

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO



Año XCI



Mayo-Junio



Núm. 749

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 • Mayo-Junio 2015 • Núm. 749

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

Consejeros

Don Aurelio Menéndez Menéndez

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Eugenio Fernández Cabaleiro

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Muñoz Cariñanos

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Antonio Pau Pedrón

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

Don José Poveda Díaz

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

Don Juan Pablo Ruano Borrella

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Luis Laso Martínez

Abogado

Don Joaquín Rams Albesa

Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

Don Juan Sarmiento Ramos

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Luis M.ª Cabello de los Cobos y Mancha

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Carlos Lasarte Álvarez

Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

Don Antonio Manuel Morales Moreno

Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Ángel Rojo Fernández-Río

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Don Fernando Curiel Lorente

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Francisco Javier Gómez Gállego

Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Juan María Díaz Fraile

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

- BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes: «El control específico sobre el contenido de los clausulados negociales predispuestos de carácter abusivo» / *The specific control of the content of non-negotiated unfair terms ..* 1099
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen: «El parentesco por afinidad: ¿Concluye por la extinción del matrimonio?» / *Affinity relationship: finish with the end of marriage?* 1143
- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón, MARTÍNEZ RUANO, Pedro y PAÑOS PÉREZ, Alba: «Los derechos sucesorios en las parejas de hecho. Especial referencia a la sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013 de 23 de abril» / *Unmarried couples' inheritance rights; the judgment of the Constitutional Court 93/2013 of 23 April* 1173

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES

- CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: «El alquiler de viviendas de uso turístico a partir de la Ley 4/2013: la necesaria interpretación conjunta de la LAU y de la legislación turística autonómica» / *The homes for holiday use from the Law 4/2013: the required joint interpretation of the LAU and the regional tourism legislation* 1199
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «Una 'lectura americana' del artículo 111.1º LH. La concurrencia de gravámenes, mobiliario e inmobiliario, sobre bienes muebles pertenenciales tras la reforma del artículo 2.º LHM y PSD» / *An «American Reading» of Section 111.1 of the Spanish Mortgage Act. Concurrent Chattel and In-rem Encumbrances on Fixtures Subsequent to the Reform of Section 2 of the Spanish Act on Chattel Mortgages and Non-possessory Pledges* 1247

MONTERO FERREIRA, Daniel: «Contratos de arrendamiento sujetos al Decreto 100/1986, de 22 de octubre, de la Comunidad de Madrid y venta de promociones de viviendas: una revisión doctrinal, jurisprudencial y normativa» / <i>Lease agreements subject to Decree 100/1986, of 22 October, Madrid Community and sale of promotions property: a review doctrine, jurisprudence & Law</i>	1295
--	------

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

BOTELLO HERMOSA, Pedro: «El refuerzo de la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención ONU sobre derechos de personas con discapacidad al Ordenamiento jurídico español» / <i>Boosting guardianship as an appropriate means to align article 12 of the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities with the Spanish legal system</i>	1345
---	------

DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW

ALONSO PÉREZ, María Teresa: «La aceptación como fase del proceso de formación del contrato (Análisis de los problemas que suscita con apoyo en textos internacionales y europeos de Derecho contractual)» / <i>Acceptance of the contract as a stage of its formation (Analysis of the problems involved based on International and European Contract Law texts)</i>	1383
GIL DI PAOLA, Jerónimo A.: «El derecho de tiempo compartido en el nuevo Código Civil argentino» / <i>The timeshare right in the new Civil Code for Argentina</i>	1427

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.....	1473
---	------

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

- «Derecho de alimentos *versus* gastos de crianza y educación de los hijos mayores de edad. Los gastos de crianza como indemnización en los supuestos de *wrongful conception* o *wrongful pregnancy*» / *Right to food versus expenses upbringing and education of adult children. Raising costs as compensation for alleged wrongful conception or wrongful pregnancy*, por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE 1533

1.2. Derecho de familia:

- «La promesa de matrimonio en el Ordenamiento jurídico-civil español» / *The promise of marriage in Spanish civil Law*, por Aurelia María ROMERO COLOMA 1551

1.3. Derechos reales:

- «Las consecuencias de la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario: especial referencia a los intereses moratorios» / *The consequences of an abusive clause (unfair term) regarding mortgage loan: special reference to default interest*, por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA..... 1565

1.4. Sucesiones:

- «Notas de urgencia sobre el ‘derecho de transmisión’: Una crítica negativa a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 y a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de marzo de 2014» / *Urgent Notes on the Right of Transfer: A Negative Criticism of the Supreme Court’s Ruling of 11 September 2013 and the Directorate-General of Registries and Notaries’ Decision of 26 March 2014*, por César-Carlos PASCUAL DE LA PARTE..... 1584

1.5. Obligaciones y Contratos:

- «La facultad judicial de moderar la cláusula penal y su análisis jurisprudencial» / *The judicial power to moderate*

<i>rate the penalty clause and the jurisprudential analysis,</i> por Rosana PÉREZ GURREA.....	1609
--	------

1.6. Responsabilidad civil:

— «La naturaleza de la responsabilidad civil precontractual y la obligación de indemnizar: deberes y obligaciones derivadas de la buena fe, información y lealtad» / <i>The nature of the precontractual civil responsibility and the obligation of rescission: obligations of the good faith, information and loyalty</i> , por M. ^a Carmen NÚÑEZ MUÑOZ ..	1629
--	------

1.7. Concursal:

— «Ejecución hipotecaria y arrendamiento, tras la Ley 4/2013, de 4 de junio» / <i>Foreclosure and lease agreements after the enactment of Law 4/2013 of June 4</i> , por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS	1643
--	------

