción tradicional.

Afirma el Supremo que «en la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento, así como al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a una configuración plenamente normalizada en donde su

necesaria aplicación prudente no deriva de la anterior caracterización, sino de su ineludible aplicación casuística, de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal de la relación negocial derivada de su imprevisibilidad contractual y de la ruptura de la base económica del contrato, con la consiguiente excesiva onerosidad para la parte contractual afectada» (STS 15/10/2014).

Todo ello se traduce en que «la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recensión económica, puede ser considerado como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se había establecido» (FJ 2.º 7), si bien la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* no opera de manera automática y/o generalizada, resultando necesario examinar el cambio operado, su causa y la incidencia real en la relación contractual de que se trate.

Termina la sentencia que comentamos y, en relación a la excesiva onerosidad, que «su incidencia debe ser relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado. Este hecho se produce cuando la excesiva onerosidad operada por dicho cambio resulte determinante tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato (viabilidad del mismo), como cuando representa una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones (conmutatividad del contrato)» (FJ 2.º 7)

Como conclusión, la cláusula *rebus sic stantibus,* en tanto modificativa del contenido obligacional de los contratos, ha dejado de ser peligrosa, si bien debe seguir asentada en el debido equilibrio de las prestaciones entre las partes y en la buena fe contractual; su aplicación por los tribunales no es ni debe ser automática como consecuencia de la crisis económica, pero su evolución y progresión en su interpretación debe ser evaluada caso a caso, de tal manera que no se consienta un desequilibrio tal entre las partes que haga inviable o inoperativo el negocio jurídico suscrito.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BOSCH CAPDEVILA, E. (2009). *Derecho Contractual Europeo*. Barcelona: ed. Bosch.

BUSTO LAGO, J. M. (2010). *Reclamaciones de consumo*. *Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*. Navarra: ed. Aranzadi, Thomson Reuters.

CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Madrid: ed. Colex.

CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (2011). *Código Civil Comentado. Volumen III, Libro IV*. Navarra: ed. Aranzadi.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ., C. (2003). *La cláusula* rebus sic stantibus. Valencia: ed. Tirant lo Blanch.

ORDUÑA MORENO, F.J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. (2013). *La moderna configuración de la cláusula* rebus sic stantibus *(Tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la figura)*. Navarra: ed. Aranzadi.

GÓMEZ LAPLAZA, M.C. (2012). *Cuestiones sobre la compraventa en el Código Civil. Principios europeos y Draft*. Madrid: ed. Dykinson.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. (1990). *Alteraciones económicas y obligaciones contractuales: la cláusula* rebus sic stantibus. Madrid: Colección Jurisprudencia Práctica, ed. Tecnos.

SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2013). La *cláusula rebus sic stantibus* en el ámbito de la contratación inmobiliaria. Aplicación a los supuestos de imposibilidad de financiación en la compraventa de viviendas. Comentario a la sentencia dictada por el Pleno de la Sala Primera el 17 de enero de 2013. *Diario La Ley*, núm. 8077.

VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. (2012). *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Barcelona: ed. Atelier.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 14 de diciembre de 1940
- STS de 17 de mayo de 1941
- STS de 13 de abril de 1944
- STS de 30 de junio de 1948
- STS de 17 de mayo de 1957
- STS de 6 de junio de 1959
- STS de 21 de octubre de 1958
- STS de 23 de noviembre de 1962
- STS de 28 de enero de 1970
- STS de 16 de junio de 1983
- STS de 27 de junio de 1984
- STS de 17 de mayo de 1986
- STS de 23 de marzo de 1988
- STS de 21 de febrero de 1990
- STS de 26 de junio de 1990
- STS de 15 de noviembre de 1990
- STS de 10 de diciembre de 1990
- STS de 15 de abril de 1991
- STS de 23 de diciembre de 1991
- STS de 6 de noviembre de 1992
- STS de 18 de mayo de 1993
- STS de 24 de junio de 1993
- STS de 26 de julio de 1993
- STS de 10 de febrero de 1997
- STS de 15 de noviembre de 2000
- STS de 20 de febrero de 2001
- STS de 28 de diciembre de 2001
- STS de 22 de abril de 2004
- STS de 1 de marzo de 2007
- STS de 23 de abril de 2012
- STS de 1 de octubre de 2012
- STS de 8 de octubre de 2012
- STS de 8 de noviembre de 2012
- STS de 14 de noviembre de 2012
- STS de 10 de diciembre de 2012
- STS de 16 de enero de 2013

- STS de 17 de enero de 2013
- STS de 18 de enero de 2013
- STS de 12 de abril de 2013
- STS de 26 de abril de 2013
- STS de 30 de junio de 2014
- STS de 15 de octubre de 2014

NOTAS

[1] Coincide la mayoría de la doctrina en afirmar que los orígenes de la cláusula *rebus sic stantibus* aparecen en el Derecho medieval, por obra de los postglosadores. Dicha cláusula tiene también gran importancia en el Derecho internacional, así GÓMEZ-FERRER SAPIÑA (1970) en Algunas consideraciones en torno a *rebus sic stantibus* en Derecho interno e internacional, *Revista de Derecho Notarial*, pp. 103 y sigs.

[2] Este carácter excepcional ha sido puesto de manifiesto por la doctrina en general, así Díez Picazo en «La cláusula *rebus sic stantibus*. Extinción de las obligaciones», Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 671 y sigs.; en el mismo sentido, VERDERA SERVER, *CCJC,* abril-septiembre de 2001, p. 499 o PASQUAU LIAÑO, *Jurisprudencia Civil Comentada,* T. II, Comares, 2000, p. 2151, donde llega a calificar la doctrina jurisprudencial como «un monumento en el aire».

[3] En otros pronunciamientos se alude también a la aplicación de los artículos 1091 y 1258 del Código como exponentes del principio pacta *sunt servanda*, por ejemplo en sentencia de 10 de diciembre de 1990.

[4] Son claros exponentes de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, entre otras, las siguientes sentencias del TS de 28 de enero de 1970, 23 de marzo de 1988, 6 de noviembre de 1992, 26 de julio de 1993.

[5] Esa es la postura de GÓMEZ-FERRER, R. (1970) Algunas consideraciones en torno a *rebus sic stantibus* en Derecho Interno e Internacional, *Revista Derecho Notarial*, pp. 133 y sigs. También, casi en idénticos términos, se pronuncia ROCA SASTRE, R. (1948) *El problema de la alteración de las circunstancias, Estudios de Derecho Privado,* T. I, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, pp. 247 y sigs.

[6] Esta es la postura de ALBADALEJO, M. (2002). *Derecho Civil, T. II, Derecho de Obligaciones,* 11.ª, ed. Bosch, Barcelona, p. 469.

[7] Se trata de una opinión compartida por la doctrina, por todos, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2000). La revisión de las obligaciones por alteración sobrevenida esencial de las circunstancias en el Fuero Nuevo, *R. Jurídica Navarra*, núm. 30, julio-diciembre, p. 55.

[8] ALBADALEJO, M.: Derecho Civil, *ob. cit.,* p. 468.

[9] ALBADALEJO, M.: Derecho Civil, *cit.,* pp. 468 y 469.

[10] El hecho de que existan en el ordenamiento normas dirigidas a proteger los intereses de determinadas clases de contratantes, así los consumidores, o a garantizar el equilibrio, en todos los aspectos del contrato, entre los sujetos que contratan mediante condiciones generales, es algo completamente independiente y por tanto perfectamente compatible con la cuestión de la onerosidad sobrevenida.

[11] CARRASCO, *CCJC,* p. 2588, relaciona no la onerosidad excesiva, sino la imprevisibilidad con la ruptura del mecanismo causal en los siguientes términos: «De hecho los casos donde la doctrina de la imprevisibilidad del riesgo ha jugado algún papel en el mecanismo de la cláusula *rebus sic stantibus* se caracterizan por ser una ruptura del curso causal ordinario y previsible: así el *casus belli* o *el factum principis*».

[12] MADRID PARRA, comentando los *Principios* considera que la libertad contractual permite que los contratantes puedan pactar la asunción de un riesgo mayor al ordinario. Si esos sucesos tienen lugar, por muy desfavorables que sean las consecuencias económicas derivadas de los mismos, no se obtendrán los beneficios de la excesiva onerosidad. Destaca además que tal cláusula de asunción de riesgo suele incluirse en los contratos basados en la especulación.

[13] En este sentido, la STS de 20 de mayo de 1997, precisó que «la imposibilidad de cumplimiento de la prestación que admite restrictivamente la jurisprudencia no puede venir referida a unas circunstancias como las de autos en las que influyó decisivamente el comportamiento del deudor, puesto que es meridiano, que existían más entidades de crédito para la concesión del préstamo hipotecario y que ... la posible dificultad que hubiese habido en la obtención de dicho préstamo para financiar la construcción de la vivienda era cuestión razonablemente previsible a la celebración del contrato, sin perjuicio de que la mayor o menor dificultad de cumplimiento de una obligación nunca puede equivaler a la imposibilidad que establece la norma legal que se denuncia como infringida».

1.6. Responsabilidad civil

La evolución de la responsabilidad civil por sangre y productos hemoderivados hasta la nueva Ley 3/2014. Perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial

The evolution of civil liability for blood and blood products until the new law 3/2014. The legal, doctrinal and jurisprudential perspective

por

CRISTIANO VÁZQUEZ BULLA*

Licenciado y Doctor en Farmacia

Licenciado en Derecho y Doctorando EEES del Departamento de Derecho civil

UNED

RESUMEN: Una vez aprobada la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que regula la defensa de los consumidores y usuarios, analizaremos las sucesivas redacciones normativas en materia de responsabilidad civil por sangre y productos hemoderivados hasta el texto vigente. Abordaremos las principales novedades del ordenamiento y los supuestos de hecho que resuelve. Veremos cómo se fundamenta doctrinalmente la indemnización de la víctima y su resarcimiento integral. Finalmente, estudiaremos los casos más paradigmáticos desde la perspectiva jurisprudencial, analizando también las posibilidades que ofrece la resolución extrajudicial de estos conflictos.

ABSTRACT: Once adopted Law 3/2014 of 27th March, which amends the revised text of the General Law for the Defense of Consumers and users and other complementary laws, which was approved by Royal Legislative Decree 1/2007 of 16th November, and that regulates the protection of consumers and users, we will analyze the successive legal reforms on civil liability for blood and blood products until the current text. We will approach the developments within the new bill and the factual it solves. We'll see how the compensation of the victim and his full reparation is based, according the doctrine. Finally, we will study the most significant cases from the jurisprudence point of view, also analyzing the chances that the extrajudicial solving of conflicts offers.

* Agradezco al Departamento de Derecho civil de la UNED y a su Director, el Profesor Carlos LASARTE ÁLVAREZ, el apoyo que me han dispensado y en particular, sus discípulas, mis directoras de tesis, por las revisiones sucesivas de mis trabajos y artículos, Profesoras M.ª Fernanda MORETÓN SANZ y Araceli DONADO VARA.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil. Sangre y productos hemoderivados. Reparación de la víctima.

KEY WORDS: Civil liability. Blood and blood products. Reparation to the victim.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO: SANGRE Y HEMODERIVADOS *VS* MEDICAMENTOS *VS* PRODUCTOS. CRONOLOGÍA LEGAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR SANGRE Y PRODUCTOS HEMODERIVADOS. JURISDICCIÓN Y LEGITIMACIÓN.—II. LOS DAÑOS EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR SANGRE Y PRODUCTOS HEMODERIVADOS: LA INDEMNIZACIÓN DE LA VÍCTIMA Y SU RESARCIMIENTO INTEGRAL. —III. LA JURISPRUDENCIA MÁS RELEVANTE Y LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES COMO ALTERNATIVA. PERSPECTIVA TERAPÉUTICA ACTUAL. —IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO: SANGRE Y HEMODERIVADOS *VS* MEDICAMENTOS *VS* PRODUCTOS. CRONOLOGÍA LEGAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR SANGRE Y PRODUCTOS HEMODERIVADOS. JURISDICCIÓN Y LEGITIMACIÓN

En términos generales, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias (a partir de ahora RD 1/2007), en su artículo 136 establece el concepto legal de producto como cualquier bien mueble, aun cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad. Por su parte, el artículo 40 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento[1] (a partir de ahora Ley 25/1990), califica a la sangre y los hemoderivados como medicamentos caso de que sean utilizados con fines terapéuticos. En cuanto al artículo 6.3 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (a partir de ahora Ley 22/1994), incluía a los medicamentos dentro del concepto de producto establecido en su artículo segundo. Finalmente, el artículo 140.3 del Real Decreto 1/2007, alude a medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano. Por tanto, sangre y hemoderivados utilizados con finalidad terapéutica, tendrán la consideración jurídica de medicamentos y, desde luego, productos que pueden llegar a ser defectuosos, apreciación esta, en la que coinciden tanto los tribunales de Justicia[2] como la doctrina[3].

En España han sido dictadas un buen número de resoluciones judiciales, pronunciadas sobre sangre y diferentes productos hemoderivados contaminados con virus, principalmente VIH y VHC, que contagiaron a sus receptores en transfusiones y otras actuaciones sanitarias en un tiempo en que tales virus no eran detectables por los métodos científicos.

La regulación de la hemodonación y los bancos de sangre estaba prevista en el Decreto 1574/1975, de 26 de junio, desarrollado más tarde por la Orden de 14 de mayo de 1976 y, derogada, a su vez, por la Orden de 24 de octubre de 1979, para que unos años más tarde, el Real Decreto 1945/1985, de 9 de octubre, y la Orden, de 4 de diciembre de 1985, del Ministerio de Sanidad y Consumo

se ocupara de la materia. Seguidamente, el Real Decreto 1854/1993, de 22 de octubre y sus sucesivas Órdenes de 7 de febrero de 1996, de 2 de junio de 1998, y de 2 de julio de 1999, del Ministerio de Sanidad y Consumo. Actualmente, el Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, establece los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión. También la Directiva de la Unión Europea 2004/33 aplica la 2002/98, de 27 de enero de 2003, que establece normas de calidad y de seguridad para la extracción, verificación, tratamiento, almacenamiento y distribución de sangre humana y sus componentes[4].

Los datos cuantitativos de la dimensión numérica de los contagios mencionados, están incluidos en las estadísticas del Registro Nacional de SIDA, registro dependiente del Centro Nacional de Epidemiología e integrado en el Instituto de Salud Carlos III. Así, entre 1981 y 1999 fueron diagnosticaron en nuestro país 54.964 casos de VIH, de los cuales 748 lo fueron por uso de hemoderivados y 338 debido a transfusiones sanguíneas[5]. En la actualidad la prevalencia de contagio del VIH por estas causas es muy escaso dada la obligatoriedad de las pruebas de detección del VIH[6]. También con el avance durante 1990 en las pruebas de detección del VHC en sangre, se eliminó prácticamente esta vía de contagio. Estas pruebas de detección afectaron también a la industria farmacéutica[7].

También entre mayo y noviembre de 1997, varios hospitales gallegos públicos y privados, trataron a 450 pacientes con un radiofármaco[8], el *Amerscan Pulmonate II,* elaborado en el Reino Unido por el laboratorio *Nycomed Amersham* con plasma sanguíneo de varios donantes británicos. Uno de los donantes desarrollo una nueva variante de la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob con posterioridad a la donación. El Ministerio de Sanidad del Reino Unido retiró del mercado británico varios lotes del *Amerscan Pulmonate II* y ese mismo día, comunicó dicha retirada al Ministerio de Sanidad y Consumo español. La Subdirección General de Control Farmacéutico ordenó como medida precautoria la inmovilización del producto, advirtiendo de que no existían evidencias de que el producto fuera defectuoso o estuviese contaminado, ni que el donante sufriera la enfermedad en el momento de la donación, ni que la enfermedad fuera trasmisible por vía sanguínea[9].

La cuestión que se plantea aquí, es la existencia o no de *antijuricidad* en el daño sufrido por las personas afectadas atendiendo a los *riesgos del desarrollo*, es decir, si se trata o no, de un riesgo a soportar por el paciente con anterioridad a que se dispusiera comercialmente de métodos reactivos para detectar los diferentes virus o priones que hacen al producto defectuoso.

Anteriormente a la publicación de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984, la protección civil frente a posibles daños ocasionados por el consumo de bienes y servicios defectuosos se ventilaba recurriendo a la aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad contractual y extracontractual de nuestro Código Civil.

Sabido es que la responsabilidad contractual se fundamenta en los artículos 1101 a 1107 relativos a la naturaleza y efectos de las obligaciones, así como el 1124 del Código Civil para los contratos bilaterales. Por su parte, la extracontractual o aquiliana, a través de los artículos 1902 a 1910, contiene la regla *neminem laedere*, el no dañar a otro como regla fundamental de la vida en sociedad[10].

Esta situación aconsejaba ampliar la protección del consumidor como parte más débil. El hito tiene lugar con la promulgación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (a partir de ahora Ley 26/1984), en desarrollo del artículo 51 de nuestra Constitución. Sin embargo, estando ya próxima nuestra entrada en la entonces Comunidad Económica Eu-

ropea, a la vez que ya se conocía la elaboración de una Directiva sobre responsabilidad del fabricante de productos defectuosos, lo lógico hubiera sido esperar su resultado. No obstante, nuestro legislador, poco previsor dado el conflicto social que aquello podía entrañar, aprobó una norma inaplicable, motivando con ello un gran retraso en la incorporación o transposición al Derecho español de la Directiva 85/374[11].

La Ley 26/1984, establece un principio general del derecho del consumo, que no es otro que el derecho del consumidor a ser indemnizado por los daños y perjuicios demostrados que le cause el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios, estableciendo un principio de responsabilidad general del fabricante basado en la culpa con una amplísima excepción de responsabilidad objetiva, y sin hacer mención alguna a la cuestión de los *riesgos del desarrollo*. Esta indeterminación del legislador nacional provocó que, varios años después de la entrada en vigor de la Ley 26/1984, nuestro Tribunal Supremo aún estaba resolviendo litigios en torno al elemento de culpa sin asumir abiertamente la responsabilidad objetiva[12]. En concreto su artículo 28, permitía actuar para los casos de sangre o hemoderivados, bien porque estos no reunían las condiciones de seguridad exigibles, bien por la deficiencia del servicio prestado[13].

Apenas pasados dos años desde la promulgación de la Ley 26/1984, el artículo 7 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, matiza la responsabilidad objetiva en la asistencia sanitaria pública al fijar que los servicios sanitarios y cualesquiera otros que sean precisos para el funcionamiento del Sistema de Salud, adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad, introduciendo de este modo el principio de eficacia que también ha sido valorado por nuestro Tribunal Supremo[14].

No obstante, el sistema de responsabilidad establecido en la Ley 26/1984 no protegía suficientemente al paciente-consumidor-usuario, pues la atribución de responsabilidad al fabricante dependía la mayoría de las veces de la estimación de su culpabilidad. Era necesario un giro hacia la responsabilidad objetiva del fabricante, cuestión que se resolverá con la Ley 22/1994, que transpone a nuestra legislación la Directiva 85/374, eso sí, con un retraso de nueve años sobre lo previsto.

La Directiva 85/374[15], que aproxima las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (a partir de ahora Directiva 85/374), fue posteriormente modificada por la Directiva 1999/34, de 10 de mayo. Aquella, por su carácter cerrado o rígido, no es una Directiva de mínimos, como suele ser frecuente, y tiene por objeto proteger a las víctimas y mejorar la seguridad de los productos dentro del mercado comunitario. Al tiempo, está basada en un marco normativo coherente donde se asume un reparto equitativo de los riesgos creados por la producción moderna partiendo del principio *ius commoda e ius incommoda*. En sus considerandos anuncia; servir para aproximar las legislaciones de los Estados miembros en la materia; establecer un principio de responsabilidad objetiva que hace al productor responsable de los daños causados; y dirigirse a cualquier tipo de producto fijando una franquicia.

Esta Directiva 85/374 hace responsable de los daños al productor, al que define como la persona que fabrica un producto acabado, considerando igualmente responsable al que produzca solo las materias primas o las partes integrantes del producto, al que ponga su nombre, marca o signo distintivo en el producto, al importador e incluso al suministrador del producto si el productor no puede ser identificado dentro de un plazo de tiempo razonable. Esta responsabilidad

objetiva queda atenuada con los supuestos de exoneración, que introducen aquí un contrapuesto principio de responsabilidad subjetiva u objetiva matizada[16]. Además, se rebaja la responsabilidad del productor cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por culpa del perjudicado. Esta responsabilidad del productor no se puede limitar o excluir respecto del perjudicado, siendo nula cualquier cláusula en este sentido[17].

Promulgada la Ley 22/1994 como Ley especial y norma básica de referencia para esta responsabilidad por productos defectuosos, el legislador exponía en sus motivos: «ni el ámbito subjetivo de tutela, ni el objetivo que contempla la Directiva coincide con los de la Ley 26/1984. La Ley 22/1994, al igual que la Directiva 85/374, partió de un criterio de responsabilidad objetiva de fabricantes e importadores que podía ser calificado como régimen matizado de responsabilidad objetiva, bien por las causas de exoneración o inimputabilidad, bien por la carga probatoria impuesta al perjudicado respecto al carácter defectuoso del producto. Así, el artículo 6.1. e) de la Ley 22/1994 regula los *riesgos del desarrollo* como causa de exoneración de la responsabilidad, con las excepciones de los medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano como bien exceptúa su artículo 6.3. La Directiva 85/374 había optado por incluir como causa de exoneración a estos *riesgos del desarrollo* en su artículo 7.e), pero permitiendo en el 15.1. b) a los estados libertad para regular este punto.

El panorama normativo no resultaba todo lo razonable que sería deseable, fundamentalmente, por la inseguridad jurídica y la imprecisión debida a tres regímenes jurídicos distintos en la misma materia; Ley 22/1994; Ley 26/1984, en su parte vigente; y Código Civil para satisfacer el principio de reparación íntegra del daño, que además había quedado sometido a algunas limitaciones en las disposiciones legislativas anteriormente mencionadas. Así, y a fin de dar cumplimiento a la Disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, el Gobierno quedó habilitado para posteriormente mediante el Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, crear el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias. En su Libro tercero se armoniza el régimen de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos previsto en la Ley 22/1994, y las disposiciones sobre responsabilidad contenidas en el Capítulo VIII de la Ley 26/1984. La armonización implica además la derogación de ambas leyes.

Este Libro tercero, «responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos»[18], se estructura en el Título I que contiene disposiciones comunes en materia de responsabilidad, y en el Título II recoge las específicas en materia de responsabilidad; su Capítulo I regula la responsabilidad civil causada por productos defectuosos, y, dentro de él, el artículo 140.3, destinado a enumerar las causa de exoneración de la responsabilidad, establece al igual que la anterior Ley 22/1994, que en el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables no podrán invocar la causa de exoneración relativa a los *riesgos del desarrollo*, esto es no validar que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto[19].

Respecto al defecto en el producto, en Europa hemos aceptado los criterios de la doctrina y jurisprudencia norteamericanas en materia de *products liability*, importados por los autores de la Directiva 85/374, y sobre las cuales se ha desarrollado la siguiente tipología de defectos; *de fabricación*, cuando el producto no se corresponde con la seguridad ofrecida por los de su misma serie; *de diseño*, respecto a un fallo en la concepción del producto; y por último, *de información*,

por carencias o informaciones inexactas sobre el consumo, uso o manipulación del producto. Lo que en global podría sintetizarse, como un apartamiento de la serie o a las expectativas de seguridad que podrían generarse en un consumidor medio teniendo en cuenta las circunstancias, su presentación, el uso razonablemente previsible y el momento de su puesta en circulación.

La nueva Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto 1/2007, incorpora la Directiva 2011/83 con el fin de establecer un nuevo marco regulador para los contratos a distancia y los celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. En materia de productos defectuosos poco se añade, por lo que seguiremos remitiéndonos al Real Decreto 1/2007 y al resarcimiento integral de la víctima por las reglas generales de la responsabilidad civil. No obstante, la nueva Ley supone un reforzamiento de la información relevante, veraz y suficiente al consumidor y usuario, ampliando de un modo notorio los requisitos de información precontractual. Se debe resaltar aquí el papel representativo de la información para determinar si el producto es defectuoso y para establecer la relación de causalidad entre este producto defectuoso y la producción del daño.

El Real Decreto 1/2007 mantendrá, por tanto, vigente la parte del texto relativa a productos defectuosos[20].

En cuanto a la norma fundadora de la responsabilidad objetiva de la Administración, es el artículo 106.2 de nuestra Constitución, que otorga a los particulares, en los términos establecidos por la Ley, el derecho a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos.

Este derecho se recoge en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (a partir de ahora Ley 30/1992), donde se otorga el derecho a los particulares a ser indemnizados por la Administración por las lesiones que sufran y sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Sin embargo, reformada la Ley 30/1992 por medio de la Ley 4/1999, de 13 de enero, se modifica el artículo 141.1 relativo a la indemnización, siendo a partir de ahí solo indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley, no siendo indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se pudiesen prever según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en aquel momento, sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas establecidas para el caso.

De este modo se trata de exonerar de responsabilidad a la Administración por los consabidos *riesgos del desarrollo*, pretendiendo de paso terminar con las sentencias judiciales condenatorias impuestas, en la mayoría de los casos, a las administraciones sanitarias ante estos casos de contagio por sangre y hemoderivados.

En cuanto a las prestaciones aludidas en el artículo 141.1, el Real Decreto-ley 9/1993, de 28 de mayo, reconoce ayudas públicas para los infectados por el VIH por transfusiones realizadas en la sanidad pública. También, la Ley 14/2002, de 5 de junio, establece ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías que hayan desarrollado el VHC como consecuencia de haber recibido tratamiento con concentrados de factores de coagulación dentro de la sanidad

pública. En ambos casos, la prestación exigía la renuncia previa al ejercicio de cualquier reclamación contra la Administración pública[21].

El debate acerca de la jurisdicción competente para conocer sobre estos casos de responsabilidad por contagio de VIH o VHC, es decir responsabilidad, bien por defecto en la fabricación del producto, bien por defectuosa asistencia sanitaria, fue una cuestión abierta por parte de la doctrina y por los diferentes tribunales que se han ido declarando competentes para conocer de los distintos casos.

Así, la jurisdicción civil argumenta su competencia, tratando de establecer una relación entre particulares, considerando que la Administración actúa como sujeto de Derecho Privado en el marco de la asistencia sanitaria basándose en el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957. También se plantea la *vis attractiva* de la jurisdicción civil en aplicación del artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (a partir de ahora LOPJ)[22]. Otras razones son, actuar contra el fabricante o suministrador de un producto o de un servicio defectuoso, la diferente naturaleza de los demandados, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva con el fin de evitar el *peregrinaje de jurisdicciones* o simplemente razones de justicia material[23].

La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se sustenta en que el sujeto pasivo y el objeto procesal es la responsabilidad patrimonial de la Administración pública ante los casos de responsabilidad por defectuosa asistencia sanitaria pública. Este planteamiento aparentemente certero, se sustentaría en primer lugar en la modificación de 13 de julio de 1998, del artículo 9.4 de la LOPJ, donde pasa a establecerse que los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación, incluida la concurrencia de sujetos privados.

Del mismo modo el artículo 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (a partir de ahora Ley 29/1998), atribuye de un modo similar al orden jurisdiccional contencioso-administrativo la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación, no pudiendo ser demandadas ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurran particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad[24].

También la Disposición Adicional Duodécima a la Ley 30/1992, añadida por la Ley 4/1999, especialmente tildada como responsabilidad en materia de asistencia sanitaria, fija que la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras de Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo.

La jurisdicción social defiende su competencia en base a que el perjudicado es un beneficiario de la Seguridad Social, siendo esta responsable de las prestaciones que se realizan en ella con el fin de restablecer la salud de los usuarios, según manda el artículo 41.1 de la Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Finalmente, el orden jurisdiccional penal es siempre preferente y ningún Juez o Tribunal podrá plantear conflicto de competencia a sus órganos según expresa el artículo 44 de la LOPJ. Sin embargo, esta no parece haber sido la vía

más frecuentada, pese a su mayor celeridad y menor coste, comparativamente con las anteriores.

En cuanto a la legitimación, el demandante es la persona contagiada que se presenta en la causa como particular. El artículo 6.1.7. de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (a partir de ahora LEC 1/2000) reconoce también capacidad para ser parte a «los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados». Por su parte, el artículo 11 de la misma LEC 1/2000 legitima, a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los generales de los consumidores y usuarios, así como a los propios grupos de afectados perjudicados por un hecho dañoso.

Los demandados en la mayoría de los casos son entes sometidos a Derecho Público, esto es, el Instituto Nacional de Salud o los entes de las Comunidades autónomas que en aquel momento hubiesen asumido la competencia en materia sanitaria. En cuanto al médico funcionario responsable, el artículo 145.2 de la Ley 30/1992, prevé una acción de regreso por parte de la Administración, ya que una vez indemnizados los lesionados, esta exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa instrucción del procedimiento reglamentario, ponderando, entre otros, el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal y su relación con la producción del resultado dañoso. Además, los tribunales han «rechazado generalizadamente la excepción de litisconsorcio pasivo necesario alegado por la Administración cuando el hemoderivado utilizado había sido suministrado por algún laboratorio», situación que, por otro lado, podría ser resuelta, reclamando a los laboratorios todo o parte de las cantidades indemnizatorias, aplicando para ello el régimen de las obligaciones mancomunadas y solidarias del Código Civil, «concretamente el artículo 1145, establece el derecho de repetición del deudor solidario que ha pagado contra los restantes deudores solidarios»[25].

Dentro del ámbito privado destacaremos, los centros de asistencia sanitaria privada y los laboratorios farmacéuticos como fabricantes, comercializadores o suministradores del hemoderivado. El sujeto responsable por excelencia es el productor o fabricante real, que es quien está en mejores condiciones para controlar el proceso productivo y el más idóneo para contratar el seguro al mejor precio. También se equipara al productor el importador comunitario bajo dos presupuestos, el ejercicio profesional, y la introducción de un producto extracomunitario es decir, el importador en la Unión Europea. Una vez establecida la responsabilidad, si hubiera varias personas responsables, lo serán todos de forma solidaria. En el caso de un proveedor que suministrara el producto defectuoso a sabiendas de la existencia del defecto, respondería frente al perjudicado como si fuera el productor, pero conservando una acción de repetición contra el productor verdadero.

II. LOS DAÑOS EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR SANGRE Y HEMODERIVADOS: LA INDEMNIZACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO USUARIO Y SU RESARCIMIENTO INTEGRAL

En el Derecho de daños, el nexo de causalidad es un requisito indispensable para poder declarar la responsabilidad civil del imputado. La determinación de

este elemento, es competencia del juez de instancia que establece la cuantía indemnizatoria discrecionalmente, respetando siempre el principio de congruencia entre lo reclamado y lo concedido. En los casos de contagio por sangre o hemoderivados en nuestro país, fundamentalmente por VIH y VHC, existe un amplio abanico de posibilidades atendiendo al marco legal del momento temporal del contagio, al tipo de jurisdicción competente, a los diferentes criterios de imputación por tratarse de una entidad pública o privada, o por tratarse de un producto o un servicio, así como al diferente trato dispensado a la *diligencia debida* para el caso de empresa o empleado, a las distintas causas de exoneración por los *riesgos al desarrollo*, o a la compleja variable de los plazos de prescripción.

El concepto de carga probatoria, lo expone actualmente el artículo 139 del Real Decreto 1/2007, al establecer que el perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos. Esta redacción, parte del tenor literal del artículo 5 de la anterior Ley 22/1994 que parecía imponer a modo de *condictio sine qua non*, para que prosperase la acción indemnizatoria, la prueba del concreto defecto del producto y la acreditación del nexo de causalidad entre dicho defecto y el resultado dañoso, prueba poco común en los casos de contagio dada la dificultad de analizar la sangre transfundida o el hemoderivado administrado, y sin que, aparentemente, se pudiesen suplir las deficiencias de prueba del perjudicado mediante el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba, toda vez que será más sencillo acreditar por el demandado que por el demandante, que los hemoderivados no estaban contaminados, situándolo de este modo en peor lugar que el sometido a la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 del Código Civil.

Ante este panorama, nuestro Tribunal Supremo (a partir de ahora TS) planteó que dicho artículo 5 debe ser analizado conjuntamente con el 3, «por ser este último el que establece qué ha de entenderse por defecto, pues solo tras una interpretación integradora de ambos artículos es posible conocer con exactitud el esfuerzo probatorio que el legislador hace recaer en el actor que reclama al amparo de esta normativa especial, debiéndose concluir que la determinación de si el producto es o no defectuoso en atención a los parámetros establecidos en el propio artículo 3. Todas las circunstancias, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación, no es estrictamente una cuestión de hecho sino una *quaestio iuris*, fruto de la valoración jurídica del órgano judicial. Esa valoración ha de partir del *factum* cuya prueba sí incumbe a la parte actora, dependiente el éxito de su pretensión únicamente de que demuestre que con motivo del uso de un producto fabricado por la entidad demandada se produjo un accidente inesperado, soportando tan solo la carga de probar la realidad del accidente, la existencia del daño, y la del nexo causal entre este y aquel y entre el accidente y el funcionamiento del producto en cuestión».

Como ha señalado el TS en relación con el esfuerzo que debe exigirse al actor «no es necesaria la prueba del concreto defecto que haya producido el daño, siendo suficiente acreditar su existencia, aunque no se pueda determinar la clase del mismo, bastando que la parte demandante haya logrado convencer al juzgador de que el producto era inseguro [sentencia del Tribunal Supremo (a partir de ahora STS) de 19 de febrero de 2007], correspondiendo al fabricante acreditar la idoneidad del producto y la concurrencia de otras causas que pudieran exonerarle de responsabilidades, bastando al perjudicado acreditar el daño sufrido y el enlace causal (STS de 21 de febrero de 2003)»[26].

Por tanto, bastará con una prueba indirecta o por presunciones, que facilite la demostración del defecto en beneficio del dañado, situación ya dada en la responsabilidad extracontractual del 1902. Así, la demostración de que un producto es defectuoso, cuando no se pueda obtener una prueba directa —caso por ejemplo de que haya desaparecido el producto causante del daño— se podrá acreditar mediante un razonamiento lógico, ya que imponer al perjudicado la prueba del defecto sería del todo excesiva, tornándose casi en una especie de *probatio diabólica*.

Además, tal como establece el artículo 386.1 de la LEC 1/2000, relativo a las presunciones judiciales, a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

De modo que, en este mecanismo de las presunciones, debe bastar con probar que el daño se produce al utilizar el producto de manera adecuada, sin que exista otra explicación posible que una inseguridad injustificada del producto. En todo caso, la presunción judicial no es sino una prueba de apreciación libre por parte del juez que podrá determinar su grado de eficacia, sin menoscabo del principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 9.3 de nuestro texto constitucional.

Así por ejemplo, no pertenecer a grupos de riesgo o no estar infectado con anterioridad a la administración de la sangre y de los hemoderivados, o el incumplimiento de la normativa de hemodonación aumenta notoriamente la probabilidad del posible contagio. El ejemplo contrario sería acreditar por parte del demandado que la sangre o el hemoderivado no estaban contaminados, habiendo superado las pruebas de detección de los virus, o que el demandado no interviniese en la causa.

Para el caso de una asistencia sanitaria privada, el perjudicado puede hacer valer, según el caso, la responsabilidad contractual o extracontractual del centro sanitario o de su personal de acuerdo con el Código Civil. De modo que «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurran en dolo o negligencia»[27], y «cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse, se exigirá la de un buen padre de familia»[28], o «fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que fueran inevitables»[29]. También, «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado»[30], «no solo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se deba responder», siéndolo los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus empleados[31].

Así cuando la responsabilidad civil se funda en el criterio de la culpa, caso de los artículos 1101 o 1902 del Código Civil, debería admitirse su exoneración por aquellos *riesgos del desarrollo* que en el momento de su realización no fueran previsibles conforme a la *diligencia exigible* siempre conforme al patrón del buen padre de familia del 1104 del Código Civil. Sin embargo tras un profundo estudio de las sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, DÍAZ-REGAÑÓN observa «una evolución progresiva del artículo 1902 del Código Civil, que tiende al establecimiento de una responsabilidad objetiva, pero que nunca lo ha realizado hasta entronizar dicha responsabilidad objetiva de una manera absoluta y radical»[32].

De manera que la actuación de los médicos es examinada por los tribunales bajo la responsabilidad de culpa, en función de la diligencia que les es exigible según la *lex artis* «los médicos no son garantes de la calidad de los hemoderi-

vados» y en relación con el cometido específico que desarrollan en el centro sanitario «responsabilidad por hecho propio», mientras a los centros sanitarios y a los laboratorios se les aplica un régimen de responsabilidad objetiva «responsabilidad por hecho ajeno». Si no se establece cómo, en qué forma o quién «la responsabilidad es directa del centro», lo que se denominaría en la doctrina «conjunto de deficiencias asistenciales en la atención del paciente» de modo que «cada vez más se desplaza la responsabilidad del médico a la responsabilidad del centro médico».

En esta especificación de las obligaciones del médico se tiene en cuenta el tipo de prestación, determinando si su obligación es de medios o de resultado. El incumplimiento de las obligaciones asumidas hará aplicables las reglas de responsabilidad contractual. Por el contrario, en la responsabilidad extracontractual las partes no han previsto el nivel de diligencia a emplear ni las consecuencias de causar los daños[33].

Fuera del Código Civil, la Ley 26/1984 incluía las especialidades y productos farmacéuticos, además de los servicios sanitarios, en el régimen de responsabilidad objetiva. En concreto su artículo 28.3, fijaba para los laboratorios farmacéuticos un límite de 500 millones de pesetas (3.005.060,52 euros), de responsabilidad por producto defectuoso por los daños producidos antes de 1994. Para los productos puestos en circulación una vez vigente la Ley 22/1994, 8 de julio de 1994, su artículo 11, refundido ahora en el artículo 141.b del Real Decreto 1/2007, establece la responsabilidad civil global del productor por muerte y lesiones personales sobre la totalidad de los afectados causadas por productos idénticos que presenten el mismo defecto, y cuyo límite cuantitativo queda fijado ahora en 63.106.270,96 euros. La cifra resulta de convertir a euros la anterior, de 10.500.000.000 pesetas, que señalaba la Ley 22/1994. Tal límite opera para cada fabricante o importador y no para el sector de fabricantes que hayan comercializado productos defectuosos idénticos[34]. Se trata de un límite global que no se aplica individualmente a la indemnización que puede concederse a una persona, sino al conjunto de las indemnizaciones correspondientes a la totalidad de las víctimas[35]. Aquí se plantearía el problema de cómo aplicar el límite máximo de responsabilidad cuando el número total de perjudicados por un mismo producto se pone de manifiesto a lo largo de varios años.

La limitación solo afecta al específico régimen legal de responsabilidad objetiva por productos defectuosos, de forma que si los daños rebasan dicho límite, puede reclamarse por el régimen general del Código Civil, bajo la responsabilidad civil extracontractual del 1902 y sigs., o para el caso de las obligaciones, del 1101 y sigs. Por lo que en materia de responsabilidad por productos no existe una limitación cuantitativa de carácter absoluto para la indemnización de los daños, si bien concurren leyes especiales, como es el caso, con topes indemnizatorios máximos. Con todo, esos topes no son excluyentes, de modo que si el daño acreditado superase la cuantía de los mismos es posible acudir a otras normas generales de resarcimiento del daño.

La Ley 22/1994, y el posterior Real Decreto 1/2007, también tratan de los daños causados por otros bienes y servicios. Ambos recogen; un régimen general de responsabilidad, donde los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios salvo que, en un ejercicio de inversión de la carga del prueba, prueben haber cumplido con los requisitos reglamentarios y diligencias que la naturaleza del servicio exijan[36]; y un régimen especial, donde prima el criterio puramente objetivo, respondiendo aquí el empresario de los daños originados en el correcto uso de los servicios,

cuando por su propia naturaleza o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario, caso de los servicios sanitarios, no siendo en este caso posible liberarse por el comportamiento diligente del empresario salvo la culpa exclusiva de la víctima, fijándose además una cuantía indemnizatoria máxima de 3.005.060,52 euros, anteriormente 500 millones de pesetas, para todos los daños que el consumo o uso le ocasione al consumidor o usuario[37]. El plazo de prescripción para la acción de reparación será el anual, en aplicación de los artículos 1902 y 1968.2 del Código Civil[38].

Por el contrario, a la asistencia sanitaria pública no es de aplicación el sistema de responsabilidad del Código Civil. Antes bien, en estos casos, los daños quedan sujetos al régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración, previstos en los artículos 139 y sigs. de la Ley 30/1992 y su desarrollo reglamentario.

En este contexto «solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley»[39], y aplicando dicho concepto anteriormente a 1985, fecha en que se introdujeron las técnicas para detectar el VIH, y previamente a 1989, año en que fue posible rastrear el VHC, no estaríamos ante un daño antijurídico y sí ante un deber jurídico no indemnizable a soportar por el paciente.

Hay supuestos en que la causa de un daño está determinada por la necesidad de evitar un mal mayor, caso de la urgencia de una intervención, lo que sería un remedo de estado de necesidad. No estaríamos aquí ante una responsabilidad extracontractual, sino ante una ausencia de *antijuridicidad* en la lesión. Los tribunales tratan así de aunar el riesgo al contagio de posibles enfermedades, todavía no detectables por los conocimientos de la ciencia y la técnica, con la necesidad de actuar con urgencia en una asistencia médica para salvar vidas[40].

Es destacable resaltar aquí la obligación de informar al paciente sobre el riesgo de contagio al que se somete por contacto con la sangre o el hemoderivado, más aún si faltan prospecto e indicaciones, es lo que llamamos el *consentimiento informado*. El artículo 10, apartados 5 y 6, de la Ley 14/1986 establecía el derecho del paciente, familiares o allegados, a que se les informe de modo completo y continuado, verbal y escrito, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento a su libre elección entre las opciones que le presente el médico, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención. No obstante, se excepciona la obligación de consentimiento informado ante la urgencia que no permita demoras por poder ocasionar lesiones irreversibles o peligro de fallecimiento[41].

De modo que los tribunales consideran la negligencia cuando el enfermo no fue informado de la posibilidad de contagio ni de sus consecuencias, así como de no haberse barajado posibles terapias alternativas: «se debieron adoptar medidas preventivas e informar de los riesgos a los pacientes»[42], «se debieron reservar las transfusiones a casos de riesgo vital o de consecuencias graves e irreparables para la salud, en casos de inexistencia de medios alternativos de curación y siempre con información de riesgos»[43]. Este deber de información queda exceptuado ante acontecimientos especiales como la necesidad de realizar un tratamiento urgente donde exista un peligro inmediato y cierto para la salud y la vida del paciente[44].

Ante la exclusión de los *riesgos del desarrollo* en el nuevo artículo 141 de la Ley 30/1992, cabe hacer una distinción conceptual entre caso fortuito y fuerza

mayor bajo el «criterio de la exterioridad de la fuerza mayor»[45], de tal modo que en este supuesto «la prevención sería imposible y externa»[46].

El dictamen del Consejo de Estado de 22 de enero de 1998, sobre el Proyecto de la Ley 4/1999, trataba los *riesgos del desarrollo* «técnicamente de un supuesto de fuerza mayor», es decir, como un supuesto de no antijuridicidad de la Administración. Autores como SALVADOR CODERCH o SOLÉ FELIU, no consideran positiva la exclusión del Estado ante los *riesgos del desarrollo*, por incongruencia con el derecho a la protección de la salud del artículo 43 de nuestra Constitución. Ambos señalan que el nuevo artículo 141.1 prescinde incluso de la *culpa in vigilando*, y al fijar como momento relevante el de la producción del daño no incentiva a la Administración a prestar atención al desarrollo de los conocimientos científicos y tecnológicos derivados de la comercialización del producto, distinguen ambos autores, entre el poder de prever el daño y el de evitarlo. De modo que aunque la Administración no es un fabricante, su compromiso constitucional le obliga a poner en circulación productos con potencial futuro de lesiones, pero también a retirarlos en tal caso[47].

La obligación indemnizatoria nacida de la responsabilidad por productos defectuosos, se sujeta al principio de resarcimiento integral, según el cual, el sujeto responsable deberá indemnizar por todos los daños que le sean objetivamente imputables, tanto el daño patrimonial como el moral, el daño emergente y el lucro cesante. La consecuencia inmediata es que los daños no cubiertos pasan a ser regulados por las normas generales de la responsabilidad civil. Este principio de reparación íntegra, subyacente como veremos en toda la especialidad por productos defectuosos, se basa en una función supletoria de los artículos 1902 y siguientes (responsabilidad extracontractual), y 1101 y siguientes (responsabilidad contractual), y nace en la búsqueda del principio *pro consumidor*[48]. A la vez, se establece una marcada distinción de tratamiento entre los daños patrimoniales personales y los no personales, con una clara preferencia por los primeros.

Entonces parece razonable que el sector privado asuma su responsabilidad por los eventuales daños provenientes de una actividad basada en la innovación y el beneficio según la máxima *cuius est commodum eius est periculum,* es decir, que la obtención de este beneficio sea directamente proporcional a las consecuencias jurídicas dirimidas en el ámbito privado[49]. Esto no se puede trasladar del mismo modo a la Administración, porque cuando esta aplica la ciencia o la tecnología con sus posibles riesgos, lo hace en beneficio de la sociedad.

En este punto, JORDANO FRAGA sostiene que el nuevo artículo 141.1 de la Ley 30/1992, contradice el artículo 106.2 de la Constitución por actuar el legislador en contra de la naturaleza de las cosas y las bases conceptuales de la fuerza mayor. El autor critica que se salve la restricción de la responsabilidad de la Administración con prestaciones que se pueden establecer discrecionalmente, lo que a su modo de ver, impide el derecho a la reparación integral de la víctima. Sostiene como posible solución, con cabida en este artículo 106.2, la de limitar las posibles indemnizaciones[50].

El legislador tampoco trató de forma idéntica a los contagios causados en la sanidad pública. De modo que el Real Decreto-ley 9/1993, solo preveía ayudas a los afectados por el VIH, teniendo que esperar los afectados por el VHC por sus prestaciones hasta la promulgación de la Ley 14/2002. Además, los diferentes órganos jurisdiccionales, cuando aplican el principio de reparación íntegra de los daños no están vinculados para conceder indemnizaciones en casos de contagio por VIH, ya que aquí el juez no está obligado a establecer la indemnización según el Real Decreto-ley 9/1993[51], lo que no significa que «en ocasiones haya servido como criterio orientativo»[52].

Y, por lo que se refiere a SEUBA TORREBLANCA una vez analizada la jurisprudencia de las diferentes Salas del TS, concreta dos tendencias sobre cuál debe ser el fundamento normativo de la responsabilidad del demandado. Así la Sala de lo Civil y la de lo Contencioso-Administrativo aplican responsabilidad por culpa, mientras la Sala de lo Social resuelve con criterios de responsabilidad objetiva. Aprecia el autor que aunque en la mayoría de los casos resueltos por el TS, el contagio se produce con anterioridad a la obligación de practicar las pruebas de detección del VHC, mayoritariamente se condena a responder al demandado en base a que «el nivel de los conocimientos científicos modula la diligencia que le es exigible». Se toma además en consideración el «no haber acudido a terapias alternativas» o «el no informar al paciente de los riesgos de contagio». También las alegaciones del demandado basadas en supuestos de caso fortuito o de fuerza mayor «han sido rechazadas sistemáticamente», salvo la excepción de la STS, de 22 de diciembre de 1997 «en la que se aprecia la existencia de fuerza mayor». Así, en los casos resueltos con criterios de culpa, los tribunales aprecian que no existe caso fortuito ni fuerza mayor. En aquellos supuestos en que ventilan la cuestión controvertida aplicando criterios de responsabilidad objetiva, no estiman la alegada fuerza mayor, si bien podría concurrir caso fortuito sin que ello excluya la responsabilidad objetiva[53].