2. MERCANTIL:

— «Los dividendos de las acciones en un caso de compraventa de empresa. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2014» / <i>Share Dividends and Company Sale. On the Supreme Court Ruling of 25 April 2014</i> , por Francisco REDONDO TRIGO...	1665
---	------

3. URBANISMO:

— «Requisitos para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los aprovechamientos generados por bienes demaniales» / <i>Requirements of registration in the Real Estate Registry of urban development rights generated from goods of public domain</i> , por Eugenio-PACELLI LANZAS MARTÍN	1681
---	------

4. DERECHO BANCARIO:

— «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» / <i>The application</i>	
---	--

<i>of MIFID regulation and the article 79 quater of the Spanish Securities Market Act in banking contracts in accordance with its interpretation by the judgment of the Court Justice of the European Union issued on May 30th, 2013, the judgment of the National Court (Audiencia Nacional) issued on July 15th, 2013 and case law from the Spanish Supreme Court, por Sergio AGUILAR LOBATO y Héctor Daniel MARÍN NARROS.....</i>	1694
--	------

ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS

Información de actividades	1627
----------------------------------	------

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY INFORMATION

«Derecho público y Derecho privado», de M. J. ROCA (Dir), por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE	1735
«La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus» (Tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la figura)», de Francisco Javier ORDUÑA MORENO y Luz María MARTÍNEZ VELENCOSO, por César HORNERO MÉNDEZ.....	1738
«La responsabilidad civil del Registrador», de Jesús ESTRUCH ESTRUCH, por Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ	1743

ESTUDIOS

El control específico sobre el contenido de los clausulados negociales predispuestos de carácter abusivo

The specific control of the content of non-negotiated unfair terms

por

LOURDES BLANCO PÉREZ-RUBIO
*Acreditada para Catedrática
Catedrática de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid*

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto realizar un profundo estudio del control específico sobre el contenido de las cláusulas que no han sido objeto de negociación individual y que causan al consumidor un perjuicio importante por tratarse de cláusulas abusivas. La legislación española sobre protección al consumidor ha tenido como eje principal de actuación la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas, que fue objeto de transposición en nuestro ordenamiento interno mediante la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que modificó la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, estableciendo un control de contenido de las cláusulas tipificadas como abusivas, ley que ha sido objeto posteriormente de sendas reformas. Este estudio realiza un examen de las fuentes normativas sobre cláusulas abusivas y su control, para después detenerse en el concepto de las cláusulas abusivas, conocimiento necesario para acometer la tercera y principal de las cuestiones

que se quieren estudiar, cual es la de analizar, ya de forma específica y en profundidad, los requisitos que ha de cumplir una cláusula no negociada y predispuesta para ser considerada abusiva (control de contenido). Por último, se analizan las consecuencias jurídicas que supone la declaración de abusividad de las cláusulas. Para todo ello se tendrá en cuenta tanto el derecho comunitario como nuestro derecho interno, así como el derecho comparado, teniendo siempre como referente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to make a deep study of the specific control of the content of not individually negotiated terms that cause an important harm to the consumer due to their unfair character. The core of the Spanish legislation for the protection of the consumer has been Directive 93/13/CE on unfair terms in consumer contracts, transposed to our internal legal system by the General Conditions of Contract Law, which amended the General Law for the Defense of Consumers and Users, establishing a control of content of terms deemed to be abusive, law that has subsequently been important reforms. This study examines the sources of law with regard to unfair terms, a necessary knowledge to study afterwards the concept of unfair term, which is also necessary to focus on the third and principal question that we want to study, now in depth, the requirements that a non-negotiated term has to fulfil to be considered unfair (control of content). Finally, we shall analyse the legal consequences of a term deemed to be unfair. For all these purposes, we shall take into account EU Law as well as Spanish Law and comparative Law, always having as reference the decisions of the European Court of Justice.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas. Control de contenido. Protección de los consumidores. Cláusulas predispuestas.

KEY WORDS: *Unfair terms. Control of content. Protection of consumers. Non-negotiated terms.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FUENTES NORMATIVAS.—III. CONCEPTO DE CLÁUSULA ABUSIVA.—IV. CONTROL DE CONTENIDO: REQUISITOS PARA DECLARAR UNA CLÁUSULA ABUSIVA: 1. CONTRATOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES. 2. AUSENCIA DE NEGOCIACIÓN INDIVIDUAL DE LAS CLÁUSULAS. 3. BUENA FE Y JUSTO EQUILIBRIO EN LAS CONTRAPRESTACIONES.—V. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL CONTROL DE CONTENIDO.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX. NOTAS.

I. INTRODUCCIÓN

Comenzaremos diciendo que el problema de las cláusulas abusivas se plantea en todos los sectores donde la contratación se efectúa mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas, en los que el profesional introduce en el contrato, de forma unilateral, cláusulas que a él le resultan más beneficiosas (por ejemplo, las que reducen o suprimen su responsabilidad, o que mencionan que el plazo de entrega de la mercancía se establece solo a título indicativo, o que atribuyen competencia al tribunal del lugar donde centraliza sus operaciones, etc). El consumidor se encuentra entonces desprovisto de la posibilidad de discutir y negociarlas, y si quiere obtener las ventajas materiales que del contrato se derivan, no tiene más remedio que aceptarlas. Es cierto que la adhesión del consumidor a las cláusulas es voluntaria, puesto que puede decidir si contrata o no, pero carece de libertad, ya que no tiene posibilidad de intervenir en la configuración del contenido contractual. La libertad de contratación y la expresión del consentimiento de la parte más débil (el consumidor) aparece anulada o reducida, mientras que el predisponente (empresario) podrá introducir en el contrato aquellas cláusulas que, como hemos dicho, le sean más favorables.