Los daños personales, consistentes en la muerte, en las lesiones corporales, o en simples efectos secundarios, habrán de ser tenidos en cuenta y resarcidos a favor de cualquier persona, sea consumidor en sentido técnico, o no. Basta con que la utilización del producto defectuoso haya desembocado en alguna lesión corporal o muerte. La indemnización debe responder a la existencia de un daño real y efectivo. De modo que los tribunales tendrán en consideración aspectos como la edad[54], las expectativas laborales[55], personales[56], familiares[57] o sociales[58].

Acudiendo a la doctrina, podemos dilucidar la titularidad de las indemnizaciones en caso de muerte, legitimándose a quienes hayan sufrido personalmente los perjuicios del fallecimiento, siguiendo el criterio de la dependencia económica o de los lazos afectivos y no el de los herederos de la víctima[59].

En cuanto a los daños morales, el artículo 128.2 del Real Decreto 1/2007 los excluye, tanto en relación con los daños personales como con los materiales, por lo que su resarcimiento habrá de ventilarse por el régimen general del Derecho Civil. Esta exclusión de los daños morales afecta no solo a la responsabilidad por productos sino, también, por servicios defectuosos.

La jurisprudencia de la Unión Europea, mantiene que la reparación del daño moral se regirá, en exclusiva, por las disposiciones del derecho nacional, lo cubran o no[60]. Y este será el criterio en tanto la Comisión Europea no emita nuevo informe, por lo que parte de la doctrina patria incluye los daños morales en el ámbito de cobertura de la responsabilidad objetiva por productos defectuosos. En la *praxis*, a través de la técnica judicial de la valoración y cuantificación de los daños, acuden los tribunales españoles a la fórmula de fijar unitariamente a tanto alzado el importe total de la indemnización por contagio[61], aún sin que se haya probado la realidad de tales daños[62].

En cuanto a la prescripción de la acción de reparación de los daños y perjuicios, si nos atenemos al artículo 1968.2 del Código Civil, será un plazo anual de prescripción «desde que lo supo el agraviado», expresión interpretada por la doctrina como la fecha en que se concrete el alcance de la enfermedad o el alcance definitivo de las secuelas, términos estos, que a su vez encajan con el *diagnóstico definitivo* o *daños continuados*. Por otra parte, el artículo 1969 del Código Civil establece que el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones

«se contará desde el día en que pudieron ejercitarse». También los artículos 142.5 de la Ley 30/1992, y 4.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, fijan un plazo de prescripción de un año desde «producido el hecho o el acto que motive la indemnización», y de igual modo, «el plazo comenzará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas».

Por su parte, conviene destacar que las Leyes Generales de la Seguridad Social de 1974, Decreto 2065/1974, de 30 de mayo; y de 1994, Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, respectivamente en sus artículos 54.1 y 43.1, establecen un plazo mucho más amplio, de cinco años «contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate».

En este sentido, la Ley 26/1984, tal como se desprende de un análisis de los artículos 25 a 28, basó la prescripción en el Código Civil, fijando así un año para la responsabilidad extracontractual y quince para la contractual.

Por fin y por lo que se refiere al plazo prescriptivo, tanto la Ley 22/1994, como el Real Decreto 1/2007, a diferencia de los señalados *ut supra*, lo fija en tres años, a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre y cuando pueda determinarse al responsable. Y, en cuanto a la acción, en su caso, del que hubiese satisfecho la indemnización contra todos los demás responsables del daño prescribirá al año, a contar desde el día del pago de la indemnización[63].

Sabido es que, por lo que afecta a la interrupción de la prescripción, está fijada en el capítulo III del Código Civil, concretamente el artículo 1973 establece que quedarán interrumpidas, por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor. Por su parte, el artículo 1974 advierte que en las obligaciones solidarias, dicha interrupción, aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores, extensiva a los herederos del deudor.

Apréciese que tanto la Ley 22/1994, como en buena lógica, el Real Decreto 1/2007, fijan un plazo de extinción definitiva de la responsabilidad del productor, extinguiéndose así los derechos reconocidos al perjudicado si no hubiese iniciado la correspondiente reclamación judicial transcurridos diez años, a contar desde la fecha en que se hubiera puesto en circulación el producto concreto causante del daño[64]. Pasado este plazo, el perjudicado únicamente podrá instar su derecho, si cuenta con alguna acción subsumible en los quince años del artículo 1964 del Código Civil[65], dirigido a las acciones personales que no tengan señalado término especial y asentadas en relaciones contractuales entre este y el productor.

La Sala 1.ª de lo Civil de nuestro TS construye, a partir de 1997[66] el principio de *unidad de culpa civil*, «concepto que ha permitido a los tribunales aportar un nuevo punto de vista jurídico a los hechos de la sentencia». De manera «que si el actor ha fundamentado su pretensión en reglas de responsabilidad extracontractual y no en reglas de responsabilidad contractual, el tribunal se considera libre de recurrir a algunas disposiciones de esta última para fundamentar la sentencia». La inmediata consecuencia de la *unidad de culpa civil* reside en la aplicación del plazo de prescripción para las acciones personales del artículo 1964 del Código Civil, fijado en quince años, en detrimento de la prescripción anual de la acción para exigir la responsabilidad extracontractual del 1968.2 del Código Civil[67].

Extrapolando todo lo anterior al ámbito de la asistencia sanitaria pública, realidad a la que pertenecen hasta ahora el mayor número de sentencias, SARRA-

TO MARTÍNEZ imagina tres escenarios diferentes para el caso de una sangre o unos hemoderivados defectuosos. Uno primero, en el que se diera un «producto defectuoso y una prestación sanitaria no defectuosa». En este supuesto dado que la sangre y los hemoderivados, como hemos argumentado anteriormente, tienen la calificación de medicamentos y, por tanto, de productos, se consideraría como sujeto responsable el productor, en este caso el laboratorio fabricante. Caso de que la sangre proceda de una donación realizada directamente en el centro hospitalario, este podrá responder al menos como suministrador según STS, de 6 de junio de 1996. Así, se aplicaría a este primer supuesto, una vez determinado el alcance definitivo de los daños, bien la Ley 26/1984, bien la Ley 22/1994 o el Real Decreto 1/2007, y sin posibilidad de excepcionar los *riesgos del desarrollo* a partir de quedar vigentes la Ley 22/1994 o el Real Decreto 1/2007.

El segundo supuesto que podría darse es «un producto no defectuoso y una prestación sanitaria defectuosa». Aquí «el hecho de que en una determinada prestación pueda utilizarse un producto defectuoso, plantea si el daño es originado por el producto o por el servicio». En cuanto al servicio, será responsable, bien el profesional, caso de una asistencia sanitaria privada, bien la Administración sanitaria, en la asistencia sanitaria pública. Para el caso de que la Administración sanitaria hubiera intervenido en una transfusión efectuada a un paciente con sangre contaminada, y sin que este medicamento haya sido elaborado por un tercero, responderá civilmente la Administración sanitaria como fabricante de un producto defectuoso.

Un tercer escenario, «producto defectuoso y prestación sanitaria defectuosa», nos situaría ante una concurrencia de responsabilidades entre el productor o distribuidor y el prestador del servicio[68].

Por su parte y en lo que se refiere al ejercicio de la acción, GÓMEZ CALLE propone tres posibilidades: «Demandar únicamente al fabricante», «demandar únicamente al que prestó el servicio médico», en ambos casos, bajo las formas ya comentadas anteriormente y sin perjuicio de ejercer posteriormente los respectivos derechos de repetición, o finalmente, «dirigir la demanda contra el fabricante y el prestador del servicio solidariamente, fundando en este caso la responsabilidad directa de cada uno en su correspondiente régimen jurídico»[69].

En la práctica buena parte de las demandas se interponen contra el prestador del servicio. PARRA LUCÁN expone las razones; una mayor experiencia sobre responsabilidad médica frente a una menor tradición de responsabilidad por productos defectuosos; y una relación más directa e inmediata del paciente con quien presta el servicio[70]. SEUBA TORREBLANCA añade a estas; la facilidad y comodidad de dirigirse contra la entidad que ha prestado el servicio sanitario, especialmente en el caso de los hemofílicos que durante años han utilizado múltiples hemoderivados de diferentes laboratorios; también resalta que la falta de acceso a la información de las historias clínicas dificulta concretar la identidad del fabricante, particularmente cuando el contagiado ha muerto y las personas legitimadas activamente para reclamar tratan de acceder a dicha identificación[71].

III. LA JURISPRUDENCIA MÁS RELEVANTE Y LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES COMO ALTERNATIVA. PERSPECTIVA TERAPÉUTICA ACTUAL

Aunque menos conocidos, los arreglos extrajudiciales como forma alternativa de concluir procesos de sangre contaminada, entre laboratorios farmacéuticos

fabricantes y personas o colectivos afectados, se han producido con una relativa asiduidad[72].

Así, el *Laboratorio Grifols* explicaba, en el folleto de su salida a Bolsa en el año 2006, que mantenía contactos desde el año 1997 con la *Asociación Española de Hemofilia* con la intención de dotar con ayuda social a los hemofílicos infectados de VIH y VHC a principios de la década de 1980. En virtud de dicho acuerdo, *Grifols* se comprometía a desembolsar contribuciones anuales durante el periodo 2005-2009 a la asociación. El pago acordado consistía en una cantidad fija de 500.000 euros más un porcentaje sobre las ventas netas en España del *Factor VIII*, uno de los principales productos del laboratorio. Según dicha fórmula, la cuantía aportada por *Grifols* a la asociación ascendió a 2,7 millones de euros, cifra que se incrementaría a medida que lo hicieran las ventas. Acuerdo en todo caso, sometido a ciertas condiciones, de modo que la *Asociación Española de Hemofilia* y los hemofílicos que lo hubieran suscrito, no podrían actuar contra *Grifols* en relación con los contagios. *Grifols* indica en dicha información que antes del acuerdo, ni la *Asociación Española de Hemofilia*, ni ninguno de sus miembros había iniciado procedimientos legales contra el laboratorio, excepto tres demandas desestimadas en favor de *Grifols*. En todo caso, el laboratorio entiende que el acuerdo le es muy satisfactorio, tanto en reputación, como desde el punto de vista comercial, ya que los miembros de la *Asociación Española de Hemofilia* son los consumidores finales del *Factor VIII*.

En dicho folleto, *Grifols* reconoce el riesgo de reclamaciones, por responsabilidad o la retirada del producto, con las consiguientes implicaciones económicas sustanciales, impacto sobre la reputación del laboratorio y dificultades en la retención de clientes. Para sortear esta hipótesis, *Grifols* contaba con seguros de responsabilidad civil por distintas cuantías y con una sociedad reaseguradora cautiva, de nacionalidad irlandesa. En el momento de salir a bolsa, las reclamaciones por responsabilidad civil de producto ascendían a 2.942.000 euros, de los cuales solo 542.000 euros habían sido reclamados judicialmente. *Grifols* manifestaba haber contratado un seguro por responsabilidad civil de producto por un máximo de 63 millones de euros por riesgo asegurado y año, tal como se establecía en aquel momento en la Ley 22/1994. Sin embargo para los posibles contagios por VIH, VHC y VHB, la cantidad máxima asegurada para cada uno de ellos era de 9 millones de euros[73].

También el *Laboratorio Baxter* llegó a un acuerdo extrajudicial con unos 1.300 hemofílicos españoles contagiados por VIH. En virtud del acuerdo, indemnizaban con 3 millones de pesetas a cada afectado previa renuncia por parte de estos al ejercicio de posteriores acciones judiciales. Sin embargo «la forma de negociación y las condiciones de la transacción no son suficientemente claras en el caso», además se incluía una cláusula por la que si el afectado obtenía de otro laboratorio indemnizaciones por la misma causa, debía entregar la mitad a *Baxter*.

En otros países como Estados Unidos, Irlanda, Suiza o Portugal, es el propio sistema legislativo o judicial el que favorece esta forma de conclusión del litigio[74].

Entrando al análisis del *caso González Sánchez*, persona que presentó el 7 de octubre de 1999 demanda contra *Medicina Asturiana S.A.*, entidad propietaria del establecimiento sanitario *Centro Médico de Asturias,* reclamando 10 millones de pesetas en concepto de indemnización por los daños causados por el contagio del VHC, contagio producido, según la demandante, por una transfusión de sangre que le fue realizada en el mencionado centro. En la fundamentación jurídica de la demanda, al margen de invocar los preceptos generales del Código Civil, consideraba de aplicación los artículos 25, 26 y 28 de la Ley 26/1984. *Medicina*

Asturiana S.A. contestó a la demanda, oponiéndose a la misma, negando cualquier tipo de responsabilidad y alegando la falta de vigencia de la Ley 26/1984 por la derogación llevada a cabo por la Ley 22/1994.

Concluido el plazo probatorio y quedando los autos para dictar sentencia, por providencia de 15 de febrero de 2000, la cuestión se somete al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (a partir de ahora TJCE) como prejudicial: «¿El artículo 13 de la Directiva 85/374 debe interpretarse en el sentido de que obstaculiza que, a consecuencia de la transposición de la Directiva, se limiten o restrinjan los derechos que los consumidores tuvieran reconocidos conforme a la legislación del Estado miembro?». Plantea la duda de si se vulnera lo dispuesto en el artículo 13 de la Directiva cuando dice que «no afectará a los derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual o con arreglo a algún régimen especial de responsabilidad existentes en el momento de notificación de la presente Directiva».

En los fundamentos de derecho, el auto parte de que, a efectos de aplicación, tanto para la Ley 26/1984 como para la Ley 22/1994, la sangre o los hemoderivados son productos, y que en principio ambas legislaciones resultarían de aplicación. Sin embargo, teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición final primera de la Ley 22/1994, y por las fechas en que se produjeron la transfusión y la puesta en circulación del producto, se obligaría, conforme al derecho interno, a dejar sin aplicación los artículos 25 y siguientes de la Ley 26/1984 en beneficio de la Ley 22/1994, suponiendo todo esto una reducción de los derechos para los consumidores.

El régimen de responsabilidad establecido en la Ley 22/1994, exige a la perjudicada probar no solo la relación de causalidad, sino además el defecto del producto, quedando exonerada la sociedad demandada en muchos más supuestos por la prueba de cualquiera de las circunstancias recogidas en el artículo 6. Además, conforme a la Ley 22/1994, la perjudicada nunca podría exigir responsabilidad a *Medicina Asturiana S.A.* toda vez que ostenta la condición de suministradora del producto, estando identificado el fabricante o productor de las unidades de sangre, que era el *Centro Comunitario de Transfusión del Principado de Asturias*, entidad que no había sido demandada. Aplicando la Ley 26/1984, la demandante podía dirigirse contra el fabricante, importador, suministrador o vendedor, solidariamente responsables ante el consumidor según interpretación de la STS, de 19 de diciembre de 1994. Si a lo anterior sumamos la existencia de franquicia o la extinción de responsabilidad a los diez años, la Ley 26/1984 otorgaba una mayor protección al consumidor que la Ley 22/1994[75].

El TJCE declaró al respecto que el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros para regular la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos está fijado, en exclusiva, por la propia Directiva 85/374. En consecuencia, para determinar dicho margen, habrá de estarse al tenor, objeto y sistema de esta. Por tanto, no podrá interpretase el artículo 13 de la Directiva 85/374 en el sentido de que deja a los Estados miembros la posibilidad de mantener un régimen general de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos distinto del previsto en ella, sin embargo, esto no excluye según el TJCE, la aplicación de otros regímenes de responsabilidad contractual o extracontractual siempre que estos se basen en fundamentos diferentes, como la obligación de saneamiento por vicios ocultos o la culpa[76].

También el TJCE reconoce en otro caso, frente a la alegación de que la interpretación de la Directiva 85/374 provocaría una disminución del nivel de protección de sus consumidores, que «exigir esta responsabilidad al proveedor

sería muy costosa en la medida en que, al obligar a todos los proveedores a asegurarse contra tal responsabilidad, conduciría a un notable encarecimiento de los productos. Además, llevaría a una multiplicación de los recursos, puesto que el proveedor se dirigirá, a su vez, contra su propio proveedor, remontándose hasta el productor. Dado que, en la mayoría de los casos, el proveedor se limita a revender el producto tal y como lo compró, y que únicamente el productor tiene la posibilidad de intervenir en la calidad, se consideró oportuno concentrar en el productor la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos»[77].

En esta misma línea se pronunció el TJCE en el célebre *caso Dutrueux*, donde aprecia que la responsabilidad de un prestador de servicios que utiliza, en el marco de una prestación de servicios como la atención sanitaria prestada en un hospital, aparatos o productos defectuosos de los que no es productor según el artículo 3 de la Directiva 85/374, y causa perjuicios al beneficiario de la prestación, por lo que no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva. Sin embargo, en la misma sentencia, el TJCE no se opone a que un Estado miembro fije un régimen específico para reconocer a quien sufrió el daño o a dicho prestador de servicios la facultad de exigir la responsabilidad del productor basándose en dicha Directiva cuando se cumplen los requisitos que esta establece[78].

A mayor abundamiento, el TJCE se ha pronunciado sobre el lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso o lugar del hecho causal, en relación con el artículo 5.3 del Reglamento 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. El TJCE resuelve que, caso de que se exija la responsabilidad de un fabricante debido a un producto defectuoso, el lugar del hecho causante del daño será el lugar de fabricación del producto de que se trate[79].

Otro caso relevante es el planteado por una persona con hemofilia desde 1984 y tratado, a partir de marzo de ese año, con *Hemofactor*, fabricado y distribuido por el *Instituto Grifols S.A.* Con estos antecedentes, el paciente es diagnosticado del VIH en abril de 1990, siendo desde entonces objeto de controles médicos periódicos en el Servicio de Medicina Interna del Hospital de la Seguridad Social de Cádiz. A primeros de marzo de 1992, al presentar el enfermo síntomas de deterioro inmunológico, se le instaura tratamiento antirretroviral, no habiéndose apreciado desde noviembre de 1993 ninguna variación médica, sin que consten datos ilustrativos del estadio y concretas repercusiones del virus inoculado en la salud física y mental del portador al tiempo del litigio.

A partir de septiembre de 1994, se le administran distintas dosis de *Factor-IX-P-Behring* procedente del antiguo *Instituto Behring S.A.*, hoy *Aventis Behring S.A.*, siendo diagnosticado de VHC en noviembre de 1997. Finalmente, el 25 de octubre de 2000, la víctima interpone demanda contra ambos laboratorios pidiendo la cantidad de 90 millones de pesetas en concepto de indemnización por responsabilidad civil por productos defectuosos. El juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 7 de Cádiz, dictó sentencia, de 25 de noviembre de 2005, estimando parcialmente la demanda contra *Aventis Behring S.A.* aplicando la Ley 22/1994, por la cual, la acción no había prescrito (tres años), condenando a dicha entidad a la cantidad de 36.060 euros e intereses, y desestimando la demanda contra el *Instituto Grifols S.A.* por haber prescrito la acción según la Ley 26/1984 y el artículo 1968.2 del Código Civil (un año).

Presentado recurso de apelación por el actor y *Aventis Behring S.A.*, la Audiencia Provincial de Cádiz, por sentencia de 20 de abril de 2007, desestima la

demanda contra el laboratorio por ausencia de nexo o relación de causalidad entre la aplicación del concentrado plasmático de la codemandada y el contagio analizado. Se tiene en cuenta la administración previa del factor de coagulación del *Instituto Grifols S.A.* en términos de idoneidad para la inoculación del VHC y que el enfermo presentaba ya desde 1991 elevaciones de transaminasas, sugestivas de hepatopatía crónica, sumado todo ello, a que el hemoderivado de *Aventis Behring S.A.* respondía a unas pautas de seguridad generalizadas que ya a partir de 1992 eliminaban todo posible riesgo de infección o contagio[80].

Interpuesto recurso de casación, el TS en sentencia de 19 de enero de 2011 declara no haber lugar al recurso. Motiva la Sala que en el supuesto de *daño continuado* «…la fijación del *dies a quo*, para la computación del plazo prescriptivo de la acción, ha de determinarlo el juzgador de instancia con arreglo a las normas de la sana crítica, siendo doctrina también reiterada (STS, de 27 de mayo de 2009 y 16 de junio de 2010)…»[81].

El 5 de octubre de 1999, es la fecha en que el TS condenó por primera vez a un laboratorio farmacéutico a pagar una indemnización a un paciente que en 1986 fue tratado con plasma sanguíneo comercializado por dicho laboratorio y que a la postre fue lo que le contagió del VHC. El paciente interpuso la demanda en 1993, fundada en el artículo 1902 del Código Civil, a *ICN-Hubber S.A.*, comercializadora del plasma. Por su parte, el laboratorio alegó en su defensa: prescripción de la acción, falta de legitimación pasiva, ausencia de litisconsorcio pasivo necesario, e inexistencia de relación de causalidad. El 16 de febrero de 1994, el juez del Juzgado de Primera Instancia número 14 de Zaragoza, desestimó íntegramente la demanda y absolvió al laboratorio, rechazando las tres primeras alegaciones de la demandada, pero admitiendo la cuarta, calificando el contagió como caso fortuito, y no considerando así la culpa o negligencia del 1902 del Código Civil, ni la responsabilidad excepcional y cuasiobjetiva del artículo 28 de la Ley 26/1984. En apelación, la Audiencia Provincial de Zaragoza, casi un año después, el 17 de enero de 1995, declaró que la excepción de *riesgos de desarrollo* establecida por la Ley 22/1994 no era aplicable al caso por haberse producido los hechos antes de la entrada en vigor de esta.

El actor interpuso entonces recurso de casación ante el TS, alegando infracción de los artículos 43 y 51 de la Constitución, donde respectivamente se reconoce el derecho a la protección de la salud y la obligación de los poderes públicos de garantizar la defensa de consumidores y usuarios, todo ello, en relación al artículo 28 de la Ley 26/1984. El TS declaró, el 5 de octubre de 1999, haber lugar al recurso en aplicación al artículo 28 de la Ley 26/1984 y al 40 de la Ley 25/1990[82], condenando por ello a *ICN-Hubber S.A.* a pagar al actor una indemnización de 300.506 euros, desglosada a partir de criterios de discrecionalidad en 210.354 euros por daños personales y 90.152 euros por daños morales.

La sentencia constituye un hito jurisprudencial al fijar una responsabilidad objetiva del fabricante, dada la desestimación de la excepción de *riesgos de desarrollo* en productos farmacéuticos defectuosos comercializados antes del 8 de julio de 1994, fecha de entrada en vigor de la Ley 22/1994. De modo que la industria farmacéutica responderá por responsabilidad por producto defectuoso en caso de *riesgos de desarrollo,* hasta un límite de 3.005.060,52 euros por los daños producidos desde el 25 de julio de 1984, fecha de entrada en vigor de la Ley 26/1984, y hasta los 63.106.270,96 euros por los producidos desde la entrada en vigor de la Ley 22/1994. Ambas cifras sin embargo, se antojan poco flexibles ante la eventualidad de poder producirse alguna vez «daños masivos y muy graves» no cubiertos con ambos límites[83], situación en la que cabría alegar el régimen

general del Código Civil (1902 y sigs. para la responsabilidad extracontractual y 1101 y sigs. para la contractual) en aras al principio de reparación íntegra, tal como ya hemos comentado anteriormente.

Algunas sentencias han apreciado una concurrencia de culpas entre los laboratorios y la Administración sanitaria. Así la STSJ de Madrid, de 7 de junio de 2002, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, condena al *Laboratorio Baxter,* como suministrador del *Gammagard,* y a la *Comunidad de Madrid* por culpa *in vigilando* al no haber detectado el VHC cuando ya era posible hacerlo, moderando la responsabilidad patrimonial de la Administración conforme al artículo 1103 del Código Civil[84]. También la SAP de Baleares, de 4 de abril de 1995, Sala de lo Civil, confirma la condena de instancia por la que se obligaba a indemnizar con 210.354 euros a *Laboratorios Landerlan,* fabricante del hemoderivado *Bebulin,* y al *INSALUD*, por una transfusión practicada en octubre de 1984 con consecuencia de contagio de VIH[85].

Un caso más atípico resulta el mencionado tratamiento, durante el año 1997, de pacientes en hospitales gallegos con el radiofármaco *Amerscan Pulmonate II,* elaborado con plasma humano por el laboratorio británico *Nycomed Amersham,* detectándose que uno de los donantes de la partida de plasma había desarrollado una nueva variante de la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob con posterioridad a la donación.

Los pacientes demandaron de forma conjunta a la Administración sanitaria y al laboratorio fabricante del radiofármaco. Sin embargo, el TSJ de Galicia, entre el 26 de noviembre de 2003 y el 21 de julio de 2004, periodo en el que dictó 28 sentencias en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública consideró «que la exoneración de responsabilidad de la Administración impedía condenar en este litigio a un sujeto privado autónomamente, por lo que la responsabilidad de la empresa fabricante del medicamento se debía ventilar en un procedimiento civil en el que habría que atender a la Ley 26/1984 (arts. 27.1 y 28), y Ley 22/1994 (art. 6.3), así como a la Directiva 93/42» relativa a los productos sanitarios.

El TSJ de Galicia, atendidos los artículos 2 e) de la Ley 29/1998 y 9.4 de la LOPJ, ambos de 13 de julio de 1998, determinó que la competencia para conocer de la responsabilidad de los sujetos demandados correspondía a la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que la concurrencia de la Administración y del laboratorio a la producción del daño y del conocimiento de su responsabilidad quedaría atribuido a dicha jurisdicción. Llama, poderosamente, la atención que el TSJ de Galicia se declare incompetente para conocer de la responsabilidad civil del laboratorio tras pronunciarse sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, exonerándola por ausencia de *antijuridicidad* en el daño, y alterando así el «orden lógico de todo procedimiento jurisdiccional, obligando a iniciar un nuevo procedimiento ante la jurisdicción civil, con el consiguiente quebranto del principio de economía del proceso», y arrastrando inevitablemente a un *peregrinaje de jurisdicciones*[86].

Sin embargo, con anterioridad a la modificación sufrida por la LOPJ en julio de 1998, el criterio del TS Sala de lo Civil difería con el planteamiento actual. Así, tras una demanda ejercitada únicamente contra la Administración Sanitaria de la Comunidad Autónoma de Cataluña por la viuda, en sustitución de un paciente fallecido en junio de 1990 víctima de sendos contagios de VIH y VHC, al serle transfundidos por vía parenteral dos concentrados de protrombina, fundándose tan solo en el artículo 106.2 de la Constitución por funcionamiento defectuoso de la asistencia pública sanitaria, el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5

de Hospitalet de Llobregat desestimó, el 15 de julio de 1991, la demanda sin entrar a conocer del fondo del asunto, apreciando la excepción dilatoria de incompetencia de jurisdicción.

Apelada la resolución anterior, la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 11 de enero de 1993, acogió en parte el recurso y la demanda, absolviendo a la Generalidad de Cataluña y al Hospital demandado y condenando al Instituto Catalán de la Salud al pago a la actora de 40 millones de pesetas, ante lo que el Instituto Catalán de la Salud interpuso recurso de casación, alegando falta de jurisdicción de los tribunales civiles, basándose en el artículo 9.4 de la LOPJ (previa a su modificación) y limitando los supuestos de ejercicio de la acción a los de culpa extracontractual frente a la Administración.

El TS declara en este caso la «…preferencia a la jurisdicción civil, atendiendo, especialmente a la *vis atractiva* que se le reconoce en el artículo 9.2 de la LOPJ, y a un elemental principio de economía procesal, para evitar el *peregrinaje jurídico-judicial* que de otra forma se produciría…la declaración de incompetencia del Tribunal civil, a los nueve años largos de ocurrir el luctuoso suceso…significaría embarcarlos en una nueva búsqueda de Juez competente…con la recuperación por esta Sala de la plena jurisdicción para conocer de la cuestión litigiosa… conforme al principio general de la evitación del *peregrinaje de jurisdicciones*» ajustándose así a la «doctrina de la *vinculación más fuerte*».

En cuanto a la delimitación del campo propio de la responsabilidad civil por culpa extracontractual y culpa contractual, el TS observa en la sentencia la responsabilidad contractual así como la legitimación pasiva del Instituto Catalán de la Salud, aduciendo para ello, jurisprudencia reiterada y constante de la Sala Primera del TS (STS, de 30 de enero de 1990, 30 de julio de 1991 o 27 de febrero de 1995), según la cual: «…cuando las entidades gestoras de la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, bien sea el INSALUD, bien las que han venido a sucederle en las Comunidades Autónomas —así en Cataluña el Instituto Catalán de la Salud— realizan actuaciones de atención médico-sanitaria respecto a los particulares no lo hacen en el marco de una relación jurídico-pública, pues ni se hallan dotadas de *ius imperium,* ni ejercitan actividad de prestación de servicios públicos, sino en el de una relación de Derecho privado, a modo de empresarios obligados a procurar la curación de un lesionado o enfermo, con aplicación de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, según la cual cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración…resulta innegable que la actuación de la entidad pública demandada-recurrida, aunque se facilitase en virtud de una obligación legal, no acaeció dentro del ámbito de sus facultades soberanas, como parte de la Administración pública, sino como entidad privada para proceder a la asistencia de un enfermo que había sido ingresado para su curación…». De este modo la Sala se decanta conforme al concepto de *unidad de culpa civil* con la siguiente argumentación: «…o yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales que dan lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra e incluso proporcionando los hechos al juzgador para que este aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a ellos, todo a favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible (STS de 15 de febrero de 1993) …no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento aunque

el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual o viceversa».

A renglón seguido, el TS hace alusión a conceptos ya expuestos anteriormente como los artículos 1101, 1104 y 1105 del Código Civil, y al *consentimiento informado* o a la *diligencia exigible*: «…el deber de protección que impone a todo contratante la buena fe obligaba a los servicios médicos del organismo autónomo codemandado, como prestadores de la asistencia sanitaria al actor originario, a, de una parte…reducir el uso de las transfusiones a los supuestos de riesgo vital o de graves e irreparables consecuencias para la salud del paciente, cuando no existiera método terapéutico alternativo, y, de otra parte, a informar al enfermo… de los posibles efectos gravosos para su salud a que podía dar lugar la transfusión a que iba a ser sometido, de modo que pudiera dar a la misma una conformidad fundada en el conocimiento exacto de dichos efectos y asumiendo el riesgo de que llegaran a hacerse realidad…»[87].

Como reflexión final quiero hacer un reflejo de la situación actual del VHC en España, donde la prevalencia de la enfermedad se sitúa entre el 1-2 por ciento de la población, con 450.000-900.000 afectados y un resultado de 4.000 muertes al año. Por otro lado, la actual irrupción en el arsenal terapéutico de un conjunto de nuevos antivirales pueden contribuir más eficazmente a erradicar el VHC, sin embargo, el excesivo coste para la Administración puede convertir el asunto en un verdadero problema social, como puede constatarse en la elaboración de informes terapéuticos motivados, en gran medida, por este techo de gasto, y cuyos resultados obligarán sin duda en el futuro a mayores sinergias de gestión entre la Administración y los laboratorios fabricantes de los nuevos antivirales[88]. No obstante para los pacientes contagiados por el uso de sangre o hemoderivados contaminados de VHC, estos nuevos tratamientos antivirales pueden abrir una novedosa vía de reparación tanto en el cauce extrajudicial como en la judicial.

IV. CONCLUSIONES

I. La reciente Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, poco añade en materia de productos defectuosos, por lo que seguiremos remitiéndonos al Real Decreto Legislativo 1/2007 y al resarcimiento integral de la víctima por las reglas generales de la responsabilidad civil.

II. En cuanto a la prescripción de la acción, el Tribunal Supremo se muestra favorable a una interpretación reparadora de la víctima en aplicación del principio de *unidad de culpa civil*. La industria farmacéutica responde, por tanto, por la responsabilidad por producto defectuoso en caso de *riesgos de desarrollo,* hasta un límite de 3.005.060,52 euros por los daños producidos desde el 25 de julio de 1984, fecha de entrada en vigor de la Ley 26/1984, y hasta los 63.106.270,96 euros por los daños ocasionados desde la entrada en vigor de la Ley 22/1994, el 8 de julio de 1994.

III. Tras la modificación el 13 de julio de 1998, de los artículos 9.4 de la LOPJ y 2.e) de la Ley 29/1998, se atribuye al orden jurisdiccional contencioso-administrativo la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación, no pudiendo ser demandadas ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurran particulares. Todo ello en detrimento de la línea anterior, por la cual el Tribunal Supremo declaraba la preferencia por la

jurisdicción civil, atendiendo, especialmente a la *vis atractiva* que se le reconoce en el artículo 9.2 de la LOPJ. Además, una vez reformada la Ley 30/1992 mediante la Ley 4/1999, se exonera de responsabilidad a la Administración por los consabidos *riesgos del desarrollo*.

IV. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictaminado que, el margen de apreciación de los Estados en materia de productos defectuosos, se rige por la Directiva 85/374. Por tanto, consideró oportuno concentrar en el productor la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, sin impedir la adopción de otros regímenes de responsabilidad contractual o extracontractual en una norma nacional, siempre que estos se basen en fundamentos diferentes de responsabilidad como la culpa o los vicios ocultos. Adicionalmente, aprecia que la responsabilidad de un prestador de servicios que emplea, en una prestación de servicios como la atención hospitalaria, aparatos o productos defectuosos (de los que no es productor en el sentido de lo dispuesto en la Directiva 85/374) y causa perjuicios al beneficiario, no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva. Sin embargo, no se opone a que un Estado miembro establezca un régimen específico para reconocer a quien sufrió el daño o a dicho prestador de servicios la facultad de exigir la responsabilidad del productor basándose en dicha Directiva cuando se cumplen los requisitos que esta establece. También fija el lugar de fabricación del producto como el lugar del hecho causante de los daños, o que la reparación del daño moral se rige exclusivamente por disposiciones del derecho nacional.

V. Con el fin de economizar costes y tiempo en la resolución de los conflictos causados por el contagio de sangre y hemoderivados, necesarios por el progresivo deterioro de estos pacientes, resulta más que recomendable acudir a vías extrajudiciales de conflictos. En ciertos supuestos, ya han sido utilizadas, como la transacción, a la que podemos sumar también la mediación o el arbitraje, así como la posibilidad de implantar acciones colectivas. La aparición de recientes y eficaces tratamientos antivirales pueden constituir asimismo una novedosa vía de negociación.

V. BIBLIOGRAFÍA

AZPARREN LUCAS. La supervivencia de la Ley de Consumidores tras la entrada en vigor de la Ley de Productos Defectuosos, *Estudios sobre Consumo*, núm. 54, 2000, pp. 144-171.

CALVO ANTÓN, La responsabilidad del fabricante por daños causados por productos defectuosos en la actualidad, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, Editorial Complutense, 31, Madrid, 1994, p. 4.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, POUS DE LA FLOR, TEJEDOR MUÑOZ, *Derecho civil de la Unión Europea*, Madrid, 2012.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Riesgos del desarrollo y sangre contaminada: tres jurisdicciones, tres respuestas distintas, *Repertorio de Jurisprudencia,* núm. 41 y 42/1999, parte estudio*,* Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 3-7. La mayor parte del análisis jurisprudencial aludido se fundamenta en las STS de 28 de diciembre de 1998 y 3 de diciembre de 1999.

DONADO VARA, Responsabilidad civil farmacéutica derivada de medicamentos o productos sanitarios: El derecho a la información en el ámbito sanitario y la omisión en el prospecto de los efectos secundarios*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 734, noviembre 2012, 3584-3599.

GILI SALDAÑA, Responsabilidad de la Administración por el posible contagio de la nueva variante de la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob, *In Dret Revista para el análisis del Derecho,* Barcelona, enero de 2006, p. 2.

GÓMEZ CALLE, La responsabilidad civil derivada de la fabricación de productos farmacéuticos defectuosos, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo,* tomo II, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1984-1985.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, El daño en la responsabilidad civil por productos defectuosos (Régimen jurídico de sus clases, cobertura y limitaciones en la legislación de consumo española, a la luz del cuarto Informe de la Comisión Europea de 8 de septiembre de 2011 sobre la Directiva 85/374/CEE), *Diario La Ley,* 7859, 16 de mayo de 2012, editorial La Ley, 108/109, sección estudios, septiembre-octubre, 2012, pp. 3-6 y 9-13.

JIMÉNEZ M., *Grifols* firma un pacto para evitar demandas por contagio de sida, *Diario Cinco Días,* 3 de mayo de 2006.

JORDANO FRAGA, La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas, *RAP*, 149, mayo-agosto, 1999, pp. 321 y sigs.

LASARTE ÁLVAREZ, *Derecho de obligaciones, Principios de Derecho civil II,* Madrid, 2013, 16.ª ed.

— *Manual sobre protección de consumidores y usuarios,* Madrid, 2013, 5.ª ed. y 2014, 6.ª ed.

LÓPEZ MENUDO, Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema, VIII Congreso Derecho y Salud *Nuevas perspectivas de la responsabilidad*, Santiago de Compostela, noviembre de 1999, pp. 78-90.

LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS, Los daños causados por productos defectuosos, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 7, 2013, pp. 92-97 y 105-107.

LORENZO-REGO, Responsabilidad por productos defectuosos en la prestación sanitaria, *Práctica Derecho de daños*, 104, mayo de 2012, pp. 12 y 16.

MORETÓN SANZ, El legado alternativo y la facultad de elección o concentración la mediación como fórmula recomendada judicialmente para la resolución de las controversias patrimoniales y familiares derivadas de la sucesión *mortis causa*, *RCDI*, 86, 721, 2010, pp. 2406-2424.

— 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, *Derecho de Daños. Una perspectiva contemporánea*, Presentación de Carlos ROGEL VIDE, Montivensa Editora jurídica, Lima, Perú, 2011, pp. 395-439.

— Cuestiones sobre la responsabilidad patrimonial y el servicio de atención residencial suministrado en régimen público y en régimen de concesión: *vis* atractiva del orden contencioso *versus vis* residual de la jurisdicción civil, *RCDI*, 731, pp. 1706 y sigs.

MORETÓN SANZ, TEJEDOR MUÑOZ, RUIZ JIMÉNEZ, Comentario a la STS de 29 de junio de 2000. La Responsabilidad civil de los centros docentes», *BFD*, 16, 2000, pp. 241 y sigs.

PARRA LUCÁN, La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales, *Tratado de Responsabilidad Civil,* Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 1175-1260.

SALVADOR CODERCH, SEUBA, RAMOS GONZÁLEZ, LUNA YERGA & RUIZ, Hepatitis y riesgos de desarrollo. Responsabilidad del laboratorio que comercializa

plasma sanguíneo infectado de VHC (STS, 1.ª, 5 de octubre de 1999) y de las Administraciones Públicas Sanitarias que lo emplean (STS, 3.ª, 31 de mayo de 1999), *In Dret Revista para el análisis del Derecho,* Barcelona, núm. 1, 2000, pp. 1-12.

SALVADOR CODERCH & SOLÉ FELIU, *Brujos y Aprendices. Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad del producto*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 1999, p. 15.

SARRATO MARTÍNEZ, *La responsabilidad administrativa, civil y penal en el ámbito del medicamento*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 217-221.

SEUBA TORREBLANCA, La responsabilidad civil por uso de sangre o productos hemoderivados contaminados. Un estudio jurisprudencial, *Derecho Privado y Constitución,* núm. 13, enero-diciembre 1999, pp. 381-382.

— Hepatitis C, *In Dret Revista para el análisis del Derecho,* Barcelona, núm. 1, 2000, pp. 6-8.

— *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del sida y de la hepatitis*, Civitas Ediciones, Madrid, 2002, pp. 194-203.

— Contagio transfusional del VHC. Comentario a la STS, 1.ª, de 10.6.2004», *In Dret Revista para el análisis del Derecho,* Barcelona, febrero de 2005, pp. 3-5.

TORRES X. M., Licencias obligatorias, *Correo Farmacéutico,* 16-22 de marzo de 2015, p. 16.

VÁZQUEZ BULLA, La responsabilidad civil por productos defectuosos a la luz de la nueva Ley 3/2014: pasado, presente y futuro desde la perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial, *Revista de Derecho UNED, núm. 14,* 2014, pp. 717-750.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJCE de 10 de mayo de 2001, rec. C-203/1999
- STJCE de 25 de abril de 2002, rec. C-183/2000
- STJCE de 10 de enero de 2006, rec. C-402/2003
- STJCE de 21 de diciembre de 2011, rec. C-495/2010
- STJCE de 16 de enero de 2014, rec. C-25/2013
- STS de 8 de octubre de 1988
- STS de 26 de enero de 1990
- STS de 30 de enero de 1990
- STS de 5 de junio de 1991
- STS de 30 de julio de 1991
- STS de 15 de febrero de 1993
- STS de 19 de diciembre de 1994
- STS de 27 de febrero de 1995
- STS de 6 de junio de 1996
- STS de 18 de febrero de 1997, núm. 108/1997, Sala de lo Civil
- STS de 24 de junio de 1997
- STS de 22 de diciembre de 1997
- STS de 11 de febrero de 1998
- STS de 26 de febrero de 1998
- STS de 4 de julio de 1998
- STS de 28 de diciembre de 1998
- STS de 31 de mayo de 1999, Sala 3.ª
- STS de 5 de octubre de 1999, Sala 1.ª
- STS de 3 de diciembre de 1999

- STS de 21 de febrero de 2003
- STS de 10 de junio de 2004, Sala 1.ª
- STS de 19 de febrero de 2007
- STS de 30 de abril de 2008, rec.332/2008
- STS de 27 de mayo de 2009
- STS de 16 de junio de 2010
- STS de 19 de enero de 2011, núm. 3/2011, Sala de lo Civil, Sección 1.ª
- STSJ de Asturias de 9 de mayo de 1995, Sala de lo Contencioso-Administrativo
- STSJ de Asturias de 23 de julio de 1997, Sala de lo Contencioso-Administrativo
- STSJ de Asturias de 5 de junio de 1998, Sala de lo Social
- STSJ de Navarra de 9 de junio de 1999
- SAP de Asturias de 7 de octubre de 1993, Sala de lo Civil
- SAP de Asturias de 22 de diciembre de 1993, Sala de lo Civil
- SAP de Cádiz de 20 de abril de 2007, núm. 198/2007
- JPI número 5 de Oviedo, auto de 13 de abril de 2000

NOTAS

[1] *Vid.*, DONADO VARA, Responsabilidad civil farmacéutica derivada de medicamentos o productos sanitarios: El derecho a la información en el ámbito sanitario y la omisión en el prospecto de los efectos secundarios, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 734, noviembre de 2012, 3577-3583. La Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios derogó la Ley 25/1990, del medicamento. Su artículo 7.1 establece como medicamentos los de uso humano y veterinario elaborados industrialmente o en cuya fabricación intervenga un proceso industrial, las fórmulas magistrales, los preparados oficinales y los medicamentos especiales dentro de los que se encuentran la sangre, el plasma y sus derivados, y los demás fluidos, glándulas y tejidos humanos, cuando se utilizan con finalidad terapéutica.

[2] Juzgado de Primera Instancia (a partir de ahora JPI) número 5 de Oviedo, auto de 13 de abril de 2000.

[3] *Vid.*, LASARTE ÁLVAREZ, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 6.ª ed., revisada y actualizada con la colaboración de MORETÓN SANZ, Madrid, 2014, pp. 221 y sigs.

[4] Los principios que configuran el sistema transfusional español son el altruismo, la gratuidad, la información, el consentimiento y la finalidad terapéutica. A partir de 1985, la no remuneración se utilizó como estrategia para evitar el contagio de enfermedades, además no se aceptaba entonces ningún candidato perteneciente a alguno de los grupos de riesgo. Desde 1996 se dejó de usar el criterio de los grupos de riesgo, sustituyéndolo por el análisis sobre la presencia del virus confirmado.

[5] *Vid.*, SEUBA TORREBLANCA, La responsabilidad civil por uso de sangre o productos hemoderivados contaminados. Un estudio jurisprudencial, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 13, enero-diciembre de 1999, pp. 381-382.

[6] La Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 6 de septiembre de 1985, junto con la Circular de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, de 30 de septiembre de 1985, implantaron las pruebas de detección de anticuerpos anti LAV/HTLV-III, virus asociado al VIH. Posteriormente, con la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 18 de febrero de 1987, se hizo obligatorio practicar pruebas de detección del VIH; Orden que a su vez fue modificada por la de 23 de julio de 1987. Esta necesaria imposición legal de practicar las pruebas para detectar el VIH fue establecida también por las Comunidades Autónomas con competencia sanitaria asumida; País Vasco, Orden de 10 de septiembre de 1985; Navarra, Decreto Foral 205/1985 de 23 de octubre de 1985; Aragón, Orden de 3 de diciembre de 1985; Cataluña, Orden de 10 de octubre de 1986.

Por su parte, la Circular de 20 de mayo de 1985, recomendó a los laboratorios farmacéuticos usar los test de detección del VIH, autorizados en Estados Unidos en marzo de 1985, en el plasma en el que elaboraban los hemoderivados. El 10 de septiembre de 1985, se publicó la Resolución del Ministerio de Sanidad y Consumo que establecía el procedimiento y documentación necesarios para obtener la autorización del reactivo para realizar la prueba de detección de anticuerpos anti LAV/HTLV-III, virus asociado al VIH. Por otro lado, la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 6 de septiembre de 1985, determinó que las industrias fabricantes de productos de fraccionamiento de plasma y de fabricación de hemoderivados realizasen, a partir del 1 de octubre de 1985, la prueba de detección de anticuerpos del virus asociado al VIH en todas las unidades de plasma procedentes de extracciones efectuadas en España destinadas al fraccionamiento y posterior obtención de hemoderivados, así como a las existencias de plasma de que se dispusieran. Para las importaciones de plasma, este debía contar con un certificado acreditativo de que la prueba de detección de anticuerpos había resultado negativa.

[7] La obligación se establece por la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 3 de octubre de 1990, que quedó posteriormente derogada por el Real Decreto 1854/1993. Cataluña ya la había establecido por Orden de 15 de marzo de 1990, y Valencia por Orden de 1 de junio de 1990. La Circular de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, de 19 de febrero de 1993, impuso la prueba de anticuerpos VHC en el plasma para producir hemoderivados a los laboratorios farmacéuticos, transponiendo así un Acuerdo del 3 de diciembre de 1992 por el Comité de Especialidades Farmacéuticas de la Comunidad Europea.

[8] Los medicamentos radiofármacos están regulados por los artículos 51-53 de la Ley 25/1990 y el Real Decreto 479/1993, de 2 de abril, por el que se regulan los medicamentos radiofármacos de uso humano. En la Comunidad Autónoma de Galicia se regula en los artículos 44-48, de la Ley 5/1999, de Ordenación Farmacéutica, modificada por la Ley 4/2005, de 17 de marzo.

[9] *Vid.*, GILI SALDAÑA, Responsabilidad de la Administración por el posible contagio de la nueva variante de la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob, *In Dret Revista para el análisis del Derecho,* Barcelona, enero de 2006, p. 2.

[10] Por todos, *vid.*, LASARTE ÁLVAREZ, *Derecho de obligaciones, Principios de Derecho civil II*, Madrid, 2014, 17.ª ed., pp. 261 y sigs. y *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2014, 6.ª ed., También *vid.*, CALVO ANTÓN, La responsabilidad del fabricante por daños causados por productos defectuosos en la actualidad, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, 31, Editorial Complutense, Madrid, 1994, p. 4.