Las razones que han llevado al legislador a establecer una adecuada protección o tutela del consumidor contra los abusos del profesional, residen en la exigencia de impedir que la rigidez y la inmodificabilidad propia de las cláusulas unilateralmente predispuestas se traduzca en la imposición de reglas negociales que son perjudiciales o que causan un daño al consumidor, exigencia que es más evidente cuando el consumidor es un sujeto que se encuentra en una posición socioeconómica manifiestamente inferior y que carece por ello de efectivo poder contractual. A ello se une el hecho de que en la mayor parte de los casos, el consumidor mismo, consciente de la imposibilidad de hacer valer sus propios intereses en el terreno de la negociación, no toma en consideración la posibilidad de una discusión, y acepta las condiciones generales como un mal inevitable porque sabe que si quiere concluir el contrato, no puede eludirlas¹.

La utilización de esta práctica comercial dará lugar a la inclusión en los contratos de cláusulas abusivas que perjudican al consumidor. Pero no solo eso, sino que incluso el empresario o profesional, al ser económicamente más fuerte, adquiere una posición privilegiada en la contratación y obliga a la utilización de estos clausulados para sus futuros negocios, sin ofrecer medidas de garantía suficientes y forzando de tal forma a la otra parte, que incluso podría llegar a viciar no solo el contrato de que se trate, sino también los futuros contratos que con base a este se celebren.

En este trabajo vamos a centrarnos en lo que concierne al control específico del contenido de las cláusulas establecidas en contratos predispuestos con consumidores, o lo que es lo mismo, en el estudio de las cláusulas que dichos contratos, por su peculiar naturaleza, son susceptibles de incluir, siempre que

se trate de contratos celebrados con consumidores, cuando se insertan cláusulas individuales predisuestas. Dicho control tiene por objeto declarar una cláusula como abusiva y, en consecuencia, su ineficacia.

En primer lugar, realizaremos un examen de las fuentes normativas sobre cláusulas abusivas², de sus características y de la relación entre ellas, para después detenernos en el concepto de las cláusulas abusivas, conocimiento necesario para acometer la tercera de las cuestiones que queremos estudiar, cual es la de analizar, ya de forma específica y en profundidad, los requisitos que ha de cumplir una cláusula no negociada y predispuesta para ser considerada abusiva (control de contenido). Por último, analizaremos las consecuencias jurídicas que supone la declaración de abusividad de las cláusulas. Para todo ello tendremos en cuenta tanto el derecho comunitario como nuestro derecho interno, así como el derecho comparado, teniendo siempre como referente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE)³.

II. FUENTES NORMATIVAS

La principal cuestión que se plantea es cuál es la protección que el ordenamiento jurídico otorga a los consumidores frente a las cláusulas abusivas que el profesional incluye en los contratos a la hora de llevar a cabo sus operaciones.

A nivel comunitario, la existencia de un marco legal sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en diversos ordenamientos jurídicos (por ejemplo, los de Alemania, Francia y Portugal) propició la aprobación de la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, adoptada por el Consejo de la Comunidad Económica Europea (en adelante, Directiva 93/13), como se señala en su preámbulo, para facilitar el establecimiento de un mercado único, y para proteger al ciudadano en su papel de consumidor, al adquirir bienes y servicios, frente a las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión, mediante la adopción de normas uniformes sobre tales cláusulas⁴. En su considerando 1 señala la evidencia de la exigencia de adoptar medidas destinadas a la instauración progresiva del mercado interno europeo, es decir, de *«un espacio sin fronteras en el cual se asegura la libre circulación de mercancías, de las personas, de los servicios y de los capitales»*, considerando que está estrechamente unido al 7, el cual señala que lo que se persigue el fin de la instauración del mercado interior europeo, representado por la exigencia de *«que los vendedores de bienes y prestadores de servicios se verán así ayudados en sus actividades de venta de bienes y prestación de servicios, tanto dentro de su país como en el mercado interior, y que de este modo se verá estimulada la competencia»*. Con ello se tratan de evitar las considerables diferencias existentes entre las legislaciones de los Estados miembros que regulan la materia, y que dan lugar *«a que los mercados nacionales de venta*

de bienes y prestación de servicios a los consumidores difieran entre sí y a que puedan producirse distorsiones de la competencia entre los vendedores y los prestadores de servicios, en especial cuando la comercialización se realiza en otros Estados miembros» (Considerando 2).

En la Directiva 93/13 se contiene la definición de lo que debe entenderse por cláusula abusiva, estableciéndose los requisitos que deben darse para que una cláusula que ha sido predispuesta por el empresario, y que no ha sido objeto de negociación individual, pueda tener tal consideración, así como la sanción que debe aplicarse a un contrato que contenga cláusulas de esta naturaleza. Además, se establece una lista de cláusulas que son consideradas como abusivas, como veremos posteriormente.

En Derecho español, la protección del contratante débil y el control de las condiciones generales se produce por primera vez a nivel legislativo en la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, al establecer en su artículo 3 que *«las condiciones generales, en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza del contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito. Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos en la Ley. Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de algunas de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas»*.

Años después, la protección del consumidor se lleva a cabo a través de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y usuarios (LCU), pero solo en el ámbito del Derecho de consumo, es decir, frente a consumidores o usuarios, quedando por ello excluida la protección cuando la contratación se realiza entre profesionales.

El legislador estableció en esta Ley un régimen jurídico de protección que consistía en la imposición, por una parte, de unos requisitos de índole formal, que aseguran la autenticidad del consentimiento del consumidor (control de inclusión o de incorporación) y, por otra, en la imposición de un control sobre el contenido de las cláusulas, que pretende garantizar la correspondencia del contenido contractual con las exigencias de equidad.