[11] *Vid.,* DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, POUS DE LA FLOR, TEJEDOR MUÑOZ, *Derecho civil de la Unión Europea*, Madrid, 2012.

[12] *Vid.,* STS, de 8 de octubre de 1988: «la jurisprudencia ha ido evolucionando hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, convirtiéndose el requisito de previsibilidad en esencial para generar culpa extracontractual». Dice la STS, de 26 de enero de 1990: «la jurisprudencia hace dimanar responsabilidad de actos ilícitos realizados en daño de otras personas existiendo culpa, aunque se hayan cumplido las disposiciones reglamentarias, cuando se exige la diligencia posible y socialmente adecuada, y en esa responsabilidad no está excluida, desde luego, la persona del fabricante del objeto causante de los daños, ni tampoco la entidad o persona que actúa como vendedora».

[13] Artículos 25-28. El artículo 28 establece que se responderá de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario. Se consideraban expresamente sometidos a este régimen de responsabilidad, entre otros, las especialidades y productos farmacéuticos y los servicios sanitarios. Asimismo las responsabilidades tendrían como límite la cuantía de 500 millones de pesetas, cantidad que debería ser revisada y actualizada periódicamente por el Gobierno.

[14] *Vid.,* STS, de 5 de junio de 1991: «La asistencia sanitaria prestada por el INSALUD a los beneficiarios de la Seguridad Social está englobada en el servicio público de protección

de la salud, servicio público que como tal, y máxime si está regido por el principio de eficacia, es responsable de la lesión que por su funcionamiento normal o anormal sufra todo particular, lesión que ha de ser indemnizada…».

[15] Artículos 1-13.

[16] No puso el producto en circulación. El defecto no existía al ponerlo en circulación. No lo fabricó para venderlo. El defecto se debe a fabricar según normas imperativas. El estado de la técnica no permite en ese momento descubrir el defecto. Y si se es fabricante solo de partes, que el defecto sea por causa del diseño o del fabricante del producto final.

[17] *Vid.,* LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS, «Los daños causados por productos defectuosos», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 7, 2013, pp. 92-97.

[18] Artículos 128-149.

[19] *Vid.,* LORENZO-REGO, «Responsabilidad por productos defectuosos en la prestación sanitaria», *Práctica Derecho de daños*, 104, La Ley, mayo 2012, pp. 12 y 16: «Aquí prima la protección al consumidor en todo caso, y el productor responde siempre, pues se supone que los medicamentos han pasado los controles de seguridad establecidos en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios». La autora también distingue entre medicamento defectuoso «defecto involuntario» y medicamento falsificado «defecto voluntario» al amparo de la Directiva 2011/62, de 8 de junio, sobre productos farmacéuticos, que modifica la Directiva 2001/83 y establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano, en lo relativo a la prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal.

[20] *Vid.,* VÁZQUEZ BULLA, La responsabilidad civil por productos defectuosos a la luz de la nueva Ley 3/2014: pasado, presente y futuro desde la perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial, *Revista de Derecho UNED, núm. 14,* 2014, pp. 717-750.

[21] El artículo 3 del Real Decreto-ley 9/1993, titulado «incompatibilidades», establece que la percepción de estas ayudas sociales sería compatible con la de cualquier pensión pública, siendo necesaria la renuncia previa al ejercicio de todo tipo de reclamaciones, por contagio de VIH, contra cualquiera de las administraciones públicas sanitarias o su personal. Tampoco podría acceder a estas ayudas quien ya hubiera obtenido sentencia condenatoria favorable por esta causa. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de octubre de 1998, ante un caso similar acaecido en Francia, estimó semejante cláusula como una violación del derecho a acceder a los tribunales.

[22] «Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional».

[23] *Vid.,* en este sentido MORETÓN SANZ, TEJEDOR MUÑOZ, RUIZ JIMÉNEZ, Comentario a la STS de 29 de junio de 2000. La Responsabilidad civil de los centros docentes, *BFD*, 16, 2000, pp. 241 y sigs.

[24] *Vid.,* 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, *Derecho de Daños. Una perspectiva contemporánea*, Presentación de Carlos ROGEL VIDE, Montivensa Editora jurídica, Lima, Perú, 2011, pp. 395-439.

[25] *Vid.,* SEUBA TORREBLANCA (1999), *op. cit.,* pp. 385-407 y 451.

[26] STS, de 30 de abril de 2008, rec. 332/2008.

[27] Artículo 1101 del Código Civil.

[28] Artículo 1104 del Código Civil.

[29] Artículo 1105 del Código Civil.

[30] Artículo 1902 del Código Civil.

[31] Artículo 1903 del Código Civil.

[32] *Vid.,* DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Riesgos del desarrollo y sangre contaminada: tres jurisdicciones, tres respuestas distintas, *Repertorio de Jurisprudencia,* núm. 41 y 42/1999, parte estudio, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 3-7. La mayor parte del análisis jurisprudencial aludido se fundamenta en las STS de 28 de diciembre de 1998 y 3 de diciembre de 1999.

[33] *Vid.,* SEUBA TORREBLANCA, Contagio transfusional del VHC. Comentario a la STS, 1.ª, de 10.6.2004, *In Dret Revista para el análisis del Derecho,* Barcelona, febrero de 2005, 3-5.

[34] En el curso de la tramitación parlamentaria de la Ley 22/1994, las asociaciones empresariales intentaron que el límite a la indemnización se aplicara a todos los fabricantes responsables en su conjunto.

[35] *Vid.,* GÓMEZ CALLE, La responsabilidad civil derivada de la fabricación de productos farmacéuticos defectuosos, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Díez-Picazo*, tomo II, Civitas Ediciones, Madrid, 2003, pp. 1984-1985.

[36] Artículo 147 del Real Decreto 1/2007.

[37] Artículo 148 del Real Decreto 1/2007.

[38] *Vid.,* LASARTE ÁLVAREZ (2014) *op. cit.,* p. 303.

[39] Artículo 141.1 del Real Decreto 1/2007.

[40] *Vid.,* STS, de 31 de mayo de 1999.

[41] El consentimiento informado se regula en la actualidad por 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.

[42] STS, de 24 de junio de 1997.

[43] STS, de 18 de febrero de 1997.

[44] *Vid.,* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (a partir de ahora STSJ) de Navarra, de 9 de junio de 1999.

[45] *Vid.,* STS, de 31 de mayo de 1999: «…fuerza mayor y caso fortuito son unidades jurídicas diferentes: a) En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad; indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida; interioridad, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización… b) En la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio…».

[46] *Vid.,* LÓPEZ MENUDO, Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema, VIII Congreso Derecho y Salud «*Nuevas perspectivas de la responsabilidad*», Santiago de Compostela, noviembre de 1999, pp. 78-90.

[47] *Vid.,* SALVADOR CODERCH & SOLÉ FELIU, *Brujos y Aprendices. Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad del producto*, Editorial Marcial Pons, Barcelona, 1999, p. 15.

[48] En el artículo 128 párrafo 2.º del Real Decreto 1/2007 se recoge: «Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar».

[49] *Vid.,* STS, de 4 de julio de 1998: «…tienen las referidas empresas farmacéuticas el deber de soportarlo como consecuencia del riesgo industrial o comercial derivado de su actividad encaminada primordialmente al cuidado de la salud de los destinatarios de los productos que elaboran, lo que también les proporciona ventajas o beneficios y, por consiguiente, les obliga a afrontar las pérdidas».

[50] *Vid.,* JORDANO FRAGA, La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas, *RAP*, 149, mayo-agosto, 1999, pp. 321 y sigs. *Vid.,* también, MORETÓN SANZ, Cuestiones sobre la responsabilidad patrimonial y el servicio de atención residencial suministrado en régimen público y en régimen de concesión: *vis* atractiva del orden contencioso *versus vis* residual de la jurisdicción civil, *RCDI*, 731, pp. 1706 y sigs.

[51] *Vid.,* STS, de 11 de febrero de 1998.

[52] *Vid.,* STS, de 26 de febrero de 1998.

[53] *Vid.,* SEUBA TORREBLANCA, Hepatitis C, *In Dret,* Barcelona, 1, 2000, pp. 6-8.

[54] *Vid.,* Sentencia de la Audiencia Provincial (a partir de ahora SAP) de Asturias, de 7 de octubre de 1993, Sala de lo Civil. Persona de 50 años contagiada por VHC y sometida a tratamiento.

[55] *Vid.,* STSJ de Asturias, de 9 de mayo de 1995, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

[56] *Vid.,* SAP de Asturias, de 22 de diciembre de 1993, Sala de lo Civil.

[57] *Vid.,* STSJ de Asturias, de 9 de mayo de 1995, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

[58] *Vid.,* STSJ de Asturias de 5 de junio de 1998, Sala de lo Social.

[59] *Vid.,* LASARTE ÁLVAREZ (2010), *op. cit.,* p. 296.

[60] *Vid.,* STJCE, de 10 de mayo de 2001, rec. C-203/1999. El caso *Veedfald* interpreta y aclara diversas dudas en torno a los tipos de daños previstos en el artículo 9 de la Directiva 85/374: «A excepción del daño moral cuya reparación se rige exclusivamente por las disposiciones del derecho nacional y de las exclusiones que resultan de las precisiones aportadas por esta disposición en lo que respecta a los daños causados a una cosa, un estado miembro no puede limitar los tipos de daño material causado por muerte o lesiones corporales, o de daño causado a una cosa o que consista en la destrucción de una cosa, que han de ser indemnizados. El juez nacional está obligado a examinar en qué categoría deben agruparse las circunstancias del asunto, a saber si se trata bien de daños cubiertos por el artículo 9, párrafo primero, letra a) o b) de la Directiva, o bien de daños morales que puedan estar cubiertos por el derecho nacional. En cambio, no puede denegar toda indemnización en virtud de dicha Directiva basándose en que, pese a concurrir los demás requisitos de la responsabilidad, los daños sufridos no están comprendidos en ninguna de las categorías antes mencionadas».

[61] *Vid.,* GUTIÉRREZ SANTIAGO, El daño en la responsabilidad civil por productos defectuosos (Régimen jurídico de sus clases, cobertura y limitaciones en la legislación de consumo española, a la luz del cuarto Informe de la Comisión Europea de 8 de septiembre de 2011 sobre la Directiva 85/374/CEE), *Diario La Ley,* 7859, 16 de mayo de 2012, Editorial La Ley, 108/109, sección estudios, septiembre-octubre, 2012, p. 6.

[62] *Vid.,* STSJ de Asturias, de 23 de julio de 1997, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

[63] Artículo 143 del Real Decreto 1/2007.

[64] Artículo 144 del Real Decreto 1/2007. Debe tenerse en cuenta que la Directiva 85/374 no contiene una definición de puesta en circulación. El TJCE consideró en la *sentencia Veedfald* de 10 de mayo de 2001, rec. C-203/1999, que los casos taxativamente enumerados en el artículo 7 de la Directiva, en los que el productor puede liberarse de su responsabilidad, deben ser objeto de una interpretación estricta. «En el sentido de que un producto defectuoso se pone en circulación cuando se utiliza en el marco de una prestación médica concreta que consiste en preparar un órgano humano para su trasplante y el daño causado a este es consecuencia de dicha preparación. También debe interpretarse en el sentido de que la exoneración de responsabilidad por falta de actividad con fines económicos o de actividad profesional no se aplica al caso de un producto defectuoso que ha sido fabricado y utilizado en el marco de una prestación médica concreta totalmente financiada con fondos públicos y por la que el paciente no debe pagar contraprestación alguna».

[65] *Vid.,* LASARTE ÁLVAREZ (2010) *op. cit.,* p. 299.

[66] *Vid.,* STS, de 18 de febrero de 1997, núm. 108/1997, Sala de lo Civil: «…la doctrina civilista actual sostiene que sería erróneo considerar que si el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización solo en normas de responsabilidad extracontractual o solo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia por cambio de la causa de pedir si funda la decisión en normas de culpa distintas de las invocadas. La *causa petendi* que con el *petitum* configuran la pretensión procesal se define por el relato de los hechos y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico. La jurisprudencia de esta Sala se ha decantado en esta línea, conforme al concepto de *unidad de culpa*».

[67] *Vid.,* SEUBA TORREBLANCA (1999), *op. cit.,* pp. 408-457.

[68] *Vid.,* SARRATO MARTÍNEZ, *La responsabilidad administrativa, civil y penal en el ámbito del medicamento*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 217-221.

[69] *Vid.,* GÓMEZ CALLE (2003), *op. cit.,* p. 1990.

[70] *Vid.,* PARRA LUCÁN, La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales, *Tratado de Responsabilidad Civil,* Editorial Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 1175-1260.

[71] *Vid.,* SEUBA TORREBLANCA, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del sida y de la hepatitis*, Civitas Ediciones, Madrid, 2002, pp. 194-203.

[72] *Vid.,* en este sentido las apreciaciones judiciales acerca de la conveniencia de la mediación en MORETÓN SANZ, El legado alternativo y la facultad de elección o concentración la mediación como fórmula recomendada judicialmente para la resolución de las controversias patrimoniales y familiares derivadas de la sucesión *mortis causa*, *RCDI*, 86, 721, 2010, 2406-2424.

[73] *Vid.,* JIMÉNEZ M., *Grifols* firma un pacto para evitar demandas por contagio de sida, *Diario Cinco Días,* 3 de mayo de 2006.

[74] *Vid.,* SEUBA TORREBLANCA (2002), *op. cit.,* pp. 413-418.

[75] *Vid.,* JPI número 5 de Oviedo, auto de 13 de abril de 2000. El titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, que planteó la cuestión prejudicial, era partidario de mantener las condiciones más favorables al consumidor que otorgaba la Ley 26/1984, tal como manifestó en su artículo doctrinal. *Vid.,* AZPARREN LUCAS, La supervivencia de la Ley de Consumidores tras la entrada en vigor de la Ley de Productos Defectuosos, *Estudios sobre Consumo,* núm. 54, 2000, pp. 144-171.

[76] *Vid.,* STJCE, de 25 de abril de 2002, rec. C-183/2000.

[77] STJCE, de 10 de enero de 2006, rec. C-402/2003.

[78] *Vid.,* STJCE, de 21 de diciembre de 2011, rec. C-495/2010.

[79] *Vid.,* STJCE, de 16 de enero de 2014, rec. C-25/2013.

[80] *Vid.,* SAP de Cádiz, de 20 de abril de 2007, núm. 198/2007.

[81] *Vid.,* STS, de 19 de enero de 2011, núm. 3/2011, Sala de lo Civil, Sección 1.ª.

[82] Artículo 40 «Medicamentos derivados de la sangre del plasma y de los demás fluidos glándulas y tejidos humanos. 1. Los derivados de la sangre del plasma y de los demás fluidos, glándulas y tejidos humanos, cuando se utilicen con finalidad terapéutica, se considerarán medicamentos y estarán sujetos al régimen previsto en esta Ley con las particularidades que se establezcan reglamentariamente según la naturaleza y características. 2. La sangre, plasma y sus derivados y demás fluidos, glándulas y tejidos humanos procederán, en todo caso, de donantes identificados y obtenidos en centros autorizados. Se adoptarán las medidas precisas que impidan la transmisión de enfermedades infecciosas».

[83] *Vid.,* SALVADOR CODERCH, SEUBA, RAMOS GONZÁLEZ, LUNA YERGA & RUIZ, Hepatitis y riesgos de desarrollo. Responsabilidad del laboratorio que comercializa plasma sanguíneo infectado de VHC (STS, 1.ª, 5 de octubre de 1999) y de las Administraciones Públicas Sanitarias que lo emplean (STS, 3.ª, 31 de mayo de 1999), *In Dret* 1, 2000, pp. 1-12.

[84] *Vid.,* SARRATO MARTÍNEZ (2014), *op. cit.,* pp. 221-225.

[85] *Vid.,* SALVADOR CODERCH, SEUBA, RAMOS GONZÁLEZ, LUNA YERGA & RUIZ (2000), *op. cit.,* p. 11.

[86] GILI SALDAÑA (2006), *op. cit.,* pp. 1-11.

[87] *Vid.,* STS, de 18 de febrero de 1997, núm. 108/1997, Sala de lo Civil.

[88] TORRES X. M., Licencias obligatorias, *Correo Farmacéutico,* 16-22 marzo de 2015, p. 16.

1.7. Concursal

Ejecución hipotecaria y enriquecimiento injusto a propósito de la STS de 13 de enero de 2015

Foreclosure and unfair enrichment about STS 13 January 2015

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogada y profesora del Máster de acceso a la abogacía de la Universidad de La Rioja

RESUMEN: El tema objeto de nuestro estudio parte del contexto social y económico de crisis económica por la que atravesamos, con una situación de sobreendeudamiento hipotecario de los consumidores que ha multiplicado las ejecuciones hipotecarias y, en el que se encuentran implicados derechos fundamentales como el derecho a la tutela judicial efectiva, y el derecho a una vivienda digna *ex* artículos 24 y 47 de la Constitución española. En dicha coyuntura se dicta el Auto 111/2010, de 17 de diciembre de la Audiencia Provincial de Navarra que ha suscitado una enorme polémica, ya que declara que no procede continuar la ejecución cuando el acreedor hipotecario se ha adjudicado el bien hipotecado por un valor inferior al de tasación, generando un debate social y jurídico sobre una materia compleja y de gran importancia en la práctica, que ha hecho que salgan a la luz las imperfecciones de nuestro sistema en materia de ejecuciones hipotecarias. Analizaremos doctrinal y jurisprudencialmente la conveniencia o no de reconocer al deudor hipotecario el derecho a liberarse de la deuda mediante la entrega del bien hipotecado al acreedor, en definitiva, la posible limitación de responsabilidad así como el enriquecimiento injusto en la ejecución hipotecaria en base a la STS de 13 de enero de 2015.

ABSTRACT: In the current social and economic context of economic crisis, the situation is one in which consumers have gotten in over their heads in mortgage debt, foreclosures have multiplied and many fundamental rights have become involved, such as the right to effective judicial protection and the right to decent housing under articles 24 and 47 of the Spanish Constitution. This is the backdrop in which the Provincial Court of Appeals of Navarra handed down Ruling 111/2010 of 17 December. The ruling set off a storm of argument, because it declared that when a mortgage lender forecloses on a loan and the mortgaged property is awarded to the lender for less than its appraise value the foreclosure proceedings must cease. This sparked debate in society and legal circles. The matter is a complex one, and a very important one in practice, and it has cast a harsh light on the imperfections of the Spanish system of mortgage foreclosure.

This article takes legal doctrine and case law in hand for a hard look at the advisability or inadvisability of acknowledging that the mortgage borrower is entitled to be released from the debt if the surrenders the mortgaged property to the lender-

in short, the possibility of limiting borrower liability and the unfair enrichment in foreclosure because of STS 13 January 2015.

PALABRAS CLAVE: Ejecución hipotecaria. Enriquecimiento injusto. Crisis económica. Sobreendeudamiento hipotecario de los consumidores.

KEY WORDS: Foreclosure. Unfair enrichment. Economic crisis. Mortgage debt consumers.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO Y PERSPECTIVA JURÍDICA.— II. ANÁLISIS DE LA CONVENIENCIA O NO DE LIMITAR LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS ECONÓMICA ACTUAL.— III. ADJUDICACIÓN EN PAGO Y ARGUMENTOS JURISPRUDENCIALES A FAVOR Y EN CONTRA DE SEGUIR LA EJECUCIÓN POR LA DIFERENCIA ENTRE EL VALOR DE ADJUDICACIÓN Y EL IMPORTE DE LA DEUDA: 1. Abuso de derecho y enriquecimiento sin causa; 2. La doctrina de los actos propios, según la cual el valor del bien viene determinado por la valoración realizada por la entidad bancaria en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria; 3. La normativa de protección de los consumidores; 4. La aplicación equitativa de las normas y su interpretación según la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas *ex* artículo 3 del Código Civil.—IV. EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: LA STS DE 13 DE ENERO DE 2015.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO Y PERSPECTIVA JURÍDICA

El tema objeto de nuestro análisis parte del contexto social y económico de crisis económica por el que atravesamos, con una situación de sobreendeudamiento hipotecario de los consumidores que ha multiplicado las ejecuciones hipotecarias y, en el que se encuentran implicados derechos fundamentales como el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a una vivienda digna *ex* artículos 24 y 47 de la CE.

A medida que la crisis económica ha puesto de manifiesto los problemas de solvencia de las familias españolas, se han planteado alternativas a la ejecución ante las dificultades de pago o una vez producido el incumplimiento[1].

En dicha coyuntura se dicta el Auto 111/2010, de 17 de diciembre de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2.ª) que ha tenido una gran repercusión social ya que admite que en un procedimiento de ejecución hipotecaria la deuda garantizada quede extinguida con la entrega del inmueble hipotecado a la entidad acreedora ejecutante, que en este caso es el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA), la cual no podría seguir adelante con la ejecución para cobrar la cantidad pendiente de pago. El hecho de que la finca haya perdido valor y se adjudique al acreedor por un importe inferior al de tasación, y por tanto sin que alcance a cubrir el importe de la deuda no se tiene en cuenta en el Auto ya que el propio Banco en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria la valoraba en una cantidad que era superior al principal del préstamo. Se plantea la polémica «valor real versus valor de tasación»[2] y la Sala afirma que no consta

otro valor en el expediente, excepción hecha del valor de tasación, que el que consta en la escritura de préstamo y por ello la ejecución solo debe seguir por intereses y costas (aplicación de la doctrina de los actos propios).

Ello supone entender que dicha adjudicación equivale a una dación en pago que extinguiría la deuda completamente con la consiguiente vulneración del principio de responsabilidad patrimonial universal tipificado en el artículo 1911 del Código Civil[3] y la no aplicación del artículo 105 de la LH según el cual la hipoteca no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor.

Este mismo criterio es el seguido por el Auto de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona de 16 de septiembre de 2011. Sin embargo, el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3.ª) 4/2011, de 28 de enero ha resuelto en un sentido totalmente opuesto, permitiendo la continuación de la ejecución forzosa por la diferencia entre el valor de adjudicación del bien hipotecado y el importe de la deuda. La Sala se basa en el artículo 1911 del Código Civil y el 579 de la LEC y afirma que el contenido de dichos preceptos es de tal evidencia que su no aplicación atenta contra la seguridad jurídica. Razona sobre el valor real de mercado (el valor, a juicio de la Sala, que en un momento determinado alguien está dispuesto a pagar por un inmueble) y el valor de tasación (que puede no coincidir con el anterior) y que son la clave de este tema.

Dentro de esta dinámica de pretender aliviar al deudor sobreendeudado de buena fe, se dicta el Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona de 26 de octubre de 2010 el cual concede una liquidación del crédito pendiente tras la liquidación concursal a dos pensionistas en base a una interpretación restrictiva del artículo 178.2 de la Ley Concursal que entra en contradicción con el artículo 1911 del Código Civil ya que la conclusión del concurso liquidaría sus deudas concursales y los bienes futuros no responderían de las mismas. En este caso JIMÉNEZ PARÍS[4] señala: «Liberación, sin embargo, que es condicional, pues el Auto indica que se deben tener por extinguidas las deudas concursales que no hayan podido ser satisfechas con cargo a la masa activa del concurso, sin perjuicio de las posibilidades de reapertura del concurso o una nueva declaración si aparecieran nuevos bienes o los deudores vinieran a mejor fortuna».

Sentadas estas premisas, vamos a analizar la conveniencia o no de reconocer al deudor hipotecario el derecho a liberarse de la deuda mediante la entrega de la finca hipotecada al acreedor, en definitiva, la posible limitación de la responsabilidad hipotecaria, y para ello nos vamos a basar en las diferentes decisiones jurisprudenciales que se han dictado en esta materia[5].

II. ANÁLISIS DE LA CONVENIENCIA O NO DE LIMITAR LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS ECONÓMICA ACTUAL

Ante la crisis económica y el elevado número de ejecuciones hipotecarias que están teniendo lugar como consecuencia del impago de los préstamos hipotecarios, han sido muchas las propuestas que se han hecho para limitar por ley la responsabilidad de los deudores hipotecarios. Respecto a si las mismas son o no razonables desde un punto de vista económico, ARRUÑADA[6] señala que: «Para los préstamos hipotecarios ya firmados, sería injusto y temerario, por atentar contra el Estado de Derecho y hacerlo en un momento en el que aumentarían las dudas que suscitan la solvencia de nuestras finanzas públicas y la solidez de nuestras instituciones. Asimismo, para los préstamos futuros, sería un grave

error, pues en España como casi en todo el mundo desarrollado, acreedores y deudores prefieren contratar sin limitación de responsabilidad, por lo que debemos entender que les resulta beneficioso, sobre todo por existir considerable competencia entre acreedores. Además de este ejercicio de su libertad contractual no se derivan daños a terceros que pudieran justificar una prohibición. Todo lo contrario, la limitación de responsabilidad sí generaría cuantiosos daños sistémicos, como pone de relieve la evidencia de los once estados de los Estados Unidos, cuyo régimen puede caracterizarse propiamente como de responsabilidad limitada (*recourse mortgages*)».

En nuestro ordenamiento jurídico rige la regla de la responsabilidad patrimonial universal *ex* artículo 1911 del Código Civil y la garantía hipotecaria no altera esa regla como se deriva del artículo 105 de la LH, ahora bien cabe pactarse la limitación de responsabilidad a la finca hipotecada (art. 140 de la LH)[7], que en la práctica se aplica muy poco y sobre el que no existe jurisprudencia. Su escasa aplicación práctica obedece a que no ofrece ventajas para las partes contratantes[8]: los acreedores concederían menos créditos y a un tipo de interés más alto y los deudores tendrían más dificultades para acceder al crédito.

Las consecuencias que tendría establecer la regla de la responsabilidad hipotecaria limitada serían las siguientes:

1. Se producirían las denominadas *insolvencias estratégicas*[9], es decir en los casos en que la cuantía de la deuda sea superior al valor de mercado de la vivienda, los deudores se verían inducidos a liberarse de la deuda entregando la vivienda. En sentido inverso, las entidades financieras podrían presionar, en caso de impago, para quedarse con el inmueble, ya que en el mercado podrían obtener un precio superior al importe de la deuda pendiente. Esto podría suponer la quiebra de nuestro sistema jurídico de garantías reales ya que el acreedor podría quedarse con los bienes por un importe superior al de la deuda, con la consiguiente vulneración de los artículos 1859 y 1884 del Código Civil, en perjuicio tanto del deudor como de los demás acreedores.
2. Al disminuir la garantía de cobro de los acreedores, sería más difícil acceder a los créditos, y se concederían créditos hipotecarios más caros, con una menor cobertura hipotecaria o a un plazo más corto.
3. En el caso de que la reforma fuese aplicable a los contratos en vigor, se produciría un incremento del riesgo para las entidades financieras y en definitiva para los contribuyentes.

Como señala CORREDOR, B.[10]: «1. La primera mala consecuencia sería un encarecimiento del crédito hipotecario y no solo desde el punto de vista del interés.

2. La segunda consecuencia sería la necesidad de tener un ahorro previo en las familias mucho más que el actual (ahora se está dando un 80 por 100 del valor de tasación como máximo aunque la media está en un 62 por 100). Estaríamos hablando de un ahorro por encima del 40-50 por 100 y esto dejaría fuera del acceso a la vivienda a todas las familias que no tuvieran esta capacidad de ahorro.

3. La tercera consecuencia muy importante al efecto del pago de la hipoteca sería el acortamiento de los plazos (que se acortarían en 10 ó 15 años) lo que supondría dejar también fuera a muchas familias que no podrían pagar cuotas mensuales tan elevadas.

4. Otra consecuencia sería la petición de garantías adicionales para las familias que no pudieran tener este ahorro previo que tendrían que pedir o avales o seguros adicionales y otro crédito paralelo como ocurre en otros países».

Por todo lo expuesto considero que la solución no es limitar la responsabilidad hipotecaria a la finca hipotecada con carácter imperativo, sin embargo hay quienes opinan que podría introducirse como norma dispositiva, es decir, que en materia de responsabilidad por deudas garantizadas con hipoteca, la norma no fuese la responsabilidad patrimonial universal sino la limitada a la hipoteca, pero admitiendo que las partes pudieran pactar lo contrario.

Comparto la opinión de MÉNDEZ GONZÁLEZ[11] cuando señala que «no parece que esta sea una buena idea: la norma dispositiva ha de ser eficiente, y la norma de responsabilidad patrimonial universal es más eficiente porque proporciona más garantías al acreedor y facilita el acceso al crédito al deudor, por lo que es la fórmula vigente en todo el mundo desarrollado, salvo en once estados de Estados Unidos. Aunque pudiera modificarse contractualmente, tal derogación contractual sería costosa y generaría litigios adicionales, por lo que, a mi juicio, tal idea también debe ser rechazada»[12].

Por su parte, CUENA CASAS[13] manifiesta que la intensidad con que la crisis económica se está produciendo en España pone de relieve que hay planteamientos estructurales en nuestro sistema económico que deben ser revisados y uno de ellos es, a su juicio, el principio de responsabilidad patrimonial universal *ex* artículo 1911 del Código Civil. No procede cuestionar dicho principio esencial, sino reflexionar si convendría en determinadas ocasiones mitigar su intensidad. Señala que en la mayoría de los países de nuestro entorno se ha restringió el principio de responsabilidad patrimonial universal en el marco del procedimiento de insolvencia de la persona física, se trata de la figura del *fresh start* o *discharge*, que implica la concesión de una segunda oportunidad al deudor sobreendeudado de buena fe.

En el ámbito de la Unión Europea ya se está planteando un enfoque de este problema a escala comunitaria, tal y como se ha puesto de manifiesto en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «el crédito y la exclusión en la sociedad de la abundancia» de 16 de febrero de 2008, en donde se propugna una limitación de la responsabilidad patrimonial del deudor persona física como medida comunitaria para el tratamiento del sobreendeudamiento de los particulares.

CUENA CASAS señala que: «La actuación indiscriminada del principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 del Código Civil se ha erigido en uno de los principales enemigos de la recuperación económica» y considera que si de verdad queremos estimular el espíritu empresarial y que se creen puestos de trabajo, el «*fresh start*» es a su juicio una medida imprescindible. «Mejor será que ese deudor insolvente deje de estar obligado al pago de sus deudas pendientes y pueda volver a empezar y reiniciar su actividad de manera legal sacando la cabeza, generando puestos de trabajo y pagando impuestos. No se trata, obviamente, de derogar el artículo 1911 del Código Civil, principio capital, sino de limitarlo en una situación excepcional, a imagen y semejanza de lo que sucede con el patrimonio inembargable»[14].

La hipoteca es un derecho real de garantía que refuerza el derecho de crédito, esta función de garantía es la que une la obligación y la hipoteca en una relación de accesoriedad funcional. En caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el acreedor puede ejercitar la acción personal para dirigirse contra el patrimonio del deudor y la acción real contra el bien hipotecado, ambas son compatibles y no alternativas, por lo que si no puede cobrar el importe de la deuda mediante el ejercicio de la acción real, puede continuarla mediante el ejercicio de la acción personal. Esto está claramente regulado en el artículo 579

de la LEC y en el artículo 105 de la LH cuando señala que la hipoteca no altera la responsabilidad personal[15].

Con base en esta argumentación y en nuestros textos legales no puede admitirse que la adjudicación de la finca hipotecada extinga la deuda e impida al acreedor ejecutante seguir con la ejecución cuando el valor de la misma no alcance a cubrir el importe de la deuda, como señala el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010, basándose en argumentos más de índole moral que propiamente jurídicos[16].

Por otro lado, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de enero de 2012 considera que ante el impago de las cuotas de amortización de un préstamo hipotecario, es conforme a Derecho la pretensión de la entidad bancaria (acreedor hipotecario) de iniciar un proceso de ejecución hipotecaria ya que la vivienda hipotecada fue subastada y se le adjudicó por un precio inferior a la deuda, por lo que en base al artículo 105 de la LH y 1911 del Código Civil el deudor y sus fiadores solidarios continúan respondiendo de la obligación con todos sus bienes presentes y futuros hasta que no se salde la totalidad de la deuda. Ahora bien, merece la pena destacar las consideraciones que la Audiencia Provincial realiza en el Fundamento de Derecho segundo diciendo: «No puede obviarse la aparente justicia o equidad de las argumentaciones de la parte y lo deseable de una previsión legislativa que moderase el rigor de la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal en supuestos de ejecuciones hipotecarias, o la exigencia de una valoración objetiva del inmueble que se entrega en pago total o parcial de la deuda garantizada hipotecariamente, pero tampoco puede ser ignorado que la legislación vigente establece tal principio, que la misma impone la reducción de la deuda por el importe que se consiga en la subasta o en que se adjudique el bien, y que la valoración que de la finca se establece en la escritura de constitución de la garantía hipotecaria lo es a efectos de servir de tipo a la subasta, siendo así que el precio real es aquel que efectivamente se consiga, en base al aforismo *tantum valet quantum vendi potest*».

III. ADJUDICACIÓN EN PAGO Y ARGUMENTOS JURISPRUDENCIALES A FAVOR Y EN CONTRA DE SEGUIR LA EJECUCIÓN POR LA DIFERENCIA ENTRE EL VALOR DE ADJUDICACIÓN Y EL IMPORTE DE LA DEUDA

La dación en pago es un negocio jurídico *pro soluto,* pactado entre acreedor y deudor para extinguir la obligación mediante la realización por el deudor de una prestación distinta de la debida. Implica una realidad poliédrica en la que confluyen aspectos no solo jurídicos sino también económicos. A pesar de su interés nuestro Código Civil no la regula expresamente, sin perjuicio de que al amparo del principio de autonomía de la voluntad *ex* artículo 1255 del Código Civil pueda pactarse con fines solutorios. Por su parte, el Derecho navarro la regula en la ley 495 en el Capítulo referido al cumplimiento y a las causas de extinción de obligaciones. En la actualidad y ante los momentos de crisis económica que estamos viviendo, se ha convertido en un instrumento habitual de extinción de las deudas pendientes de pago concertadas con las entidades de crédito, evitando así acudir a la vía ejecutiva[17].

Son muchas las resoluciones jurisprudenciales en las que se ha planteado la conveniencia de reconocer al deudor hipotecario el derecho a liberarse de la deuda mediante la entrega al acreedor de la finca hipotecada y se ha discutido si el producto obtenido de la subasta del bien es suficiente o no para cubrir el

crédito reclamado, actuando como elementos correctores los conceptos de abuso de derecho, enriquecimiento injusto, cláusula *rebus sic stantibus,* la normativa de protección de los consumidores y usuarios y la aplicación equitativa de las normas *ex* artículo 3.1 del Código Civil, en definitiva se trata de la interpretación de artículos como el 579 y el 671 de la LEC.

El Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010 tiene su origen en la apelación planteada contra el Auto de 13 de noviembre de 2009 dictado por el Juzgado de 1.ª Instancia, número 2 de Estella, el cual denegaba la continuación del procedimiento de ejecución sobre otros bienes del deudor hipotecario, solicitada por el acreedor hipotecario en base al artículo 579 de la LEC. Posteriormente el Auto de 16 de marzo de 2011 de la misma Audiencia desestimó el recurso interpuesto por el ejecutante contra el Auto de 16 de diciembre de 2010

La entidad financiera (acreedor hipotecario) pide la continuación de la ejecución por la cantidad que se le adeudaba basándose en dos ideas: por un lado, que dicha petición no es constitutiva de abuso de derecho y por otro, que el valor de la finca adjudicada no cubría el importe de la deuda reclamada. Para estudiar esta materia vamos a seguir los siguientes puntos:

1. Abuso de derecho y enriquecimiento sin causa

El Auto de la Audiencia Provincial de Navarra 117/2010 (Sección 2.ª) da la razón a la entidad financiera señalando que «desde el punto de vista formal y de estricto ejercicio del derecho, no estamos ante un abuso de derecho, dado que en definitiva la ley procesal permite a la parte ejecutante solicitar lo que solicita, esto es, que continúe la ejecución respecto de otros bienes del ejecutado, dado que con los objetos de realización mediante la subasta no han sido suficientes para cubrir la deuda reclamada»[18] y «si bien formalmente cabría entender que la actuación del Banco se ajusta a la literalidad de la ley y que efectivamente tiene derecho a solicitar lo que ha solicitado, por lo que cabría entender que no existiría el abuso de derecho que se le imputa, pero ello no deja de plantearnos una reflexión cuando menos moralmente intraquilizante, relativa a la razón por la que la parte apelante impugna el Auto recurrido, por considerar que en realidad el valor de la finca subastada y adjudicada materialmente al Banco, hoy por hoy tiene un valor real inferior al que en su día se fijó como precio de tasación a efectos de subasta»[19].

La Ley de Enjuiciamiento Civil concede la posibilidad de seguir la ejecución por la deuda restante que falte por cubrir, lo que ocurre es que el Auto considera que no queda deuda pendiente, que la adjudicación del bien produjo la extinción completa de la deuda y por ello no procede seguir adelante con la ejecución.

2. La doctrina de los actos propios, según la cual el valor del bien viene determinado por la valoración realizada por la entidad bancaria en la escritura de préstamo con garantía inmobiliaria

El propio Banco en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria y en relación con la finca que es objeto de subasta y que se ha adjudicado materialmente, la valoraba en una cantidad que era superior al principal del préstamo. «Siendo ello así, es atendible las razones por las cuales la juzgadora de instancia no considera oportuno en este caso continuar la ejecución, por entender que el

valor de la finca, no obstante el resultado de la subasta, es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada»[20].

3. La normativa de protección de los consumidores

En sede de ejecución hipotecaria hay que tener también en cuenta el deber de dar protección a los consumidores, cuya defensa y protección informa la práctica jurídica (art. 51 y 53 de la CE y artículo 1 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias). El artículo 80 de este último señala como requisitos que deben cumplir los contratos con consumidores que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, la accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido, y la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

La protección a la parte más débil de la contratación la encontramos no solo en la legislación de consumidores y usuarios, sino también en la reguladora de las condiciones generales de la contratación, en el artículo 1288 del Código Civil y en el artículo 54.2 de la LEC. Frente a la protección del acreedor para el logro de la satisfacción de su crédito debe situarse la necesidad de evitar causar al deudor perjuicios patrimoniales superiores a los que demanda esa necesidad o causarle graves despojos[21].

Como señala JIMÉNEZ PARÍS[22], las entidades financieras han hecho un uso abusivo del principio de responsabilidad patrimonial universal, imponiendo al deudor una garantía patrimonial desproporcionada y, por ello, contraria a la legislación de protección de los consumidores y usuarios. El artículo 8 LCGC indica que, en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales, en todo caso, las definidas en el artículo 10 bis y Disposición Adicional 1.ª de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (hoy incorporada al RDL 1/2007). Este TR contiene un control de contenido de las cláusulas predispuestas en contratos con consumidores que se articula en tres niveles: Como regla general, este contenido ha de responder a los principios de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que significa excluir la utilización de cláusulas abusivas *ex* artículo 80.2 TR; seguidamente el artículo 82.1 dice que son cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen en perjuicio del consumidor y usuario un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Y a continuación se indica que, en todo caso, son abusivas las cláusulas que conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90 del TR, impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato.

4. La aplicación equitativa de las normas y su interpretación según la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas ex artículo 3 del Código Civil

El artículo 3.1 del Código Civil señala que las normas se interpretarán según la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmen-

te al espíritu y finalidad de aquellas, precepto al que alude el Fundamento de Derecho 4 c) del Auto, señalando que es moralmente rechazable que se alegue para intentar continuar la ejecución la pérdida de valor de la finca que servía de garantía al préstamo, achacando dicha pérdida de valor a la crisis económica, fruto de la mala praxis del sistema financiero.

Por su parte, el artículo 3.2 del Código Civil señala que «La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita», en el caso que estamos examinando la aplicación rígida de los preceptos 579 y 671 de la LEC en relación con el artículo 105 y 140 de la LH y 1911 del Código Civil podría conducir a un resultado injusto[23], por lo que en ocasiones es conveniente tener en cuenta los principios generales del Derecho informadores del ordenamiento jurídico que sean específicamente aplicables al caso concreto, entre los que podemos mencionar: la prohibición del abuso de derecho, los derechos deben ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, la prohibición del pacto comisorio[24], y la protección del consumidor, entre otros.

Por otro lado, el Auto de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3.ª), 4/2011, de 28 de enero sigue un criterio distinto al anteriormente examinado y acuerda que se proceda a seguir la ejecución en la cantidad suficiente para cubrir la suma reclamada, para ello se basa en el artículo 117 de la CE (el deber del juez de someterse a la ley aplicable como parte de su estatuto esencial de juez constitucional) y en la estricta observancia de los artículos 1911 del Código Civil y 579 de la LEC afirmando que el contenido de los mismos es de tal evidencia que con independencia de la opinión personal que merezcan, el caso de autos obligaba a aplicarlos y lo contrario atenta contra la seguridad jurídica ya que alteran el marco normativo existente cuando la operación se realizó y las bases sobre las que se asienta en España el sistema de garantía hipotecaria. Seguidamente incide en la clave de este tema que es la distinción entre el valor real de mercado de un inmueble que es el precio que en un momento determinado alguien está dispuesto a pagar por él y el valor de tasación.

Considera que la petición de continuación de la ejecución no es constitutiva de abuso de derecho ni de enriquecimiento injusto y alude a la existencia de una doctrina jurisprudencial[25] en la que se afirma como señala la STS de 16 de febrero de 2006 que «una cosa es que se ejercite un derecho y otra bien distinta es que bajo la apariencia de ejercicio de un derecho, se esté actuando en contra de la ética y de la justicia» y en su relación con el enriquecimiento sin causa dice: «En definitiva como ha dicho la sentencia del TS de 21 de octubre de 2005, el enriquecimiento sin causa no puede ser aplicado a supuestos previstos y regulados por las leyes, pues entre otras razones, no está a disposición del juzgador corregir, en razón de su personal estimación sobre lo que sea justo en cada caso, las resultas de la aplicación de las normas. Y esta Sala ha dicho que el enriquecimiento sin causa solo puede entrar en juego en defecto de previsión normativa (sentencias de 18 de enero de 2000, de 5 de mayo de 1997, de 4 de noviembre de 1994, de 19 de febrero de 1999, entre otras)».

Y añade «La jurisprudencia ha reservado la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en subastas judiciales a supuestos en los que el bien adjudicado lo fue comprendiendo accidentalmente elementos ajenos a la garantía hipotecaria y a la consiguiente tasación[26], pero no le ha reconocido relevancia cuando, seguido el proceso correctamente por sus trámites, solo puede apreciarse una divergencia entre el precio de tasación y el de adjudicación, aun cuando esta sea notable, ni siquiera en un supuesto en que se reconoció que el

precio del remate a favor de la entidad concedente fue irrisorio y absolutamente desproporcionado[27]». Si bien hay que tener en cuenta que dichas sentencias se dictaron en un contexto económico y social totalmente distinto del que tenemos actualmente.

El Auto del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Torrejón de Ardoz de 10 de enero de 2012 parte de que el artículo 671.1 de la LEC permite al acreedor cuando la subasta queda desierta la adjudicación del bien por la mitad de su valor o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos y dice que en principio formalmente la petición de la ejecutante estaría amparada por un texto legal por lo que no sería abusiva ni conllevaría enriquecimiento injusto. Ahora bien el Auto va más allá considerando que la conclusión sería otra si se tiene en cuenta el contexto de crisis económica que rodea el caso y que hace que la postura del ejecutante devenga abusiva y pueda dar lugar a un enriquecimiento injusto, como se deriva de la aplicación del artículo 3.1 del Código Civil[28]. El ejecutante al pedir que siga la ejecución como si se le debiera más dinero, actúa totalmente ajeno a la sobrevaloración de las garantías inmobiliarias y a su propia participación como entidad de crédito en la causación de la crisis, constituyendo un enriquecimiento injusto y un ejercicio abusivo y antisocial del derecho que nuestro ordenamiento no permite (art. 7.2 del CC) y que debe ser rechazado por los Tribunales (arts. 11.2 LOPJ y 247.2 LEC), razones por las que se deniega la continuación de la ejecución.

En el Auto de 27 de febrero de 2012 del Juzgado de 1.ª Instancia número 8 de Valladolid se contempla un supuesto en el que la entidad financiera ejecutante se adjudica una finca por un precio equivalente al 50% del valor de tasación, siendo este valor superior al importe del préstamo concedido, por lo que no procede proseguir la ejecución por la cantidad no cubierta por la subasta. El juez no desconoce el artículo 579 de la LEC y lo relaciona con el artículo 570 de la LEC y el 1911 del Código Civil, sin embargo hay que tener en cuenta el artículo 3.1 del Código Civil en los términos que hemos visto, lo que obliga a tener en cuenta la problemática social que se ha suscitado en torno a las ejecuciones hipotecarias. El banco está obteniendo el valor que la escritura señalaba como valor del mismo y que fue el criterio fijado por él para conceder el préstamo hipotecario (aplicación de la doctrina de los actos propios), en este caso la deuda está satisfecha por lo que la conducta de la entidad financiera constituye abuso de derecho con el consiguiente enriquecimiento injusto que de ello se deriva.

Para concluir el análisis jurisprudencial no podemos obviar el Auto del Juzgado de 1.ª Instancia número 2 de Sabadell de 30 de septiembre de 2010 en el que se plantea como cuestión la posible inconstitucionalidad de los artículos 695, 698 y 579 de la LEC en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario (art. 24 de la CE), el derecho a una vivienda digna (art. 47 de la CE) y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos *ex* artículo 9.3 de la CE[29]. El Juzgado entendió que el actual mecanismo de ejecución plantea serias dudas en cuestiones como la imposibilidad de que la parte ejecutada efectúe alegaciones relativas al fondo del asunto, razón por la que solicitó el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el cual en Auto de 19 de julio de 2011 señaló que los procesos de ejecución hipotecaria, incluso cuando estos conlleven la pérdida de la vivienda y persista aun así la deuda, no son contrarios al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ni al derecho a una vivienda digna *ex* artículos 24 y 47 de la CE[30]. Respecto al fondo del asunto evita pronunciarse sin llegar a declarar expresamente la constitucionalidad del régimen de ejecución hipotecaria.

Para dar respuesta a los problemas concretos que la crisis económica va planteando, se dicta el RDL 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control de gasto público y la garantía de pago de las obligaciones contraídas por las administraciones públicas, el impulso a la actividad empresarial, el desarrollo de las actuaciones de rehabilitación, el incremento de la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario y la eliminación de obstáculos injustificados derivados de la actividad administrativa, el cual incluye dos grupos de medidas para los que hayan perdido su vivienda en un procedimiento de ejecución. Por un lado, eleva el umbral de inembargabilidad que establece el artículo 607 de la LEC cuando el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada en un procedimiento de ejecución hipotecaria sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado. Por otro lado, se modifican los artículos 669, 670 y 671 de la LEC para garantizar que, en caso de producirse una ejecución hipotecaria por impago, los deudores recibirán una contraprestación adecuada por el inmueble, que les permita anular o reducir al máximo la deuda remanente. Para ello, se prevé que la adjudicación al acreedor en subasta de un inmueble hipotecado como consecuencia de una ejecución, se realizará por precio nunca inferior al 60% del valor de tasación. Además se reduce hasta el 20% el depósito exigido a los postores que participaren en una subasta (antes era del 30%).

IV. EJECUCIÓN HIPOTECARIA Y ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: LA STS DE 13 DE ENERO DE 2015

El 13 de enero de 2015, el pleno de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo dictó una Sentencia novedosa en materia de ejecuciones hipotecarias al entender, en un procedimiento *obiter dicta* que podría llegar a apreciarse enriquecimiento injusto en el caso de que, tras la ejecución hipotecaria, el acreedor transmite el inmueble con plusvalías.

En este caso, la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria concedió un préstamo hipotecario a dos prestatarios el 31 de julio de 2001, siendo el valor de tasación del inmueble de 40.127,96 euros y el tipo a efectos de subasta consignado en la escritura de 40.123,58 euros. Los deudores incumplen su obligación de pago del préstamo en las cuotas establecidas y se inicia la ejecución hipotecaria del inmueble por importe de 27.074,85 euros. La subasta se celebró el 29 de enero de 2010 pero, al no concurrir licitadores, resultó adjudicado el inmueble a la entidad ejecutante por importe de 20.061,79 euros, que representa el 50% del tipo señalado en la escritura para la subasta, tal y como establecía el artículo 671 de la LEC. En reclamación de la diferencia entre el importe adeudado y el importe por el que se adjudicó la entidad bancaria la finca incrementado con los intereses y costas de la ejecución (10.244,75 euros) se interpone demanda de juicio ordinario contra deudores y fiadores. El juez de Primera Instancia condena a los demandados a pagar 10.244,75 euros, solidariamente, en aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (arts. 105 LH y 1911 CC). Los deudores recurren en apelación, alegando que el Banco actúa con abuso de derecho ya que pretende obtener un enriquecimiento injusto con la presentación de la demanda. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 20 de marzo de 2013 estima el recurso de apelación y revoca la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. La argumentación de la Audiencia se apoya en los índices estadísticos del Ministerio de Fomento relativos a los precios de vivienda libre, que atribuyen a la vivienda un valor de 100.000 euros en el momento de

la adjudicación. Según la Audiencia, reconocer a la entidad un derecho a cobrar la diferencia respecto al valor de adjudicación, en virtud de la aplicación de una norma que no tiene en cuenta el valor del mercado del inmueble en el momento en que es adjudicada, supone un enriquecimiento injusto a favor de la entidad acreedora, con el consiguiente empobrecimiento de los demandados.

El TS casa la Sentencia de la Audiencia y considera que no ha existido enriquecimiento injusto del acreedor al no haber existido en el caso enjuiciado una venta posterior que determinara una plusvalía relevante para el acreedor, añadiendo que las consideraciones por parte de la Audiencia respecto de las diferencias entre el valor de mercado del inmueble y el de adjudicación, a la hora de apreciar la concurrencia de enriquecimiento injusto, son meras elucubraciones. Pero, sin embargo, admite que la apreciación de dicho principio sería posible en caso de que la adjudicación al ejecutante por el porcentaje señalado en el artículo 671 de la LEC fuera seguida de una posterior enajenación de dicho inmueble, en un periodo de tiempo relativamente próximo, por un precio muy superior al de la adjudicación, de tal modo que aflorara una plusvalía muy significativa. Ello contrastaría con la pervivencia del crédito y su reclamación por el acreedor beneficiado con la plusvalía, lo cual podría determinar la apreciación de enriquecimiento injusto por parte del acreedor. La obtención de esa plusvalía relevante en la venta posterior del inmueble demostraría que el crédito debía haberse tenido por satisfecho en una proporción mayor y, al no haber sido así, el acreedor obtiene un enriquecimiento injusto.

En realidad, el TS admite la aplicación del enriquecimiento injusto al amparo de la reforma del artículo 579.2 de la LEC, con la redacción dada por Ley 1/2013, de 14 de mayo. El precepto además de establecer una quita a favor del deudor hipotecario si se compromete a pagar determinado importe de la cantidad pendiente tras la adjudicación, en un tiempo determinado (el 65% de la deuda restante en cinco años o el 80% en 10 años), favorece al ejecutado con una quita de la deuda pendiente, permitiéndole participar en la plusvalía que para el ejecutante pueda generar la venta del inmueble, si esta se produce en los 10 años siguientes a la adjudicación. En este caso, la deuda pendiente en el momento de la enajenación se reducirá un 50% de la plusvalía obtenida por dicha venta. El TS parece dar a entender que el enriquecimiento deberá apreciarse teniendo precisamente lo establecido en el precepto, es decir, el enriquecimiento se apreciará según los parámetros del artículo 579.2 LEC. Hay que señalar que nada obsta a que, en el caso enjuiciado, dicha enajenación se produzca en el futuro y sea de aplicación el precepto, permitiendo al deudor liberarse del 50% de la deuda que quede por pagar, pues así lo permite la Disposición Transitoria 4.ª de la Ley 1/2013.

El caso resulta controvertido debido a la cuantía por la que el inmueble resulta adjudicado al acreedor. El legislador ha ido modificando el artículo 671 de la LEC a fin de que el ejecutante se adjudique el bien por un porcentaje cada vez mayor respecto al valor por el que el bien sale a subasta (50%, 60% y finalmente el 70% de ese valor). La adjudicación del inmueble por un porcentaje y no por el total del tipo de la subasta podría considerarse compensación por la imposición de esa «adquisición forzosa» a la entidad acreedora en la que, en principio, puede no estar interesada. El problema en este caso, es la base imponible sobre la que se aplica ese porcentaje, es decir, el valor por el que el bien sale a subasta que en el caso de las ejecuciones hipotecarias está prefijado en la escritura de constitución de la hipoteca ex artículo 682.2.1.º LEC a fin de no entorpecer agilizar el procedimiento de ejecución hipotecaria.

En los casos en los que el inmueble se adquiere en un momento anterior a la burbuja, cuando el valor del mismo no era muy elevado, es previsible que el tipo señalado para la subasta (similar al valor de tasación) se quede muy por debajo del precio de mercado, en estos casos es cuando realmente se puede materializar un enriquecimiento injusto a favor del acreedor que se adjudica el bien en un porcentaje sobre el valor de tasación, cuando dicho valor se determinó en un momento en que los precios de los inmuebles eran muy inferiores respecto a los que tenían en el momento del boom inmobiliario.

En definitiva, en este caso tras un largo procedimiento, la última instancia jurisprudencial ha decretado que no cabe apreciar la existencia de enriquecimiento injusto, ya que la adjudicación se hizo por el 50% del valor de tasación en cumplimiento de la normativa vigente en ese momento, condenando a los deudores a abonar las cantidades debidas.

La argumentación jurídica incluida en la sentencia parte de la normativa legal aplicable, señalando que «El artículo 1911 del Código Civil recoge el principio general de responsabilidad patrimonial universal por deudas, al decir que «del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros». Conforme al artículo 105 de la LH, la constitución de una hipoteca sobre un inmueble por los prestatarios no altera la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el citado artículo 1911 del Código Civil. En este sentido conviene advertir que las partes no convinieron en base al artículo 140 LH una responsabilidad patrimonial limitada al importe de la hipoteca o una dación en pago».

Lo novedoso de esta sentencia radica en que, en su análisis, el Tribunal Supremo abre la puerta a determinados supuestos en los que sí cabría apreciar enriquecimiento injusto, limitando de esta forma la responsabilidad universal del deudor. Así señala que «el enriquecimiento injusto solo podría advertirse cuando tras la adjudicación y en un lapso de tiempo relativamente próximo el acreedor hubiera obtenido una plusvalía muy relevante pues este hecho mostraría que el crédito debía haberse tenido por satisfecho en una proporción mayor y al no serlo, el acreedor obtiene un enriquecimiento injusto con la plusvalía o por lo menos con una parte de la misma. En este hipotético caso que no es el que nos corresponde juzgar, la aplicación del enriquecimiento injusto se fundaría en su configuración como principio general del Derecho y en su proyección técnica respecto del necesario control causal de las atribuciones y desplazamientos patrimoniales en el curso de las relaciones jurídicas».

Por lo tanto, si bien es cierto que señala una posible vía de apreciación de enriquecimiento injusto limita mucho su aplicación ya que exige la concurrencia de dos requisitos:

1. La obtención de una plusvalía muy relevante
2. Que la misma se obtenga en un lapso de tiempo relativamente próximo a su ejecución.

Considero que el TS establece dos requisitos para poder apreciar el enriquecimiento injusto tras una ejecución hipotecaria, pero no los desarrolla, por lo que la apreciación de los mismos quedará siempre al arbitrio del juzgador. Adicionalmente y por la forma en la que está planteada la cuestión, parece que el TS entendería que la apreciación de dichos requisitos no es condición suficiente para apreciar el enriquecimiento injusto, pero sí condición necesaria para la misma, por lo que dándose ambos requisitos, no podrá decretarse el enriquecimiento injusto de forma directa.

Como conclusión, el ejercicio de la facultad legal de reclamar a los deudores la parte del crédito no extinguida con la adjudicación del bien hipotecado por el 50% del valor de tasación, «en principio, no podía considerarse un supuesto de enriquecimiento injustificado».

Pero la Sala entiende que esa doctrina se debe matizar en supuestos en que la adjudicación al ejecutante vaya seguida de una posterior enajenación por un precio muy superior al de adjudicación, que diera lugar a una plusvalía muy significativa (lo que no ocurre en el caso de autos) ya que esto contrastaría con la pervivencia del crédito y su reclamación por el acreedor de la plusvalía. La Sala considera que esta matización encuentra amparo en las últimas reformas legales y, en concreto, en la actual redacción del artículo 579 de la LEC, apartado 2, tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios.

V. BIBLIOGRAFÍA

ADÁN GARCÍA, E. (2009). La dación en pago en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica.* Madrid: Centro de Estudios Registrales, pp. 509-569.

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. Todos al rescate del deudor hipotecario, en *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 39, septiembre-octubre, 2011.

— De nuevo en apoyo del deudor hipotecario, en *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 42, marzo-abril, 2012.

— La ejecución extrajudicial tras el RDL 6/2012, en *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 42, marzo-abril, 2012.

— Las ejecuciones hipotecarias en el contexto de la crisis, *Revista del Notario del Siglo XXI,* núm. 36, marzo-abril, 2011.

ÁLVAREZ SALA, J. (2011). Una hipoteca para tiempos de crisis. *Revista del Notario del Siglo XXI,* núm. 40, noviembre-diciembre.

ARRUÑADA, B. (2012). La reforma de la responsabilidad hipotecaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 731.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (2011). La campanada. *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, núm. 11/2011.

CARRASCO PERERA, A. (2012). Hipotecas y desahucios bajo el umbral de subsistencia en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 842/2012.

CASADO ROMÁN, J. (2011). Los procedimientos de ejecución hipotecaria tras el RDL 8/2011. *Diario La Ley*, núm. 7697.

CUENA CASAS, M. Conclusión del concurso de acreedores de persona física y exoneración del pasivo pendiente, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 125, enero-marzo de 2012.

— Es necesario limitar el principio de responsabilidad patrimonial universal, *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 36, noviembre-diciembre, 2011.

— Crédito responsable, *fresh start* y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas, *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 43, mayo-junio, 2012.

DEFENSOR DEL PUEBLO (2012). *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo,* Madrid.

FERNÁNDEZ SEIJO. J. M. (2013). *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias.* Barcelona: ed. Bosch.

GARCÍA MEDINA, J. (2010). Alternativas a la subasta. *Diario La Ley*, núm. 7324.

GARCÍA DE PABLOS, J. F. (2012). La protección de los deudores hipotecarios sin recursos, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 840.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2010). Sobre la limitación de responsabilidad del hipotecante deudor a la finca hipotecada. A vueltas con el Auto 111/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, pp. 1678-1695.

HERNÁNDEZ ARRANZ, M. (2011). Ejecución hipotecaria y dación en pago (A propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010), *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 124.

JIMÉNEZ PARÍS, T. A. El sobreendeudamiento del consumidor y la propuesta de reforma integral de la Ley Concursal, *Diario La Ley*, núm. 7487, 13 de octubre de 2010.

— Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724, marzo-abril, 2011.

— Adjudicación en pago y reclamación de la diferencia entre el crédito por el que se ejecutó y el valor de la adjudicación. Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, septiembre-octubre, 2011.

— El *fresh start* o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, enero-febrero, 2012.

MADRIDEJOS, A. (2011). Responsabilidad personal e ilimitada del deudor en las hipotecas. *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 37, mayo-junio.

MARTÍN BRICEÑO, R. (2012). Vicisitudes económicas y jurídicas de la dación en pago de activos inmobiliarios como modo de extinción de las deudas pendientes con las entidades financieras. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 726, julio-agosto.

MARTÍN PASTOR, J. (2011). Posibilidades del acreedor hipotecario cuando subastado el bien hipotecado, su producto resulta insuficiente para cubrir el crédito: a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, 111/2010 de 17 de diciembre. *Diario La Ley*, núm. 7590.

MARTÍNEZ SÁNCHIZ, J. A. (2011). Vía de salida para los activos financieros de los bancos. *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 40, noviembre-diciembre.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. Intervenciones en el Congreso de los Diputados, Comisión de Vivienda y Comisión para la reforma del sistema hipotecario. Medidas para facilitar a los ciudadanos el acceso a una vivienda digna (Comisión de Vivienda, Madrid, 29 de octubre de 2008, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729.

— La Audiencia Provincial de Navarra se decanta por la moralidad antes que por la legalidad en la ejecución de hipotecas, *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 815, 2011.

NASARRE AZNAR, S. (2011). Malas prácticas bancarias en la actividad hipotecaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, septiembre-octubre.

PÉREZ GARCÍA, M. J. (2011). La realización del valor de los bienes en los procesos de ejecución y su problemática en derecho español: reflexiones a propósito del Auto de la Audiencia Provincial de Navarra de 17 de diciembre de 2010. *Diario La Ley*, núm. 7590.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, J. (2011). El trago de las ejecuciones hipotecarias en *Temas para el debate*, núm. 201-202.

ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, L. (2011). Legislar sobre la limitación de responsabilidad. *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 37, septiembre-octubre.
ROMERO CANDAU, P. A. y ROMERO CANDAU, R. (2011). La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados. Comentario a los Autos núm. 111/2010 *(AC* 2011, 1) y 4/2011 *(AC* 2011, 40) de las secciones segunda y tercera de la Llma. Audiencia Provincial de Navarra. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2011.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- AAP de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010
- AAP de Navarra, Sección 2.ª, de 16 de marzo de 2011
- AAP de Girona, Sección 2.ª, de 16 de septiembre de 2011
- AAP de Navarra, Sección 3.º, de 28 de enero de 2011
- AAP de Navarra, Sección 1.ª, de 10 de febrero de 2011
- AJM, núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010
- AJI, núm. 2 de Sabadell, de 30 de septiembre de 2010
- AJI, núm. 3 de Torrejón de Ardoz, de 10 de enero de 2012
- ATC núm. 113/2011, de 19 de julio
- AJI, núm. 8 de Valladolid, de 27 de febrero de 2012
- SAP de 23 de enero de 2012
- AAP de Córdoba, Sección 3.ª, de 1 de febrero de 2012
- AAP de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 17 de octubre de 2003
- STS de 5 de abril de 1994
- STS de 16 de febrero de 2006
- STS de 18 de noviembre de 2005
- STS de 8 de julio de 2003
- STS de 21 de octubre de 2005
- STS de 25 de septiembre de 2008
- STS de 18 de enero de 2000
- STS de 5 de mayo de 1997
- STS de 4 de noviembre de 1994
- STS de 19 de febrero de 1999
- STS de 13 de enero de 2015

NOTAS

[1] PÉREZ HEREZA, J. (2012). Propuestas notariales de protección del deudor hipotecario. *Revista del Notario del siglo XXI*, núm. 41.

[2] Como señala el Fundamento de Derecho 4 del Auto 111/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra: «Siendo ello así, es atendible las razones por la cuales la juzgadora de instancia no considera oportuno en este caso continuar la ejecución, por entender que el valor de la finca, no obstante el resultado de la subasta, es suficiente para cubrir el principal de la deuda reclamada e incluso encontrándose por encima de dicho principal, siendo circunstancial el que la subasta, al haber resultado desierta, tan solo sea adjudicada en la cantidad de 42.895 euros, pero lo cierto es que, como señala el Auto recurrido, el banco se adjudica una finca, que él mismo valoraba en una cantidad superior a la cantidad adeudada por el préstamo concedido, a salvo el tema de intereses y costas».

[3] *Vid.*, ÁLVAREZ ROYO-VILLANUEVA, S. (2011): «Desde el punto de vista técnico-jurídico, lo cierto es que el Auto no niega en ningún momento el principio de responsabilidad

patrimonial universal, ni tampoco confunde el valor de tasación con el de mercado: solo dice que el valor que hay que considerar adjudicado al Banco no es el 50% de la subasta sino el real», en Las ejecuciones hipotecarias en el contexto de la crisis, *Revista del Notario del siglo XXI*, núm. 36.

[4] JIMÉNEZ PARÍS, T. (2011). El *fresh start* o nueva oportunidad para el deudor sobreendeudado de buena fe. A propósito del Auto del Juzgado de lo Mercantil, núm. 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, p. 517.

[5] Entre las que podemos citar: el Auto 111/2010, de 17 de diciembre de la Audiencia Provincial de Navarra, Auto 4/2011, de 28 de enero de la Audiencia Provincial de Navarra, Auto del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 26 de octubre de 2010, Auto del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sabadell de 30 de septiembre de 2010, Auto de 27 de febrero de 2012 del Juzgado de 1.º Instancia núm. 8 de Valladolid, Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de enero de 2012.

[6] ARRUÑADA, B. (2012). La reforma de la responsabilidad hipotecaria. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 731, p. 1260.

[7] Bankinter ofrece una hipoteca llamada «Hipoteca sin más» que admite por primera vez de forma explícita saldar la deuda hipotecaria con el banco en caso de impago «exclusivamente» con la vivienda hipotecada, es decir, la fórmula que se conoce como dación en pago. Se concede una financiación del 80% del valor de tasación por la compra de la vivienda que será la residencia habitual, el plazo máximo de la hipoteca es de 40 años y se establece un tipo fijo del 4% durante el primer año y se utiliza como referente el Euribor más un diferencial personalizado para el resto del periodo.

[8] En este sentido se pronuncia ARRUÑADA, B.: «Limitar por Ley la responsabilidad hipotecaria: una mala idea», en *Expansión* de 23 de febrero de 2011.

[9] MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P. (2011). La limitación imperativa de responsabilidad por las deudas hipotecarias a la finca hipotecada: una idea seductora pero desaconsejable (Comisión para la reforma del sistema hipotecario, Madrid, 20 de julio de 2011). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 729, pp. 233 y sigs.

[10] CORREDOR, B., Secretaria de Estado de Vivienda, en el Seminario que se celebró sobre esta materia en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles el 16 de marzo de 2011.

[11] MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P., *op. cit.,* pp. 236 y 237.

[12] En un sentido similar se ha pronunciado ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, L señalando: «Ahora mismo uno de los más graves problemas que plantea la crisis es la falta de financiación que tienen los particulares y las empresas lo que les impide acceder al crédito para afrontar nuevos proyectos. En consecuencia si se modifican los artículos 105 y 140 de la LH la consecuencia sería que el acceso al crédito se convertiría todavía en más difícil ya que las garantías de las entidades financieras quedarían reducidas por disposición legal», en «Legislar sobre la limitación de responsabilidad», *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 37.

[13] CUENA CASAS, M.: «El *fresh start* significa que una vez ejecutado el patrimonio embargable del deudor persona física de buena fe, el pasivo restante queda exonerado por decisión judicial y sin consentimiento del acreedor. Aunque el deudor obtenga en el futuro nuevos ingresos, estos no podrán ser utilizados para el pago de deudas anteriores a la declaración de concurso. El deudor puede volver a empezar, iniciar una nueva actividad empresarial o profesional con la tranquilidad de que los nuevos ingresos que genere podrán ser utilizados para generar más actividad económica y no serán embargados por los acreedores que no consiguieron cobrar en el procedimiento concursal», en Es necesario limitar el principio de responsabilidad patrimonial universal, *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 36, marzo-abril de 2011.

[14] CUENA CASAS, M. (2012). Crédito responsable, *fresh start* y dación en pago. Reflexiones sobre algunas propuestas legislativas. *Revista del Notario del Siglo XXI*, núm. 43.

[15] GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: Sobre la limitación de la responsabilidad del hipotecante deudor a la finca hipotecada. A vueltas con el Auto 111/2010 de la Audiencia Provincial de Navarra, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, p. 1692.

[16] Véase MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P.: La Audiencia Provincial de Navarra se decanta por la moralidad antes que por la legalidad en la ejecución de hipotecas, en *Actualidad Jurídica Aranzadi,* de 24 de febrero de 2011, núm. 815.

[17] Véase BRICEÑO MARTÍN, M. R.: Vicisitudes económicas y jurídicas de la dación en pago de activos inmobiliarios como modo de extinción de las deudas pendientes con las entidades financieras, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 726, pp. 2025-2064; ADÁN GARCÍA, E.: La dación en pago, en *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica,* Centro de Estudios Registrales, 2009, pp. 509-569.

[18] Fundamento de Derecho 4.º a) Auto 111/2010, de 17 de diciembre.

[19] Fundamento de Derecho 4.º c) del mismo Auto.

[20] Fundamento de Derecho 4.º b) de este Auto.

[21] *Vid.,* ROMERO CANDAU, P. A. y ROMERO CANDAU, R.: La continuación de la ejecución forzosa tras la subasta de los bienes hipotecados. Comentario a los Autos núm. 111/2010 y 4/2011, de las secciones segunda y tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, en *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 1/2011.

[22] JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2011). Adjudicación en pago y reclamación de la diferencia entre el crédito por el que se ejecutó y el valor de la adjudicación. Comentario al Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2010. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, p. 2956.

[23] Es también el criterio que sigue, como hemos visto, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de enero de 2012, en su Fundamento de Derecho segundo: «No puede obviarse la aparente justicia o equidad de las argumentaciones de la parte y lo deseable de una previsión legislativa que moderase el rigor de la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal en supuestos de ejecuciones hipotecarias».

[24] *Vid.* JIMÉNEZ PARÍS, T. A.: Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724, pp. 1159-1181.

[25] STS de 16 de febrero de 2006, de 18 de noviembre de 2005, de 8 de julio de 2003, de 21 de octubre de 2005, de 25 de septiembre de 2008, entre otras.

[26] STS de 15 de noviembre de 1990, 4 de julio de 1993 y 18 de noviembre de 2005.

[27] STS de 8 de julio de 2003.

[28] Fundamento de Derecho 2.º Auto de Torrejón de Ardoz de 10 de enero de 2012.

[29] La cuestión se suscitó cuando una entidad bancaria interesó, ante el Juzgado de Sabadell, la ejecución hipotecaria de una vivienda. Su propietaria argumentó no poder hacer frente a las cuotas debido a la suscripción de un contrato cuyos efectos no alcanzó a comprender y, por otro lado, la actual situación de crisis económica y financiera generalizada.

[30] El Auto del TC de 19 de julio de 2011 incluye un interesante voto particular del magistrado Eugeni GAY, quien considera que «el sentido de las normas, más si cabe las constitucionales, no pueden establecerse de espaldas a la realidad social en la que corresponde aplicarlas sino en íntima y directa conexión con ella».

2. MERCANTIL

Las cláusulas abusivas de intereses moratorios ante la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 y el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015

Abusive Late Interest Clauses Vis-à-vis the Supreme Court Ruling of 22 April 2015 and the Order of the Court of Justice of the European Union of 11 June 2015

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado, lo que ha de valorarse tratando las relaciones entre el derecho supletorio y la interpretación integradora del contrato, así como la conocida como prohibición de la reducción conservadora de la validez.

ABSTRACT: The Supreme Court's ruling of 22 April 2015 establishes it as jurisprudence that, in consumer loan agreements without collateral, a non-negotiated clause that sets an interest on late payment that is more than two percentage points higher than the accorded remunerative interest is abusive. This must be weighed in consideration of the relations between the general principles applying in default of specific legislation and the holistic interpretation of the contract, likewise the prohibition against eliminating abusive clauses when their elimination creates a loophole in the contract.

PALABRAS CLAVE: Derecho de contratos. Derecho de consumo.

KEY WORDS: Contract law. Consumer protection law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS OPCIONES DOCTRINALES PLANTEADAS.—III. EPÍLOGO.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

En la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 1360), «*…se fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado…*».

Ahora bien, para llegar a la fijación de dicha doctrina jurisprudencial el Tribunal Supremo razona las consecuencias de la nulidad de la cláusula que fija un interés de demora abusivo, sobre la base de los siguientes razonamientos:

«Decisión de la Sala. Las consecuencias de la nulidad de la cláusula que fija un interés de demora abusivo

1. El TJUE ha deducido de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE (LCEur 1993, 1071), que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.

Así lo ha afirmado en las sentencias de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143), asunto C-618/2010, caso Banesto, apartado 65, de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 145), asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 57, y 21 de enero de 2015 (TJCE 2015, 4), asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, apartado 28.

El TJUE ha inferido esta solución de la previsión del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, en relación con su vigésimo cuarto considerando, que impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores», al considerar que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en dicho precepto, pues el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por esa razón, el TJUE, en el fallo de la sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, declaró que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (RCL *2007, 2164 y* RCL *2008, 372), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando este declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva».*

2. En cuanto a la posibilidad de aplicar de modo supletorio una disposición de Derecho dispositivo de Derecho nacional, una vez declarada la nulidad de la cláusula abusiva y la no vinculación a la misma del consumidor, el TJUE solo

ha admitido esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se viera obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quedara expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización. Así resulta de lo declarado en sus sentencias de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014, 105), asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, párrafos 80 y siguientes y de 21 de enero de 2015 (TJCE 2015, 4), asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 33.

3. El TJUE también ha resuelto sobre la improcedencia de la integración del contrato en el caso de que la cláusula abusiva sea la que establece el interés de demora en un contrato de préstamo, pues le fue planteada una cuestión prejudicial con este objeto por un tribunal español. En la sentencia que resolvió esta cuestión, la de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 29, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 145), asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, párrafo 59, el TJUE declaró que el artículo 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida cláusula. Y en el apartado 34 añadió que en los litigios principales (procedimientos de ejecución hipotecaria) la anulación de las cláusulas que establecían el interés de demora no podía acarrear consecuencias negativas para el consumidor (que era la única justificación para que se integrara el contrato mediante la aplicación supletoria de normas de Derecho dispositivo, para evitar la nulidad total del contrato en perjuicio del consumidor), ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas.

4. La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el artículo 1258 del Código Civil (LEG *1889, 27), salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario*».

Ante lo anterior, la cuestión a debatir está plenamente servida ya que declarada la nulidad por abusiva de la cláusula de interés moratorio se ha de estar al recurso del interés remuneratorio pactado por las partes en el contrato o bien a la aplicación del artículo 1108 del Código Civil, es decir, la referida declaración de nulidad supone la existencia de una laguna contractual a resolver según los parámetros indicados anteriormente[1].

Interesa a este respecto, tener presente tanto el texto original del artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU), que establecía lo siguiente:

«*Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato.*

1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.

A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato».

Igual interés muestra la modificación de la referida norma en virtud del artículo único 27 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo:

«Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato.

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas».

El legislador español justificó el cambio de redacción de la referida norma a raíz de lo declarado en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 (*vid.*, apdo. III del Preámbulo de la Ley 3/2014, de 27 de marzo que establece lo siguiente:

«*En otro orden de cosas, la ley procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en lo que respecta al artículo 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En concreto, el Tribunal entiende que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE.*

El incumplimiento que el Tribunal de Justicia estima que se ha producido en relación con el artículo 83 del texto refundido, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva. El Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios.

En función de ello, se modifica la redacción del citado artículo 83 del texto refundido, para la correcta transposición del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993».

La posición más reciente que conocemos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea al respecto, nos la muestra el Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 11 de junio de 2015 (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, contra Fernando

Quintano Ujeta y María-Isabel Sánchez García. Petición de decisión prejudicial: Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander. Asunto C-602/13).

Pues bien, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander decidió suspender un procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales, en lo que ahora nos atañe:

1. Si de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula contractual abusiva sobre el interés moratorio debe extraer como consecuencia la invalidez de todo tipo de interés moratorio, inclusive el que pueda resultar de la aplicación supletoria de una norma nacional como pueda ser el artículo 1108 del Código Civil, la DT 2.ª de la Ley 1/2013, en relación con el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, o el artículo 4 del RDL 6/2012 y sin entenderse vinculado por el recálculo que pueda haber realizado el profesional conforme [a] la DT 2.ª de la [Ley 1/2013].

2. Si la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 1/2013 debe interpretarse en el sentido de que no puede constituirse en obstáculo a la protección del interés del consumidor.

El referido Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, había establecido que: (42) el ámbito de aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y del artículo 4, apartado 1, del Decreto-ley 6/2012 se extiende a todo contrato de préstamo hipotecario, mientras que el ámbito de aplicación del artículo 1108 del Código Civil se extiende a todo contrato consistente en un crédito dinerario, de modo que estos dos ámbitos de aplicación son distintos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, el cual se refiere únicamente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados entre un profesional y un particular. *De ello se deduce que la aplicación de las citadas disposiciones nacionales no prejuzga en modo alguno la apreciación por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses moratorios* (…). (45) *Así pues, no cabe sino considerar que, en la medida en que las normas nacionales a que se refiere el Juzgado remitente no impiden que el juez nacional, al conocer sobre una cláusula abusiva, pueda cumplir su función y dejar sin efecto dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tales normas nacionales.*

Y termina razonando lo siguiente:

«*De las consideraciones expuestas se deduce que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, siempre que la aplicación de tales normas nacionales:*

- *no prejuzgue la apreciación del carácter «abusivo» de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato, y*
- *no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es "abusiva" en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva*».

Aunque no de una forma concluyente y pese a recordar anteriormente toda su doctrina sobre la prohibición de la reducción conservadora de la validez, en nuestra opinión, la conclusión a la que llega el Tribunal de Justicia de la Unión

Europea en este Auto no es tan tajante como la ofrecida en sentencias anteriores e incluso en el propio Auto donde se reitera que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 57, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 28)[2].

Es decir, estimamos que con la doctrina de este Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se impide por tanto que ante la cláusula abusiva de intereses moratorios, el Juez nacional pueda colmar ese interés moratorio mediante la aplicación del interés legal supletorio al que alude el artículo 1108 del Código Civil, ya que esa posibilidad de actuación no estaría impidiendo a la autoridad judicial prejuzgar sobre el carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios ni dejar sin efecto dicha cláusula abusiva de intereses moratorios.

II. LAS OPCIONES DOCTRINALES PLANTEADAS

Una primera postura aboga por sostener que eliminada la cláusula abusiva de los intereses moratorios (causante de un desequilibrio importante para el consumidor, en los términos del art. 82.1 del TRLGDCU), la laguna aparecida debe colmarse mediante la aplicación del interés legal del dinero, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1108 y 316 del Código de Comercio, mientras que la otra opinión sostiene que dicha laguna contractual se salva mediante la aplicación de los intereses remuneratorios pactados, dado que reflejan mejor la voluntad de las partes, acudiendo para ello a la conocida interpretación integradora del contrato[3].

La discusión se plantea en primer lugar sobre la interpretación del artículo 1108 del Código Civil, como norma de derecho supletorio, sobre si esta se refiere o requiere la existencia de un pacto específico sobre los intereses moratorios (MIQUEL GONZÁLEZ), o bien, si se refiere a que el pacto específico requerido no es solo el de los intereses moratorios sino también puede ser el de los intereses remuneratorios (PANTALEÓN PRIETO).

El segundo elemento de debate introducido reside en la jerarquía de la conocida interpretación integradora del contrato sobre las normas de derecho supletorio, tanto desde un punto de vista general, como especial para el caso del ámbito de aplicación de las cláusulas abusivas.

En relación con la interpretación del pacto de intereses al que hace referencia el artículo 1108 del Código Civil, RUIZ-RICO[4] opinaba que el pacto de intereses al que hace referencia tal norma no lo es solo para los intereses moratorios, sino también para los intereses remuneratorios, siendo estos por tanto los debidos en ausencia de pacto, cuando razonaba al respecto lo siguiente:

«Difícil, en primer lugar, porque se trataría de situaciones no expresamente previstas por el pacto; al no haber pacto, no habría aplicación de intereses convenidos. Y además porque, aun cuando el 1108 no solventa el tema de si por «intereses convenidos» se entienden los convenidos para el caso de mora o

cualesquiera convenidos, sí que lo hace el artículo 316 del Código de comercio, para el cual, habiendo mora, se pagará «el interés pactado para este caso». Esta alusión al 316 del Código de comercio podría resultar indicativa del sentido que habría que dar a la expresión del 1108 del Código Civil.

Frente a esto, nuestra posición es abiertamente favorable a la extensión de los intereses convenidos a todos los supuestos antes planteados, incluso al más dudoso de discontinuidad temporal entre los intereses convenidos y los moratorios, al menos en lo concerniente a las obligaciones pecuniarias civiles.

Para ello nos basamos, aparte de en la estrecha correlación que existe entre los distintos tipos de intereses (correspectivos, compensatorios, moratorios), en el propio tenor literal del artículo 1108. De acuerdo con él, la indemnización de daños por mora «… consistirá en el pago de los intereses convenidos», esto es, que si en algún momento se pactaron intereses, ésos serán los que se deban en concepto de indemnización. La ley no distingue a qué clase de intereses convenidos se refiere, si a los moratorios solo o también a los exclusivamente correspectivos, por lo que, siguiendo el conocido adagio, no distinguiendo la ley, no nos es dable distinguir.

Pero hay un dato que debe considerarse como irrefutable: es el hecho mismo de que el artículo 1108 recalque la trascendencia —doble trascendencia, además— del convenio en materia de intereses. No hay razón objetiva que justifique la doble alusión al pacto (sobre todo la última, la que concierne a los «intereses convenidos»), si no es para remitir en bloque al contenido del convenio y al tipo de interés en él fijado, con la tácita intención de prolongar la misma situación creada con el contrato. Debemos tener en cuenta que si no fuese esta su finalidad nos hallaríamos ante unas alusiones inútiles, por cuanto el principio de autonomía privada del 1255 hubiera sido suficiente para llenar un posible hueco del 1108 respecto a posibles pactos de intereses moratorios (solo), y el 1755, junto con algunos preceptos más del propio Código, hubieran resuelto la duda de si el 1108 era un precepto imperativo, dejando patente su naturaleza netamente dispositiva en cuanto a la posibilidad de pactar tipos de intereses distintos del legal. En consecuencia, la justificación del uso del término «intereses convenidos» no puede ser sino justamente la de dar a entender que, siempre que se estipulen intereses simples, con o sin limitación temporal, los moratorios se devengarán, una vez constituida la mora, en ese mismo porcentaje, mayor o menor al legal».

No obstante y aunque reconoce la injusticia de la interpretación propuesta para situaciones de desequilibrio contractual admitiendo la corrección de la misma mediante la aplicación de la normativa específica protectora de consumidores y usuarios, cuando explica que: «(105) Esta solución pudiera parecer reprobable si pensamos que muy frecuentemente, en las relaciones contractuales entre dos sujetos, suele haber uno de ellos, bien el que actúe como acreedor dinerario, o incluso el que lo haga como deudor de metálico, que se encuentre en situación de superioridad y pueda imponer a la contraparte unas condiciones favorables para él, *v. gr.,* un tipo de interés (de demora o de otra naturaleza) superior al legal, si era acreedor, o inferior, si deudor. Acaso resultaría más razonable uniformar las soluciones y aplicar la tasa legal a los momentos no explícitamente regulados por el acuerdo.

Sin embargo, este punto de vista, a más de no ser concorde con el precepto legal, hallaría satisfacción, al menos parcial, a través de otros mecanismos legales sancionadores de abusos y desequilibrios contractuales, como la Ley de Usura de 1908 o, en su caso, la Ley de Consumidores de 1984».

En este sentido, se apunta y con razón (ÁLFARO ÁGUILA-REAL) que el artículo 316 del Código de Comercio sí que exige la existencia de un pacto de interés por mora, «el interés pactado para este caso», que sin duda supondría un argumento importante a tener en cuenta en relación con la interpretación del artículo 1108 del Código Civil. De esta forma, el artículo 316 del Código de Comercio prevé expresamente lo siguiente: «*Los deudores que demoren el pago de sus deudas después de vencidas, deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento el interés pactado para este caso o, en su defecto, el legal*».

Pues bien, el artículo 1108 del Código Civil, expresamente establece lo siguiente: «*Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal*».

O sea, «*la indemnización de daños y perjuicios*» para el deudor moroso ya que el artículo 1108 es una norma de cuantificación del daño «*no habiendo pacto en contrario*», es decir, pacto que puede consistir en una liquidación del daño a través de una cláusula penal, «*consistirá en el pago de los intereses convenidos*», entendiéndose por tales un pacto de intereses diferente al interés legal, «*y a falta de convenio*», a saber, en ausencia de pacto de intereses sobre indemnización de daños y perjuicios para el caso de mora que es el propio ámbito de aplicación de la norma, se aplicará «*el interés legal*»[5].

En suma, coincidimos con el Profesor MIQUEL en que el pacto al que se refiere el artículo 1108 del Código Civil ha de ser al pacto de intereses moratorios.

De todas formas y lejos de no reconocer la existencia de argumentos en favor de la interpretación del artículo 1108 del Código Civil sobre su preferencia de los intereses remuneratorios al interés legal en defecto de pacto, pese a que consideremos más adecuada la postura contraria, no es menos cierto que esta labor interpretativa ha de ceñirse a nuestro juicio al caso al que viene referida en este momento, es decir, a la nulidad de las cláusulas abusivas de intereses moratorios, o lo que es lo mismo, al sector de la contratación con consumidores y usuarios y que por tanto cualquier integración del contrato que prefiriera el pacto de intereses remuneratorios al del interés legal ha de efectuarse «*en beneficio del consumidor*», tal y como prevé el artículo 65 del TRLGDCU, por lo que, en sede de interpretación correctora, dichos intereses remuneratorios tendrían que ser en todo caso inferiores al interés legal.

Sin embargo, hemos comenzado con la exposición del debate referido en cuanto a la interpretación del artículo 1108 del Código Civil y nos hemos decantado por una de las opiniones, pero aún no hemos expuesto el camino al que se llega en este caso al artículo 1108 del Código Civil en estos casos en que el juez declare nula por abusiva la cláusula de intereses moratorios, ya que dicho camino también nos ofrece otra viva polémica consistente en la preferencia de la aplicación del Derecho dispositivo (MIQUEL GONZÁLEZ), es decir, el artículo 1108 del Código Civil y por tanto interés legal, frente a la postura que haría primar en este supuesto la interpretación integradora del contrato (PANTALEÓN PRIETO) y así hacer valer el pacto de intereses remuneratorios frente al interés legal[6].

Sobre el alcance y la prevalencia general de la conocida como interpretación integradora del contrato cabe señalar la opinión de BETTI[7] cuando razona al respecto lo siguiente: «Lo que llamamos interpretación integradora recae sobre puntos de la regulación negocial que, no estando comprendidos en la fórmula, pueden en todo caso comprenderse en la idea que ella expresa, siendo, por ello, encuadrado en el contenido del negocio» (…) «siendo irrelevante, por otra parte, que el declarante en concreto aunque hubiese reflejado aquel punto, estuviera

dispuesto a regularlo según la buena fe, el uso social, etc…, porque no se trata de atenerse a una voluntad hipotética, sino únicamente a la posibilidad (y a la carga) de su inteligencia por las partes. Ciertamente, que entre la interpretación dirigida a aclarar el significado y la integración con normas supletorias o dispositivas existen rasgos comunes, pues toman como base la causa para la composición de intereses y en el tipo abstracto de negocio y aplican de conformidad con ello criterios deducidos de fuentes comunes como la buena fe. Pero la interpretación, y esta es la nota esencial que le caracteriza, presupone conceptualmente un dato contenido en el negocio concreto ya implícito, ya explícito, una idea (precepto) del negocio más o menos manifestada con fórmula adecuada. Por el contrario la interpretación con normas supletorias o dispositivos presupone precisamente la falta de un precepto recabable de la fórmula, por lo que se produce en ella una laguna que alcanza a la idea misma (precepto) en la regulación negocial, lo que no se refiere al tipo de negocio, únicamente apoyada en una específica fórmula o cláusula, pero inducida del contenido lógico y práctico del concreto negocio considerado en su conjunto y en conexión con el ambiente social». «Después de cuanto se ha dicho se comprenderá perfectamente que las normas sobre la interpretación, y entre ellas las de interpretación objetiva, tengan precedente lógica sobre las normas supletorias o dispositivas. Así es, porque aquellas se refieren al tipo mismo de negocio, mientras que estas conciernen solo a sus efectos, o sea, a su tratamiento teniendo aquellas la precedencia según el criterio, conforme al cual donde hay una declaración de las partes o cualquier cosa que forme parte integrante de ella (como los criterios deducidos de los usos o de la buena fe), allí no pueden entrar a regir normas que, como las supletorias o dispositivas, provean a disciplinar los efectos del negocio presuponiendo la ausencia de cualquier declaración o de una declaración contraria. En la medida en que alcanza vigor la regulación de las partes, allí no hay lugar para una regulación legal supletoria o dispositiva, o dicho de otra manera, donde se extienda en cualquier medida o tenga vigor la regulación de las partes, se determina aquella solo por medio de la interpretación».

No obstante y como acertadamente recoge MIQUEL GONZÁLEZ[8] también somos de la opinión de que el Derecho dispositivo asume una clara naturaleza imperativa en la contratación con consumidores y usuarios, lo cual puede observarse en el propio artículo 86.1 del TRLGDCU que expresamente prevé lo siguiente: «*En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas…*», lo que implica en el debate suscitado la inversión de la prevalencia antes referida, es decir, la norma de derecho dispositivo (art. 1108 del Código Civil y su consecuencia jurídica, la aplicación del interés legal en caso de mora del deudor en defecto de pacto al efecto) ha de resultar preferente a la interpretación integradora contractual que nos remitiría a la aplicación del interés remuneratorio en defecto de pacto sobre el interés moratorio, evidentemente, cuando de nulidad por abusiva se tratare a la cláusula de intereses moratorios convenida con el consumidor.

III. EPÍLOGO

En función de lo expuesto, no estimamos adecuada la solución a la que llega la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 ya que efectúa un recalculo de intereses moratorios considerados abusivos a partir del concepto del interés remuneratorio.

En nuestra opinión, la actuación correcta en este tipo de situaciones es el recurso a la aplicación del derecho supletorio nacional que nos ofrece el artículo 1108 del Código Civil, a saber, el interés legal del dinero, en defecto de pacto de intereses moratorios por ambas partes, solución integradora que ha de prevalecer sobre una interpretación integradora del contrato en la que se basa dicha sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015, debido al carácter imperativo que asume el derecho dispositivo en contratación con consumidores y usuarios. Esta actuación no la consideramos contraria a Derecho, ya que ni hace prejuzgar al Juez nacional sobre el carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios ni implica que pueda dejar sin efecto a la misma.

Otras cuestiones serían las reflexiones que se pudieran realizar sobre el propio carácter del interés legal del dinero, el desincentivo a la introducción de cláusulas abusivas sobre intereses moratorios y las actuaciones de contratación propias del sector al que pertenecen normalmente este tipo de cláusulas, que sin duda deberían llevar a nuestro legislador a reconsiderar todos estos tipos de intereses a los que hace referencia la propia sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 y como no, el propio interés legal del dinero, pero *Qui prodest?*

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL. www.almacendederecho.org

BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos,* traducción y prólogo por J. L. De los Mozos, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.

CAFFARENA LAPORTA. El requisito de identidad del pago en las obligaciones genéricas. *Anuario de Derecho Civil,* 1985-IV.

MIQUEL GONZÁLEZ. *Comentarios a las normas de protección de los consumidores,* dirigidos por Cámara Lapuente, 2011.

RUIZ-RICO RUIZ. *Comentarios al Código Civil.* Tomo XV, vol. 1.º: artículos 1088 a 1124 del Código Civil Edersa, 2004 (art. 1108).

SERRA RODRÍGUEZ. Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo. *Boletín del Ministerio de Justicia,* Año LXVII, núm. 2153, abril de 2013.

VATTIER FUENZALIDA. La interpretación integradora del contrato en el Código Civil. *Anuario de Derecho Civil,* 1987-II.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJ de la Unión Europea de 14 de junio de 2012.
- Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 11 de junio de 2015.
- STS de 22 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 1360).

NOTAS

[1] Para un resumen de las posiciones doctrinales e incluso judiciales, *vid.* SERRA RODRÍGUEZ. Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo. *Boletín del Ministerio de Justicia,* Año LXVII, núm. 2153, abril de 2013.

[2] El profesor ALFARO ÁGUILA-REAL quien ha introducido un rico debate al respecto en su blog y del que sin duda es deudor quien escribe, opina sobre la conclusión del referido Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre este particular (http://

almacendederecho.org/el-tribunal-de-justicia-decide-mediante-auto-una-cuestion-prejudicial sobre-intereses-moratorios-y-clausula-de-vencimiento-anticipado/), que: «En definitiva, hay que entender que da la razón a aquellos tribunales españoles que vienen sustituyendo la cláusula nula de intereses moratorios por lo dispuesto en el artículo 1108 del Código Civil y no sabemos si también a la reciente doctrina del Tribunal Supremo respecto de la posibilidad de aplicar, en sustitución de la cláusula abusiva, el interés remuneratorio pactado».

[3] La exposición de estas posturas expuestas por los Profesores MIQUEL GONZÁLEZ, PANTALEÓN PRIETO y ALFARO ÁGUILA-REAL, pueden encontrarse en: http://almacendederecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/ y http://almacendederecho.org/mas-sobre-intereses-moratorios-abusivos/

[4] RUIZ-RICO RUIZ. *Comentarios al Código Civil.* Tomo XV, Vol 1.º: Artículos 1088 a 1124 del Código Civil Edersa, 2004 (art. 1108).

[5] Sobre la lógica de ambas interpretaciones del artículo 1108 del Código Civil en materia de mora del prestatario, el Profesor ALFARO razona lo siguiente: «Sin embargo, el interés remuneratorio pactado refleja mejor la voluntad hipotética de las partes en relación con el daño esperado de la mora del deudor que el interés legal del dinero en un contrato de préstamo en el que se han pactado intereses (recuérdese que el préstamo es naturalmente gratuito —no se deben intereses si no se pactan— y que el artículo 1108 del Código Civil no está pensado para el contrato de préstamo, sino para cualquier obligación de entregar una cantidad de dinero). En el préstamo, el interés remuneratorio es parte de los elementos esenciales del contrato y se puede estar razonablemente seguro, si el mercado de crédito es competitivo, que el interés pactado refleja la mejor opción que el consumidor ha podido lograr y que refleja igualmente el nivel de riesgo asumido por el prestamista. Es decir, el interés remuneratorio refleja, por un lado, el coste del dinero sin riesgo (representado, normalmente por el interés que paga el Estado por la deuda pública) y, por otro, una «prima de riesgo» que refleja la probabilidad de que el deudor concreto no devuelva el préstamo. Durante la mora, ese riesgo se incrementa, de manera que no es descabellado considerar, en aplicación del artículo 1258 del Código Civil, que la laguna contractual que resulta de la anulación de la cláusula abusiva de intereses moratorios ha de cubrirse aplicando, no el artículo 1108 del Código Civil, sino los intereses remuneratorios pactados». (…)

«La aplicación del artículo 1108 del Código Civil y del artículo 316 del Código Civil podría mantenerse a pesar de lo que hemos dicho hasta aquí si razonamos de la siguiente forma. En efecto, el artículo 1108 del Código Civil es aplicable a las obligaciones que consiste en el pago de «una suma o cantidad cierta». Por tanto, presuponen que —como decíamos en la otra entrada— la cuenta del préstamo se ha cerrado y ha quedado fijada la cuantía de la deuda. En un préstamo de largo plazo en nuestro país, lo habitual es que el prestatario pague una cantidad fija mensualmente que comprende una parte del capital y otra de intereses. Y, de acuerdo con la regulación sobre la TAE, el anatocismo —la capitalización de los intereses— se produce anualmente. Pues bien, cuando el prestatario deja de pagar las cuotas de un préstamo, si el banco no da por vencido el mismo, las cuotas futuras que van devengándose y venciendo incluirán el interés remuneratorio. Y las cantidades vencidas y no pagadas se «consolidan» al final del año en una suma que comprende el capital que se había debido restituir y no se restituyó y los intereses remuneratorios que debieron haberse pagado y no lo fueron. Una vez «consolidada» la cantidad debida (normalmente al final de cada año), esta cantidad es una «suma o cantidad cierta» en la que está pensando el artículo 1108 del Código Civil. Y a esa cantidad —que es debida— habrá que aplicarle el interés moratorio, esto es, el interés legal una vez anulada la cláusula que establece los intereses moratorios». http://almacendederecho.org/mas-sobre-intereses-moratorios-abusivos/

[6] Acerca de la interpretación integradora del contrato, *vid.,* CAFFARENA LAPORTA. El requisito de identidad del pago en las obligaciones genéricas. *Anuario de Derecho Civil,* 1985-IV, pp. 922 y sigs.; VATTIER FUENZALIDA. La interpretación integradora del contrato en el Código Civil. *Anuario de Derecho Civil,* 1987-II, pp. 495 y sigs.