Este régimen de protección, si bien se siguió manteniendo, fue objeto de una profunda modificación en virtud de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (Ley de adaptación de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en adelante LCGC)⁵. Esta Ley se caracteriza por asumir una opción político-legislativa no-

vedosa en nuestro Derecho, que es la promulgación, por separado y en paralelo, de una ley sobre condiciones generales, aplicable con independencia de que el adherente responda o no a la caracterización legal de consumidor, pero siempre que contrate con un empresario o profesional, y de una amplia modificación de la LCU, aplicable a las condiciones generales en sentido estricto y a las cláusulas predisuestas individuales (contratos de adhesión), pero siempre que el adherente pueda ser considerado consumidor⁶.

La modificación, por lo que a nuestro estudio compete, tuvo por objeto una nueva redacción del párrafo b) del apartado 1 del artículo 2, relativo a los derechos básicos de los consumidores; del artículo 10, relativo a los requisitos que deben cumplir las cláusulas no negociadas individualmente; añadía un nuevo artículo 10 *bis*, que contenía una nueva definición de cláusulas abusivas y las consecuencias de su inclusión/no inclusión en el contrato predispuesto unilateralmente; incluía una disposición adicional primera en la que se contenía una lista de cláusulas o estipulaciones consideradas abusivas, y se adicionaba una disposición adicional segunda relativa al ámbito de aplicación de la LCU: *«Lo dispuesto en la presente Ley será de aplicación a todo tipo de contratos en los que intervengan consumidores, con las condiciones y requisitos en ella establecidos, a falta de normativa sectorial específica, que en cualquier caso respetará el nivel de protección del consumidor previsto en aquella»*.

Unos años después, la Ley 39/2002, de 28 de octubre, *de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios*, modifica, entre otras, la LCU, adicionando un artículo 10 *ter* y un artículo 10 *quáter*, relativos a la acción de cesación, estableciendo, principalmente, quiénes están legitimados para ejercitarla, pero no se modifica el concepto ni el listado de cláusulas abusivas.

Una nueva reforma es la contenida en la Ley 44/ 2006, de 29 de diciembre, *de mejora de la protección de los consumidores y usuarios*, que responde al propósito, por una parte, de dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE) de 9 de septiembre de 2004, en el asunto C-70/2003⁷ y, por otra, para incorporar una serie de mejoras en la protección de los consumidores en una serie de ámbitos en los que se ha considerado, a juicio del legislador, necesario.

Dicha Ley modifica, por lo que a las cláusulas abusivas se refiere, en su artículo 4, los apartados 1, párrafo primero, 2 y 3 del artículo 10 *bis*, relativos al concepto de cláusula abusiva; la lista de cláusulas que se consideran abusivas y establece las consecuencias de la incorporación al contrato de dichas cláusulas, esto es, la nulidad de pleno derecho. En su disposición final quinta se habilita al Gobierno para que en el plazo de 12 meses proceda a refundir en un único texto la LCU y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden

en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos.

En efecto, un año más tarde se modifica en su totalidad la LCU, mediante 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* (TRLUCU). Se estructura en cuatro libros. En relación con las cláusulas abusivas debe acudir al libro primero que, dividido en cinco títulos, se refiere a las disposiciones generales, incorpora una delimitación del ámbito de aplicación de la LCU de 1984 y una lista de conceptos utilizados reiteradamente en ella, asegurando una mayor claridad en la redacción, evitando repeticiones innecesarias e integrando las lagunas que había identificado la doctrina. En este título se regulan, asimismo, los derechos de los consumidores y usuarios y la legislación básica sobre ellos. En concreto, en el capítulo I, titulado «*Cláusulas no negociadas individualmente*», se establecen los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente en el artículo 80, y en el capítulo II se contiene el concepto de cláusulas abusivas (art. 82), la nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato (art. 83), la autorización e inscripción de las cláusulas declaradas abusivas (art. 84), y se ordenan en una lista las cláusulas que se consideran abusivas (arts. 85-90).

En 2011 se aprueba la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifica la Directiva 98/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/434/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. La citada directiva procede, entre otras cosas, a modificar la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Para lo que a nuestro estudio interesa, destacamos el considerando 17, según el cual, «*La definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada consumidor*»⁸.

Respecto a la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, la Directiva 2011/83, establece, en su parte aquí relevante, una modificación de aquella, insertando un artículo 8 bis, según el cual «*1. Cuando un Estado miembro adopte disposiciones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8, informará de ello a la Comisión, así como de todo cambio ulterior, en particular si dichas disposiciones: —hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración, (...)*».

Y, por último, la más reciente reforma es la contenida en la Ley 3/2014, de 27 de marzo, *por la que se modifica el Texto Refundido de la LCU y otras*

leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, a fin de transponer al derecho interno la anteriormente citada Directiva 2011/83/UE. Según reza la Exposición de Motivos, en el ámbito de las modificaciones de carácter legal necesarias para transponer la Directiva cabe mencionar las definiciones armonizadoras que se recogen en esta Ley, entre ellas la de consumidores y la de empresario.

La Ley procede a dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012⁹, sobre la que nos detendremos posteriormente. El Tribunal ha interpretado la Directiva 93/13 en lo que respecta al artículo 83 TRLCU (relativo a la nulidad de las cláusulas abusivas). En concreto considera que *España no ha adaptado correctamente su Derecho interno el artículo 6 apartado 1*, por lo cual se ha modificado la redacción del citado precepto¹⁰.

III. CONCEPTO DE CLÁUSULA ABUSIVA

La regulación de las cláusulas abusivas venía articulada en el artículo 10.1.c de la LCU, mediante una cláusula general que se complementaba con una lista de cláusulas que se consideraban prohibidas por su carácter abusivo. A través de la cláusula general se establecían los criterios de valoración que permitían considerar la posible nulidad de las cláusulas unilateralmente predispuestas. Estos criterios de enjuiciamiento eran dos: la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones (art. 10.1.c), los cuales se encontraban especificados en una lista que no tenía carácter exhaustivo, sino que era enunciativa, de cláusulas que el legislador consideraba prohibidas por atentar contra el principio de la buena fe e implicar, a su vez, un desequilibrio entre las contraprestaciones, y que eran sancionadas con su nulidad, teniéndose por no puestas (art. 10.4). Se definían las cláusulas abusivas como aquellas *«que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios»* (art. 10.1.c, parr. 3.º).