[7] BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, traducción y prólogo por J. L. De los Mozos, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, pp. 368 y sigs.

[8] *Vid.,* al respecto y con carácter general, MIQUEL GONZÁLEZ, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores,* dirigidos por Cámara Lapuente, 2011, pp. 742-747.

3. URBANISMO

La declaración de obra nueva tras la Ley 13/2015

The declaration of new building after the 13/2015 Act

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN
Abogado

RESUMEN: Breve análisis de las novedades introducidas en el régimen de inscripción de la declaración de obra nueva por la Ley 13/2015 para la coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro Inmobiliario.

ABSTRACT: Brief analysis of the changes introduced in the regulation of the registration of the declaration of new building by the 13/2015 Act in order to coordinate the Property Registration Office and the Land Records Office.

PALABRAS CLAVE: Declaración de obra nueva. Ley 13/2015.

KEY WORDS: Declaration of new building. 13/2015 Act.

RESOLUCIÓN de 14 de abril de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

SUMARIO: I. HECHOS.—II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.— III. COMENTARIOS: 1. Planteamiento. 2. El antiguo artículo 208 de la ley hipotecaria y su progresiva pérdida de eficacia. 3. El contenido del nuevo artículo 202 de la ley hipotecaria. 4. La inclusión de la referencia a las instalaciones móviles. 5. La delimitación del suelo ocupado por la construcción. 6. El archivo del Libro del Edificio. 7. Los requisitos relativos a las edificaciones en régimen de propiedad horizontal.

I. HECHOS

1. Se presenta en el Registro una escritura autorizada por el notario de Murcia en la que, entre otros negocios jurídicos, se realiza una declaración de obra nueva, terminada, según se dice, hace más de quince años. Tal antigüedad se acredita mediante certificado técnico que se testimonia.

2. El registrador suspende la práctica de la inscripción de la obra nueva, extendiendo la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Cuevas

del Almanzora —Presentada en este Registro de la Propiedad escritura pública de herencia (…), de fecha veintisiete de julio de dos mil diez, que causó el Asiento número 1930 del Diario 65, solicitando la inscripción de la obra nueva que se declara en la misma, el Registrador de la Propiedad que suscribe, ha procedido a la calificación de este documento, de acuerdo con los siguientes Fundamentos de Hecho y de Derecho— Conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, el registrador califica bajo su responsabilidad los documentos presentados, extendiéndose la calificación —entre otros extremos— a «los obstáculos que surjan del Registro», a «la legalidad de sus formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción», a «las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos» y a «la no expresión, o la expresión sin claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad». Este principio legal de calificación por el registrador se reconoce expresamente en cuanto a los «documentos públicos autorizados o intervenidos por notario» por el artículo 143 del Reglamento Notarial, al establecer que los efectos que el ordenamiento jurídico les atribuye «podrán ser negados o desvirtuados por los Jueces y Tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias». Impugnada esta nueva redacción según el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, ha sido confirmada expresamente por el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de octubre de 2008. En el caso que nos ocupa se solicita la práctica de inscripción de obra nueva terminada sujeta al nuevo Reglamento de Disciplina Urbanística que más adelante se señalará sin que se hayan presentado los siguientes documentos: —El Libro del Edificio de acuerdo con la Disposición Adicional Tercera (que fija la entrada en vigor del Decreto en el ocho de mayo del presente año) y los artículos 1, 7 c), 8 d) y 27.1 y 3 todos ellos del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía. El contenido necesario del Libro del Edificio será, al menos, el señalado en el artículo 7 de la Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38/1999 de 5 de noviembre), esto es: El proyecto de la obra, el acta de recepción, la relación identificativa de los agentes participantes en el proceso de edificación y las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones, de conformidad con la normativa que le sea de aplicación. Todo esto se entiende sin perjuicio de la obligación de entregar esta documentación a los usuarios finales del edificio. El Libro del Edificio deberá ser firmado por el promotor/ora y el arquitecto/a director/ora del Proyecto con firma legitimada y podrá ser entregado en formato papel o electrónico. Se presentará previamente a la declaración de obra nueva terminada acompañando al Libro del Edificio acta que en su caso se le facilitará en este Registro de la Propiedad.—La certificación del Técnico visada por el Colegio correspondiente de acuerdo con la Disposición Adicional Tercera (que fija la entrada en vigor del Decreto en el ocho de mayo del presente año) y los artículos 1, 7 c), 8 d) y 27.1 y 3 todos ellos del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de la Comunidad Autónoma de Andalucía.—Falta aportar la preceptiva licencia de ocupación, tal como exige el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, para todo tipo de edificaciones terminadas. Resolución.—Ha decidido suspender la inscripción solicitada de la obra nueva declarada por las faltas subsanables señaladas. Contra esta calificación (…) Cuevas del Almanzora, a 18 de enero de 2011.—El Registrador (firma ilegible y sello con el nombre y apellidos del registrador)».

3. Los recurrentes impugnan la calificación alegando que la edificación se realizó hace más de quince años, por lo cual no pueden aplicarse normas que han entrado en vigor después de la construcción, acreditando dicha circunstancia mediante certificado técnico.

4. El registrador, en vista de las alegaciones formuladas, aceptó revocar el defecto segundo, manteniendo los otros dos, y elevó el expediente a este Centro Directivo con el oportuno informe con fecha 19 de enero de 2011.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 5, 7, 9 y 19 y la disposición adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; 6, apartado «d», 7, 8, 9 y 20 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo; 169 y 176 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía; 7.f) y 9.e) del Reglamento de Información al Consumidor en Compraventa y Arrendamiento de Viviendas de Andalucía, aprobado por Decreto 218/2005, de 11 octubre, de dicha Comunidad Autónoma; 1, 7.c), 8.d y 27.1 y 3 del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía; 45 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística; la Resolución Circular de esta Dirección General de 26 de julio de 2007; y las resoluciones de 10 de junio de 2005, 9 (2.ª), 10 (1.ª y 2.ª), 12 (2.ª), 13, 15 (1.ª y 2.ª), 17 (1.ª y 2.ª), 18 (1.ª y 2.ª), 19 (1.ª y 2.ª), 20 y 22 (1.ª y 2.ª) de diciembre de 2008, 12 y 13 de enero de 2009, 9 y 15 de enero de 2010, y 24 de marzo de 2011.

1. Se presenta en el Registro escritura pública, autorizada el 27 de julio de 2010, de declaración de obra nueva terminada de un edificio sito en un municipio perteneciente a la Comunidad Autónoma de Andalucía. En la escritura se protocoliza un certificado técnico en el que se afirma que la edificación cuya obra nueva se declara tiene una antigüedad superior a quince años, así como una certificación catastral descriptiva y gráfica de la que resulta que en la parcela que corresponde a la finca registral existe una edificación del año 1995, si bien no coincide su descripción con la que es objeto de declaración en la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso. El registrador exige que se aporten el Libro del Edificio, el certificado técnico debidamente visado y la licencia de ocupación, entendiendo aplicable el nuevo Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, aprobado por Decreto 60/2010, de 16 de marzo. La interesada recurre exclusivamente en cuanto a la exigencia del Libro y la licencia de ocupación, por considerar que al haber concluido la obra antes de la entrada en vigor de la Ley de Ordenación de la Edificación, no es exigible el requisito del Libro del Edificio y que, por otro lado, dada la antigüedad de la construcción cualquier infracción urbanística estaría prescrita.

2. Centrado el recurso en los dos defectos que han sido objeto de impugnación (cfr. art. 326 de la Ley Hipotecaria), comenzando por el relativo a la licencia de ocupación, el registrador suspende la inscripción de la escritura de declaración de obra nueva finalizada de una edificación, porque, no se acredita que se haya obtenido licencia de ocupación, exigencia que resulta de los artículos 1, 7.c), 8.d), 27.1 y 3 y disposición adicional tercera del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía. Estos preceptos están en concordancia con lo establecido en el

artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, del que se desprende que para inscribir en el Registro de la Propiedad una escritura de declaración de obra nueva terminada se exigirán, entre otros requisitos, «la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios y el otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística», y desarrolla el artículo 169 núm. 1, e) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, conforme al cual están sujetos a previa licencia urbanística municipal los actos de construcción o edificación y, en particular, entre otros, «la ocupación y la primera utilización de los edificios». El recurrente no niega la exigibilidad general de los requisitos documentales invocados en la calificación, sino su aplicación al presente caso al entender que por razón de la antigüedad de la construcción, superior a diez años según la certificación del técnico protocolizada, no resulta exigible.

3. La primera cuestión que ha de abordarse en este recurso es la relativa al alcance temporal de las normas aplicadas por el registrador en su calificación, pues a ella opone el recurrente que el régimen aplicable a los requisitos para obtener la inscripción de las obras nuevas terminadas debe ser el que corresponda a la fecha de la finalización de la obra (en este caso el resultante de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones), y no a la fecha en que se otorga el documento en que se formaliza la correspondiente declaración de la obra nueva (Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, y Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía aprobado por Decreto 60/2010, de 16 de marzo). Se plantea, pues, la necesidad de examinar el ámbito de aplicación temporal de las citadas normas en relación con el presente caso.

Pues bien, la escritura calificada fue autorizada el 27 de julio de 2010, cuando tanto el Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008, como el citado Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía estaban vigentes (este último entró en vigor el 8 de mayo de 2008, conforme a su disposición final tercera).

Por otra parte, las respectivas disposiciones transitorias que contienen los textos citados se refieren a materias ajenas a la aquí considerada. Finalmente, el objeto de las disposiciones en que basa el Registrador su calificación no es el de regular los controles administrativos sobre la forma en que se ha ejecutado la obra, sino los requisitos necesarios para su documentación pública e inscripción registral. Por lo tanto, como ya afirmó este Centro Directivo en su Resolución de 9 de enero de 2010, las sucesivas redacciones legales en la materia (Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico; Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio; Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones; Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, y Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio), serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos periodos de vigencia, aunque las correspondientes obras se hayan ejecutado en un momento anterior, conclusión que, concurriendo identidad de razón, se ha de extender también a la interpretación del alcance temporal del Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía de 16 de marzo de 2010. Siendo ello así y estando vigente este último texto reglamentario en el momento del otorgamiento de la escritura pública calificada, dicho texto normativo, así como las normas

que desarrolla, deberá ser el canon normativo que se aplique para dilucidar la cuestión de fondo planteada, que se analiza a continuación.

4. Como ha señalado esta Centro Directivo (*vid.*, Resoluciones citadas en los «Vistos»), la delimitación legal del contenido del derecho de propiedad en razón de su función social —art. 33.2 de la Constitución— (otro tanto cabe decir de los demás derechos que habilitan para construir y apropiarse, aunque sea temporalmente, lo construido), afecta especialmente al suelo urbano y se traduce en que el ejercicio de las facultades urbanísticas, y en especial la de edificación, está vinculado al cumplimiento de los deberes establecidos en las Leyes o, en virtud de ellas, por el planeamiento (Cfr. arts. 6, apartado «d», 7, 8 y 9 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo; y artículo 51 núm. 1, C, c) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía).

Como medida de control de la legalidad urbanística, el artículo 20.1 del citado Texto Refundido de la Ley de Suelo impone a los Notarios determinadas obligaciones de comprobación del cumplimiento de los requisitos y deberes urbanísticos por los interesados. Así, por lo que interesa a efectos de este expediente, dicha norma prescribe que, para autorizar una escritura de declaración de obra nueva terminada, los notarios exigirán —además de la certificación expedida por técnico competente a que se refiere tal disposición— «la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios y el otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística». Por lo demás, conforme al apartado 2 del mismo precepto legal, para inscribir las referidas escrituras los Registradores habrán de comprobar que tales requisitos se han cumplido; y, a tal efecto, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, deberán examinar si en la escritura de declaración de obra nueva terminada se ha cumplido la obligación de acreditar la documentación a que se refiere el citado artículo 20.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y si tal documentación se ha incorporado o testimoniado en la escritura calificada.

5. Respecto del artículo 19.1 la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (antecesor del actual artículo 20.1 del Texto Refundido de 2008), este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse en Resolución Circular de 26 de julio de 2007 en relación con el requisito relativo a la exigencia de la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios, la cual fue interpretada en el sentido de que esta exigencia «…significa que no se autorizarán por los notarios ni se inscribirán por los Registradores de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva terminada o actas de finalización de obra de edificaciones sujetas a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en lo sucesivo LOE) sin que se les acrediten tanto el seguro decenal regulado en el artículo 19 de la citada Ley, como los demás requisitos documentales exigidos por esa ley para la entrega al usuario. Tal documentación no es otra que el Libro del Edificio a que se refiere el artículo 7 de la LOE». En dicho Libro se integrarán el proyecto, el acta de recepción, la identificación de los agentes intervinientes y demás documentos previstos por el citado artículo 7 de la Ley 38/1999 y, en su caso, los demás requisitos exigidos por la legislación autonómica como integrantes del mismo.

Por lo que se refiere a la cuestión relativa a la obtención de licencia de primera ocupación, que a juicio del registrador debería ser acreditada, ha de

entenderse que, a los efectos de la calificación recurrida, como ha indicado este Centro Directivo en las resoluciones señaladas en los «Vistos», la mencionada legislación reguladora de la edificación no impone la exigencia debatida como requisito para edificar, ni para la entrega de la edificación a los usuarios —sin perjuicio de las consecuencias que se derivarían de un eventual incumplimiento de las obligaciones de diversa índole que se impone directamente a los agentes de la edificación—, toda vez que la Ley de Ordenación de la Edificación se limita a establecer en esta materia una norma de remisión a la legislación urbanística aplicable al referirse a la acreditación documental «de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística», que, a falta de una previsión más amplia de la legislación autonómica remitida, no puede entenderse sino como relativa a la licencia de edificación.

En principio, en defecto de tal previsión expresa de la normativa autonómica, el hecho de que la licencia de ocupación tenga por objeto comprobar la adecuación de la obra ejecutada al proyecto para el que fue concedida la licencia municipal de edificación, no significa que deba acreditarse en la escritura de declaración de obra nueva —o en el acta de finalización de la misma— la obtención de aquella, pues el Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 (cfr. art. 20.1), en términos similares a la Ley 6/1998, de 13 de abril, anteriormente vigente (cfr. art. 22), se limita a exigir que en dicho título se incorpore o testimonie la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de la obra conforme a la descripción del proyecto, certificado cuya finalidad, como declaró este Centro Directivo en su resolución de 26 de febrero de 1996, es precisamente «la de garantizar, mediante aseveración responsable del técnico especializado, que la obra nueva que pretende acceder al Registro de la Propiedad se ajusta a las condiciones especificadas en la licencia preceptiva, pues ello, cuando la licencia se ajustó a su vez a la ordenación urbanística en vigor, supone la incorporación de dicha obra al patrimonio del propietario respectivo (*vid.,* artículos 23 y 37.1 de la Ley del Suelo)».

Por tales motivos, y por el hecho de que el objeto del Registro de la Propiedad es la publicidad de las situaciones jurídico reales, y la adquisición del derecho de propiedad sobre la obra nueva se produce por el hecho de haberla construido con cumplimiento de los deberes propios del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación territorial y urbanística (cfr. art. 7. 2 del Texto Refundido de la Ley de Suelo), que no condiciona dicha patrimonialización al hecho de que el promotor acredite la obtención de licencia de ocupación, esta Dirección General ha entendido (*vid.,* Resoluciones citadas en los «Vistos») que nada autoriza a realizar una interpretación del artículo 19.1 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, (correspondiente al 20.1 del Texto Refundido) de la que se desprendiera la necesidad de acreditar, en el momento de la autorización de la escritura de declaración de obra nueva otorgada por el promotor —o en el acta de fin de obra—, la previa obtención de la licencia de ocupación y primera utilización prevista en el artículo 169 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía.

Ahora bien, lo que sucede es que con posterioridad a la última resolución que mantuvo tal doctrina, de 9 de enero de 2010, ha tenido lugar la aprobación y entrada en vigor, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba su Reglamento de Disciplina Urbanística, en cuyo artículo 27, apartado 1, se dispone que, sin perjuicio de los demás requisitos que resulten de la legislación reguladora de la edificación, el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad

de la declaración como obra nueva terminada de toda construcción o edificación e instalación exigirá en todo caso, además de la finalización de las obras conforme al proyecto técnico objeto de la preceptiva licencia, acreditada mediante la aportación del correspondiente certificado final de obra expedido por la dirección facultativa de la misma y visado por el Colegio profesional correspondiente, o en el caso de obras promovidas por las Administraciones Públicas, mediante la aportación del acta de recepción de las obras, «la aportación de la preceptiva licencia de ocupación o utilización». Sin embargo, en el presente caso se ha acreditado, mediante certificación de técnico competente, que la construcción de la edificación declarada está realizada desde 1995, por lo que debe entenderse aplicable el régimen previsto en el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban la normas complementarias al Reglamento Hipotecario para la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, conforme al cual podrán inscribirse las declaraciones de obra nueva correspondientes a edificaciones terminadas cuando se pruebe, entre otros medios, por certificación técnica que la terminación de la obra, con la descripción incorporada al título, se produjo en fecha determinada anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante, y sin que conste en el Registro la práctica de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca que haya sido objeto de edificación. Este precepto parte de la idea de que el plazo de prescripción cuya causa de interrupción no se haya llevado a tiempo al Registro de la Propiedad actúa, a efectos registrales, como un plazo de caducidad. Se trata de un mecanismo legal semejante al acogido en el artículo 177 del Reglamento Hipotecario y ahora también en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, reformado por Ley 24/2001. Actualmente en Andalucía el plazo de prescripción para las infracciones urbanísticas graves y muy graves es de cuatro años, sin perjuicio de lo regulado en el artículo 185 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística (cfr. art. 85 del Reglamento de Disciplina Urbanística). La Resolución de 21 de marzo de 2003 confirmó el criterio de que el Registrador no ha de exigir la prueba adicional negativa de que no se ha interrumpido la prescripción, por lo que le es exigible cierta diligencia a la Administración para solicitar a tiempo al registrador la anotación preventiva de incoación del procedimiento de disciplina urbanística. En consecuencia, el citado artículo 52 del Real Decreto 1093/1992, 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 (cfr. art. 7.c del Decreto 60/2010, de 16 de marzo). Por tanto, este motivo de suspensión no puede ser confirmado.

6. Por lo que se refiere al otro defecto opuesto en la calificación relativo a la necesidad de verificar el previo depósito del Libro del Edificio, debe afirmarse que la formalización y entrega del denominado «Libro del Edificio» constituye una obligación impuesta por el artículo 7 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que ordena que toda la información relativa a la obra ejecutada (proyecto, acta de recepción, relación de agentes, instrucciones de uso y mantenimiento) se incorporen al Libro del Edificio, que el promotor

«entregará a los usuarios finales del edificio». A este requisito ya se refirió la Resolución-Circular de este Centro Directivo de 26 de julio de 2007 interpretando la exigencia contenida en la Ley 8/2007, de Suelo, relativa a la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios, en los siguientes términos: «Esto significa que no se autorizarán por los Notarios ni se inscribirán por los Registradores de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva terminada o actas de finalización de obra de edificaciones sujetas a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación sin que se les acrediten tanto el seguro decenal regulado en el artículo 19 de la citada Ley, como los demás requisitos documentales exigidos por esa ley para la entrega al usuario. Tal documentación no es otra que el Libro del Edificio a que se refiere el artículo 7 de la LOE. En él se integrarán el proyecto, la identificación de los agentes intervinientes, licencias y demás requisitos exigidos por el citado artículo 7 de la Ley 38/1999 y, en su caso, los demás requisitos exigidos por la legislación autonómica como integrantes del mismo». No resulta aplicable en el presente caso la exención que respecto de esta obligación ha reconocido este Centro Directivo (*vid.*, entre otras, la resolución de 12 de diciembre de 2008) para los casos de declaración de obra nueva cuando el declarante es autopromotor, pues tal condición ni se ha alegado por el otorgante, ni resulta de la documentación presentada.

Este requisito y su forma de cumplimiento ha venido a ser confirmado por el reiterado Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, en relación con las edificaciones existentes en el territorio de esta Comunidad Autónoma, al precisar que para la inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración de obra nueva terminada, «previamente deberá haberse depositado una copia del Libro del Edificio en la oficina del Registro de la Propiedad competente. El cumplimiento de esta obligación deberá hacerse constar de acuerdo con lo establecido en la legislación hipotecaria y de ordenación de la edificación».

Ahora bien, acreditado que la edificación es anterior a 1995, no cabe aplicar a la misma una exigencia impuesta por una legislación que entró en vigor con posterioridad a la realización de dicha construcción.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto.

III. COMENTARIOS

1. Planteamiento

La regulación de las declaraciones de obra nueva viene sufriendo desde el año 1990 un incesante vaivén de modificaciones que parecen sugerir una gran dificultad por parte del legislador para comprender y afrontar de forma definitiva y coherente esta institución. En concreto, desde la entrada en vigor del actual Texto Refundido de la Ley de Suelo del Estado en 2008, que regula la materia en su artículo 20, ha sido modificada en tres ocasiones hasta la actualidad. La primera reforma de ese precepto fue operada por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, y la segunda fue realizada por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

Recientemente ha vuelto a incidir en la materia la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Esta Ley no modifica el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, pero sí incide en el tema de forma indirecta, pero no por ello irrelevante, a través de la superación de la obsoleta regulación que contenía la Ley Hipotecaria en su artículo 208.

En el presente comentario vamos a hacer una breve exposición de esta incidencia a partir de algunos de los pronunciamientos de la Resolución antes transcrita.

2. El antiguo artículo 208 de la Ley Hipotecaria y su progresiva pérdida de eficacia

El artículo 208 de la Ley Hipotecaria, que fue desarrollado por el artículo 308 de su Reglamento, contenía la tradicional regulación de la inscripción registral de la obra nueva, la cual se desarrollaba al margen de las normas sobre la legalidad urbanística. Durante los largos años de su plena vigencia la Dirección General sostenía que para su inscripción no era necesario acreditar el otorgamiento de la licencia municipal de obras, al no venir exigido este requisito por la legislación hipotecaria y no corresponder al notario ni al registrador velar por el cumplimiento de la legalidad urbanística[1].

Dicho precepto establecía lo siguiente:

«Las nuevas plantaciones, así como la construcción de edificios o mejoras de una finca urbana podrán inscribirse en el Registro por su descripción en los títulos referentes al inmueble. También podrán inscribirse mediante escritura pública en la que el contratista de la obra manifieste estar reintegrado de su importe por el propietario, o en la que este describa la edificación, acompañando certificado del arquitecto director de la obra o del arquitecto municipal».

Como se ha adelantado, fue a principio de los años noventa cuando empezó a relativizarse la eficacia de esta norma; en concreto, con la Ley 8/1990, de Reforma de la entonces vigente Ley del Suelo y el posterior Texto Refundido de 1992, que en este punto obedecen a la necesidad de aprovechar las instituciones notarial y registral para el control de la legalidad urbanística. En efecto, el artículo 37.2.º del Texto Refundido de la Ley del Suelo (que reprodujo el contenido del artículo 25.2.º de la Ley de Reforma), contenía un mandato dirigido a notarios y registradores en cuya virtud los primeros no podían autorizar ni los segundos inscribir escrituras de declaración de obra nueva sin acreditar la previa obtención de la preceptiva licencia y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado o, si la obra no se encontraba terminada, certificación acreditativa del ajuste de su descripción al proyecto para el que se obtuvo la licencia.

En los últimos años de la misma década se fue difuminando aún más la vigencia del antiguo artículo 208 de la Ley Hipotecaria, primero, por el Real Decreto 1093/1997, que desarrolló los aspectos formales de los anteriores requisitos urbanísticos para el acceso al Registro de la Propiedad de las obras nuevas. Por su parte, la Ley del Suelo estatal de 1998 reguló esta materia sin ninguna innovación destacable respecto del artículo 37.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992.

Más tarde, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación introdujo un nuevo requisito dirigido a los notarios y registradores, consistente en que en lo sucesivo no se autorizarían ni se inscribirían en el Registro de la

Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva de edificaciones a las que fuera de aplicación esta Ley sin que se acreditara y testimoniara la constitución de la garantía consistentes en el denominado seguro decenal.

Con ello se completaba, hasta el punto de eclipsarla, la antigua regulación de la cuestión en el citado artículo 208 de la Ley Hipotecaria.

La modificación del artículo 20 del Texto refundido de la Ley del Suelo por el citado Real Decreto-ley 8/2011, conllevó, entre otras novedades, la expresión de la exigencia de la licencia de primera ocupación y de la certificación de eficiencia energética y, para las obras antiguas, la aportación del acto administrativo declarativo de la situación de fuera de ordenación de la obra. Este último requisito fue afortunadamente suprimido por la segunda reforma del citado artículo 20, realizada por la también aludida Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

Finalmente, el artículo 208 de la Ley Hipotecaria ha dejado de regular la inscripción de la declaración de obra nueva, materia que hoy contempla el artículo 202, como consecuencia de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria y del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, cuya disposición final quinta prevé su entrada en vigor, en lo que aquí interesa, para el 1 de noviembre de 2015.

3. El contenido del nuevo artículo 202 de la Ley Hipotecaria

La nueva redacción prevista por la Ley citada en último lugar para el nuevo artículo 202 de la Ley Hipotecaria es el siguiente:

«Las nuevas plantaciones y la construcción de edificaciones o asentamiento de instalaciones, tanto fijas como removibles, de cualquier tipo, podrán inscribirse en el Registro por su descripción en los títulos referentes al inmueble, otorgados de acuerdo con la normativa aplicable para cada tipo de acto, en los que se describa la plantación, edificación, mejora o instalación. En todo caso, habrán de cumplirse todos los requisitos que hayan de ser objeto de calificación registral, según la legislación sectorial aplicable en cada caso.

La porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica.

Salvo que por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible, deberá aportarse para su archivo registral el Libro del Edificio, dejando constancia de ello en el folio real de cada finca. En tal caso, cuando se trate de edificaciones en régimen de propiedad horizontal, se hará constar en el folio real de cada elemento independiente su respectiva representación gráfica, tomada del proyecto incorporado al libro».

La nueva redacción no ha aprovechado la oportunidad para reflejar en un solo texto normativo la regulación de la inscripción registral de la declaración de obra nueva, ya que con independencia de las particularidades propias de cada legislación urbanística autonómica, las normas de aplicación general en todo el territorio nacional se mantienen dispersas en una pluralidad de disposiciones legislativas, como las contenidas en el Texto Refundido de la Ley de Suelo del Estado, el Real Decreto 1096/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística[2], la Ley de Ordenación de la Edificación —incluida la especialidad para los supuestos de autopromoción con-

tenida en su disposición adicional— o el Real Decreto 47/2007, de 19 de enero, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de edificios de nueva construcción[3].

Los inconvenientes de esta dispersión normativa se encuentran agravados por la falta de la necesaria coordinación entre ellas y por el carácter manifiestamente incompleto y mejorable de su redacción[4].

Por ello creemos que hubiera sido de aplaudir que la modificación de la Ley Hipotecaria, como corresponde a la materia específicamente regulada por ella, hubiera contenido una regulación exhaustiva y pormenorizada de los requisitos exigidos por la legislación estatal para la inscripción de las obras nuevas, en lugar de remitirse a la dispersa normativa antes citada al hacer referencia a la «legislación sectorial», remisión que debería haberse limitado a las peculiaridades propias de la legislación autonómica.

Veremos seguidamente los aspectos más relevantes de la nueva regulación hipotecaria.

4. La inclusión de la referencia a las instalaciones móviles

El artículo 202 de la Ley Hipotecaria mantiene como objeto de su regulación las nuevas plantaciones y la construcción de edificios o mejoras, pero añade un nuevo concepto: el del asentamiento de instalaciones, tanto fijas como removibles, de cualquier tipo. Este concepto se inserta entre las «construcciones de todo género adheridas al suelo» que el Código Civil califica como bienes inmuebles en su artículo 334, aunque también comprende la posibilidad de que puedan desmontarse o removerse, momento a partir del cual dejarían de tener aquella consideración.

En cuanto a los requisitos exigibles para estas instalaciones, habrá que estar a lo dispuesto por la legislación urbanística autonómica. Por su parte, el artículo 9 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2008 se limita a establecer con carácter general que «serán expresos, con silencio administrativo negativo, los actos que autoricen (…) c) La ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares, ya sean provisionales o permanentes».

Entendemos que esta inclusión no somete indiscriminadamente la inscripción de las instalaciones «removibles» a los mismos requisitos previstos para las que no lo son. Por ejemplo, no les será exigible el cumplimiento de los regulados en la Ley de Ordenación de la Edificación, como son los relativos al Libro del Edificio y al seguro decenal, ya que su ámbito de aplicación se circunscribe a los edificios «de carácter permanente», según su artículo 2.

5. La delimitación del suelo ocupado por la construcción

Hasta ahora, el artículo 45 del Real Decreto 1093/1997 se limitaba a exigir la constancia en los títulos inscribibles de la obra nueva de «la superficie de la parcela ocupada». Como se ha visto, la nueva regulación hipotecaria contenida en la Ley 13/2015 perfecciona el cumplimiento del principio de especialidad o determinación estableciendo por primera vez la necesidad de que la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación quede «identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica».

Esta previsión responde al intento de esta reciente Ley de lograr la anhelada coordinación entre el Catastro y el Registro y de, en palabras de su preámbulo,

«determinar con la mayor exactitud posible la porción de terreno sobre la que proyecta sus efectos» el Registro de la Propiedad, en aras de una mejor seguridad jurídica.

6. El archivo del Libro del Edificio

La nueva regulación recoge explícitamente en una norma de aplicación en todo el territorio nacional una exigencia que ya habían incluido algunas leyes autonómicas, consistente en el archivo en el Registro de la Propiedad del Libro del Edificio. Con ello se complementa el artículo 7 de la Ley de Ordenación de la Edificación, que impone al promotor el deber de depositar ante notario un ejemplar del libro acompañado de la certificación del arquitecto director de la obra acreditativo de ser ese el libro correspondiente a la misma y de haber sido entregado al promotor, debiendo el notario autorizar la correspondiente acta de depósito.

Así lo hace el nuevo artículo 202 de la Ley Hipotecaria cundo establece como regla general que «deberá aportarse para su archivo registral el Libro del Edificio, dejando constancia de ello en el folio real de cada finca». La Ley 13/2015 también modifica en este mismo sentido el artículo 9.a) de la Ley Hipotecaria.

En ambos preceptos se establece también una excepción a la regla general enunciada, consistente en la innecesariedad del archivo del libro cuando «por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible». Con esta salvedad se consagra la doctrina tradicional de la Dirección General de omitir la exigencia del Libro del Edificio cuando se trate de las llamadas obras antiguas.

Sobre el Libro del Edificio, la Resolución que sirve de base para este comentario recoge la regla general en estos términos: «6. Por lo que se refiere al otro defecto opuesto en la calificación relativo a la necesidad de verificar el previo depósito del Libro del Edificio, debe afirmarse que la formalización y entrega del denominado "Libro del Edificio" constituye una obligación impuesta por el artículo 7 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que ordena que toda la información relativa a la obra ejecutada (proyecto, acta de recepción, relación de agentes, instrucciones de uso y mantenimiento) se incorpore al Libro del Edificio, que el promotor "entregará a los usuarios finales del edificio"». A este requisito ya se refirió la Resolución-Circular de este Centro Directivo de 26 de julio de 2007 interpretando la exigencia contenida en la Ley 8/2007, de Suelo, relativa a la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios, en los siguientes términos: «Esto significa que no se autorizarán por los Notarios ni se inscribirán por los Registradores de la Propiedad escrituras públicas de declaración de obra nueva terminada o actas de finalización de obra de edificaciones sujetas a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación sin que se les acrediten tanto el seguro decenal regulado en el artículo 19 de la citada Ley, como los demás requisitos documentales exigidos por esa ley para la entrega al usuario. Tal documentación no es otra que el Libro del Edificio a que se refiere el artículo 7 de la LOE. En él se integrarán el proyecto, la identificación de los agentes intervinientes, licencias y demás requisitos exigidos por el citado artículo 7 de la Ley 38/1999 y, en su caso, los demás requisitos exigidos por la legislación autonómica como integrantes del mismo». No resulta aplicable en el presente caso la exención que respecto de esta obligación ha reconocido este Centro Directivo (*vid.,* entre otras, la Resolución de

12 de diciembre de 2008) para los casos de declaración de obra nueva cuando el declarante es autopromotor, pues tal condición ni se ha alegado por el otorgante, ni resulta de la documentación presentada».

La misma Resolución-Circular se refiere a la citada exención señalando que «en relación con tal extremo, en primer lugar debe entenderse que tales exigencias relativas al Libro del Edificio no son aplicables en el supuesto de autopromotor de una vivienda para uso propio.

En efecto, de la interpretación literal, lógica, sistemática y finalista de la normativa aplicable (art. 19.1 de la Ley estatal de Suelo; artículo 7 y la disposición adicional segunda de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación) se desprende que, en último término, no se pretende tutelar con dichas disposiciones legales el interés del promotor sino el de los ulteriores usuarios de la edificación y, precisamente por ello, carece de justificación imponer la exigencia de control debatida cuando, por destinarse a uso propio del promotor, no se da el supuesto de hecho de la norma: la contemplación de la entrega de la edificación por el promotor a los usuarios finales de la misma».

Tampoco es necesario el cumplimiento de este requisito relativo al Libro del Edificio en los casos de las obras antiguas. Este es el supuesto de hecho contemplado por la Resolución de 14 de abril de 2011, que es objeto de este comentario. Esta Resolución rechaza la exigibilidad de este requisito para la obra antigua, estimando el recurso interpuesto y revocando la nota del Registrador, conclusión que compartimos. En lo que no coincidimos con ella es en el motivo que se aduce para tal estimación, ya que contradice frontalmente toda la construcción que la misma había reflejado en su Fundamento 3 sobre la aplicación de las normas de derecho transitorio a la declaración de obra nueva. En efecto, la Resolución dice al respecto que «como ya afirmó este Centro Directivo en su Resolución de 9 de enero de 2010, las sucesivas redacciones legales en la materia (Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico; Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio; Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones; Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, y Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio), serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos periodos de vigencia, aunque las correspondientes obras se hayan ejecutado en un momento anterior (…)».

A nuestro juicio, este criterio es solo parcialmente acertado, pero es peligroso por incompleto ya que se refiere exclusivamente a la intervención notarial. De su redacción parece desprenderse que si el título se presenta en el Registro tras un nuevo cambio legislativo posterior a su otorgamiento el registrador también queda sometido a los requisitos de la legislación que estaba vigente en el momento de tal otorgamiento y debe desoír el mandato legal introducido después. Consideramos que en ningún caso puede llegarse a tal conclusión y que cada uno de los dos funcionarios debe ejercer su función con observancia de la legislación vigente en el momento de tal ejercicio. Así lo entiende también la Dirección General en su resolución de 17 de enero de 2012 cuando señala que «tratándose de escrituras autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de una determinada norma de protección de legalidad urbanística, pero presentadas en el Registro de la Propiedad durante su vigencia, debe exigir el registrador su aplicación, pues el objeto de su calificación se extiende a los requisitos exigidos para la inscripción».

Expuesto así el problema de derecho intertemporal o transitorio, la resolución de 14 de abril de 2011 rechaza la exigibilidad del requisito relativo al Libro del

Edificio no por el hecho de tratarse de una obra antigua, sino por lo que parece una distorsionada aplicación de las normas transitorias antes expuestas. Así se deduce de la motivación aducida por ella cuando señala que «este requisito y su forma de cumplimiento ha venido a ser confirmado por el reiterado Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, en relación con las edificaciones existentes en el territorio de esta Comunidad Autónoma, al precisar que para la inscripción en el Registro de la Propiedad de la declaración de obra nueva terminada, «previamente deberá haberse depositado una copia del Libro del Edificio en la oficina del Registro de la Propiedad competente. El cumplimiento de esta obligación deberá hacerse constar de acuerdo con lo establecido en la legislación hipotecaria y de ordenación de la edificación». Ahora bien, acreditado que la edificación es anterior a 1995, no cabe aplicar a la misma una exigencia impuesta por una legislación que entró en vigor con posterioridad a la realización de dicha construcción».

A nuestro juicio la Resolución de 2011 incurre en dos errores: primero, en el de acudir a las reglas de derecho transitorio para formar su decisión y segundo, en el de hacerlo en contra del criterio general sentado en otras ocasiones como en Resolución citada de 17 de enero de 2012, que determina que en todo caso el Registrador, al estar en vigor la nueva norma en el momento de su calificación, debería aplicarla aunque en el momento del otorgamiento del título rigiera la norma anterior.

Pero, como decimos, no es la normativa de derecho transitorio la que soluciona el caso concreto contemplado, sino la propia regulación de la obra nueva contenida en los artículos 20 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y 45 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, que determinan por sí mismos la exclusión del requisito referente al Libro del Edificio en el caso de obras antiguas. Así lo confirma la Ley 13/2015 cuando incluye en el texto del artículo 202 de la Ley Hipotecaria la siguiente salvedad: «salvo que por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible, deberá aportarse para su archivo registral el Libro del Edificio (…)». De igual modo se incide en ello en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, redactado también por aquella, según el cual la inscripción contendrá las circunstancias siguientes:

«a) Descripción de la finca objeto de inscripción, con su situación física detallada, los datos relativos a su naturaleza, linderos, superficie y, tratándose de edificaciones, expresión del archivo registral del Libro del Edificio, salvo que por su antigüedad no les fuera exigible (…)».

De ahí resulta que para la inscripción de las obras antiguas no es preciso el cumplimiento de este requisito, sin necesidad de acudir para ello a normas de derecho intertemporal, ni mucho menos de aplicarlas en contra del criterio que ha seguido al respecto la Dirección General en otras ocasiones, como en la reiterada Resolución de 17 de enero de 2012, según se ha visto.

7. Los requisitos relativos a las edificaciones en régimen de propiedad horizontal

Finalmente, el último inciso del nuevo artículo 202 de la Ley Hipotecaria establece otra novedad en concordancia con la finalidad de la Ley 13/2015, cuando, tras recoger la necesidad de aportar el Libro del Edificio como regla general para su archivo registral dejando constancia de ello en el folio real de la finca, añade que «cuando se trate de edificaciones en régimen de propiedad horizontal, se hará constar en el folio real de cada elemento independiente su respectiva representación gráfica, tomada del proyecto incorporado al libro».

Se trata de una exigencia lógica ya que con ello se extienden las necesidades de perfeccionamiento del principio de determinación o especialidad ya aludidas, a los diferentes pisos o locales del edificio dividido horizontalmente como fincas registrales independientes que son.

Sin embargo, debe precisarse que, aunque este requisito se encuadra legislativamente dentro de la regulación registral de la declaración de obra nueva, lo cierto que no es un requisito para la inscripción de tal declaración, sino en realidad para la inscripción de la división horizontal del edificio. No puede olvidarse que la declaración de obra nueva es un negocio jurídico diferente de la división horizontal aunque es muy frecuente que ambos negocios consten documentados en un mismo título.

Por último, el inciso final del precepto determina que la representación gráfica de cada elemento independiente será «tomada del proyecto incorporado al libro», lo que dificulta su interpretación y aplicación en los casos en que la división horizontal se refiera a una obra antigua, ya que en este caso no cabe hablar de Libro del Edificio del que pudiera tomarse la representación gráfica de sus distintos pisos o locales.

NOTAS

[1] Puede citarse en tal sentido la Resolución de 16 de noviembre de 1981.

[2] Ciertamente superado en algunos extremos por las sucesivas modificaciones del citado Texto Refundido de la Ley de Suelo.

[3] Hay que tener en cuenta también incluso algunas disposiciones europeas, como la Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativa a los requisitos de eficiencia energética de los edificios (Texto Refundido: Directiva 2010/31/2010/31/UE del Parlamento y del Consejo de 19 de mayo de 2010).

[4] Así se pone de manifiesto, por ejemplo, por la omisión en el artículo 20.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo estatal de toda referencia expresa a la licencia de obras o de edificación, por la desconexión existente entre el artículo 47 del Real Decreto 1093/1997 (que solo contempla el asiento de nota marginal para hacer constar la terminación de la obra en construcción) y el 20.3 del Texto Refundido de la Ley de Suelo (que prevé el asiento de inscripción en determinados casos), por el mantenimiento en el artículo 48 del citado Real Decreto de la referencia a la obtención de la licencia por acto presunto o por el hecho de que la Dirección General se haya visto en la necesidad de aclarar ciertas oscuridades de la normativa aplicable a través de diversas Resoluciones-Circulares, como la de 26 de julio de 2007.

4. DERECHO BANCARIO

La cumplimentación de los conocidos como tests MIFID conforme a la interpretación de la STS de 20 de enero de 2014 y del resto de jurisprudencia

The interpretation of the obligation to perform the assessment of suitability and appropriateness under MIFID regulation by the judgment of the Supreme Court rendered on January 20th 2014 and other case law

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS

Doctor en Derecho
Abogado colegiado en Madrid y en Nueva York
LLM por la University of California Berkeley

RESUMEN: Como bien es sabido la conocida como normativa MIFID impuso a las entidades que prestan servicios de inversión la obligación de clasificar a sus clientes. Además tales instituciones tienen que recabar información sobre el conocimiento y experiencia de sus clientes actuales o potenciales para realizar tal actividad. Ya sea el caso de servicios de asesoramiento en materia de inversiones, de gestión de carteras o de otra clase de servicio de inversión. Para ello tienen que realizar los conocidos como tests MIFID. El contenido de esta obligación, así como las consecuencias de su incumplimiento ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en el sentido de que la ausencia del test de idoneidad cuando se presta un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras permite establecer una presunción de la concurrencia de un error en el consentimiento. Lo cual ha sido completado con pronunciamientos judiciales y doctrinales que son estudiados en este trabajo para perfilar el objeto de la obligación y los efectos de su incumplimiento.

ABSTRACT: It is well known that the so called MIFID regulation established the obligation to entities that provide investment services to classify its clients. Moreover, the said entities have to collect information about the knowledge and the experience of their current or prospective customers in order to perform that activity. This is so when they are providing some investment advice, portfolio management or any other investment service. For gathering the commented information they have to carry out the so called MIFID assessments. The content of the referred obligation and its breach have been interpreted by the Spanish Supreme Court in the sense that when the assessment of appropriateness is missed and advice investment or

portfolio management services are rendered a presumption that there is mistake in the formation of the contract will be applied. This doctrine has been complemented by other case law and scholars opinions that are analyzed in this article to frame the subject matter of the said obligation and the legal consequences of its infringement.

PALABRAS CLAVE: Test MIFID. Test de conveniencia. Test de idoneidad. Contratación bancaria. MIFID.

KEY WORDS: MIFID assessment. Assessment of suitability. Assessment of appropriateness. Banking contracts. MIFID.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONFIGURACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE CLASIFICAR Y EVALUAR A LOS CLIENTES: 1. Régimen normativo. 2. Interpretación por los organismos supervisores. 3. Posicionamiento doctrinal y jurisprudencial dentro de las Audiencias Provinciales.—III. ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO RECAÍDAS EN LA MATERIA: 1. STS de 20 de enero de 2014: *A) Hechos relevantes de la controversia. B) Tratamiento de los tests MIFID en la STS de 20 de enero de 2014.* 2. STS de 7 de julio de 2014: *A) Principales hechos de la disputa. B) Doctrina relevante sobre los tests MIFID.* 3. STS. de 8 de julio de 2014: *A) Aspectos fácticos importantes del litigio. B) Pronunciamientos destacados sobre las evaluaciones MIFID.* —IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de las novedades que introdujo la normativa MIFID[1] se encontraba la imposición de clasificar a los clientes, así como la obligación de tener que evaluarles[2]. El cumplimiento de estas obligaciones no siempre ha sido el más escrupuloso, lo cual ha originado una gran controversia al respecto en los litigios sobre contratación bancaria[3].

Generalmente se ha relacionado su defectuosa, o completamente nula ejecución, con la concurrencia de errores en el consentimiento o la nulidad radical del contrato, por vulneración de una norma imperativa al amparo del artículo 6.3 del Código Civil.

El resultado de estas alegaciones ha sido desigual, sin que verdaderamente hubiera una jurisprudencia consolidada al respecto. Asimismo, no estaba claramente delimitado el contenido del test o los criterios de cuándo el mismo estaba debidamente formalizado. Lo cual acrecentaba la litigiosidad y la disparidad de pronunciamientos[4].

No obstante lo anterior, la cuestión de la cumplimentación de las evaluaciones de conveniencia e idoneidad no ha sido habitualmente tratada por la doctrina bancaria en general[5], ni por la particular que ha analizado y estudiado los *swaps*[6].

Esta situación se ha resuelto en gran medida con diversos pronunciamientos del Alto Tribunal, como las STS de 20 de enero de 2014, de 7 de julio de 2014 y de 8 de julio de 2014. En ellos se ha perfilado las consecuencias de algunos de sus incumplimientos, equiparándolos a la presunción de vicio en el consentimiento.

Sin perjuicio de lo anterior, en este trabajo se estudiará más en detalle el contenido de las referidas obligaciones a luz de la propia normativa, su interpretación por los organismos supervisores, así como por la jurisprudencia menor y opiniones doctrinales.

II. CONFIGURACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE CLASIFICAR Y EVALUAR A LOS CLIENTES

1. Régimen normativo

A este respecto convendría recordar que esta materia está regulada en el artículo 79 bis apartados 6 a 8 de la LMV[7], cuya redacción ha variado debido a diversas modificaciones[8].

Esta regulación legislativa fue desarrollada reglamentariamente mediante los preceptos 72 a 74 del Real Decreto 217/2008[9].

En este mismo sentido conviene resaltar, debido a la importancia de la interpretación auténtica[10] establecida en el artículo 3.1 del Código Civil[11], que la Exposición de Motivos del Real Decreto 217/2008 expresamente señala que la nueva normativa configura «un régimen normativo mucho más extenso y detallado donde merecen destacarse, además de las profusas obligaciones de información a los clientes, la exigencia de realizarles un test o examen de idoneidad o conveniencia con carácter previo a la prestación del servicio, un régimen minucioso para llevar a cabo la ejecución de órdenes de los clientes y el establecimiento de una serie de principios a seguir en la tramitación conjunta de órdenes de distintos clientes. Ha de reseñarse que en este título resulta de vital importancia el distinto tratamiento dado de acuerdo con el perfil minorista o profesional del cliente. De este modo, el Real Decreto concilia la necesaria protección que ha de darse a los inversores con el establecimiento de requisitos que respondan a dicho objetivo y que no supongan una costosa, innecesaria e infructuosa carga tanto para la entidad como para el cliente».

Nótese que el uso de la conjunción disyuntiva «o» parece claramente indicar que habría que cumplimentar uno solo de los referidos tests. En cualquier caso de la reglamentación citada parece que se puede concluir:

- Cuándo se debe efectuar cada tipo de test (idoneidad para el supuesto de asesoramiento financiero y gestión de carteras, mientras que el de conveniencia habría que formalizarlo para el resto de servicios contemplados en el art. 79 bis 7).
- Los referidos exámenes deben realizarse con carácter previo a la prestación del servicio. Lo cual, aunque no es estrictamente equivalente a contratación, parece que ha de entenderse como tal por la práctica habitual de concluir el contrato antes del inicio de la prestación del servicio y por el principio teleológico de interpretación. En caso contrario, carecería de sentido que un cliente estuviera obligado antes de que este trámite se hubiera cumplimentado. Y es que la finalidad de estos tests según se comenta en la Exposición de Motivos del Real Decreto 217/2008 es precisamente proteger al inversor, tratando de asegurarse de la conveniencia o idoneidad del servicio o producto que se va a contratar, o al menos, de que el cliente esté debidamente informado de la falta de las mismas. Sin perjuicio de lo anterior, conforme a lo postulado por la STS de 20 de enero de 2014[12],

parece que la formalización de la evaluación MIFID tiene que tener lugar antes de la transmisión de la información precontractual, puesto que esta tiene que adaptarse en función del resultado de los mencionados tests.

- La evaluación debe recabar información sobre el conocimiento y experiencia del cliente actual o potencial. Al menos sobre i) los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente, ii) la naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado, iii) el nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes.
- Las entidades financieras no deben recomendar la suscripción del producto cuando no han podido obtener la citada información.
- Los comercializadores pueden confiar en la información suministrada por los clientes, excepto cuando sepan o deban saber que la misma es incorrecta.
- La evaluación MIFID es una labor activa, que debe registrarse y documentarse. Es decir, debe poderse acreditar su cumplimiento, no bastando con asumir o presumir la experiencia, conocimiento o suficiencia de la información recibida. Lo relevante es que el cliente entienda la no conveniencia o idoneidad y sus consecuencias. De ahí por ejemplo que se exija una expresión manuscrita sobre este último aspecto.
- Se debe entregar una copia del señalado examen de conveniencia o idoneidad al inversor.
- En el caso de la valoración de la idoneidad, se le debe proporcionar una descripción en un soporte duradero de cómo se ajustan las recomendaciones que se formulen al cliente con las características y objetivos del mismo.

Sin embargo, también puede observarse cómo dicha regulación no aclara:

- Las posibles diferencias de contenido entre un test y otro.
- Cuándo se debe entender que el mismo ha sido válidamente cumplimentado. Por ejemplo, ¿es suficiente con un formulario predeterminado que se rellene en un ordenador? ¿Cuánto tiempo se necesita para poder efectuar la evaluación? ¿Podría ser cuestión de minutos o menos con base en la operatividad de un sistema que gestione automáticamente las respuestas o es preciso un estudio más detallado y pormenorizado?
- Las posibles consecuencias de su incumplimiento. Aunque en la Exposición de Motivos se remarca la vital importancia de la realización de las evaluaciones para la necesaria protección de los inversores.

2. Interpretación por los organismos supervisores

Esta se encuentra fundamentalmente contenida en las normas tercera y cuarta[13] de la Circular 3/2013[14], cuya redacción ha sido recientemente modificada[15]. Ilustrativamente, la mencionada circular indica en su Exposición de Motivos que «en cuanto a la evaluación de la idoneidad, la nueva redacción del texto legal establece que las entidades proporcionarán al cliente por escrito o mediante otro soporte duradero una descripción de cómo se ajustan las recomendaciones que realicen a las características y objetivos del inversor. Esta descripción, atendiendo a lo previsto en la Ley, debe referirse a los tres componentes de la

evaluación de la idoneidad, es decir, la adecuación del producto a los conocimientos y experiencia del cliente, a su situación financiera y objetivos de inversión así como a los principales riesgos en que puede incurrir el inversor (riesgo de mercado, de liquidez y de crédito) que, de acuerdo con el artículo 64 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y demás entidades que prestan servicios de inversión, deben informarse. Por lo que a la evaluación de la conveniencia se refiere, la Ley concreta que las entidades deberán entregar una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada y faculta a la Comisión Nacional del Mercado de Valores[16] para que establezca en qué términos el cliente deberá expresar de forma manuscrita que ha sido advertido por la entidad de que el producto que va a adquirir no le resulta conveniente, o que no ha podido evaluar su conveniencia por falta de información».

Mediante esta circular se especifican una serie de detalles relevantes en cuanto al objeto de este trabajo. Dentro de los mismos destacaríamos:

- En el caso de la idoneidad la recomendación deberá ser coherente con todos los aspectos evaluados del cliente y la descripción deberá referirse al menos a los términos en que se haya clasificado el producto o servicio de inversión tanto desde el punto de vista del riesgo de mercado, de crédito y de liquidez, como de su complejidad, así como a la evaluación de la idoneidad realizada al cliente en sus diversos componentes (esencialmente experiencia en instrumentos y servicios financieros, formación y profesión). (Nótese cómo esta interpretación de la CNMV confirma la necesaria anterioridad del test en relación con la comunicación de la información precontractual). A su vez, la entidad financiera debe poder acreditar el cumplimiento de la obligación informativa descrita en la norma (que incluye la realización del test). Un medio para ello es recabar una copia firmada por el cliente del documento entregado en el que deberá figurar la fecha en que se produjo dicha entrega, a través del registro de la comunicación al cliente por medios electrónicos, o por cualquier otro medio que resulte fehaciente.
- Respecto a la conveniencia, se debe entregar al cliente una copia del documento que recoja el test. La evaluación deberá ser coherente con toda la información proporcionada por el cliente o disponible por la entidad y utilizada en la evaluación. A estos efectos se debe resaltar que la exigencia de que la evaluación sea coherente con toda la información proporcionada o disponible puede resultar especialmente complicada de satisfacer cuando se tiene información claramente contradictoria. Esta documentación deberá entregarse cada vez que se realice la evaluación de un tipo o familia de productos determinados. Lo cual sugiere que hay que cumplimentar un test con cada contratación de un tipo o familia de productos.
- Se concreta el contenido y la forma de diversas manifestaciones relativas al no asesoramiento, la no conveniencia o la imposibilidad de haber efectuado la evaluación.

Por lo tanto, este desarrollo normativo (junto con la guía de actuación para el análisis de la conveniencia y la idoneidad de 17 de junio de 2010[17] que concede bastante flexibilidad en cuanto a la realización de las mencionadas evaluaciones) por parte del organismo supervisor contribuye a aclarar numerosas cuestiones sobre las evaluaciones MIFID. Sin perjuicio de lo anterior, seguramente debido a las crecientes dudas en cuanto a la actuación de la CNMV

en diversos asuntos[18], así como debido al principio de libre valoración de la prueba que rige en nuestro ordenamiento[19], lo cierto es que los tribunales le suelen dar un valor relativo al cumplimiento de lo establecido por la CNMV y a sus resoluciones[20].

3. Posicionamiento doctrinal y jurisprudencial dentro de las Audiencias Provinciales

Antes de que se dictaran las sentencias objeto de análisis había posturas contradictorias dentro de la doctrina y la jurisprudencia.

Así algunos autores especializados postulaban que únicamente había que realizar un test y que su falta de cumplimentación no debería implicar por sí misma la concurrencia de un error en el consentimiento[21]. En esa misma línea se pronunció alguna sentencia de las Audiencias Provinciales[22]. Este criterio se sustentaba en parte en el posicionamiento mantenido por la CNMV en su guía de actuación para el análisis de la conveniencia y la idoneidad de 17 de junio de 2010 y diversas resoluciones suyas[23], según las cuales no era necesaria la formalización de los tests MIFID cuando la entidad financiera ya tenía conocimiento de la información que se necesitaba recabar del cliente por otros medios o cuando el cliente tenía una previa experiencia inversora relevante[24]. Y ello porque no es infrecuente que los bancos dispongan de mucha información de sus clientes debido a las contrataciones anteriores, al cumplimiento de informaciones legales y al contacto relativamente continuo que tienen con ellos.

Sin embargo, el posicionamiento mayoritario tendía a concederle una gran relevancia a la ausencia o cumplimiento defectuoso de las evaluaciones de conveniencia e idoneidad[25], constituyendo un elemento importante para declarar la existencia de un vicio en el consentimiento o la nulidad al amparo del artículo 6.3 del Código Civil.

Posteriormente, puede verse cómo las Audiencias Provinciales suelen seguir (como era previsible al ser la jurisprudencia del Alto Tribunal una fuente de Derecho según el art. 1.6 del Código Civil[26]) el criterio fijado por las resoluciones comentadas en este artículo.

A estos efectos podría mencionarse a modo de ejemplo la SAP de Madrid, Sección 9.ª, de 27 de noviembre de 2014, que en un caso de participaciones preferentes, tras un análisis riguroso de la obligación de cumplimentar los tests[27], comenta:

«Este incumplimiento es sumamente relevante, por cuanto tuvo influencia decisiva en el hecho de que los hoy actores suscribieran la orden de compra de las participaciones preferentes. Si esta suscripción hubiera ido precedida, como era obligatorio a tenor de la normativa citada, de su clasificación como clientes minoristas, de un test de conveniencia realizado a los dos y de forma seria, completa, profesional y veraz, así como de la correspondiente y obligatoria advertencia por la entidad de que el producto no era adecuado para los dos clientes, podría asumirse que estos eran los únicos responsables del resultado de su inversión. Pero no en el caso contrario, que es lo que ha sucedido en el supuesto de autos. Quiere decirse con esto que el incumplimiento que se acaba de apreciar determina la irrelevancia de la información suministrada por la entidad en los documentos que aporta a los autos y de las informaciones verbales que dice transmitidas a los demandantes. Se han incumplido por Bankia normas legales imperativas y no puede excusar este incumplimiento con cualesquiera informaciones parciales,

escritas o no, que haya ofrecido a los clientes, pues estos no fueron correctamente clasificados como minoristas, no se les advirtió exacta y completamente de los riesgos de esa inversión, como exigen los preceptos citados, y, sobre todo, Bankia no les advirtió de que las participaciones preferentes no eran producto adecuado para los demandantes»[28].

«Ya han quedado expuestos los incumplimientos en que incurrió Bankia en el caso de autos, comenzando por la inexistencia del preceptivo test de idoneidad (art. 79 bis.6 de la LMV *[RCL* 1988, 1644; *RCL* 1989, 1149 y 1781]), por existir asesoramiento en materia de inversión, en el que recabase información sobre los conocimientos y experiencia del cliente en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto de que se trata, participaciones preferentes, así como sobre su situación financiera y sus objetivos de inversión. La incorrección del test de conveniencia realizado, que no lo fue a ambos demandantes, no advirtiéndoles de que el producto no era adecuado para ellos (art. 79 bis.7 LMV). La omisión, en definitiva, de toda una completa información sobre las características y riesgos que implicaba una inversión compleja y de alto riesgo como son las participaciones preferentes, todo lo cual vició por error el consentimiento de los demandantes»[29].

Esta sentencia conforme a lo dispuesto en los pronunciamientos del Alto Tribunal comentados en este estudio, considera que existe una relación de asesoramiento por el ofrecimiento realizado por la entidad bancaria, recomendando suscribir un producto de inversión en función de las circunstancias particulares de ese cliente[30]. A su vez, esta resolución estima como consecuencia de la existencia de dicha relación que debió cumplimentarse un test de idoneidad[31] y que la evaluación de conveniencia debió formalizarse respecto a los dos demandantes[32]. (Por lo tanto, parece abogar porque haya que efectuarse un examen de conveniencia y otro de idoneidad). No obstante, podría argumentarse que la obligación de realización del test en relación con los dos actores es contradictoria con la opinión manifestada por la CNMV en su guía de actuación para el análisis de la conveniencia y la idoneidad de 17 de junio de 2010[33].

A pesar de algunas declaraciones de la resolución sobre las infracciones cometidas en relación con las evaluaciones MIFID, esta anula el contrato por concurrencia de vicio en el consentimiento. Y para ello, aunque no alude expresamente a la presunción del mismo por la ausencia de test de idoneidad, sí subraya la importancia de la omisión de la evaluación de idoneidad y del cumplimiento defectuoso del test de conveniencia, siguiendo la doctrina de la jurisprudencia estudiada en este artículo.

Otra sentencia de interés es la dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca, Sección 1.ª, de 7 de octubre de 2014. En ella se enjuiciaba un caso de obligaciones subordinadas contratadas por clientes minoristas. Nuevamente, se había formalizado el test de conveniencia por uno de ellos y no se había efectuado el examen de idoneidad[34]. Tras determinar la concurrencia de una relación de asesoramiento[35] y reproducir la jurisprudencia analizada[36] en este trabajo, la resolución declara el error basándose en gran medida en la presunción *iuris tantum* establecida en las STS de 20 de enero de 2014, de 7 de julio de 2014 y de 8 de julio de 2014 para los casos de incumplimiento de la obligación de realizar la evaluación MIFID[37]. Ilustrativamente, analizando la prueba y aplicando la doctrina mencionada, la sentencia dice:

«Todo ello quede dicho sin olvidar que en el supuesto del esposo demandante no consta que haya firmado ningún documento, ni que se le haya hecho ningún test, no siendo de recibo para esta sala el argumento de la entidad demanda-

da de que no son necesarios tales requisitos para dicho esposo demandante al haber suscrito un contrato de disposición indistinta de fondos. Pues dicho contrato tampoco existe en autos, y que además casa muy mal con la circunstancia acreditada en autos de que el esposo demandante estuviese presente en todas las negociaciones, pues desde luego dicha presencia sería innecesaria de existir de verdad ese contrato de disposición indistinta de fondos. Sin que, en fin, la normativa bancaria anteriormente citada del año 2007 acepte como excepción para el cumplimiento de las obligaciones de información ni la suscripción de otros productos con anterioridad, ni la celebración de un contrato de disposición indistinta de fondos. El esposo demandante debió, por lo tanto, haber sido también informado en la misma medida que su esposa de los contratos que se le ofrecían, y debieron habérsele realizado también los test de idoneidad y de conveniencia respecto de dicha suscripción. De suerte que no solo no se cumplió con esa legación información, sino que incluso consta que dicho demandante no firmó ningún contrato, por lo que en el caso del mismo no solo el consentimiento estuvo viciado, sino que ni siquiera existió.

Por consiguiente, la conclusión correcta de acuerdo con una interpretación de las pruebas obrantes en autos conforme a las reglas de la sana crítica, como mandan los artículo 326 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la prueba documental unida a los autos es que nos encontramos ante un supuesto de presunción de error, como señala la anteriormente transcrita sentencia del Pleno del Tribunal Supremo. Porque se trata de la contratación de un producto financiero complejo por parte de unos consumidores no expertos financieros a los que no se les han realizado ningún test de idoneidad, y cuyo test de conveniencia no cabe sino concluir, como hemos visto, que ha sido negativo»[38].

Consecuentemente, de la jurisprudencia menor comentada puede concluirse que:

- Las entidades financieras deben realizar las evaluaciones MIFID a cada uno de los titulares del producto, con independencia de que se hayan formalizado tales tests anteriormente, que haya titularidad indistinta de los fondos o de que se hayan suscrito productos de inversión previamente.
- Tiene que cumplimentarse un test de conveniencia cuando no hay una relación de asesoramiento o de gestión de carteras y de idoneidad cuando sí existe tal relación. La formalización de los mismos debe efectuarse para cumplir con su finalidad. Cuando hay una relación de asesoramiento deben realizarse los dos.
- El incumplimiento o cumplimiento defectuoso de esta obligación permite presuponer la concurrencia de un error vicio en el consentimiento.

III. ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO RECAÍDAS EN LA MATERIA

Como se ha anticipado, las resoluciones del Alto Tribunal más relevantes en relación con la evaluación de la idoneidad y la conveniencia son las STS de 20 de enero de 2014, de 7 de julio de 2014 y de 8 de julio de 2014. Todas ellas abordan la cuestión de alegados incumplimientos en relación con los tests MIFID en controversias sobre *swaps*. A continuación procedemos a estudiar cada una de ellas, centrándonos en el tema que es objeto de estudio en este artículo.

1. STS de 20 de enero de 2014

Esta sentencia es la primera del Tribunal Supremo que trata con detenimiento la cuestión particular del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los tests MIFID, así como su relación con la concurrencia de un posible vicio en el consentimiento. Esta resolución como veremos posteriormente, precisó los supuestos en que hay que efectuar la evaluación de idoneidad y la de conveniencia, perfilando a su vez el concepto de asesoramiento a estos efectos en consonancia con la jurisprudencia que previamente se había pronunciado en la materia[39].

En este pleito se instaba la nulidad de un *swap* suscrito por una mercantil con una entidad financiera con base en la concurrencia de vicios en el consentimiento[40]. Tales vicios en el consentimiento traían causa fundamentalmente en el incumplimiento del banco de la normativa MIFID. Dicha infracción consistía esencialmente en la falta de cumplimentación de los tests de conveniencia e idoneidad.

La demanda se estimó en primera instancia[41] y el recurso de apelación planteado por la entidad financiera fue desestimado[42].

A estos efectos, la principal cuestión formulada en el recurso de casación era que se determinaran los supuestos de realización de la evaluación de idoneidad y del test de conveniencia, así como las consecuencias jurídicas de su falta de cumplimentación.

A) Hechos relevantes de la controversia

Dentro de los hechos declarados probados en la instancia se deben destacar a estos efectos[43]:

- El contrato litigioso se concluyó el 13 de junio de 2008.
- Previamente las partes no habían mantenido entre ellas relaciones mercantiles ni de activo ni de pasivo[44].
- La permuta financiera era de inflación.
- El *swap* era especulativo al no estar vinculado a operaciones anteriores o coetáneas entre las partes.
- El importe del nocional de la operación fue de 400.000 euros. El tipo fijo marcado era de 3,85%. Se establecieron cinco periodos de cálculo anuales. El vencimiento del contrato se fijó para el día 20 de abril de 2013.
- El contrato fue ofrecido por el director de sucursal del banco, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador de la mercantil demandante.
- No se demostró que el representante legal de la sociedad actora tuviera conocimientos financieros específicos[45], ni que se hubieran satisfecho los requisitos legales para considerar a la sociedad actora como inversor profesional.
- No se acreditó la formalización del test de conveniencia o del de idoneidad.
- La única información precontractual probada consistía en dos emails cruzados entre las partes en los que, sin informar del riesgo de la operación, se explicaba el producto como si se tratara de un seguro financiero frente a la inflación.
- La primera liquidación del *swap* generó una deuda para la demandante de 12.343,10 euros.

B) Tratamiento de los tests MIFID en la STS de 20 de enero de 2014

Sin perjuicio de otras muchas cuestiones que pueden resultar de interés a la hora de estudiar la doctrina contenida en esta resolución[46], el análisis en este artículo se va a centrar en los pronunciamientos del Alto Tribunal relativos a las evaluaciones MIFID.

En este sentido, la STS de 20 de enero de 2014 resalta[47] a la hora de examinar el contenido del artículo 79 de la LMV, que la obligación de informar no se agota con el suministro de una información imparcial, clara y no engañosa, sino que además se debe proporcionar dicha información de manera comprensible, incluyendo orientaciones y advertencias, debiéndose cerciorar la entidad financiera de que el cliente es capaz de comprender los riesgos y de que, según el resultado del test cumplimentado, el producto suscrito era el que más le convenía[48]. A este respecto enfatiza la importancia de la obligación de evaluar la conveniencia y la idoneidad «para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata»[49]. Consecuentemente, parece que con este pronunciamiento el Alto Tribunal exige un deber de adaptación del contenido y la forma de la información a los conocimientos y experiencia del cliente particular en materia financiera, así como una obligación de cerciorarse de la capacidad de comprensión del cliente y de la mayor conveniencia del producto ofrecido[50]. Por lo tanto, el test MIFID parece constituirse como una evaluación necesaria para determinar la información precontractual que debe suministrarse. Por consiguiente, parece que se impone que su formalización tenga lugar antes de que se informe precontractualmente al cliente[51].

En línea con lo anterior, la sentencia analizada profundiza en la interpretación de la evaluación de la conveniencia y la idoneidad[52], así como el contenido y la existencia de la relación de asesoramiento cuando se comercializa este tipo de productos (con independencia de que tal doctrina aparentemente podría aplicarse a otros productos financieros o de inversión como las participaciones preferentes).

Así, en cuanto al test de conveniencia, la citada sentencia precisa que se tiene que cumplimentar «cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales, los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa»[53].

Por consiguiente, en esta resolución el Tribunal Supremo interpreta cuándo surge la comentada obligación y el contenido de la misma[54]. En este sentido podría vislumbrarse una cierta contradicción con la postura mantenida por algunas Audiencias Provinciales en esta materia, ya que si la entidad financiera debe tener en cuenta para efectuar el test la profesión y la experiencia previa del cliente en materia financiera, resulta sorprendente que varias sentencias de la jurisprudencia menor[55] hayan considerado tales aspectos irrelevantes para determinar el incumplimiento del deber informativo y la concurrencia del error en el consentimiento.

En cuanto al examen de idoneidad, el Tribunal Supremo puntualiza que «opera en caso de que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe realizar un examen

completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios que le convengan»[56].

Nuevamente, el Alto Tribunal concreta cuándo hay que efectuar este test (cuando existe una relación de asesoramiento o de gestión de carteras) y el contenido de la evaluación[57]. No obstante, lo controvertido en este caso es la delimitación del concepto de asesoramiento. (Lo cual resulta de especial interés en la cuestión de los tests MIFID, porque sirve para determinar cuándo habría que efectuar una evaluación u otra).

La referida polémica puede surgir del hecho de que a pesar de que cita y reproduce extractos de la STJUE de 30 de mayo de 2013[58], que declara que el asesoramiento existe cuando hay una recomendación atendiendo a las circunstancias personales del potencial inversor y cuando no está divulgada exclusivamente a través de canales de distribución, la STS de 20 de enero de 2014 estima que hay asesoramiento «pues el contrato fue ofrecido por la entidad financiera, por medio del subdirector de la oficina de Palamós, aprovechando la relación de confianza que tenía con el administrador del cliente inversor, como un producto financiero que podía paliar el riesgo de inflación en la adquisición de las materias primas»[59]. Es decir, los aspectos realmente considerados por el Tribunal Supremo parecen separarse de los expresamente establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por lo tanto, siguiendo este pronunciamiento del Alto Tribunal parece que se tiene que concluir que existe una relación de asesoramiento cuando hay un ofrecimiento del producto dentro de una relación de confianza. Sin embargo, esta configuración no parece ajustarse ni a la literalidad de la STJUE de 30 de mayo de 2013[60], ni de la norma aplicada[61]. Por esa razón, parte de la jurisprudencia menor[62] y de la doctrina[63] habían entendido que no existía una obligación de asesorar en estos casos, teniendo también en cuenta otros factores como la ausencia de la formalización de un contrato de asesoramiento o la falta de cobro de cantidad alguna por la prestación del referido servicio.

A su vez habría que resaltar que el Tribunal Supremo no clarifica si hay una obligación de efectuar uno o dos de los tests. En este sentido la sentencia analizada únicamente especifica que hay que cumplimentar un examen concreto (conveniencia o idoneidad) en función del tipo de relación existente entre el cliente y la entidad financiera. Esta matización del Alto Tribunal puede sugerir que cuando nos encontramos ante un asesoramiento habrá que efectuar únicamente una evaluación de idoneidad y cuando este no concurra habrá que cumplimentar solamente un test de conveniencia. En otro caso, no tendría sentido realizar una distinción de cuándo tiene que formalizarse cada uno si siempre se tuvieran que efectuar los dos. Pero posteriormente en las STS de 7 y 8 de julio de 2014 no rechazó o cuestionó que se hubiera realizado un test de conveniencia, reprochando exclusivamente la ausencia de la evaluación de idoneidad. Esa postura parece indicar que deben realizarse los dos tests MIFID cuando hay una relación de asesoramiento. Lo cual puede sustentarse en la afirmación de la sentencia que cuando se efectúa una evaluación de idoneidad hay que sumar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión al test de conveniencia. Aunque siempre podría entenderse que ello no supone que tengan que cumplimentarse necesariamente los dos exámenes, sino que la evaluación de idoneidad puede contener un análisis como el de la conveniencia, al cual habría que adicionar los citados informes. Es decir, conforme a tal interpretación no

parece que imperativamente implique que haya que formalizar dos tests MIFID en los supuestos de servicio de asesoramiento financiero o de gestión de carteras.

Seguramente la cuestión jurídica más relevante resuelta en la STS de 20 de enero de 2014 son las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de la realización de los tests contemplados en la normativa MIFID.

En este sentido, la sentencia analizada termina declarando la concurrencia del error al presumir el insuficiente conocimiento del cliente debido a la falta de cumplimentación de los tests MIFID[64]. Así el Tribunal Supremo expresamente señala que «la omisión del test que debía recoger la valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta de conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento»[65].

Consecuentemente, con este pronunciamiento parece que se superará la controversia que había anteriormente sobre la consecuencia jurídica que podía implicar la ausencia del test[66]. Si bien no se determina si tal incumplimiento puede ser motivo de nulidad en virtud del artículo 6.3 del Código Civil.

2. STS de 7 de julio de 2014

Esta resolución es relevante a efectos de este artículo porque vuelve a abordar con cierto detalle el tema de los tests MIFID y las consecuencias jurídicas de su incumplimiento. Sin embargo, trata otros aspectos interesantes como la importancia para la estimación del error en el consentimiento de la presentación de un *swap* como un seguro contra el riesgo de la subida de los tipos de interés[67] o el contenido del deber de información precontractual[68]. Además convendría comentar que algunas cuestiones especialmente interesantes que son planteadas en esta controversia, como la obligación de suministrar previsiones de tipos de interés[69], no se resuelven[70].

Como a continuación se expondrá, esta sentencia supone una confirmación de los postulados contenidos en la STS de 20 de enero de 2014.

En este litigio básicamente se planteaba la nulidad de un collar de tipo de interés con base en el desequilibrio de las prestaciones entre una y otra parte, sobre la falta de información de los riesgos del producto que la normativa aplicable imponía al banco y la concurrencia de un error en el consentimiento[71].

La demanda fue estimada en primera instancia y el recurso de apelación presentado por la entidad financiera en segunda instancia fue desestimado[72].

En el recurso de casación se formulaban las siguientes cuestiones[73]:

a) Especificación de la aplicación temporal de la normativa MIFID, así como la falta de obligación de suministrar previsiones de tipos de interés.
b) Confirmación de que la ausencia de una previa y adecuada información al cliente no tiene una relación automática causa-efecto con la declaración de nulidad del contrato.

A) Principales hechos de la disputa

Dentro del sustrato fáctico del litigio se podría destacar[74]:

- La mercantil demandante mantenía diversos préstamos hipotecarios de los que era acreedora la entidad de crédito demandada.

- El administrador de la demandante estaba interesado en un seguro de vida, pero se le ofreció por la entidad demandada un contrato de cobertura de tipos de interés.
- Se mantuvieron tratos preliminares con reuniones informativas en las que se utilizó un folleto informativo de la actora sobre distintos tipos de *swaps* en el que se consignaba, mediante esquemas, el funcionamiento de distintas clases de permutas financieras en términos generales, en el que, entre otras cuestiones, se hacía constar que las liquidaciones pueden ser negativas para el cliente y se recomendaba al mismo el asesoramiento externo sobre las cuestiones legales, fiscales y contables de los *swaps*.
- La demandante era un cliente minorista al que no se le hizo el test de conveniencia ni el de idoneidad.
- El empleado de la entidad demandada consideró que el cliente tenía el perfil adecuado para la contratación del producto porque, a su entender, no era conservador ni especulativo y solo quería mantener su patrimonio.
- La actora es una persona jurídica que suscribió un contrato básico de prestación de servicios de inversión (que operaba como marco de la relación y comúnmente se le conoce como contrato marco de operaciones financieras o CMOF), así como un contrato de confirmación de cobertura de tipos de interés (en concreto un collar de tipo de interés) el 6 de junio de 2008.
- Había ejemplos numéricos incorporados al contrato de cobertura.

B) Doctrina relevante sobre los tests MIFID

Con carácter previo, y podría decirse que necesario para el resultado del litigio, la sentencia estudiada declara aplicable la normativa MIFID a los contratos suscritos el 6 de junio de 2008[75]. Lo cual, podría ser objeto de cierta reflexión y cuestionamiento debido a las disposiciones adicionales y transitorias de las normas españolas que transpusieron las directivas MIFID[76].

Posteriormente, la resolución del Alto Tribunal perfila de forma relevante el contenido de la obligación de suministrar información precontractual respecto a los productos complejos, señalando que «el cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa, como una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contienen en el artículo 7 del Código Civil, y para el cumplimiento de ese deber de información no basta con que esta sea imparcial, clara y no engañosa, sino que deberá incluir de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o estrategias»[77].

Consecuentemente, en consonancia con lo establecido en jurisprudencia anterior[78], y con independencia de la aplicación de la regulación MIFID (ya que esta obligación es una exigencia de la buena fe según la citada jurisprudencia), parece imponerse un deber de información precontractual elevado, que aclare el carácter especulativo del instrumento financiero, sus riesgos, las características del mismo, así como la estrategia de inversión seguida. Y todo ello mediante una información adecuada, imparcial, clara, no engañosa y comprensible para el adquirente del producto. Lo que sugiere que tiene que haber una cierta adaptación de la información para que la misma pueda ser entendida por el cliente concreto que finalmente contrate el instrumento financiero, en línea con lo indicado en la STS de 20 de enero de 2014.

Adentrándose propiamente en la materia objeto de este artículo, el Tribunal Supremo clarifica que «para articular adecuadamente ese deber legal de la entidad financiera con la necesidad que el cliente minorista tiene de ser informado (conocer el producto financiero que contrata y los concretos riesgos que lleva asociados) y salvar así el desequilibrio de información que podría viciar el consentimiento por error, la normativa MIFID impone a la entidad financiera otros deberes que guardan relación con el conflicto de intereses que se da en la comercialización de un producto financiero complejo y, en su caso, en la prestación de asesoramiento financiero para su contratación, como son la realización del test de conveniencia— cuando la entidad financiera opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente previamente formada, dirigido a evaluar si es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión que va a contratar—, y el test de idoneidad, cuando el servicio prestado es de asesoramiento financiero dirigido, además de la anterior evaluación, a efectuar un informe sobre la situación financiera y los objetivos de inversión del cliente para poder recomendarle ese producto».

Por consiguiente, la evaluación de la idoneidad y la conveniencia forma parte de la obligación informativa, teniendo que cumplimentarse un test u otro en función de si existe una relación de asesoramiento. En este sentido la sentencia parte de la existencia de una relación de asesoramiento, al entender que el ofrecimiento del *swap* por parte de la entidad financiera como un producto dirigido a servir de cobertura frente a una subida del tipo de interés aplicable a la hipoteca dirigido a quien en realidad quería un seguro de vida era una recomendación personalizada[79]. Lo cual parece desviarse en parte del concepto de asesoramiento normativo[80] que había sido aplicado por la jurisprudencia anterior[81], al no analizar realmente si existe una recomendación personalizada.

En esta sentencia se reproduce y confirma la distinción efectuada por la STS de 20 de enero de 2014 respecto a las funciones de las evaluaciones de conveniencia (dirigida a la valoración de los conocimientos y experiencia del cliente con el objetivo de determinar su capacidad de comprensión y toma de decisiones de inversión) y la de idoneidad (que además del test de conveniencia implica la elaboración de un informe sobre la situación financiera del cliente y sus objetivos de inversión, con la finalidad de poderle recomendar los servicios o instrumentos que más le convengan)[82]. Por lo tanto, se asienta la interpretación sobre el contenido y finalidad de las evaluaciones, así como la exigencia de que cuando se estima que hay una relación de asesoramiento no es suficiente con que se formalice el test de conveniencia.

Recapitulando la doctrina emanada del Tribunal Supremo sobre el error en el consentimiento y la obligación informativa sobre el instrumento financiero[83], la sentencia declara:

«1. El incumplimiento de los deberes de información no comporta necesariamente la existencia del error vicio pero puede incidir en la apreciación del mismo.

2. El error sustancial que debe recaer sobre el objeto del contrato es el que afecta a los concretos riesgos asociados a la contratación del producto, en este caso el swap.

3. La información —que necesariamente ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros (art. 79 bis 3 LMV)— es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta del conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por sí solo, el incumplimiento del deber de información.

4. El deber de información que pesa sobre la entidad financiera incide directamente en la concurrencia del requisito de excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esa información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, entonces el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

5. En caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap cuanto si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo».

Aplicando la referida doctrina al caso, la resolución afirma que a pesar de que según la sentencia de segunda instancia de la lectura del documento contractual no se puede apreciar error acerca del funcionamiento del contrato, ello no impide, puesto que la entidad demandada no hizo el test de idoneidad, presumir el desconocimiento por el cliente del verdadero riesgo asumido, lo que supone la concurrencia de un error excusable sobre un elemento esencial según la doctrina expuesta[84].

3. STS de 8 de julio de 2014

Esta sentencia sigue la línea doctrinal establecida por los anteriores pronunciamientos en la materia objeto de estudio en este artículo.

En este litigio se solicitaba la nulidad de un collar bonificado de tipo de interés principalmente por la existencia de un error en la contratación y por el incumplimiento de la normativa MIFID[85].

La demanda se estimó en primera instancia, siendo confirmada dicha resolución en segunda instancia[86].

El banco en su recurso de casación instó que se fijara doctrina sobre la ausencia de sanción de nulidad de los contratos o instrumentos financieros regulados en el artículo 2 de la LMV para el caso de incumplimiento de las obligaciones de información previstas en el artículo 79 bis de la LMV; y sobre la distinción entre el test de idoneidad y la evaluación de conveniencia, los requisitos de índole formal y material de cada uno de ellos y la eficacia de su realización en el caso de resultado favorable o no para la entidad financiera que efectúa esa evaluación contractual[87].

A) Aspectos fácticos importantes del litigio

La sentencia del Tribunal Supremo desestima el recurso, sin entrar a analizar o modificar los hechos declarados probados en las instancias. Por ello, se puede entender que el sustrato fáctico relevante en este caso consiste en que[88]:

- Los demandantes personas físicas contrataron el collar con la pretendida finalidad de cobertura frente a las fluctuaciones de los tipos de interés.

- El contrato se ofreció a los actores por la entidad demandada.
- Los demandantes eran clientes minoristas a efectos de la normativa MIFID.
- No se informó a los actores antes de la contratación sobre el contenido del contrato ni sobre los riesgos asociados al *swap*.
- El banco no hizo el test de conveniencia ni el test de idoneidad.
- No hay prueba de que los demandantes rehusaran facilitar al banco demandado la información necesaria para evaluar la adecuación del producto a su perfil.

B) Pronunciamientos destacados sobre las evaluaciones MIFID

El Alto Tribunal a la hora de resolver las cuestiones planteadas en el recurso de casación comienza recordando y reproduciendo la doctrina previamente expuesta de las STS de 20 de enero de 2014 y de 7 de julio de 2014 sobre la concepción del asesoramiento, las diferencias entre los tests MIFID y las consecuencias sobre el incumplimiento de efectuar las evaluaciones de conveniencia e idoneidad[89].

Aplicando la referida doctrina a los hechos concretos previamente comentados[90], realiza una serie de afirmaciones interesantes a efectos de este estudio.

Así se matiza que el hecho de que el *swap* se ofrezca en cumplimiento de la obligación de la normativa que exigía informar a los deudores hipotecarios de instrumentos de cobertura frente a subidas de tipos de interés[91] no excluye la posibilidad que la relación entre cliente y entidad financiera sea de asesoramiento. Para ello lo importante es que se ofreciera el swap a los demandantes como conveniente para cubrir las posibles oscilaciones del tipo de interés de su hipoteca[92], sin que se les informara de diversos instrumentos de cobertura disponibles.

Además se señala que la alegada suficiencia del contenido del contrato no puede excluir el deber de información precontractual cuando resulta de aplicación la presunción derivada del incumplimiento de la realización del test de idoneidad comentada en este artículo[93].

En consonancia con la doctrina sostenida en previos pronunciamientos, se remarca que la obligación informativa es activa y no de mera disponibilidad, no siendo suficiente en este sentido que se ponga a disposición de los clientes un documento con la denominación y valor nocional del producto, o incluso que los demandantes tuvieran a su disposición antes de la firma del contrato el contenido de este[94].

La resolución también aclara que no se infringe lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC sobre la carga de la prueba por la aplicación de la comentada presunción derivada de la vulneración del deber de realización del test de idoneidad, puesto que dicha presunción se basa en el hecho declarado en la sentencia recurrida según el cual el *swap* se les ofreció a los demandantes, sin información precontractual, como un producto para evitar el perjuicio de las subidas de interés que pudieran afectar a la hipoteca de los clientes[95].

Por consiguiente, este pronunciamiento del Alto Tribunal supone una confirmación de la doctrina contenida en las sentencias previas sobre esta materia.

IV. CONCLUSIONES

De la doctrina, jurisprudencia menor y fundamentalmente de las sentencias comentadas del Tribunal Supremo, pueden alcanzarse las siguientes conclusiones respecto a la evaluación MIFID:

I. La doctrina y la jurisprudencia menor anteriormente mantenían posiciones encontradas sobre la relevancia y las consecuencias del incumplimiento de la formalización de los tests MIFID. Así, algunas sentencias sostenían que tal ausencia o cumplimiento defectuoso tenía entidad suficiente (o al menos una gran importancia) para declarar la nulidad del negocio jurídico, mientras que otras postulaban que tal omisión únicamente debía implicar la sanción prevista en la correspondiente norma administrativa.

II. Actualmente hay una línea jurisprudencial clara emanada del Tribunal Supremo que define la relación de asesoramiento cuando se contratan swaps de tipos de interés por clientes y delimita los supuestos en los que debe realizarse la evaluación de conveniencia y la de idoneidad, así como las consecuencias de su incumplimiento.

III. Según la corriente jurisprudencial expuesta el deber de información previo a la contratación de este tipo de productos debe ser activo y ha de incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a los instrumentos financieros. Su infracción no conlleva necesariamente la existencia del error vicio, pero puede incidir en la apreciación del mismo.

IV. Lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que contrata el swap cuanto si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo.

V. Existe asesoramiento cuando hay una recomendación atendiendo a las circunstancias personales del potencial inversor y cuando no está divulgada exclusivamente a través de canales de distribución. Esta relación puede surgir por el mero ofrecimiento dentro de un ámbito de confianza entre la entidad financiera y el cliente, con independencia de que el ofrecimiento se haga en cumplimiento de la normativa.

VI. Se tiene que efectuar una evaluación de conveniencia cuando se prestan servicios que no implican asesoramiento. Se consideran como tales los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada. Este test valora los conocimientos (estudios y profesión) y la experiencia (frecuencia y volumen de operaciones) del cliente, con la finalidad de que la entidad pueda hacerse una idea de sus competencias en materia financiera. Esta evaluación debe determinar si el cliente es capaz de comprender los riesgos que implica el producto o servicio de inversión ofertado o demandado, para ser capaz de tomar decisiones de inversión con conocimiento de causa.

VII. El test de idoneidad se tiene que realizar en los supuestos en que se haya prestado un servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras mediante la realización de una recomendación personalizada. La entidad financiera que preste estos servicios debe hacer un examen completo del cliente, mediante el denominado test de idoneidad, que suma el test de conveniencia (conocimientos y experiencia) a un informe sobre la situación financiera (ingresos, gastos y patrimonio) y los objetivos de inversión (duración prevista, perfil de riesgo y finalidad) del cliente, para recomendarle los servicios que le convengan.

VIII. Ambas evaluaciones MIFID deben cumplimentarse antes de transmitir información precontractual al cliente.

IX. No se aclara expresamente si se tienen que realizar ambos tests o solo uno en las sentencias del Alto Tribunal que se han dictado en la materia, pero sí se precisa que cuándo hay una relación de asesoramiento no es suficiente con que se haya realizado una evaluación de conveniencia.

X. La omisión del test correspondiente permite aplicar una presunción *iuris tantum* de concurrencia de un vicio en el consentimiento, que no puede desvirtuarse por el contenido informativo del contrato.

XI. Los pronunciamientos emanados del Tribunal Supremo no han precisado si la ausencia o el cumplimiento defectuoso de las evaluaciones MIFID puede conllevar una nulidad de pleno derecho al amparo del artículo 6.3 del Código Civil.

XII. La jurisprudencia menor posterior a los pronunciamientos del Alto Tribunal estudiados está siguiendo la doctrina establecida en ellos.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Compendio de Derecho Civil*, 14.ª ed., Edisofer, Madrid.

AGUILAR LOBATO, S. y MARÍN NARROS, H. D. (2015). La aplicación de la normativa MIFID y el artículo 79 quáter de la LMV en los contratos bancarios conforme a la interpretación efectuada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, por la SAN de 15 de julio de 2013 y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 749.

ARENILLAS LORENTE, C. (2005). La MIFID y sus implicaciones para las entidades de crédito, *Revista Mediterráneo Económico*, núm. 8.

CARRASCO MORALES, A. (2011). La conveniencia e idoneidad de los servicios e instrumentos financieros, *Boletín Económico de ICE*, núm. 3016.

DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J. (2012). *Curso de Derecho Procesal Civil II*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.

GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos swap en la jurisprudencia*, Eolas, León.

J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación mercantil*, V. 7.º, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

JUAN GÓMEZ, M. (2011). Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés, *Diario La Ley*, núm. 7581, Sección Doctrina, 3 de marzo de 2011, Año XXXII.

MARÍN NARROS, H. D. y CÁRDENAS GÁLVEZ, F. J. (2014). *Compendio y análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia financiera*, Bosch, Barcelona.

MARÍN NARROS, H. D. (2013). Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los swaps, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737.

ROBLES GARZÓN, J. A. y otros (2010). *Conceptos básicos de Derecho procesal civil*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid.

VI. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJUE de 30 de mayo de 2013

Resoluciones del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil

- STS de 21 de noviembre de 2012

- STS de 18 de abril de 2013
- STS de 29 de octubre de 2013
- STS de 20 de enero de 2014
- STS de 17 de febrero de 2014
- STS de 7 de julio de 2014
- STS de 8 de julio de 2014
- STS de 8 de septiembre de 2014

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL

- SAN de 15 de julio de 2013

RESOLUCIONES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Lugo, Sec. 1.ª, de 8 de febrero de 2011
- SAP de Álava, Sec. 1.ª, de 14 de abril de 2011
- SAP de Palencia, Sec. 1.ª, de 30 de junio de 2011
- SAP de Guipúzcoa, Sec. 5.ª, de 12 de septiembre de 2011
- SAP de Asturias, Sec. 7.ª, de 21 de octubre de 2011
- SAP de Álava, Sec. 1.ª, de 9 de enero de 2012
- SAP de Madrid, Sec. 18.ª, de 5 de marzo de 2012
- SAP de Madrid, Sec. 10.ª, de 7 de marzo de 2012
- SAP de Barcelona, Sec. 15.ª, de 22 de marzo de 2012
- SAP de Zaragoza, Sec. 5.ª, de 16 de abril de 2012
- SAP de Asturias, Sec. 5.ª, de 14 de mayo de 2012
- SAP de Pontevedra, Sec. 6.ª, de 11 de junio de 2012
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.ª, de 13 de junio de 2012
- SAP de Madrid, Sec. 25.ª, de 6 de julio de 2012.
- SAP de Guipúzcoa, Sec. 3.ª, de 17 de julio de 2012
- SAP de Sevilla, Sec. 6.ª, de 18 de julio de 2012
- SAP de las Islas Baleares, Sec. 3.ª, de 17 de octubre de 2012
- SAP de Valencia, Sec. 9.ª, de 31 de octubre de 2012
- SAP de Madrid, Sec. 19.ª, de 10 de diciembre de 2012
- SAP de Barcelona, Sec. 11.ª, de 20 de diciembre de 2012
- SAP de Las Palmas, Sec. 5.ª, de 19 de febrero de 2013
- SAP de Valencia, Sec. 9.ª, de 21 de marzo de 2013
- SAP de Vizcaya, Sec. 3.ª, de 30 de diciembre de 2013
- SAP de Barcelona, Sec. 11.ª, de 10 de abril de 2014
- SAP de Madrid, Sec. 14.ª, de 30 de junio de 2014
- SAP de Salamanca, Sec. 1.ª, de 7 de octubre de 2014
- SAP de Madrid, Sec. 9.ª, de 27 de noviembre de 2014

NOTAS

[1] MIFID es el acrónimo de *Markets in Financial Instruments Directive*, cuya traducción al castellano sería directiva del mercado de instrumentos financieros. Esta regulación está integrada por las siguientes normas: la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (en

adelante «Directiva 2004/39»), la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva (en lo sucesivo «Directiva 2006/73») y el Reglamento (CE) núm. 1287/2006 de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por el que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros y términos definidos a efectos de dicha Directiva.

[2] Para más información al respecto *vid.,* ARENILLAS LORENTE, C. (2005). La MIFID y sus implicaciones para las entidades de crédito, *Revista Mediterráneo Económico*, núm. 8.

[3] *Vid.,* SAP de Barcelona, Sec. 15.ª, de 22 de marzo de 2012, de Asturias, Sec. 5.ª, de 14 de mayo de 2012, de Salamanca, Sec. 1.ª, de 7 de octubre de 2014 y de Madrid, Sec. 9.ª, de 27 de noviembre de 2014, MARÍN NARROS, H. D. y CÁRDENAS GÁLVEZ, F. J. (2014). *Compendio y análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia financiera*, Bosch, Barcelona, p. 192.

[4] *Vid.,* GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos swap en la jurisprudencia,* Eolas, León, pp. 101 y sigs., MARÍN NARROS, H. D. (2013). Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad sobre los swaps, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737.

[5] *Vid.,* J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación mercantil*, V. 7.º, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

[6] *Vid.,* GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*

[7] Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. En adelante referida como «LMV». Tales artículos en la redacción vigente en el momento de elaboración de este artículo disponen: «6. Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Cuando la entidad no obtenga esta información, no recomendará servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. En el caso de clientes profesionales la entidad no tendrá que obtener información sobre los conocimientos y experiencia del cliente. La entidad proporcionará al cliente por escrito o mediante otro soporte duradero una descripción de cómo se ajusta la recomendación realizada a las características y objetivos del inversor.

7. Cuando se presten servicios distintos de los previstos en el apartado anterior, la empresa de servicios de inversión deberá solicitar al cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. La entidad entregará una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada.

Cuando, en base a esa información, la entidad considere que el producto o el servicio de inversión no es adecuado para el cliente, se lo advertirá. Asimismo, cuando el cliente no proporcione la información indicada en este apartado o esta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él.

En caso de que el servicio de inversión se preste en relación con un instrumento complejo según lo establecido en el apartado siguiente, se exigirá que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarle en los términos de este artículo.

En los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, las entidades que presten servicios de inversión deberán mantener, en todo momento, un registro

actualizado de clientes y productos no adecuados en el que reflejen, para cada cliente, los productos cuya conveniencia haya sido evaluada con resultado negativo.