La necesidad de incorporar al Derecho español la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, en la que se define a nivel comunitario el concepto de cláusula abusiva, y en la que se establece una lista de cláusulas que deben ser consideradas nulas por las legislaciones de los Estados miembros, llevó a la reforma de la LCU en virtud de la ya citada Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), la cual, como dijimos anteriormente, no se limita solo a transponer la Directiva, sino que, al mismo tiempo, regula las condiciones generales de la contratación. La Disposición adicional primera de la citada Ley modifica la LCU dando una nueva redacción a su artículo 10, introduciendo, además, un nuevo artículo 10

bis, en el que se definen las cláusulas abusivas y se establece su sanción, y una disposición adicional (la primera) en la que figura una lista de cláusulas que son consideradas por el legislador como abusivas.

La Directiva comunitaria en su artículo 3.1 define como abusivas «*las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente (...) si pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*». Del precepto se deriva que es necesario que exista una predisposición y una imposición de las cláusulas, siendo, sin embargo, indiferente, que la cláusula tenga por destino incorporarse o no a una pluralidad de contratos. Por tanto, una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor puede ser abusiva, verificándose los requisitos establecidos en el artículo 3.1, sin necesidad de que se trate de una condición general.

En consonancia con lo dispuesto en este artículo, la LCU, modificada por la LCGC consideraba abusivas, en el artículo 10 *bis* «*todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley*».

Respecto a la LCU, tanto el artículo 10.1.1.º como el artículo 10 *bis*.1 se refieren a «cláusulas o estipulaciones no negociadas individualmente», por lo que ambos preceptos, interpretados en relación con el artículo 3 de la Directiva, eran de aplicación a las cláusulas que hubieran sido redactadas previamente por el profesional (predisposición), y en las que el consumidor no pudo influir sobre su contenido (imposición)¹¹.

Con esta regulación se perseguía velar por el justo equilibrio de las prestaciones asumidas por las partes en los contratos en que participasen profesionales y consumidores, defendiendo al consumidor de las cláusulas establecidas unilateralmente por aquellos, teniendo en cuenta tanto el superior conocimiento técnico, como el mayor grado de información de que goza generalmente dicho predisponente. Esta protección iba dirigida no solo frente a los abusos producidos por el uso de condiciones generales sino, más ampliamente, contra los abusos que se ocasionan por la utilización de cláusulas contractuales que no hayan sido negociadas individualmente, aunque no formen parte de unas condiciones generales, es decir, aunque hayan sido predispuestas tan solo para un contrato concreto. En definitiva, pues, para la consideración de una cláusula como abusiva se requiere que la misma provoque un fuerte desequilibrio contractual de las partes en perjuicio del consumidor, y que tal desequilibrio sea contrario a la buena fe (requisitos o parámetros serán objeto de análisis más adelante).

Señalábamos anteriormente que la Directiva 93/13 incorpora un Anexo en el que se contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden

ser declaradas abusivas (art. 3.3). Los diecisiete supuestos contenidos en ella suponen un mínimo, lo cual significa que los Estados miembros pueden decidir mantenerla o introducir en sus ordenamientos nacionales un mayor nivel de protección, incluyendo más supuestos concretos o reforzando los existentes, pero incluso pueden someterlos a «*formulaciones más restrictivas, en particular, respecto al alcance de dichas cláusulas*» (Considerando 17)¹².

La LCU, siguiendo a la Directiva 93/13, contenía, en una disposición adicional, una lista de cláusulas tipificadas por el legislador como abusivas, pero que tampoco tenía un carácter exhaustivo, sino ejemplificativo, lista negra o de cláusulas en todo caso prohibidas, puesto que el legislador establece que «*tendrán el carácter de abusivas*», a diferencia de la lista de la Directiva que es indicativa, porque en la misma se dispone que «*pueden ser declaradas abusivas*». En ella se recogen los supuestos que se contenían en el anterior artículo 10.1 LCU y los establecidos en la Directiva. A este catálogo se le encomendaba la misión de concretar la cláusula general de control de contenido y orientar al juez respecto al modo en que ha de interpretar y aplicar aquella. Las cláusulas se agrupan en cinco categorías, de la siguiente forma: 1.º cláusulas que suponen una vinculación del contrato a la voluntad del profesional; 2.º privación de derechos básicos del consumidor; 3.º falta de reciprocidad; 4.º sobregarantías y, 5.º lo que la propia Ley denomina «*otras*». En la misma línea se han pronunciado los legisladores alemán (parágrafos 307 a 309 BGB); inglés [UTCcR 4 (1) (2)]; francés (arts. R 132-1 y 132-2 Code de la consommation) e italiano (arts. 33 y 34 Codice del consumo)¹³.

Como ya hemos dicho, el concepto de cláusula abusiva se ve de nuevo modificado por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, *de mejora de la protección de los consumidores y usuarios*. En concreto, la modificación que nos interesa es la introducida por el artículo 1, párrafo 4, en el artículo 10 LCU, quedando redactado el artículo 10 *bis* de la siguiente manera:

«1. Se considerarán 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, al consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición primera de esta ley».

Por lo que se refiere a TRLCU, cumple con la previsión recogida en la disposición adicional quinta de la Ley 44/2006, a la que hemos hecho referencia, que habilita al Gobierno para que en un plazo de 12 meses, proceda a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, *General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* y las normas de transposición de las directivas

comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos.