8. Cuando la entidad preste el servicio de ejecución o recepción y transmisión de órdenes de clientes, con o sin prestación de servicios auxiliares, no tendrá que seguir el procedimiento descrito en el apartado anterior siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que la orden se refiera a acciones admitidas a negociación en un mercado regulado o en un mercado equivalente de un tercer país; a instrumentos del mercado monetario; a obligaciones u otras formas de deuda titulizadas, salvo que incorporen un derivado implícito; a instituciones de inversión colectiva armonizadas a nivel europeo y a otros instrumentos financieros no complejos. Se considerarán mercados equivalentes de terceros países aquellos que cumplan unos requisitos equivalentes a los establecidos en el Título IV. La Comisión Europea publicará una lista de los mercados que deban considerarse equivalentes que se actualizará periódicamente.

Tendrán la consideración de instrumentos financieros no complejos, además de los indicados expresamente en el párrafo anterior, aquellos en los que concurran las siguientes condiciones:

i) que existan posibilidades frecuentes de venta, reembolso u otro tipo de liquidación de dicho instrumento financiero a precios públicamente disponibles para los miembros en el mercado y que sean precios de mercado o precios ofrecidos, o validados, por sistemas de evaluación independientes del emisor;

ii) que no impliquen pérdidas reales o potenciales para el cliente que excedan del coste de adquisición del instrumento;

iii) que exista a disposición del público información suficiente sobre sus características. Esta información deberá ser comprensible de modo que permita a un cliente minorista medio emitir un juicio fundado para decidir si realiza una operación en ese instrumento.

No se considerarán instrumentos financieros no complejos:

i) los valores que den derecho a adquirir o a vender otros valores negociables o que den lugar a su liquidación en efectivo, determinada por referencia a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas u otros índices o medidas;

ii) los instrumentos financieros señalados en los apartados 2 a 8 del artículo 2 de esta Ley;

b) que el servicio se preste a iniciativa del cliente;

c) que la entidad haya informado al cliente con claridad de que no está obligado a evaluar la adecuación del instrumento ofrecido o del servicio prestado y que, por tanto, el cliente no goza de la protección establecida en el apartado anterior. Dicha advertencia podrá realizarse en un formato normalizado;

d) que la entidad cumpla lo dispuesto en el artículo 70 ter.2.d)».

[8] A este respecto se tiene que resaltar que dichos preceptos han tenido diversas redacciones como consecuencia de múltiples modificaciones que se han implementado a través de varias normas, como la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito.

[9] Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre. En este artículo se denominará «Real Decreto 217/2008». Los citados preceptos literalmente establecen:

Artículo 72. Evaluación de la idoneidad

A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis. 6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras deberán obtener de sus clientes, incluidos los potenciales, la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de sus clientes y para que puedan disponer de una base razonable para pensar, teniendo en cuenta debidamente la naturaleza y el alcance del servicio prestado, que la transacción específica que debe recomendarse, o que debe realizarse al prestar el servicio de gestión de cartera, cumple las siguientes condiciones:

a) Responde a los objetivos de inversión del cliente en cuestión. En este sentido, se incluirá, cuando proceda, información sobre el horizonte temporal deseado para la inversión,

sus preferencias en relación a la asunción de riesgos, su perfil de riesgos, y las finalidades de la inversión.

b) Es de tal naturaleza que el cliente puede, desde el punto de vista financiero, asumir cualquier riesgo de inversión que sea coherente con sus objetivos de inversión.

Cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones a un cliente profesional de los enumerados en las letras a) a d) del artículo 78 bis.3 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, la entidad podrá asumir que el cliente puede soportar financieramente cualquier riesgo de inversión a los efectos de lo dispuesto en esta letra.

Asimismo, la información relativa a la situación financiera del cliente incluirá, cuando proceda, información sobre el origen y el nivel de sus ingresos periódicos, sus activos, incluyendo sus activos líquidos, inversiones y bienes inmuebles, así como sus compromisos financieros periódicos.

c) Es de tal naturaleza que el cliente cuenta con la experiencia y los conocimientos necesarios para comprender los riesgos que implica la transacción o la gestión de su cartera. En el caso de clientes profesionales, la entidad tendrá derecho a asumir que el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios a efectos de lo dispuesto en esta letra en cuanto a los productos, servicios y transacciones para los que esté clasificado como cliente profesional.

Cuando la entidad no obtenga la información señalada en las letras anteriores, no podrá recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente ni gestionar su cartera.

Artículo 73. Evaluación de la conveniencia

A los efectos de lo dispuesto en el artículo 79 bis.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado. En este sentido, la entidad podrá asumir que sus clientes profesionales tienen la experiencia y conocimientos necesarios para comprender los riesgos inherentes a esos servicios de inversión y productos concretos, o a los tipos de servicios y operaciones para los que esté clasificado como cliente profesional.

Artículo 74. Disposiciones comunes a las evaluaciones de idoneidad y conveniencia

1. A los efectos de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, la información relativa a los conocimientos y experiencia del cliente incluirá los datos enumerados a continuación, en la medida en que resulten apropiados a la naturaleza del cliente, a la naturaleza y alcance del servicio a prestar y al tipo de producto o transacción previstos, incluyendo la complejidad y los riesgos inherentes:

a) Los tipos de instrumentos financieros, transacciones y servicios con los que esté familiarizado el cliente.

b) La naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado.

c) El nivel de estudios, la profesión actual y, en su caso, las profesiones anteriores del cliente que resulten relevantes.

2. En ningún caso, las entidades incitarán a sus clientes para que no les faciliten la información prevista en los apartados 6 y 7 del artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio.

3. Asimismo, las entidades tendrán derecho a confiar en la información suministrada por sus clientes, salvo cuando sepan, o deban saber, que la misma está manifiestamente desfasada, o bien es inexacta o incompleta».

[10] Que atiende a la finalidad y al espíritu de las normas según lo indicado por el propio legislador en la Exposición de Motivos de la norma (y que es conocido como interpretación auténtica). Para una mayor profundización sobre la interpretación de las normas *vid.*, ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Compendio de Derecho Civil*, 14.ª ed., Edisofer, Madrid, pp. 28-31.

[11] Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimento de la Ley de 26 de mayo (en lo sucesivo «Código Civil»). El mencionado precepto expresamente señala: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos

y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

[12] Cfr. *infra* apartado III.1.B de este trabajo.

[13] Estas establecen: «Norma tercera. Obligaciones de información en el proceso de evaluación de la idoneidad.

1. Las entidades que evalúen la idoneidad al objeto de prestar el servicio de asesoramiento en materia de inversión a sus clientes, deberán proporcionar por escrito o mediante otro soporte duradero una descripción de cómo se ajusta la recomendación realizada a las características y objetivos del inversor cada vez que efectúen una recomendación. La recomendación deberá ser coherente con todos los aspectos evaluados al cliente y la descripción deberá referirse al menos a los términos en que se haya clasificado el producto o servicio de inversión tanto desde el punto de vista del riesgo de mercado, de crédito y de liquidez, como de su complejidad, así como a la evaluación de la idoneidad realizada al cliente en sus tres componentes. Cuando se trate de inversores profesionales la entidad podrá omitir esta explicación en lo relativo a los conocimientos y experiencia así como a su situación financiera, en este último caso, salvo que se trate de un cliente de los enumerados en la letra e) del artículo 78 bis.3 de la Ley 24/1988, de 28 de julio. La descripción podrá ser abreviada cuando se realicen recomendaciones sobre un mismo tipo o familia de productos de forma reiterada.

A los efectos de la presente Circular se considerará que un producto es de un mismo tipo o pertenece a una misma familia de productos cuando la complejidad de sus características y la naturaleza de sus riesgos sean similares teniendo en cuenta al menos los riesgos de mercado, liquidez y crédito.

2. La entidad deberá acreditar el cumplimiento de la obligación de información a que se refiere la presente norma, a cuyos efectos podrá realizarlo, recabando una copia firmada por el cliente del documento entregado en el que deberá figurar la fecha en que se realiza dicha entrega, a través del registro de la comunicación al cliente por medios electrónicos, o por cualquier otro medio que resulte fehaciente.

Norma cuarta. Obligaciones de información en el proceso de evaluación de la conveniencia.

1. Las entidades que evalúen los conocimientos y experiencia de los clientes al prestarles un servicio de inversión distinto del asesoramiento en materia de inversión o de gestión de carteras, deberán entregar al cliente una copia del documento que recoja la evaluación realizada. La evaluación deberá ser coherente con toda la información proporcionada por el cliente o disponible por la entidad y utilizada en la evaluación. Esta documentación deberá entregarse cada vez que se realice la evaluación de un tipo o familia de productos determinados.

La entidad deberá acreditar el cumplimiento de la obligación de información a que se refiere la presente norma, a cuyos efectos podrá realizarlo, recabando una copia firmada por el cliente del documento entregado en el que deberá figurar la fecha en que se realiza dicha entrega, a través del registro de la comunicación al cliente por medios electrónicos, o por cualquier otro medio que resulte fehaciente.

2. Cuando la evaluación no pueda realizarse porque el cliente no proporcione información suficiente, la entidad deberá advertirle que la deficiencia de información le impide determinar si el servicio de inversión o el producto es adecuado para él. La advertencia tendrá el siguiente contenido:

«Le informamos de que dadas las características de esta operación XXX (deberá identificarse la operación), ZZZ (denominación de la entidad que presta el servicio de inversión) está obligada a evaluar la conveniencia de la misma para usted; es decir evaluar si, a nuestro juicio, usted posee conocimientos y experiencia necesarios para comprender la naturaleza y riesgos del instrumento sobre el que desea operar. Al no haber proporcionado los datos necesarios para realizar dicha evaluación, usted pierde esta protección establecida para los inversores minoristas. Al no realizar dicha evaluación, la entidad no puede formarse una opinión respecto a si esta operación es o no conveniente para usted».

3. Cuando la operación se realice sobre un instrumento de carácter complejo, la entidad deberá recabar la firma por el cliente del texto anterior unida a una expresión manuscrita por él mismo que dirá:

«Este es un producto complejo y por falta de información no ha podido ser evaluado como conveniente para mí».

La advertencia y la expresión manuscrita formarán parte de la documentación contractual de la operación incluso cuando se formalicen en documento separado de la orden de compra.

4. Cuando realizada la evaluación, la entidad considere que el servicio o producto no es adecuado para el cliente, deberá advertírselo. La advertencia tendrá el siguiente contenido:

«Le informamos de que, dadas las características de esta operación XXX (deberá identificarse la operación), ZZZ (denominación de la entidad que presta el servicio de inversión) está obligada a evaluar la conveniencia de la misma para usted.

En nuestra opinión esta operación no es conveniente para usted. Una operación no resulta conveniente cuando el cliente carece de los conocimientos y experiencia necesarios para comprender la naturaleza y riesgos del instrumento financiero sobre el que va a operar».

Cuando la operación se realice sobre un instrumento de carácter complejo, la entidad deberá recabar la firma por el cliente del texto anterior unida a una expresión manuscrita que dirá:

«Este producto es complejo y se considera no conveniente para mí».

La advertencia y la expresión manuscrita formarán parte de la documentación contractual de la operación incluso cuando se formalicen en documento separado de la orden de compra.

5. Cuando la entidad preste un servicio relativo a instrumentos de carácter complejo diferente del asesoramiento en materia de inversión o de gestión de carteras a clientes minoristas, o clientes profesionales que hayan obtenido esta categoría mediante el procedimiento descrito en el artículo 78 bis 3, letra e), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y desee incluir en la documentación que debe firmar el inversor una manifestación en el sentido de que no le ha prestado el servicio de asesoramiento en materia de inversión, deberá recabar junto a la firma del cliente una expresión manuscrita que dirá:

«No he sido asesorado en esta operación».

[14] Circular 3/2013, de 12 de junio, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre el desarrollo de determinadas obligaciones de información a los clientes a los que se les prestan servicios de inversión, en relación con la evaluación de la conveniencia e idoneidad de los instrumentos financieros. En lo sucesivo, «Circular 3/2013».

[15] Redacción actual tras la reforma introducida por la por la disposición final tercera de la Circular 1/2014, de 26 de febrero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre los requisitos de organización interna y de las funciones de control de las entidades que prestan servicios de inversión.

[16] En adelante «CNMV».

[17] Disponible en http://www.cnmv.es/DocPortal/GUIAS_Perfil/GuiaConvenienciaIdoneidad.pdf, consultada el 5 de julio de 2015 a las 17:15.

[18] Sobre esta falta de confianza en su labor de supervisión, *vid.,* http://www.elconfidencial.com/economia/2013/04/14/los-culpables-del-engano-de-las-preferentes-el-bde-las-incentivo-y-la-cnmv-las-tolero-118768, http://www.elmundo.es/opinion/2014/12/13/548ca295ca47415a748b4578.html, http://nadaesgratis.es/fernandez-villaverde/la-gloriosa-actuacion-de-la-cnmv-en-el-caso-gowex consultadas el 1 de marzo de 2015 a las 11:44. Su actuación ha sido muy criticada por algunos autores como ZUNZUNEGUI PASTOR, F., *vid.,* https://rdmf.files.wordpress.com/2010/04/swaps-zunzunegui.pdf, consultada el 1 de marzo de 2015 a las 19:00. De hecho, según algunas noticias, hasta desde organismos europeos parece que han solicitado a la CNMV que cambie su criterio respecto a algunas de sus posiciones. *Vid.,* http://www.europapress.es/economia/finanzas-00340/noticia-economia-finanzas-supervisor-europeo-pide-cnmv-explicaciones-comercializacion-swpas-20130913115805.html, consultada el 1 de marzo de 2015 a las 19:02.

[19] Así puede encontrarse un reconocimiento expreso de este principio en numerosos preceptos de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, «LEC»), como el 316, 348, 376 o 384.3. Para más información sobre la valoración no arbitraria conforme a la sana crítica, *vid.,* ROBLES GARZÓN, J. A. y otros (2010). *Conceptos básicos de Derecho procesal civil*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, 2010, pp. 317 y 318, DE LA OLIVA SANTOS,

A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J. (2012). *Curso de Derecho Procesal Civil II*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 124 y sigs.

[20] A modo de ejemplo muchas resoluciones judiciales han negado el valor normativo de la nota conjunta de 20 de abril de 2010 dictada por el Banco de España y la CNMV (SSAP de Valencia, Sec. 9.ª, de 31 de octubre de 2012 y de Barcelona, Sec. 11.ª, de 10 de abril de 2014) o lo han relativizado (SSAP de Asturias, Sec. 7.ª, de 21 de octubre de 2011, de las Islas Baleares, Sec. 3.ª, de 17 de octubre de 2012 y de Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 5.ª, de 19 de febrero de 2013). En sentido similar se han pronunciado algunos autores como ZUNZUNEGUI PASTOR, F., criticando abiertamente algunos de los posicionamientos de los organismos supervisores. *Vid.,* http://www.eleconomista.mobi/opinion-blogs/noticias/2096080/04/10/SWAPS-apano-entre-la-CNMV-y-el-Banco-de-Espana.html Si bien, hay otras sentencias que siguen los postulados de los organismos supervisores (SSAP de Madrid, Sec. 10.ª, de 7 de marzo de 2012, de Sevilla, Sec. 6.ª, de 18 de julio de 2012 y de Barcelona, Sec. 11.ª, de 20 de diciembre de 2012).

[21] Cfr. JUAN GÓMEZ, M. (2011). Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés, *Diario La Ley*, núm. 7581, Sección Doctrina, 3 marzo 2011, Año XXXII, MARÍN NARROS, H. D., *op. cit.*

[22] Cfr. SAP de Barcelona, Sec. 15.ª, de 22 de marzo de 2012.

[23] Resoluciones R/0308/2010 y R/0857/2010 de 17 de febrero de 2011, entre otras.

[24] Cfr. apartados 2.3 y 2.4 de la comentada Guía.

[25] Cfr. SAP de Álava, Sec. 1.ª, de 9 de enero de 2012 y de Asturias, Sec. 5.ª, de 14 de mayo de 2012.

[26] En concreto el citado artículo dispone: «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

[27] Citando y siguiendo las resoluciones analizadas en este artículo. Así tras analizar cada una de las preguntas del test de conveniencia y las verdaderas circunstancias del actor al que se le realizó concluye: «Este test resulta absolutamente insuficiente e inadecuado para saber si una persona tiene algún conocimiento real del producto de inversión de que se trata y para determinar su grado de experiencia en productos similares; tiene un carácter genérico y de él no resulta en absoluto el perfil inversor de la persona ni su conocimiento del producto (inexistente en el caso de autos) ni su experiencia en productos similares (también inexistente)» (Fundamento de Derecho Séptimo).

[28] Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo.

[29] Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo.

[30] Cfr. Fundamento de Derecho Sexto.

[31] Cfr. Fundamento de Derecho Sexto.

[32] Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo.

[33] Que en su apartado 15 señala: «En el supuesto de designación de varios cotitulares o autorizados mancomunados, se estima razonable que la evaluación de la conveniencia se realice considerando al titular/autorizado con mayor conocimiento y experiencia».

[34] Cfr. Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto.

[35] Cfr. Fundamento de Derecho Quinto.

[36] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

[37] Cfr. Fundamento de Derecho Sexto.

[38] Cfr. Fundamento de Derecho Sexto.

[39] Fundamentalmente la STJUE de 30 de mayo de 2013 y la SAN de 15 de julio de 2013.

[40] Cfr. Antecedentes de Hecho de la STS de 20 de enero de 2014. Así en los mismos se indica que en el escrito rector se sostenía principalmente la concurrencia de los mencionados vicios en el consentimiento con base en el incumplimiento del banco de la normativa MIFID. Tal infracción consistía fundamentalmente en la falta de cumplimentación de los tests de conveniencia e idoneidad. A su vez, se postulaba la excusabilidad del error debido a la condición de cliente minorista y a la vulneración de la reglamentación de consumidores y usuarios. Por su parte, en la contestación a la demanda la entidad financiera argumentaba que no resultaba de aplicación la normativa de consumidores y usuarios, que se cumplió el deber de información, que no existía vicio en el consentimiento alguno, que el contrato

litigioso había funcionado como una cobertura de la inflación y que fue el representante de la mercantil actora quien mostró su interés por contratar el producto. Cfr. Fundamento de Derecho Primero, Resumen de Antecedentes, párrafo 2.

[41] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, Resumen de Antecedentes, epígrafe 3.

[42] Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto, Resumen de Antecedentes, apartado 4.

[43] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, Resumen de Antecedentes, párrafo 1.

[44] Lo cual podría utilizarse como argumento para sostener que no había una relación de confianza, en contra de lo que se declara en todo el proceso y en la sentencia comentada.

[45] Esta alusión a conocimientos específicos parece ser acorde con la flexibilización del criterio a favor de la excusabilidad del error establecido en otras resoluciones del Alto Tribunal, como la STS de 18 de abril de 2013.

[46] *Vid.,* MARÍN NARROS, H. D. y CÁRDENAS GÁLVEZ, F. J., *op. cit.*, pp. 178 y sigs.

[47] Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo.

[48] Cfr. Fundamento de Derecho Noveno.

[49] Cfr. Fundamento de Derecho Octavo.

[50] Aspectos que plantean cómo puede el Banco cerciorarse de la capacidad de comprensión más allá de la formalización del test y cómo puede valorarse y acreditarse que dentro de la gran variedad de productos que puede ofrecerse al cliente el finalmente contratado «era el que más le convenía» (Fundamento de Derecho Octavo).

[51] Cfr. *ut supra* sección II.1 de este artículo.

[52] La doctrina también ya había estudiado esta materia con detenimiento. Cfr. CARRASCO MORALES, A. (2011). La conveniencia e idoneidad de los servicios e instrumentos financieros, *Boletín Económico de ICE*, núm. 3016.

[53] Cfr. Fundamento de Derecho Octavo.

[54] Nótese que la interpretación del contenido de la obligación es acorde con el artículo 73 del Real Decreto 217/2008 y la Guía para el análisis de conveniencia e idoneidad de la CNMV de 17 de junio de 2010.

[55] Cfr. SAP de Lugo, Sec. 1.ª, de 8 de febrero de 2011, de Palencia, Sec. 1.ª, de 30 de junio de 2011, de Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.ª, de 13 de junio de 2012, GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, pp. 59 y sigs. En sentido contrario, cfr. MARÍN NARROS, H. D., *op. cit.*

[56] Cfr. Fundamento de Derecho Octavo.

[57] Que es acorde con el artículo 72 del Real Decreto 217/2008 y la Guía para el análisis de conveniencia e idoneidad de la CNMV de 17 de junio de 2010.

[58] Cfr. Fundamento de Derecho Noveno.

[59] Cfr. Fundamento de Derecho Noveno.

[60] Así, de un examen detenido de la comentada resolución puede apreciarse como el TJUE establece los siguientes criterios respecto a la determinación de la existencia de una relación de asesoramiento:

- Que haya recomendaciones personalizadas.
- Es irrelevante la iniciativa en la contratación. Lo cual parece entrar en contradicción con el pronunciamiento de la STS de 20 de enero de 2014.
- La recomendación es personalizada si se dirige a una persona en su calidad de inversor o posible inversor y se presenta como conveniente para esa persona o se basa en una consideración de sus circunstancias personales. Lo cual parece obviarse por la STS de 20 de enero de 2014.
- La recomendación no es personalizada si está divulgada exclusivamente a través de canales de divulgación o destinados al público.

[61] A estos efectos conviene recordar que el artículo 4.1.4 de la Directiva 2004/39 define asesoramiento en materia de inversión como «la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de este o por iniciativa de la empresa de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros» y que el artículo 52 de la Directiva 2006/73 señala que «a efectos de la definición de «asesoramiento en materia de inversión» que figura en el artículo 4, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2004/39/CE, se entenderá por recomendación personal una recomendación realizada a una persona en su calidad de inversor o posible inversor, o en su calidad de agente de un inversor o posible inversor.

Esa recomendación deberá presentarse como conveniente para esa persona o deberá basarse en una consideración de sus circunstancias personales, y deberá constituir una recomendación para realizar algunas de las siguientes acciones:

a) comprar, vender, suscribir, canjear, reembolsar, mantener o asegurar un instrumento financiero específico;

b) ejercitar o no ejercitar cualquier derecho conferido por un instrumento financiero determinado para comprar, vender, suscribir, canjear o reembolsar un instrumento financiero.

Una recomendación no se considerará recomendación personalizada si se divulga exclusivamente a través de canales de distribución o al público».

[62] Cfr. SAP de Madrid, Sec. 19.ª, de 10 de diciembre de 2012 en relación con los swaps, y las SAP de Madrid, Sec. 25.ª, de 6 de julio de 2012 y de Valencia, Sec. 9.ª, de 21 de marzo de 2013, respecto a otro tipo de productos financieros.

[63] Cfr. MARÍN NARROS, H. D., *op. cit*.

[64] Cfr. Fundamento de Derecho Duodécimo, precisando que «la ausencia del test no determina por sí la existencia del error, pero sí permite presumirlo».

[65] Cfr. Fundamento de Derecho Decimotercero.

[66] Cfr. a favor de su necesario análisis con el resto de elementos del error SAP de Barcelona, Sec. 15.ª, de 22 de marzo de 2012, MARÍN NARROS, H. D., *op. cit*. En contra SAP de Asturias, Sec. 5.ª, de 14 de mayo de 2012.

[67] En concreto, en el Fundamento de Derecho Séptimo se menciona: «Esto último merece la consideración final de que presentar un *swap* como un seguro contra el riesgo de la subida de los tipos de interés induce por sí mismo al error de quien recibe tal asesoramiento, porque en el contrato de seguro, ciertamente aleatorio, la pérdida para el tomador del seguro consistiría en seguir pagando la prima aunque los tipos de interés no subieran, mientras que en el *swap* la pérdida consiste en el pago de muy considerables cantidades de dinero si los tipos de interés bajan, lo que lo aleja de la estructura del contrato de seguro para aproximarlo a otro contrato también aleatorio pero muy diferente como es el de apuesta». A este respecto algunas sentencias de Audiencias Provinciales habían anticipado este posicionamiento debido a las similitudes que pueden tener las permutas financieras con los seguros (SSAP de Álava, Sec. 1.ª, de 14 de abril de 2011 y de Guipúzcoa, Sec. 5.ª, de 12 de septiembre de 2011), mientras que otras parecían postular la difícil concurrencia del error en estos supuestos, debido a las diferencias entre ambos contratos (SSAP de Madrid, Sec. 18.ª, de 5 de marzo de 2012, de Zaragoza, Sec. 5.ª, de 16 de abril de 2012, de Pontevedra, Sec. 6.ª, de 11 de junio de 2012). En todo caso, la corriente mayoritaria parece que siempre ha sido la que estimaba que la presentación del producto como un seguro sí era relevante para determinar la concurrencia del error como vicio en el consentimiento. Cfr. MARÍN NARROS, H. D., *op. cit*.

[68] Particularmente la sentencia en su Fundamento de Derecho Séptimo comenta: «la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto, que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía (según se precisa en el artículo 64.2 del RD 217/2008), y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía, lo que debía hacerse por medio del instrumento procedente en este caso, que era el test de idoneidad, cuya ausencia permite presumir el error excusable».

[69] Cfr. Fundamento de Derecho Primero de la sentencia comentada.

[70] En concreto la resolución en su Fundamento de Derecho Sexto menciona: «lo relevante, por tanto, no es si la información debía incluir o no unos gráficos de posibles evoluciones de EURIBOR».

[71] Cfr. Fundamento de Derecho Primero.

[72] Cfr. Fundamento de Derecho Primero.

[73] Cfr. Fundamento de Derecho Primero.

[74] Según se desprende del relato de lo declarado en las sentencias de primera y segunda instancia, así como lo declarado expresamente probado por el Tribunal Supremo. Cfr. Fundamentos de Derecho Primero y Quinto de la resolución comentada.

[75] Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia analizada.

[76] Ese mismo criterio ha sido seguido por otros pronunciamientos del Alto Tribunal como las STS de 18 de abril de 2013 y de 20 de enero de 2014. Sin embargo, las STS de 17 de febrero de 2014 y de 8 de septiembre de 2014 parecen entrar en contradicción con dicha corriente jurisprudencial. Para más información, *vid.,* AGUILAR LOBATO, S. y MARÍN NARROS, H. D. (2015). La aplicación de la normativa MIFID y el artículo 79 quáter de la LMV en los contratos bancarios conforme a la interpretación efectuada por la STJUE de 30 de mayo de 2013, por la SAN de 15 de julio de 2013 y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 749.

[77] Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia comentada.

[78] Cfr. STS de 18 de abril de 2014, de 20 de enero de 2014 y de 17 de febrero de 2014.

[79] Cfr. Fundamento de Derecho Sexto de la mentada resolución.

[80] En concreto el artículo 4.1.4.º de la Directiva 2004/39.

[81] Cfr. STJUE de 30 de mayo de 2013, SAN de 15 de julio de 2013, SAP de Vizcaya, Sec. 3.ª, de 30 de diciembre de 2013 y de Madrid, Sec. 14.ª, de 30 de junio de 2014. Aunque la STS de 20 de enero de 2014 ya se había pronunciado de manera similar la resolución comentada.

[82] Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto de la resolución estudiada.

[83] Contenida entre otras en las STS de 21 de noviembre de 2012, de 29 de octubre de 2013, de 20 de enero de 2014 y de 17 de febrero de 2014.

[84] Cfr. Fundamento de Derecho Sexto de la sentencia analizada.

[85] Cfr. Fundamento de Derecho Primero. En concreto en la demanda se alegaba «que los demandantes firmaron el 31 de julio de 2008 una escritura de compraventa por la que adquirían un inmueble y se subrogaban en el préstamo hipotecario del que era titular la entidad bancaria demandada, en un momento en que los intereses evolucionaban al alza por lo que el director de la oficina sita en Burriana convenció a los demandantes de la conveniencia de suscribir un producto que se firmó el 31 de julio de 2008 con la denominación de "collar bonificado de tipos de interés"; que según les indicó ese producto les protegería de los incrementos de los tipos de interés aplicables a la hipoteca para evitar las dificultades derivadas de sucesivas subidas, pero no se les facilitó información adicional alguna en especial sobre los graves riesgos que asumían, ni sobre la forma de cancelación, ni los motivos por los que se elegía un tipo de referencia y no otro, ni sobre el importe o modo de determinar el coste. Se dijo, asimismo, que ese contrato era nulo de pleno derecho al haber incurrido los demandantes en error obstativo provocado por la entidad demandada que no cumplió con su obligación de informar previamente a los clientes y les indujo a suscribir un producto de extraordinaria complejidad y riesgo y con un contenido de profundo desequilibrio contractual». Por su parte en la contestación a la demanda se argumentaba esencialmente «que los demandantes solo pretendían la nulidad del contrato desde que sus consecuencias les habían sido desfavorables aunque en él concurrieron todos los elementos exigidos para su válida existencia, no solo el consentimiento sino también el objeto y la causa, y se expuso que los demandantes actuaron como empresa y no como consumidores y que se mantuvieron varias reuniones y conversaciones previas a la contratación con realización de ejercicios y simulaciones sobre la fijación de plazo e importe y tipos de referencia».

[86] Cfr. Antecedente de Hecho Tercero de la sentencia.

[87] Cfr. Fundamento de Derecho Primero.

[88] Cfr. Fundamentos de Derecho Primero y Tercero.

[89] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo. *Vid., ut supra* apartados III.1.B) y III.2.B).

[90] Cfr. *ut supra* sección III.3.A).

[91] En particular el artículo 19 del Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica.

[92] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

[93] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

[94] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero. Aunque en este caso la sentencia señala que se está haciendo supuesto de hecho de la cuestión.

[95] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA

El 6 de julio de 2015 se celebró en Granada el ACTO DE CLAUSURA del curso 2014/2015, organizado por la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada, que versó sobre EL REGLAMENTO EUROPEO DE SUCESIONES: NOVEDADES DESDE UN ENFOQUE ACADÉMICO REGISTRAL.

Ponencias:

«Propuestas, tensiones y acuerdos en el proceso de tramitación del Reglamento Europeo de Sucesiones», por D. Gabriel ALONSO LANDETA, Registrador de la Propiedad de Carballo, expresidente de la Asociación Europea de Registros de la Propiedad (ELRA).
«Ámbito de aplicación, materias incluidas y excluidas», por Dña. Julia RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, catedrática de Derecho Civil. UGR. Directora del departamento de Derecho Civil.
«Competencia y legislación aplicable», por D. Sixto SÁNCHEZ LORENZO, catedrático de Derecho Internacional Privado. UGR. Director del departamento de Derecho Internacional Privado
«El certificado sucesorio europeo: competencia, contenido y efectos», por D. Jesús CAMY ESCOBAR, Registrador de la Propiedad de Granada.

Modera: D. Juan María DÍAZ FRAILE, director del Servicio de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

Los días 24 y 25 de septiembre de 2015 se celebró en la Universidad de Sevilla, el CONGRESO INTERNACIONAL *VIVIENDA, PRÉSTAMO Y EJECUCIÓN*.

Organizan: Proyecto de Investigación europeo «Vivienda, préstamo y ejecución» (G-GI3003/IDIP) financiado por la Agencia de Obra Pública de Andalucía y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional; Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla; Proyecto de Investigación Nacional «Sujetos e instrumentos del Tráfico Privado VI» (DER2012-34028), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

Dirección del congreso: Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA (catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla), Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ (Doctor en Derecho Civil y profesor contratado postdoctoral de la Universidad de Sevilla).

Coordinación: Salvador TOMÁS TOMÁS (Doctor en Derecho Procesal y Profesor de la Universidad de Murcia), M.ª Ángeles FERNÁNDEZ SCAGLIUSI (Doctora en Derecho Administrativo y profesora de la Universidad de Sevilla).

Comité organizador: Eduardo DE LA IGLESIA PRADOS (profesor contratado Doctor en Derecho Civil de la Universidad de Sevilla), Paula DÍAZ PITA (profesora contratada Doctora —acreditada como Titular de Universidad— de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla), Enrique GANDÍA PÉREZ (profesor Doctor de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid).

Comité científico: Prof. Francisco CAPILLA RONCERO (catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla), Prof.ª Concepción BARRERO RODRÍGUEZ (catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla), Prof. Álvaro NÚÑEZ IGLESIAS (catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Almería), Prof.ª Encarnación MONTOYA MARTÍN (catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla), Prof. Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (profesor titular de Derecho Civil, acreditado como Catedrático de la Universidad de Sevilla), Prof.ª M.ª Carmen FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO (profesora titular de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla). Prof. José Luis ARJONA GUAJARDO-FAJARDO (profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla), Prof.ª Inmaculada VIVAS TESÓN (profesora titular de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla), Prof. César HORNERO MÉNDEZ (profesor contratado Doctor en Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide).

La situación de grave crisis económica que venimos atravesando en toda Europa y con acusado carácter en los llamados países «del sur», como es el caso de España, ha traído consigo nuevos escenarios socio-económicos a los que el Derecho debe dar respuesta. Nuevos problemas que exigen no solo el desarrollo

de nuevos instrumentos jurídicos, sino también la redefinición y reinterpretación de muchas normas e instituciones clásicas tanto en el ámbito del Derecho público como en el del Derecho privado.

Bajo estas coordenadas, el Congreso Internacional «Vivienda, préstamo y ejecución», que en estas líneas presentamos, pretende adentrarse en la raíz de la controvertida problemática apuntada, abordando dos ejes temáticos fundamentales:

— El contenido financiero de los préstamos hipotecarios que las entidades bancarias conceden de cara a la adquisición de las viviendas.
— Los aspectos sustantivos de los procesos de ejecución forzosa y la subasta, el concurso de acreedores y sus carencias.

Día 24 de septiembre:
Mesa de ponencias: moderada por el Prof. Francisco CAPILLA RONCERO, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.

Conferencia inaugural: *El control registral de la legalidad de los préstamos hipotecarios en la doctrina de la DGRN,* a cargo de D. Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Registrador de la Propiedad y Mercantil, director general de los Registros y del Notariado.
Límites imperativos en materia de condiciones financieras del préstamo, a cargo de Xavier BASOZABAL ARRUE, profesor titular de Derecho Civil de la Universidad Carlos III de Madrid.
Deudas derivadas de la adquisición de la vivienda y exoneración concursal del pasivo insatisfecho, a cargo de Elena SÁNCHEZ JORDÁN, profesora titular de Derecho Civil (acreditada como catedrática de Universidad) de la Universidad de La Laguna.
Principios inspiradores de la hipoteca, crisis económica y normas de excepción, a cargo de Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.

Mesa de Comunicaciones I: moderada por Eduardo DE LA IGLESIA PRADOS, profesor contratado Doctor en Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.

Mesa de ponencias: moderada por el Prof. Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.

Las cláusulas de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario, a cargo de José María MIQUEL GONZÁLEZ, catedrático emérito de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid.

Control notarial de la legalidad en los préstamos hipotecarios, a cargo de Francisco ARANGUREN URRIZA, notario de Sevilla.
Claves del régimen jurídico de la hipoteca en el Derecho inglés, a cargo de William SWADLING, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford (Reino Unido) —traducción a cargo de D. Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ.

Día 25 de septiembre:
Mesa de ponencias: moderada por el Prof. César HORNERO MÉNDEZ, profesor contratado Doctor en Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide.

La deuda hipotecaria ante su ejecución: tasación, condonación e imputación, a cargo de Juan María DÍAZ FRAILE, Registrador de la Propiedad y Mercantil, Director del Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
El préstamo para la adquisición de vivienda en Italia, a cargo de Paolo PAPANTI-PELLETIER, catedrático de Derecho Civil de la Università degli Studi di Tor Vergata, Roma (Italia).
Principios de la ejecución hipotecaria y la protección del consumidor, a cargo de Juan Francisco HERRERO PEREZAGUA, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza.
Desproporción entre el valor del inmueble hipotecado y la cuantía del crédito hipotecario: sus consecuencias a la luz del Derecho italiano, a cargo de Angelo RICCIO, profesor contratado Doctor de Derecho Civil de la Università degli Studi di Bologna (Italia).

Mesa de Comunicaciones II; moderada por Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ.

CASTILLA-LA MANCHA

Los días 10 y 11 de septiembre de 2015, tuvo lugar en Cuenca, en el Museo de las Ciencias de Castilla-La Mancha la SEGUNDA JORNADA DEL CURSO DE VERANO *JUSTICIA Y TURISMO*: ESPAÑA, UN PAÍS SEGURO PARA TODOS.

Dirección: Dr.ª Dª. Ágata M.ª SANZ HERMIDA, vicedecana de Derecho y Títulos Propios, profesora titular de Derecho procesal, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, Universidad de Castilla-La Mancha.

Secretaría: Dr. D. Jordi GIMENO BEVIÁ, profesor ayudante de Derecho Procesal, Universidad de Castilla-La Mancha.

Mesa Redonda *Seguridad jurídica en la adquisición de inmuebles turísticos*.
Moderadora: D.ª Palmira DELGADO MARTÍN, decana del Colegio Notarial de Castilla-La Mancha.
Participantes: D. Javier GÓMEZ GÁLLIGO, director general de los Registros y el Notariado; D. Luis María CABELLO DE LOS COBOS, registrador de la Propiedad; D. Francisco Javier GARCÍA MÁS, notario. Exletrado de la DGRN; D. Francisco CALDERÓN ÁLVAREZ, notario.

Mesa Redonda: *Métodos alternativos a la resolución de conflictos: el turista como consumidor.*
Moderadora: Dr.ª D.ª Ágata M.ª SANZ HERMIDA, profesora titular de Derecho Procesal. UCLM.
Participantes: Dr.ª D.ª M.ª Luisa PENÍN ALEGRE, abogada, doctora en Psicología; D. Ricardo CONDE DÍEZ, director general de Relaciones con la Administración de Justicia; Dr. D. Juan Carlos ORTIZ PRADILLO, profesor contratado Doctor de Derecho Procesal, UCLM.

Conferencia: *El turismo y los medios de pago: controles administrativos*, por D. Juan Antonio ALIAGA, vocal asesor de la Secretaría General del Tesoro.

Clausura. Excmo. Sr. D. Rafael CATALÁ POLO, ministro de Justicia; Magnífico Sr. D. Miguel Ángel COLLADO YURRITA, rector de la Universidad de Castilla-La Mancha; D.ª Palmira DELGADO MARTÍN, decana del Colegio Notarial de Castilla-La Mancha.

MADRID

Los días 29 y 30 de septiembre de 2015 se celebraron en el Campus de CUNEF las JORNADAS DE *DERECHO SOCIETARIO Y CONCURSAL*.

Directores de las Jornadas: Profesor Doctor don Carlos CUADRADO, director del Grado en Derecho CUNEF. Profesor Doctor don Guillermo VELASCO, coordinador del Grado en Derecho CUNEF.
Secretaría: Profesora Doctora doña Eva RECAMÁN.
Objetivos: El estudio de cuestiones prácticas y de máxima actualidad del Derecho Societario y Concursal. Los ponentes son prestigiosos catedráticos de Derecho Mercantil, jueces y notarios.
Dirigido a: Profesionales del Derecho (abogados, jueces, notarios y registradores) y estudiantes de Grado y Postgrado.

Día 29 de septiembre:
Presentación:
Profesores Doctores don Carlos CUADRADO y don Guillermo VELASCO, directores de las Jornadas.
Conferencia de inauguración: *Las cláusulas estatutarias en materia de nombramiento de los administradores de las sociedades de capital,* por el Excmo. Sr. D. Ángel ROJO, catedrático de Derecho Mercantil UAM y abogado.
La acción social de responsabilidad a instancia de la minoría, por el Ilmo. Sr. D. Juan SÁNCHEZ-CALERO, catedrático de Derecho Mercantil UCM y abogado.
Experiencias de la cotización de nuevas sociedades inmobiliarias (SOCIMIs), Prof. Dr. D. Manuel LÓPEZ MARTÍNEZ, profesor titular de Derecho Mercantil CUNEF y socio en Ashurst.
La venta de activos esenciales por la sociedad de capital [art. 160 f) LSC], por el Ilmo. Sr. D. Manuel GONZÁLEZ-MENESES, notario de Madrid.
Conferencia de clausura: *La responsabilidad de los administradores derivada de la calificación culpable del concurso,* por el Excmo. Sr. D. Ignacio SANCHO GARGALLO, Magistrado del Tribunal Supremo.

Día 30 de septiembre:
Conferencia de inauguración: *Hipoteca y concurso de acreedores en la doctrina de la DGRN,* por el Ilmo. Sr. D. Javier GÓMEZ GÁLLIGO, director general de los Registros y del Notariado.
El concurso de los concesionarios de obra pública, por la Excma. Sra. Dña. Isabel FERNÁNDEZ TORRES, vicerrectora de Relaciones Institucionales y Profesora Titular (A.) de Derecho Mercantil UCM.
La nueva regulación del convenio concursal, por el Ilmo. Sr. D. Santiago SENENT, juez de lo Mercantil.
Los nuevos deberes de conducta de los administradores, por el Ilmo. Sr. D. Javier GARCÍA DE ENTERRÍA, catedrático de Derecho Mercantil y socio en Clifford Chance.
La reforma del estatuto de la administración concursal, por el Ilmo. Sr. D. Blas GONZÁLEZ NAVARRO, juez de lo Mercantil en excedencia y socio en Cuatrecasas.
Problemática contable en el concurso de acreedores, por el Ilmo. Sr. D. Jesús ALEMANY, juez de Primera Instancia.
Conferencia de clausura: *La impugnación de acuerdos sociales y acuerdos homologados de reestructuración*, por la Ilma. Sra. Dña. Juana PULGAR, directora del Departamento de Derecho Mercantil y catedrática de Derecho Mercantil UCM.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés y GARCÍA RUBIO, María Paz (Coordinadora Margarita Herrero Oviedo): *Estudios de Derecho de sucesiones.* Liber amicorum *Teodora F. Torres García*, LA LEY. Grupo Wolters Kluwer. Temas. Madrid, diciembre 2014, 1450 pp.

por

M.ª DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA
Catedrática de Derecho Civil (UAB)

Generalmente un libro compuesto para homenajear a una persona del ámbito científico, sea o no el jurídico que nos ocupa, en lo que afecta a su contenido acostumbra a ser un tanto, llamémosle así, irregular por el tipo de contribuciones en orden a su profundidad, novedad, temática y, en general, por las aportaciones que cabe esperar de él a la rama o materia científica sobre la que versa. Precisamente, por esta característica, en las bibliotecas a estos ejemplares se les dedica una catalogación distinta y estanterías separadas, ante la dificultad de asignarles una en la materia científica correspondiente.

Cuando la obra que se ofrece a la persona homenajeada es un *Liber amicorum*, a la valoración expresada debe añadirse que la elección de los autores —los amigos escogidos— permite alguna concreción sobre la temática, si bien aún regida por el arbitrio y criterio de quienes intervienen; que según la amplitud de la materia científica, no mejora el riesgo de dispersión aludido. Lo que se justifica, perfectamente, porque el plus de la amistad añade proximidad a la persona, a lo que le gustaría y sería de su agrado, pero no necesariamente especificación del tema.

No obstante, si al componente emocional, de pensar en la persona homenajeada, en su entorno afectivo y científico más allegado, se agrega que las contribuciones hayan de versar sobre un ámbito de estudio, el más próximo y querido de ella, el resultado es más concreto. En verdad, deviene una obra infungible, única e irrepetible, a lo que añade el carácter *intuitu personae*, estar pensada para quien se homenajea. Esta doble individualización material y personal permite encuadrar en el catálogo científico que corresponde a la materia y que así alcance un valor singular. Este tipo de libro homenaje es la obra *Estudios de Derecho de sucesiones.* Liber Amicorum *Teodora F. Torres García* reseñada en estas líneas, elaborado gracias a la iniciativa, tesón y buen hacer de sus más directos discípulos que no han cejado en la meta persiguiendo a los amigos para el cumplimiento del encargo a tiempo.

Expresado lo anterior, quizás podría pensarse que, pese a la especificidad de la materia poco más cabría añadir y que bastaría con la referencia general a los autores que participan. Ocurre que este juicio, en el caso que nos ocupa, no es adecuado pues, aun asumida su autoría plural, que comporta admitir el riesgo

de la repetición y la contradicción, el libro presenta una unidad, línea de dirección de análisis científico de los problemas más acuciantes de la materia, que concurre en escasas obras de este estilo, que ya de por sí implica una aportación relevante al mundo jurídico.

Estudios de Derecho de sucesiones compendia sesenta y seis trabajos de profesionales del ámbito jurídico, no importa la categoría, aunque mayoritariamente son del universitario, que reflexionan sobre determinadas sub-materias presididas por idéntico común denominador. Leídas y entresacadas las conclusiones la evidencia reiterada es la de estar ante una inadecuada, incompleta, obsoleta normativa sobre la sucesión *mortis causa*, necesitada urgentemente de reforma y replanteamientos profundos.

Las nuevas configuraciones de las instituciones introducidas en el Código Civil español, parte importante en torno al derecho de familia y de la persona a raíz de la Constitución de 1978, de Convenciones internacionales, Directivas europeas y otras leyes, no han hecho más que «parchear» el centenario texto, sin resolver los problemas suscitados en el derecho de sucesiones. En contraste con lo que ha sucedido, lo recuerdan una buena parte de los autores, en los ordenamientos civiles autonómicos que, además de mantener y desarrollar las instituciones han procurado por la efectividad de las normas hereditarias, aunque tampoco estos se libren de la reprimenda. Si se destila un sentir común y una conclusión clara, auténtica llamada de atención al legislador no solo estatal sino también, al autonómico, es de desagrado ante la situación actual.

En la vertiente formal, la única crítica de la obra es la falta de sistematización de los trabajos, que no se ofrece, lo que habría sido útil, pero que disculpo pues obedece a aplicar un criterio, el orden alfabético del apellido de quienes participan, sin discriminar por categorías ni por cualquier otro dato, perfectamente legítimo.

II

He repartido en grupos los Estudios, juntados por razón de la materia. Descuellan, por su número, los de la legítima (doce), legados, sustituciones fideicomisarias y modo (nueve) y los que analizan algunas disposiciones y transmisiones de objetos específicos (nueve), seguidos de cerca de la partición (siete) y el testamento (siete). Completan este ranking los que abordan temas generales (seis), los relativos a los derechos personales (cuatro), la preocupación por los derechos de viudedad (tres), cuestiones registrales (tres), la sucesión intestada (dos) y los de derecho europeo (tres).

Acerca de *la legítima*, materia especialmente querida por la profesora Torres García sobre la que ha sentado doctrina en Derecho Civil, los autores expresan, el malestar y explican la casi endémica discusión sobre la libertad de testar y el sistema legitimario, la función de la autonomía del testador y las nuevas situaciones personales y familiares de los legitimarios, su engarce constitucional, y la necesaria interpretación conforme a la realidad, que no es la del sistema legitimario del Código Civil. Formulaciones que acaban abogando por mantener la legítima, si bien recortada o adaptada, por su rol de protección de la familia, la solidaridad intergeneracional y por mor del cumplimiento de la función social de la herencia. A lo que se agregan los escritos sobre desheredación, de la que preocupa su configuración, sus causas (la falta de trato familiar y la violencia doméstica) y alcance, y uno de los temas renuentes en el ámbito legitimario: la

calificación de la mejora tácita en dos trabajos que comentan la doctrina novedosa de STS de 29 de julio de 2013. Las reflexiones sobre la garantía en los casos de cumplimiento en metálico de la legítima y sobre la renuncia del cónyuge a sus derechos legitimarios.