En el TRLCU se incorpora una delimitación del ámbito de aplicación de la LCU y una lista de conceptos reiteradamente utilizados en ella, asegurando una mayor claridad en la redacción, evitando repeticiones innecesarias e integrando las lagunas que había identificado la doctrina. Asimismo, se establece el régimen jurídico en materia de cláusulas contractuales no negociadas individualmente y cláusulas abusivas, conforme a las previsiones contenidas en la LCU, quedando incorporadas las modificaciones introducidas por la Ley de mejora en materia de cláusulas abusivas. En materia contractual se clarifica la equiparación entre las estipulaciones contractuales no negociadas y las prácticas no consentidas expresamente con idénticos efectos para los usuarios y en el ámbito sancionador (Exposición de Motivos).

El concepto de cláusulas abusivas se contiene en el artículo 82, a cuyo tenor:

«1. Se considerarán 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 en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa».

De la lectura del precepto se observa que respeta la redacción dada al derogado artículo 10 *bis* por la Ley de 2006. El párrafo 3 del citado artículo reproduce el artículo 4.1 Directiva 93/13 y manifiesta la relatividad del concepto de cláusula abusiva, afirmación que no solo ha de tenerse en cuenta para enjuiciar la contravención del artículo 82.1 TRLCU, sino también a la hora de aplicar muchas de las cláusulas contempladas como abusivas en el párrafo 4, por la reiterada utilización de términos cuya valoración requiere atender a las circunstancias concurrentes¹⁴. Aunque el TRLCU establezca que son *«en todo caso abusivas»* (art. 84.2) las cláusulas en el precepto contenidas, la doctrina, de forma mayoritaria, considera que esta declaración no evita una ulterior distinción entre cláusulas negras, abusivas en cualquier caso y con independencia

de las circunstancias concurrentes, y cláusulas grises, por el uso de conceptos indeterminados¹⁵.

El extenso listado de cláusulas abusivas reproduce, con alguna alteración y alguna reorganización, la Disposición Adicional 1.^a LCU, reformada por la Ley 44/2006. El texto del artículo 84.2 TRLCU reitera la clasificación anterior con la novedad de dividir el apartado V («Otras») en dos nuevos subapartados, siendo de valorar, como hace ver CARRASCO PERERA A. (2010, 792), la estructuración realizada por el legislador, puesto que además de facilitar la lectura de la extensa lista legal, la expresión del criterio catalizador de cada grupo de cláusulas aporta un nuevo indicador al operador jurídico, situándose a modo de «alarma» en un estadio intermedio entre la cláusula general del artículo 82 y las cláusulas en todo caso prohibidas.

La nueva redacción del TRLCU presenta una novedad de trascendencia: lo que en la antigua Disposición Adicional 1.^a LCU eran rúbricas o descripciones aclaratorias que precedían cada uno de los capítulos en que se agrupaban las cláusulas consideradas abusivas del listado, ahora, además de mantenerse como rúbricas de los artículos 85 a 90, pasan a ser lo que CAVANILLAS MÚGICA S. (2008, 16) denomina «una especie de reglas generales intermedias», que completan la cláusula general del artículo 80.1.c) TRLCU para determinar lo que es o no abusivo.

La lista es considerablemente extensa, pues comprende 39 apartados en los que se recoge un número aún mayor de cláusulas que se consideran abusivas que las que se contenían en la LCU. Se estructura en torno a cinco grupos de cláusulas, dedicando un artículo a cada uno de ellos:

1.º Artículo 85: cláusulas que implican *vinculación del contrato a la voluntad del profesional*. Este precepto recoge una cláusula general (párr. 1.º) y se incluyen las cláusulas que permiten al predisponente decidir unilateralmente acerca de la interpretación, validez, exigibilidad, cumplimiento, resolución, etc., del contrato.

2.º Artículo 86: *cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario*. En él se recogen las cláusulas que limitan o excluyen los derechos que, conforme a las reglas generales sobre obligaciones y contratos, corresponden a uno de los contratantes en caso, por ejemplo, de incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del otro contratante.

3.º Artículo 87: *Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad*, haciendo referencia a las cláusulas que desplazan algunas reglas legales aplicables a los contratos.

4.º Artículo 88: *Cláusulas abusivas sobre garantías*, en el que se incluyen cláusulas que establezcan garantías desproporcionadas al riesgo asumido por el predisponente (apart. 1) y a las que modifiquen las reglas legales en materia de distribución de la carga de la prueba (aparts. 2 y 3).

5.º Artículo 89: *Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato*.

6.º Artículo 90: *Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable*, donde se incluyen las cláusulas relativas a competencia judicial y arbitraje que se consideran inadmisibles.

IV. CONTROL DE CONTENIDO: REQUISITOS PARA DECLARAR UNA CLÁUSULA ABUSIVA

Se ha dicho que siempre que se hable de cláusulas abusivas se está haciendo el control de contenido¹⁶. En efecto, los contratos celebrados con consumidores deben someterse a un control sobre el contenido de sus cláusulas, al objeto de verificar si estas, una vez que cumplen los requisitos de inclusión (concreción, claridad y sencillez), y han sido aceptadas por el consumidor y firmadas por las partes, son abusivas porque se oponen a los principios de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones.

Como señala PAGADOR LÓPEZ, J. (1999, 129-130), la pieza clave del régimen jurídico especial de los contratos celebrados mediante cláusulas predispuestas es la práctica de un control específico sobre los clausulados negociales, lo cual es debido a que, por las circunstancias en que se desenvuelve esta forma de contratación, el predisponente goza *de facto* de total libertad a la hora de elaborar esos clausulados.