Otro de los ámbitos más preciados por la homenajeada es *el testamento*. Además de los que conciernen al testamento ológrafo (su inolvidable tesis de doctorado) en los que se aborda su pasado, presente y futuro y las cuestiones de su protocolización a la luz de la proyectada Ley de jurisdicción voluntaria (hoy ya aprobada, *BOE* 158 de 3 de julio de 2015), en donde se aboga en pro de su adaptación y la regulación del testamento electrónico, se trata de los problemas derivados de los protocolos familiares. Alusión separada merecen los dedicados a la capacidad para testar, en los que además de la función de la intervención notarial se cuestiona y proponen reformas para la regulación de la capacidad de las personas con discapacidad frente a la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas 2006. Finalmente, un breve pero muy instructivo análisis acerca de los errores testamentarios, las contradicciones, los problemas de interpretación y la prueba.

El siguiente grupo engloba una serie de *temas generales*, en los que se afrontan cuestiones diversas. Unas, relativas a la posición de los sucesores donde se atiende a problemáticas que no han recibido una respuesta adecuada, como las contradicciones observadas en la causa de indignidad para suceder del artículo 767.7º del Código Civil incluido con ocasión de la regulación del patrimonio protegido de los discapacitados; la reiterada polémica acerca de que una persona jurídica en formación pueda ser heredera, discusión superada a día de hoy o la interpretación de las disposiciones de los derechos sucesorios en las adopciones simples (ya desaparecidas), trabajo que pone en tela de juicio la interpretación de los tribunales. A lo que se agrega la adquisición en los supuestos en que sustrayéndolos a la de los padres se dejan los bienes a los menores en administración separada. Otra aportación acerca de las relaciones entre la aceptación tácita de la herencia y el prelegado, y la toma de posesión de los bienes. Panorama general del que no podía faltar un estudio sobre la responsabilidad del sucesor, una presentación original en la que se discute sobre el alcance de la voluntad del testador cuando distribuye las deudas entre los sucesores; y un buen análisis del tema clásico de la prescripción de la acción de petición de herencia y su relación con la usucapión.

En un abultado número de estudios se toma como objeto *los legados*, alguna cuestión relativa al modo, en concreto los problemas relativos al incumplimiento culpable, y a la sustitución fideicomisaria especial del nuevo párrafo del artículo 808. No es momento de analizar los diferentes temas que se analizan de los legados, baste con la referencia de ellos, remito a su lectura atenta que, no se dude, es sugerente, sobre todo por lo que hace a las soluciones que se proponen. Del análisis general didáctico de los legados, a la luz de la normativa catalana, hasta la responsabilidad directa del legatario por las deudas del causante, pasando por los legados concretos y las controversias que levantan: el legado de habitación del artículo 822 del Código Civil, el de cosa ajena, el de cosa genérica, el legado de aumento de valor de acciones o participaciones en usufructo y los efectos del legado de crédito.

También, *la partición* y las cuestiones relacionadas son materia propicia al análisis. Las preocupaciones que evidencian los autores versan sobre la impugnación de la partición, con especial referencia a la rescisión por lesión (dos aportaciones valiosas), los que se plantean en torno al momento de la valoración

de los bienes hereditarios, la venta del coheredero como venta de cosa ajena y el estudio sobre el contador partidor dativo. Referidos a la ejecución de la voluntad testamentaria conviene parar atención en la reflexión acerca de la mediación en las sucesiones *mortis causa* y el análisis de la rendición de cuentas de la gestión realizada por el albacea.

Un campo interesante es el que abre, prácticamente de manera ilimitada, *la voluntad del testador a la hora de disponer o destinar* los bienes y derechos que integran su patrimonio; la calificación de ilimitada propiciada por las variadas realidades derivadas de la evolución de la sociedad, de las situaciones y relaciones y de la especial problemática que surgieren determinados bienes. Llamo la atención sobre dos interesantes estudios que revelan una cuestión a la que debe darse cumplida respuesta, que a día de hoy solo parcialmente se regula con criterios realistas en los derechos civiles autonómicos: me refiero al certero análisis sobre las relaciones de cuidado y el derecho de sucesiones desde una panorámica general, y al estudio más concreto sobre las disposiciones a favor de quien cuide al testador a la luz de la normativa gallega. En lo que hace a los objetos, las aportaciones sobre la transmisión *mortis causa* de finca hipotecada, estudio con un componente procesal importante y sendos trabajos sobre la transmisión de la empresa agraria, para el mantenimiento de la unidad de la explotación, o para asegurar el acceso a la mujer.

Mención aparte merecen los estudios que atienden a objetos que, aunque pertenecen a la esfera personal del causante, son susceptibles de trasmitirse *mortis causa*, independientemente de su valor económico. Es lo que acontece en la transmisión *mortis causa* del derecho de participación en la reventa de obras de artes plásticas, objeto que ha dado ocasión a pronunciamientos judiciales de interés. O las cuestiones en torno a la transmisión y ejercicio de los derechos patrimoniales y los derechos morales de autor y las divergencias de los plazos de duración; y los problemas de los derechos de la personalidad, con referencia al derecho a la imagen, en especial a la comercialización *post mortem* de la del fallecido. Cierra este bloque la sugerente aproximación a un objeto que, en un breve espacio de tiempo, formará parte necesaria de toda sucesión: el denominado «patrimonio virtual» que en los próximos años deberá estudiarse detenidamente. Una buena muestra, como se ve, del acercamiento a los problemas más próximos a la realidad de este siglo XXI.

He situado en un grupo independiente, bajo el título de *derechos personales*, los trabajos que aún relacionados con la temática acabada de aludir merecen consideración aparte. Dos de ellos exponen una situación y realidad, también, al alza, a medio camino entre los actos *mortis causa* y los *inter vivos*: el testamento vital, del que en dos estudios se analiza su contenido y los dos protagonistas. El siguiente es un interesante análisis sobre un recóndito ámbito personal que lo extravasa ya que se extiende al grupo: los recuerdos de familia, también, una creación a la que debe darse pábulo.

Acaba este bloque el comentario de dos sentencias recientes, del Tribunal Constitucional. Una, del ámbito personal: la discusión sobre la vigencia del principio de igualdad en relación con la libertad del testador. Otra, acerca de un precepto de la ley de derecho civil gallega que establecía el derecho a reclamar alimentos del cónyuge supérstite con cargo a los bienes que constituyan el objeto del usufructo de viudedad universal.

Llama la atención que las aportaciones sobre los *derechos de viudedad* se refieran a dos derechos civiles autonómicos: el derecho civil catalán y el de las Islas Baleares; lo que se explica porque comparten problemas de régimen de bie-

nes (el de separación). De ahí la preocupación por explicar los distintos derechos en general, y la operatividad y conveniencia de la regulación actual sobre el año de luto. También, la necesidad de advertir acerca de que se ha de coordinar, en materia de reserva vidual, entre las normas del régimen de bienes y esta.

La *sucesión intestada* está escasamente representada, pero encuentra acomodo. Un trabajo como no podía ser de otra guisa, en el que se denuncia la obsoleta regulación del Código Civil respecto a la posición que ocupa el cónyuge viudo en la sucesión intestada. Otro, más concreto, aunque de contenido que extravasa el ámbito del derecho sucesorio: un estudio sobre la sucesión de la Generalidad valenciana en el que se vuelve sobre la interpretación del artículo 149.1º.8ª CE y el problema de derecho interregional e internacional privado al amparo del Reglamento europeo 650/2012.

El reflejo de la sucesión *mortis causa* en el *Registro de la Propiedad* también tiene su protagonismo. Con el abordaje de tres temas clásicos pero claves: la herencia yacente y el tracto registral, ante la problemática de las ejecuciones hipotecarias y la nueva y matizada doctrina de la DGRN; la insuficiencia de las normas para recoger el título sucesorio en el Registro, con abundante acopio de doctrina de las resoluciones y, con referencia a los derechos civiles autonómicos, el contrato sucesorio cómo título sucesorio en el Registro de la Propiedad y sus efectos.

Finalmente, las aportaciones en torno al Reglamento europeo 650/2012. Estudios que desde un ángulo general abordan la caracterización del orden público común, y se alerta de la necesidad de coordinación de los instrumentos familiares y los sucesorios ante las propuestas (aún no materializadas). Y, en el ámbito concreto, el certero análisis acerca de la regulación de la conmoriencia del artículo 32 del Reglamento en contraste a la de algunos ordenamientos jurídicos.

Un completo, nutrido y provechoso panorama, como se decía al inicio, de algunas de las cuestiones que se suscitan en torno a las normas sucesorias, al que invito al lector. Una obra en merecido homenaje a la profesora Doña Teodora F. TORRES GARCÍA.

José Antonio ESCARTÍN IPIÉNS y María Angustias MARTOS CALABRÚS (Coords.), Álvaro NÚÑEZ IGLESIAS (Dir.), *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, Granada: Ed. Comares, 2014. 212 págs. ISBN: 978-84-9045-134-2

por

ELENA SÁNCHEZ COLLADO
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

Como nos indican los editores del libro en las primeras páginas de presentación, este volumen es el resultado de los trabajos desarrollados en unas Jornadas organizadas en la Universidad de Almería en mayo de 2013 en el marco de un proyecto de investigación en torno a la incidencia de la reciente crisis económica en el Derecho de garantías, sobre todo en el sentido de abordar la necesidad

de adaptar el sistema de garantías español al tiempo presente y superar ciertos desequilibrios en relación con los créditos hipotecarios y mejorar ciertos aspectos de su ejecución, tratando al mismo tiempo de evitar la caída en la insolvencia permanente del deudor-persona física, especialmente a raíz de la promulgación de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda, y alquiler social. Se trata de un total de doce artículos que, con variada perspectiva, inciden en esta problemática, que en los últimos tiempos ha venido siendo objeto de una creciente reflexión por parte de la doctrina civilista española y de una frenética actividad normativa del legislador, no siempre acompañada por el éxito tanto doctrinal como práctico, como bien señalan muchos de los autores que colaboran en este volumen. No cabe duda de que nos encontramos ante una de las materias que viene experimentando mayores cambios normativos en los últimos tiempos, que en parte dejan inmediatamente obsoletos muchos de los trabajos doctrinales vertidos al respecto, aunque a mi juicio en este caso no puede decirse lo mismo, en la medida en que el libro contiene una variada y profunda reflexión en torno a los problemas teóricos que plantea esta cuestión de la protección de los deudores hipotecarios (en particular en situación de grave crisis económica como la actual) y las dinámicas sociales en que esta debe inscribirse, sin dejar de prestar atención a la perspectiva del Derecho comparado y las nuevas tendencias del Derecho europeo en lo relativo a la materia que nos ocupa. Es muy interesante, a este respecto, cómo el libro combina inteligentemente la óptica doctrinal (a cargo de profesores de Derecho privado de muy diversos lugares de España) como la práctica (fundamentalmente a cargo de notarios y registradores). Por todo ello considero que se trata de un libro no solo de amplio alcance, sino también de constante actualidad.

Tras la presentación, el libro se inicia con el artículo del notario Salvador TORRES ESCÁMEZ titulado «Protección del deudor hipotecario y principios jurídicos» (pp. 1-6). En su trabajo nos indica el autor que los tres principios jurídicos que de una manera más esencial resultan aplicables a la situación de deuda hipotecaria son el de *seguridad jurídica*, en su sentido de seguridad del ordenamiento, seguridad de los derechos, seguridad del tráfico y certeza de las relaciones jurídicas; el de *responsabilidad patrimonial* consagrado en el artículo 1911 del Código Civil, que es el mayor obstáculo que se opone a la dación en pago obligatoria y retroactiva; y en tercer lugar, el principio de *protección del consumidor*, en nuestro caso del consumidor hipotecario. Señala asimismo el autor que nuestro sistema hipotecario que nos parecía tan satisfactorio, ha sido objeto de un cuestionamiento general provocado por la crisis del que no se ha librado tampoco nuestro procedimiento ejecutivo, al estimar la sentencia de 14 de marzo del TJUE que el sistema español de ejecución hipotecaria es contrario a la normativa europea, al no permitir una fase de oposición en la que el deudor pueda discutir el carácter abusivo de una cláusula de la hipoteca que se ejecuta. Todas las expresadas cuestiones intentaron solventarse en virtud de la Ley 1/2013. Concluye el autor que ante el panorama actual del crédito hipotecario y su ejecución habría que optar, o bien por adoptar medidas de carácter social para ayudar a quienes por incumplimiento de sus obligaciones de pago se ven forzados a perder su vivienda, o bien por la solución por la que ha optado el legislador cual es la de reformar el sistema hipotecario, haciendo más difícil y compleja la ejecución.

El segundo trabajo («La evolución de la posición del deudor hipotecario desde el Pacto de Zurbano hasta la Ley 1/2013 de 14 de mayo: del *favor creditoris cum hypotheca* al principio de protección del consumidor en el tráfico inmobiliario»,

pp. 7-35) corresponde a M.ª Belén SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS. En él la autora destaca cómo la primera iniciativa protectora de los deudores hipotecarios fue el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de Medidas para el Impulso de la Recuperación Económica y el Empleo (Pacto de Zurbano), que aumentaba el importe del salario inembargable, cuando tras una ejecución hipotecaria el resultado de la venta no fuese suficiente para saldar la deuda y hubiese que continuar con la ejecución sobre el patrimonio del deudor, salario mínimo que se elevaría aún más con el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de Medidas de Apoyo a los Deudores Hipotecarios, de Control del Gasto Público, etc. Con posterioridad, el Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo, de protección de deudores hipotecarios sin recursos, aplicable a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca, vigentes a la fecha de su entrada en vigor, cuyo deudor se encontrase situado en el umbral de exclusión, introduciría algunos mecanismos dirigidos a la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes no pudiesen atender su pago y la flexibilización de la ejecución de la garantía real, entre ellos, la novación obligatoria de la deuda para los acreedores que se adhieran voluntariamente al Código de Buenas Prácticas. Indica la autora que la naturaleza excepcional y coyuntural de la norma comentada se deriva del carácter en realidad potestativo para los acreedores de todas las medidas que dispone, de suerte que la indicada norma no alteró en absoluto la naturaleza *pro creditoris* del sistema de contratación y ejecución hipotecarias. A las carencias y críticas manifestadas en relación con la indicada disposición responde a su juicio la Ley 1/2013, de 14 de mayo, en relación a la cual indica la autora que a la vista de las reformas que opera en la LH, la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario y la LEC, es posible afirmar que la expresada ley da entrada a la intervención pública, preventiva y judicial, propias del Derecho de Consumo, en la contratación del préstamo y crédito hipotecarios.

La autora recuerda como ciertamente no hay norma en nuestro ordenamiento que respalde una dación en pago no voluntaria para el acreedor. La voluntad del acreedor es condición, tanto para aplicar el artículo 140 LH, como el artículo 3 del Código de Buenas Prácticas anexo al Real Decreto-ley precitado, ya que es de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito. Y es jurisprudencia consolidada, la que desestima las alegaciones del deudor que pretende que la ejecución no continúe sobre su patrimonio, cuando la ejecución del bien hipotecado no haya sido suficiente para saldar por completo la deuda. La expresada Ley 1/2013, de 14 de mayo permite que el juez pueda paralizar la ejecución de oficio o a instancia de parte, cuando observe la presencia en el contrato de cláusulas abusivas, pudiendo asimismo ordenar su continuación, pero sin aplicación de la cláusula abusiva de que se trate. Asimismo en la venta extrajudicial, el Notario puede advertir a las partes si existe alguna cláusula que pueda ser considerada abusiva. En todo caso, puede ser suspendida la venta cuando se acredite que, conforme al artículo 129 LH, se ha solicitado del órgano judicial competente que dicte resolución decretando su improcedencia.

De todo lo expuesto se concluye que, claramente, en los sistemas de contratación europeos del siglo XXI, la seguridad jurídica contractual no puede basarse en la intangibilidad de lo pactado, sino en el cumplimiento de la función económico-social del contrato, por lo que deben todos arbitrar instrumentos efectivos que garanticen el equilibrio de las partes en el momento de la contratación y en el del cumplimiento del contrato, atendiendo a la buena fe y equidad. De ahí concluye la autora que la ley no introduce de un modo decidido el control del equilibrio contractual funcional en la ejecución hipotecaria y se limita a dar

entrada al control del desequilibrio contractual inicial, producido por las cláusulas abusivas pactadas.

En tercer lugar, el catedrático Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA expone en su trabajo («Contenido financiero del préstamo y proyección del deudor hipotecario», pp. 37-54) que, con relación a los préstamos para la adquisición de la vivienda habitual, el actual apartado 3 del artículo 114 LH, introducido por la precitada Ley l/2013, de 14 de mayo, ha quedado redactado con una formulación netamente imperativa en lo referente a la cuantía de los intereses moratorios, que en cumplimiento de lo ordenado en la EM de la referida Ley no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y con exclusión expresa tanto del anatocismo como de la capitalización de los intereses vencidos, con las muy circunscritas excepciones contempladas en la LEC. Además, en determinados casos, concretamente los préstamos de fecha anterior al 10 de marzo de 2012, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 6/2012 de 9 de marzo, existe un doble límite para los intereses de demora: el reconocido en el artículo 4 del RDL (que es el resultante de sumar a los intereses remuneratorios pactados en el préstamo un 2% —sobre el capital pendiente de préstamo) y el del artículo 114.3 LH al que nos acabamos de referir. El autor estima que en la filosofía protectora de la Ley debería aplicarse en cada supuesto concreto el tipo que resulte más reducido o beneficioso para el deudor. Destaca asimismo que la DT 2ª de la Ley l/2013, de 14 de mayo, después de indicar que la limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre la vivienda habitual, será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, establece sin embargo, una retroactividad de tipo medio por cuanto que el nuevo criterio legal termina por aplicarse a las siguientes situaciones: a los intereses devengados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley; a los devengados antes de la entrada en vigor de la Ley que no hubiesen sido satisfechos y a los ya reclamados judicialmente en procedimientos no concluidos a la entrada en vigor de la Ley. Pone asimismo de relieve que el TS sigue manteniendo con frecuencia que los intereses moratorios no resultan controlables mediante la legislación represora de la usura, así por ejemplo en STS de 26/10/2011, no así en cambio en STS de 7/5/2002. La nueva sensibilidad social hacia los deudores sin recursos, la presión que la misma pueda ejercer sobre los tribunales de justicia y la propia diversidad de soluciones jurisprudenciales, quizá hubieran justificado una intervención legislativa de mayor calado, y más clarificadora en toda esta materia. Añade el autor que el hecho de que el destino del inmueble adquirido modifique el régimen financiero del préstamo en los términos que acabamos de examinar, puede provocar que el préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de la vivienda habitual se restrinja y encarezca en comparación con el préstamo hipotecario normal. El autor se cuestiona asimismo si serán aplicables las normas protectoras al comprador del inmueble que no declaró el uso como vivienda habitual en la escritura, por cuanto que el reformado 21.3 LH por virtud de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, establece la obligación de declarar el uso pretendido, pero sin mencionar las consecuencias de una declaración falsa o incorrecta.

En la cuarta contribución («Cláusulas abusivas e inscripción registral», pp. 55-76), el registrador Íñigo MATEO Y VILLA pone de relieve que, teniendo en cuenta que las CGC se caracterizan por no ser el resultado de un pacto sino de la imposición del prestamista —en la práctica totalidad de los casos, entidades de crédito— resulta imprescindible asegurarse de que su contenido no suponga un desequilibrio en perjuicio del adherente (esto es, el prestatario). Se cuestiona asimismo cómo después de haberse dictado la mencionada sentencia de 14 de

marzo de 2013 del TSJUE, por la que se modifica procesalmente la forma de identificar las CGC abusivas, así como los criterios para determinar cuáles han de entenderse por tales, no se ha realizado hasta el día de hoy reforma alguna en profundidad, para evitar la entrada en el mercado de nuevas CGC con contenidos contrarios a Derecho. El verdadero problema surge cuando el predisponente, no satisfecho con fijar por sí mismo el contenido íntegro del contrato, decide además, o no informar adecuadamente al adherente de la existencia de estas cláusulas (es el denominado *riesgo de incorporación,* o bien las redacta de forma que sean contrarias a una norma legal imperativa, o desequilibradas —abusivas— en perjuicio del consumidor (lo que se denomina *riesgo de legalidad*). A estas dos nulidades se refiere la Ley/1998, de 13 de abril (LCGC), y en lo relativo al carácter abusivo se desarrollan en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LGDCU).

En relación al denominado *control de inclusión* o *riesgo de incorporación* indica el autor que en la nueva normativa de préstamos hipotecarios se exige «que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente una declaración por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato». También el legislador europeo ha incidido en el *control de inclusión* por medio de la *Ficha europea de información normalizada* —que según indica el autor se pretende incluir en el Anexo de una futura Directiva[1]. La mayoría de las CGC no acceden al Registro de la Propiedad por no afectar a la propiedad inmobiliaria, por ser pactos meramente personales sin trascendencia real o porque, aun siendo de naturaleza real deban ser calificadas negativamente por el registrador, denegando este su inscripción bien por ser contrarias a una norma imperativa, bien por abusivas. Por otra parte, la doctrina de la DGRN contraria a reconocer el papel activo del registrador en el ámbito de la calificación del contenido y en definitiva del control de legalidad de las CGC, ha ido enmendándose progresivamente en favor del consumidor, pudiendo citarse la RDGRN de 11 de enero de 2011 y ha sido reforzada muy especialmente por la STJUE de 14 de marzo de 2013. La LCGC de 1998 prevé un *control de legalidad* de las CGC, que se centra en dos aspectos: por una parte, en la oportuna resolución judicial para el caso de que el adherente en la creencia de que una CGC fuese contraria a Derecho o abusiva interpusiese el oportuno pleito; y por otra parte, el *control preventivo* de legalidad de las CGC se basa en la creación del RCGC, registro de carácter público, cuya gestión se encarga a los registradores de la propiedad. El autor entiende que el legislador debe centrarse prioritariamente en la justicia preventiva, de suerte que el registrador encargado del RCGC pueda calificar, esto es emitir un juicio independiente sobre la legalidad de las CGC antes de que estas sean utilizadas y entren en el mercado. El autor pone asimismo de relieve que el Consejo general del Notariado pretende crear un órgano de control de las CGC, de suerte que el secretario del órgano jurisdiccional, por cuya sentencia firme se declaró nula por abusiva una CGC, deberá comunicarla telemáticamente al Consejo general del Notariado[2]. Y critica la expresada medida, al estimar que esta propuesta no pretende un control global de las CGC, sino solo de aquellas sobre las que haya recaído resolución judicial; y que además, se refiere únicamente a las CGC que puedan formar parte de una escritura pública y no a las que se contengan en documentos privados, debilitando en definitiva, los derechos de los consumidores.

La siguiente aportación («Códigos de buenas prácticas, reestructuración de la deuda y dación en pago», pp. 77-85) corre a cargo de Pedro A. MUNAR BERNAT,

quien pone de relieve cómo el ya citado Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos creó un código de buenas prácticas (CBP), código de autodisciplina que establece un comportamiento al que pueden adherirse los bancos y entidades de crédito y al que se dota de instrumentos para su control. Ya desde su aprobación se levantaron numerosas críticas contra el mismo por una parte, porque una vez que la entidad bancaria se somete voluntariamente a él mediante una Comunicación de adhesión al mismo realizada ante la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, queda vinculada a sujetar su actuación al mismo y por otra parte, porque es solo aplicable a hipotecas sobre la primera vivienda, que sea la residencia habitual y cuando todos los miembros de la unidad familiar perciban unas rentas muy bajas. En la actualidad, ha quedado modificado por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, por una parte el actual artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo en el sentido de que las medidas contempladas en el mismo se aplicarán igualmente a los avalistas hipotecarios respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario, así como el número 1 del artículo 3, de suerte que se considerarán situados en el umbral de exclusión aquellos deudores de un crédito o préstamo garantizado con hipoteca sobre su vivienda habitual, cuando concurran en ellos las circunstancias no de que todos los miembros de la unidad familiar carezcan de rentas derivadas del trabajo o de actividades económicas, sino que entre otros requisitos exigidos, el conjunto de los ingresos de los miembros de la unidad familiar no supere el límite de tres, cuatro o de cinco veces, según los casos, el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples. Como resulta del apartado 4 del artículo 5 del citado Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, la aplicación de las previsiones contenidas en el CBP comporta una novación contractual en tanto que se produce, *ex* artículo 1203 del Código Civil, una alteración del objeto o de las condiciones del contrato, pudiendo cualquiera de las partes compeler a la otra a la formalización en escritura pública de la novación del contrato resultante. En relación a este apartado, indica el autor que lo que no se acaba de entender es que se contemple como una simple potestad atribuida a ambas partes, la formalización en escritura pública de la novación del contrato resultante. Nos encontramos ante un contrato de préstamo o de crédito garantizado con hipoteca, que en su momento se instrumentó en escritura pública para que pudiera acceder al Registro de la Propiedad y el derecho real de hipoteca es de inscripción constitutiva, de suerte que debiera haberse exigido en cualquier caso la constancia en escritura pública de la novación producida. En el Anexo del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, también parcialmente modificado por Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, que contiene el CPB para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, se contemplan tres tipos de medidas que deberá al menos estudiar la entidad que voluntariamente se someta al mismo (reestructuración de deudas hipotecarias, quita en el capital pendiente de amortización y dación en pago). A la vista de todo ello, concluye el autor que lo que ha pretendido el legislador es evitar que el acreedor no solo tenga que dar carta de pago por toda la deuda, sino que además tenga que quedarse con una finca que esté gravada a favor de un tercero.

El sexto trabajo («Sobreendeudamiento del consumidor y liquidación de deudas», pp. 87-98) viene formado por la profesora Matilde CUENA CASAS, reconocida y combativa especialista en la materia que aborda. En el presente artículo

considera la autora que la solución del endeudamiento privado, que a su vez ineludiblemente provoca más endeudamiento público debe erigirse en prioridad legislativa y que a su juicio, su tratamiento debe ser abordado, desde una perspectiva multidisciplinar: LEC, Ley Concursal (LC) y Ley Orgánica de Protección de datos personales. A juicio de la autora, con referencia a la LEC, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, esta no ha abordado con mucho éxito el problema del sobreendeudamiento hipotecario, de suerte que no se ha dado el paso de exigir una nueva tasación del inmueble en el momento de la ejecución y según el actual artículo 682 LEC se sigue manteniendo la tasación pactada en la escritura de constitución de la hipoteca. Por otra parte, tras de la reforma del artículo 178.2 de la LC por virtud de la Ley 38/2011 de 10 de octubre se ha profundizado en la política anti-deudor, facilitando la ejecución por parte de los acreedores que no cobraron en el procedimiento concursal: si no tenían un título ejecutivo, su inclusión en la lista definitiva de acreedores se equipara a sentencia de condena firme[3]. La autora estima que ahogar al deudor e impedir su recuperación es en su opinión, antieconómico y aboga por el establecimiento del *freshstart,* descubierto en USA en 1898, consistente en la exoneración del pasivo pendiente por virtud de la cual, liquidado el patrimonio del deudor de buena fe, los acreedores no pueden iniciar ejecuciones singulares, pues el pasivo pendiente ha quedado exonerado. El *freshstart* favorece que el procedimiento concluya en convenio, evita que los concursos terminen en liquidación y estimula una adecuada valoración del riesgo crediticio.

En sustitución del anterior artículo 178. 2 LC al que se refería la autora en el trabajo que comentamos, el 178 bis de la LC introducido por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero contempla la exoneración del pasivo pendiente o *freshstart,* al reconocer al deudor de buena fe, persona natural, la posibilidad de obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, una vez concluido el concurso por liquidación, o por insuficiencia de la masa activa. Los requisitos exigidos para reconocer la buena fe en el deudor coinciden algunos con los establecidos en la anterior regulación (como por ejemplo que el concurso no haya sido declarado culpable, o que se haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados), mientras que en otros casos la norma es mucho más restrictiva, como por otra parte demandaba la autora, y exige para que el deudor sea considerado de buena fe, que no haya sido ni condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso.

La autora finalmente pone de relieve que en España a diferencia de otros países tienen una aplicación limitada, subordinada al consentimiento del deudor, los *ficheros de solvencia positivos.* Añade que los beneficios de compartir información crediticia no son desdeñables, por cuanto que permitiría adecuar el coste crediticio a la prima de riesgo y podría dotarse con ello de mayor seguridad al mercado de alquiler. Y concluye que la interpretación restrictiva de la legislación en materia de protección de datos limita el acceso a información financiera fiable y favorece que cualquier medida protectora del deudor sobreendeudado genere un encarecimiento del crédito, indeseable en el contexto económico actual.

En el siguiente artículo («Procedimientos relativos al sobreendeudamiento de particulares en el Derecho europeo», pp. 99-143), Francisco J. ANDRÉS SANTOS ofrece una panorámica de la regulación internacional y comparada en esta materia. El autor hace una referencia a las iniciativas de la Unión Europea en el tratamiento del problema del sobreendeudamiento de los consumidores —desde

la Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, hasta la reciente Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril, relativa los contratos de crédito al consumo—, en las que se observa la presencia de una serie de medidas preventivas frente al sobreendeudamientos (medidas *ex ante*), pero apenas remedios «curativos» para el caso de que el sobreendeudamiento, e hipotética insolvencia del deudor-consumidor, ya se haya producido. Para esto último, se hace necesaria una mirada al Derecho comparado de los diversos sistemas de tratamiento del consumidor sobreendeudado en los ordenamientos nacionales europeos, con dos líneas fundamentales: la del modelo del *fresh start* o «segunda oportunidad» (típico de los países anglosajones) y la del modelo de la rehabilitación del deudor, prevaleciente en la mayoría de los Estados europeos, basada en una reestructuración de las obligaciones del deudor, y eventual liquidación ulterior de su patrimonio, con exoneración final de la deuda restante dependiendo de los casos. En particular, se hace mención del caso italiano, objeto de una reciente reforma en el último sentido mencionado por medio de la Ley 3/2012 (en vigor desde el 29 de febrero de 2012). Finalmente, se aboga por la necesidad de una intervención más activa del legislador comunitario europeo [lo que viene ya exigido, en cierto modo, por el propio Reglamento (CE) 1346/2000, de 29 de mayo del 2000, sobre procedimiento de insolvencia], con vistas a dar una solución uniforme, moderna y justa de las situaciones de insolvencia de las personas físicas (como la marcada en el artículo 13.2 de los *Principles of European Insolvency Law),* que ayude a allanar los obstáculos para la conservación de la vivienda y la capacidad económica de los consumidores europeos (y, por tanto, también españoles), aun después de la caída en situaciones de sobreendeudamiento.

Seguidamente, en un breve trabajo (pp. 145-147), el notario Segismundo ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA trata sobre «la protección del deudor hipotecario en la ejecución de garantía». En él señala el autor que la protección del deudor en la ejecución representa la última fase temporal en que se puede encontrar un deudor hipotecario en dificultades. Clasifica los problemas que pueda suscitar la ejecución hipotecaria en dos grandes grupos: los relacionados con la justicia del sistema y los que afectan a su eficiencia. Destaca, en primer lugar, que la ejecución hipotecaria puede amparar situaciones injustas por suponer un desequilibrio no justificado entre los derechos y obligaciones de las partes, y de este modo, por ejemplo, cita el autor la famosa sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 que concluye que nuestro sistema de ejecución no permitía la efectividad de la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas. En segundo lugar, a diferencia de lo que sucede en la realidad, el procedimiento de ejecución debería ser rápido y eficiente, lo que beneficia en principio tanto a deudor como acreedor. Por ello, el legislador se propone de nuevo mejorar esa eficiencia, tratando de promover el procedimiento extrajudicial, sin lugar a dudas más rápido que el judicial.

A continuación, la procesalista Carmen SENÉS MONTILLA aborda en su artículo «la reforma de la ejecución ordinaria e hipotecaria» (pp. 149-165), en concreto a partir de la muy citada Ley 1/2013, de 14 de mayo. La autora destaca por su importancia aquellas disposiciones de dicha Ley que inciden en la delimitación del volumen de responsabilidad exigible en el proceso de ejecución, así como las que determinan los sujetos pasivamente legitimados para soportar la actividad ejecutiva, como son las relativas al establecimiento de un límite legal a los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, la modificación del límite legal aplicable a los intereses moratorios derivados de los

préstamos o créditos garantizados con hipoteca sobre la vivienda habitual del deudor que se encuentre en el umbral de exclusión social, la extensión de las medidas previstas en el Real Decreto-ley 6/2012 a los fiadores y avalistas hipotecarios del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario y el reconocimiento a los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores que se encuentren en el umbral de exclusión social de la posibilidad de exigir que la entidad agote el patrimonio del deudor principal, antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión. La autora aborda a continuación las modificaciones legislativas en el marco de las disposiciones generales de la ejecución forzosa cuales son la introducción del control de oficio de las cláusulas abusivas y los recursos que procedan contra el auto que declare el carácter abusivo de la cláusula. La autora se plantea asimismo la duda respecto de si la facultad de control judicial de las cláusulas abusivas alcanza o no al tribunal de apelación, para la hipótesis de haber sido despachada la ejecución y no haber hecho valer el ejecutado el carácter abusivo de la cláusula, y concluye que un pronunciamiento favorable a tal apreciación pudiéramos encontrarlo en la Sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013.

Finalmente, el artículo analiza las modificaciones del artículo 129 LH introducidas por la Ley 1/2013, que le ha dado una nueva redacción, estableciéndose en el apartado 2 algunos de los requisitos y formalidades a los que se sujeta la venta extrajudicial del bien hipotecado. De la nueva regulación destaca la autora los aspectos del establecimiento de una doble limitación a la preceptiva fijación por los interesados del valor de tasación del bien hipotecado, y el hecho de que la ley grave al notario cuando este considere que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que haya determinado la cantidad exigible pueda tener carácter abusivo, con la obligación de ponerlo en conocimiento del deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos.

En la décima contribución (pp. 167-178), el notario Manuel GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS analiza la cuestión de «la tasación de la finca hipotecada después de la Ley 1/2013, de 14 de mayo». En principio, como pone de relieve el autor, la operación de tasación previa del bien que va a ser objeto de un negocio de constitución de hipoteca no es un requisito que venga exigido por la normativa sustantiva que regula el negocio de hipoteca o su inscripción registral. Lo que tiene que constar en la inscripción de forma clara e indubitada es si se ha pactado el valor de tasación, pero de no existir tal pacto, la hipoteca es inscribible, aunque no será susceptible de ejecución por el procedimiento sumario. La expresada materia se contempla en los artículos 129 LH y 682 LEC en su redacción dada por ley 1/2013. El autor recuerda que uno de los trámites del procedimiento ejecutivo general para el pago de las deudas dinerarias es el avalúo de los bienes sobre los que va a recaer la ejecución y que se contempla en los artículos 637 a 639 de la LEC. Todo este trámite de avalúo se suprime en el procedimiento específico de ejecución sobre bienes hipotecados (el tradicional procedimiento judicial sumario del art. 131 LH, hoy regulado como especialidad de la ejecución dineraria en el Capítulo V del Título IV del libro III de la LEC), así como en el procedimiento extrajudicial o notarial de ejecución hipotecaria que contempla el artículo 129 LH, por cuanto que requisito específico de estos procedimientos ha venido siendo que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el valor en que los interesados tasen la finca, para que sirva de tipo en la subasta. El inconveniente fundamental de este sistema es, a su

juicio, que los préstamos hipotecarios, por definición, suelen ser a largo plazo, y el valor de los inmuebles no permanece estable durante toda la vida de la hipoteca, de manera que es perfectamente posible que el valor que se atribuyó a la finca en el momento de constituirse la hipoteca sea muy diferente, tanto al alza como a la baja, del valor de mercado que la misma tenga en el momento de la ejecución.

Para el autor la Ley 1/2013, de 14 de mayo da una vuelta en relación con la pretensión de que las compañías tasadoras operen con independencia respecto de las entidades de crédito que conceden los préstamos con la garantía de los inmuebles que aquellas tasan previamente, estableciéndose entre otros extremos la obligación de todas las sociedades de tasación de auditar sus cuentas, la legitimidad del Consejo de Consumidores y Usuarios para solicitar del Banco de España la incoación de un procedimiento sancionador cuando, a su juicio, se ponga de manifiesto la prestación irregular de los servicios de tasación, y prohibiéndose asimismo la adquisición o mantenimiento por parte de entidades de crédito, de forma directa o indirecta, de una participación significativa en una sociedad de tasación. Concluye el autor, coincidiendo en este punto con la opinión manifestada por Carmen SENÉS MONTILLA, que la novedad más llamativa de la que alardea el legislador en el Preámbulo de la Ley es la de que el valor atribuido por pacto a efectos ejecutivos no puede ser inferior al 75% del valor de la finca hipotecada fijado por la tasación pericial. Según el autor esta es una norma sorprendente y decepcionante por cuanto que el legislador pretende hacernos creer que con ello está concediendo un beneficio a los deudores, cuando en realidad, es precisamente lo contrario, por cuanto que con anterioridad el artículo 8.2 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril establecía un límite superior: el tipo de subasta para el supuesto de ejecución de la hipoteca no podía ser inferior ni en un punto porcentual al valor atribuido por la entidad de tasación.

El siguiente trabajo («La protección del consumidor en la comercialización de préstamos hipotecarios», pp. 179-192) viene firmado por la profesora M.ª del Mar GÓMEZ LOZANO, quien lo inicia con la indicación de que la Ley 1/2013, de 14 de mayo se aplica a todos los deudores hipotecarios, es decir, no solo a los deudores hipotecarios sin recursos, como ha ocurrido con el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, sino también a clientes de todo tipo de prestamistas (bancarios y no bancarios), y que en cumplimiento de lo ordenado en su Disposición Adicional Tercera, el Banco de España publicaría en su web el 15 de julio de 2013 la *Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario,* la cual se incluye en la «fase de comercialización» que es la fase previa de contratación. Con anterioridad a la publicación de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, de publicación posterior al artículo que comentamos, se contemplaba una diferente protección y normativa aplicable al consumidor, según fuese o no cliente bancario. La Directiva mencionada en cambio, pretende garantizar que todos los consumidores sin distinción, que concluyan contratos relativos a créditos al consumo que estén garantizados mediante hipoteca u otro tipo de garantía, en relación con bienes inmuebles de uso residencial, disfruten de un elevado grado de protección. Dado que la transposición a la normativa nacional de la indicada Directiva no es exigible hasta el 21 de marzo de 2016, y no se ha llevado a cabo todavía, se mantiene la legislación protectora del consumidor vigente en la actualidad y que refleja la autora, en tanto no se efectúen las debidas adaptaciones. Por remisión entre otras disposiciones de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los

consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de comercialización, la protección del deudor hipotecario no se limita tan solo a la que depara la normativa específica, sino que queda asimismo amparado dicho deudor por la normativa dirigida a la protección de los intereses de los consumidores en general (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba la LGDCU y otras leyes complementarias y la Ley 3/1991, de 10 de enero de competencia desleal). Existen además códigos éticos aplicables a la actividad de comercialización en el ámbito publicitario. Así los bancos y las cajas son anunciantes «socios» de *Autocontrol (Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial)*. Y en este sentido, la Norma Tercera de la Circular 6/2010, de 28 de septiembre del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios estimula la adhesión a organismos de autorregulación de la actividad publicitaria que velen por su cumplimiento. En el artículo 6 de la Ley 1/2013, bajo el título de «*Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios*» se contempla como nueva medida de protección la denominada «expresión manuscrita» al establecer en su párrafo 1: *En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.* Estos mismos términos han sido incluidos y desarrollados en el anejo IX de la *Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario*, publicada en la web del Banco de España, el 15 de julio de 2013, pero en opinión de la A. ni las medidas adoptadas en la Ley 1/ 2013 en lo referente a esta fase de comercialización, ni tampoco las contempladas en la *Guía de Acceso* permiten asegurar que el consumidor conozca realmente todos los extremos del producto financiero que contrata y de los riesgos que conlleva y que en definitiva quede protegido conforme a lo preceptuado en el artículo 51.1 de la Constitución española.

Finalmente, el libro concluye con el trabajo del director del volumen, el profesor Álvaro NÚÑEZ IGLESIAS (La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria, pp. 194-212). Como indica el autor, dicha materia, que anteriormente contemplaba el Real Decreto-ley 27/2012, en la actualidad se regula en el artículo 1 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, modificado en sus apartados 1, 2 y 3 por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero de mecanismo de segunda oportunidad. El artículo 1 dispone: «*1. Hasta transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor de esta Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo*». La actual redacción reproduce literalmente la precedente, salvo que se sustituye el anterior plazo requerido de dos por el de cuatro años desde la entrada en vigor de la Ley, para poder proceder al lanzamiento de las personas que se encuentren en condiciones de especial vulnerabilidad en las condiciones y con los requisitos que se detallan en el mismo. En relación al indicado párrafo señala el autor que la medida del artículo 1.1 de la Ley por su carácter expropiatorio y sin que medie procedimiento ni indemnización, fue calificada en su día como contraria al artículo 33.3 CE, y objeto de recurso de inconstitucionalidad. Esta medida protectora del artículo 1, que no se ha visto afectado por la reforma ulterior del 2015, es muy restrictiva y así por ejemplo

solo afecta a los procesos de ejecución hipotecaria judicial o extrajudicial. Quedan fuera, por tanto —y aunque el bien afectado sea la vivienda habitual— los procesos de desahucio arrendaticio (por falta de pago de la renta, por ejemplo) o por precario. Y añade que el legislador de mayo de 2013 debería haber arbitrado un sistema de ayudas al inquilinato, en los mismos supuestos de vulnerabilidad que tiene en cuenta para proteger al deudor hipotecario. Deudor e hipotecante como señala el autor y se desprende de los términos del artículo 1.3 d) tienen que ser la misma persona, por cuanto que el crédito o préstamo garantizado con hipoteca que recaiga sobre la única vivienda en propiedad del deudor tiene que haberse concedido para la adquisición de la misma.

En relación a los supuestos de especial vulnerabilidad, que, como señala el autor, se contemplan en el artículo 1.2 de la citada Ley 1/2013, de 14 de mayo, podemos indicar que a los anteriormente existentes, se ha añadido un último supuesto el h) relativo al deudor mayor de 60 años. Se ha mantenido en la regulación vigente, la circunstancia criticada por el autor, de que la protección brindada a las unidades compuestas por dos ascendientes y un solo hijo, queda limitada a que el hijo sea menor de tres años. El derecho concedido al deudor es el de continuar en el uso de la vivienda gratuitamente por tiempo determinado. El título según el autor no puede ser otro que el precario y estima que la situación del deudor «no lanzado» está en la órbita de un precario de origen contractual, consentido por el propietario. Y que en definitiva el precario consentido de origen contractual, no es otra cosa que el comodato. El artículo 2 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, determina los documentos que habrá de presentar el deudor junto con su solicitud de suspensión del lanzamiento para acreditar «las circunstancias a que se refiere la ley» a los que se añade la «declaración responsable» del deudor o deudores relativa al cumplimiento de los requisitos exigidos, para considerarse situado en el ámbito de aplicación de esta Ley. Sobre este precepto el autor indica que el silencio del legislador sobre el régimen sancionador para la hipótesis de incumplimiento de los requisitos en la presunta «declaración responsable», que sí contemplaba en cambio el Real Decreto-ley 27/2012, no debe considerarse exonerante de responsabilidad. Por aplicación de las reglas generales de nuestro Derecho y en concreto de la responsabilidad por daño, sea dentro o fuera del marco contractual, y la que prohíbe el enriquecimiento injusto, ciertamente, el deudor que sin reunir los requisitos o provocándolos, se beneficiara del uso gratuito de la vivienda adjudicada al acreedor, debería indemnizar: se habría enriquecido sin causa y, además, habría causado un perjuicio, interviniendo dolo.

En definitiva, como puede observarse a través de este apretado resumen, nos encontramos ante una obra muy relevante para el estudio de la materia que conforma su principal objeto y que ofrece un amplio material para la reflexión y crítica en torno al Derecho vigente en este ámbito, tan cambiante y urgentemente necesitado de un abordaje justo y equitativo para todas las partes implicadas, para lo cual la presente contribución sin duda constituye un hito muy digno de consideración, a pesar de las reformas operadas desde la fecha de elaboración y publicación del volumen.

NOTAS

[1] Ya ha sido aprobada la DIRECTIVA 2014/17/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los

consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y cuyo Anexo II contempla La *Ficha europea de información normalizada* (FEIN), en relación a la cual se señala que la información se facilitará en un solo documento, utilizándose caracteres tipográficos claramente legibles.

[2] El Consejo General del Notariado en uso de sus competencias, en el pleno del día 27 de abril de 2013, aprobó «la constitución del OCCA, Órgano de Control de las Cláusulas Abusivas (OCCA), cuya gestión corresponde a la Comisión de Consumidores del Consejo. Es un órgano que actúa de forma preventiva y cuya finalidad es evitar que se introduzcan cláusulas abusivas en los contratos con condiciones generales de la contratación, celebrados entre empresarios o profesionales y consumidores. Esta función preventiva es inherente a la función notarial, que actúa en el momento anterior y simultáneo a la celebración del contrato, momento, por tanto, en el que el consumidor puede recibir con eficacia la protección de sus derechos.

[3] Este precepto que ha sido nuevamente redactado por el número uno del apartado primero del artículo 1 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, no ha quedado modificado en relación al extremo expuesto.

NORMAS DE PUBLICACIÓN REVISTA CRITICA DERECHO INMOBILIARIO

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las nuevas normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por otras importantes bases de datos del *ISI* (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el *Journal Citation Reports* (JCR), se establecen como obligatorias las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

1.1. Autoría:

— Todos los trabajos que se presenten para publicar en RCDI deberán contener los siguientes datos:

- Nombre y dos apellidos del autor/es.
- Grado académico o situación profesional del autor/es.
- Dirección y Filiación institucional completa del autor/es (puesto, institución/empresa, dirección postal completa, y teléfono).
- Correo electrónico del autor/es.

1.2. Encabezamiento:

— Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, que deberá reflejar fielmente el contenido del artículo, en español y en *inglés*.
- A continuación, se recogerá la autoría conforme a lo explicado en el punto 1.1.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en *inglés (abstract)*.
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en *inglés (key words)*.

1.3. Extensión:

— Los ESTUDIOS tendrán una extensión entre de 25 a 40 folios.
— Los DICTÁMENES y NOTAS, de 10 a 25 folios.

— Los ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES, de 10 a 20 folios.
— Las RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra:

— Tratamiento de texto: Word.
— Tipo de letra: Times New Roman, Tamaño: 12 p., Interlineado: sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
— Las NOTAS en Times New Roman, tamaño 10, interlineado sencillo.

1.5. Estructura del trabajo:

— Además del encabezado, todos deberán contener un SUMARIO al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

I. EN VERSALES.
II.1. EN VERSALITAS.
III.1.A. *En cursiva*.
IV.1.A.a) En redondo.
V.1.A.a) a´) (si lo hubiera). En redondo.

— El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

I. .....
II. .....
III. ....

— Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas o no siempre en conexión con el tema, que deberán citarse con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

— Por último contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, y para las NOTAS al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association,* disponibles en www.apastyle.org.

— *Libro:*
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

Ej: GOMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.

— *Capítulo de Libro:*
APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial Nombre y Apellido (ed./dir./coord.), Título del Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. inicial y final).

Ej.: PARRA JIMÉNEZ, M.ª Á. (2000). Comentario al art 211. En: J. Rams Albesa (coord.), *Comentario al Código Civil,* Tomo II, Vol. 2º. Barcelona: Bosch (pp. 1764-1790).

— *Artículo:*
APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 373-401.

— *Documento electrónico:*
Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización**.**

Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139

— Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página). La cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

  Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente…

— *Tanto las citas con referencia bibliográfica como las NOTAS que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas, y no en la página en que corresponda insertar la cita*.

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Colegio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.

Suscripción anual: 120,99 €
Número suelto: 23 €
ISSN 0210-0444

Calidad de Revistas Científicas Españolas
FECYT | FUNDACIÓN ESPAÑOLA PARA LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA | 2014