El TRLCU ha optado, en cuanto al control de contenido, por el modelo clásico, es decir, se apoya en una cláusula general de control de contenido —artículos 80.1.c) y 82.1—, a la que se añade un listado de cláusulas que se consideran abusivas —arts. 85-90—. «Lo peculiar de este control específico es que no se fiscaliza la legalidad o no de las cláusulas, sino el carácter equilibrado o desequilibrado del contenido de la regulación jurídica —derechos y obligaciones de una y otra parte— que recogen con vistas a organizar la relación negocial trabada entre las partes»¹⁷.

Del concepto dado por el legislador sobre las cláusulas abusivas, o de la cláusula general de control de contenido (arts. 80 y 82), se deducen los requisitos que son necesarios para que pueda considerarse una cláusula como abusiva. Son los siguientes: 1. que el contrato se haya celebrado con un consumidor; 2. que en el contrato se contengan estipulaciones que no hayan sido negociadas individualmente y en cuyo contenido no haya podido influir el consumidor; 3. que las mismas sean contrarias a la buena fe, y que produzcan un desequilibrio importante entre las prestaciones de las partes. Analizamos a continuación estos requisitos.

1. CONTRATOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES

Como ya ha quedado dicho, la protección dispensada por el legislador frente a las cláusulas abusivas solo se da en contratos celebrados entre consumidores y

profesionales. Pero, ¿quién es consumidor y quién profesional? En los términos de la Directiva es consumidor «*toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*» (art. 2.b)¹⁸. La alusión exclusivamente a la persona física conduce a concluir que se ha optado por un concepto restrictivo que excluye en todo caso del concepto de consumidor, como señala CARBALLO FIDALGO M. (2013, 25), al adquirente de bienes o servicios que directa o indirectamente se encuadran en el marco de una actividad profesional y, por tanto, de su competencia.

El TJCE se pronunció sobre la noción de consumidor en la sentencia de 22 de noviembre de 2001¹⁹. Más concretamente, sobre la posibilidad de extender el concepto contenido en el artículo 2 de la Directiva 93/13 a las personas jurídicas, concluyendo que «*del tenor literal del artículo 2 de la Directiva se deduce claramente que una persona distinta de una persona física, que celebra un contrato con un profesional, no puede ser considerada como consumidor en el sentido de la citada disposición*».

Sin embargo, en nuestro derecho, la LCU definía a los consumidores como «*las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden*» (art. 1.2). Y excluía de la consideración de consumidores a quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en el proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros (art. 1.3).

Por lo que se refiere al profesional, su definición se encontraba en la Disposición adicional primera LCU, al final del elenco de cláusulas declaradas abusivas por el legislador. En términos coincidentes a la definición establecida en la Directiva (art. 2.c), se entendía por tal «*la persona física o jurídica que actúa dentro de su actividad profesional, ya sea pública o privada*».

Posteriormente, el TRLCU, pretende aproximar la legislación nacional en materia de protección de los consumidores y usuarios a la legislación comunitaria, también en la terminología utilizada, pero respetando las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las «personas jurídicas». Se opta por ello por la utilización de los términos consumidor y usuario y empresario.

Según reza la EM del citado cuerpo legal, el consumidor y usuario definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. En concreto, el artículo 3 establece que «*A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto en sus Libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional*»²⁰. Se

incorporan, asimismo, las definiciones de empresario, productor, producto y proveedor, al objeto de unificar la terminología utilizada en el texto. Las definiciones de empresario productor y producto son las contenidas en las normas que se refunden: artículo 4: «*A efectos de esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional*».

Por otra parte, el apartado segundo de la Exposición de Motivos adelanta que incorpora en su libro I una lista de conceptos que asegura «*una mayor claridad en la redacción, evitando repeticiones innecesarias e integrando las lagunas que había identificado la doctrina*». Y para mayor clarificación, el apartado III añade que, aunque se ha acogido un concepto de consumidor adaptado al propio de la normativa comunitaria, se han respetado las peculiaridades de nuestro ordenamiento con respecto a las personas jurídicas: «*el consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización y prestación a terceros*».

De ello se desprende un concepto de consumidor o usuario como destinatario final²¹ que incluye, no solo a las personas físicas, sino también a las jurídicas sin ánimo de lucro, cuyo objeto social no incorpore una actividad profesional o empresarial y siempre y cuando no hayan adoptado la forma de una sociedad mercantil²².

Por lo tanto, el TRLCU excluye a todo profesional que compre o contrate bienes o servicios que puedan tener relación, no solo directa, sino también indirecta, con el ámbito profesional: no es consumidor la persona cuando adquiere bienes o servicios en su ámbito profesional pero solo para utilizarlos indirectamente en el ámbito productivo. Quedan pues, fuera del ámbito de aplicación de la ley, y en consecuencia no se les considera consumidores o usuarios, a las personas jurídicas con ánimo de lucro ni a los profesionales autónomos, constando dicha condición de empresa en el contrato de adquisición del bien o servicio (art. 3, que no admite al consumidor mixto).

Por lo que a la Directiva 2011/83 se refiere, la misma define al consumidor como «*toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión*» (art. 2.1); y al comerciante (no habla de empresario o profesional) como *toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva*» (art. 2.2).

Obsérvese que del concepto dado del consumidor se suprime toda referencia a las personas jurídicas. A este respecto señala MARCOS FRANCISCO D.

(2012, 1324), que en un principio podría pensarse que, como el concepto de consumidor dado por el legislador español es más amplio que el de la Directiva 2011, al abarcar a las personas jurídicas que actúan en un ámbito ajeno al profesional o comercial, los consumidores españoles podrían verse perjudicados en el sentido de que, para su transposición, sería necesario, siguiendo la línea unificadora, descartar a las personas jurídicas como posibles consumidoras.

Esta cuestión que se plantea aparece solucionada en el Considerando 13 de la citada Directiva 2011, pues señala que *«la aplicación de las disposiciones de esta Directiva a aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación ha de seguir siendo competencia de los Estados miembros, con arreglo al Derecho de la Unión. De este modo, un Estado miembro podrá mantener o introducir normas de Derecho interno que correspondan a las disposiciones de la presente Directiva o a algunas de las disposiciones de la misma respecto de contratos que queden fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva. Por ejemplo, los Estados miembros podrán decidir extender la aplicación de lo dispuesto en la presente Directiva a las personas jurídicas o físicas que no sean «consumidores» en el sentido de la presente Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas de reciente creación o pequeñas y medianas empresas»*.

En consecuencia, de lo dispuesto en la Directiva 2011/83, la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU, modifica y amplía el concepto de consumidor, pues se considera como tal a *«(...) las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial»* (art. 3). Y modifica también el concepto de empresario, que pasa a ser *«(...) toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión»* (art. 4).

2. AUSENCIA DE NEGOCIACIÓN INDIVIDUAL DE LAS CLÁUSULAS

El artículo 10 *bis* 1 LCU establecía como presupuesto para someter a control una cláusula y poder calificarla de abusiva, la exigencia de que no hubiera existido una negociación individual del contenido contractual²³. Esta ausencia de negociación debe entenderse como equivalente a predisposición y a imposición²⁴, es decir, que las cláusulas hayan sido redactadas previa y unilateralmente por una sola de las partes (el predisponente), sin que en la elaboración de su contenido haya podido intervenir, ni directa ni indirectamente, la otra parte (el consumidor) unilateralidad o predisposición que debe darse no solamente en el momento anterior a la celebración del contrato, sino que debe persistir hasta que

el contrato se perfeccione. Pero el artículo citado no daba una definición de lo que deba entenderse por cláusulas «no negociadas individualmente». Tampoco lo hace la Ley de 2006, sino que de forma implícita inserta la expresión en el artículo 4, párrafo 1.º, al considerar cláusulas abusivas todas las estipulaciones no negociadas individualmente, añadiendo, a la regulación anterior, «y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente»²⁵, ni la Ley de 2007: esta se limita a establecer únicamente, los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente: artículo 80: «1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquellas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido (...). c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas (...)».

En consecuencia, ante la falta de definición de lo que debe entenderse por ausencia de negociación individual, debemos acudir a la que se contiene en el artículo 3.2 de la Directiva 93/13, el cual dispone que «Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión». De este precepto se deduce que son dos los presupuestos que deben darse para considerar que una cláusula no ha sido objeto de negociación individual. Por una parte, es preciso que la cláusula haya sido predispuesta con anterioridad a la fase de celebración del contrato; por otra, es necesario que el consumidor, ante una cláusula predispuesta, no haya podido ejercer ninguna influencia sobre su contenido.

En todo caso, el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba (art. 82.2. párr. 1.º TRLCU en los mismos términos que lo establecido en el art. 3.2.3 Directiva 93/13)²⁶.

La cuestión que se plantea es cuándo debe entenderse que el consumidor ha podido influir sobre el contenido del clausulado. A este respecto pueden señalarse dos momentos: uno, cuando el texto de la cláusula se redacte con la colaboración del consumidor, y otro, cuando la cláusula ha sido redactada por el profesional y posteriormente se somete a discusión con el consumidor y se negocia.

En el primer caso, al haber establecido el profesional o predisponente con el consumidor el contenido de las cláusulas, estas no se someterán a control

sobre su posible abusividad, puesto que se entiende que han sido fruto de una voluntad común de ambas partes, no existiendo imposición del contenido contractual por parte del profesional²⁷.

En el segundo caso, cuando el predisponente permite al consumidor entrar en una negociación, debe tenerse en cuenta que el artículo 3.2 de la Directiva habla de «posibilidad» para el consumidor de influir sobre el contenido de la cláusula, lo que parece que, en principio, puede entenderse como posibilidad de modificación de la cláusula. Pero como la norma solo se refiere a «posibilidad» y no a la circunstancia de que tal influencia haya sido materialmente ejercitada, el problema será establecer si se podrá considerar negociada solamente aquella cláusula que aparezca modificada o, por el contrario, la cláusula que, si bien no ha sido objeto de modificación, sí se ha discutido.

Algunos autores sostienen que una cláusula solo se considerará negociada cuando haya sufrido modificaciones respecto del texto redactado por el predisponente, debiendo ser tales modificaciones sustanciales. Consideran que no basta con que el consumidor haya podido intervenir en la determinación del contenido de la cláusula, sino que es necesario que esa intervención se traduzca en una modificación y no se quede solo en una mera discusión, pues en este caso la imposición por parte del predisponente continuaría existiendo.

Sin embargo, otro sector doctrinal entiende, en nuestra opinión, de forma correcta, que no es necesario que la cláusula haya sido modificada respecto al texto originario prerredactado, puesto que lo importante es que se haya atribuido al consumidor un poder real de negociación o discusión, es decir, que el consumidor tenga una posibilidad real de modificación de la cláusula, aunque la misma no llegue a producirse²⁸. La posibilidad para el consumidor de influir sobre el contenido de la cláusula debe entenderse como la posibilidad real, concreta y efectiva, que el predisponente ha dado al consumidor de poder incidir sobre el contenido del contrato. Por tanto no basta con que el profesional se limite a garantizar o a facilitar al consumidor una simple información sobre el contenido del contrato prerredactado por aquel, sin permitir una discusión real de cada una de las cláusulas. Excepcionalmente podrá darse el caso de que, una vez conocidas y discutidas por el consumidor las cláusulas, este haya renunciado a toda modificación declarando su conformidad con el texto pre-dispuesto y, como ya hemos dicho, la carga de la prueba de que una cláusula se ha negociado corresponde al profesional, prueba de la negociación que será más fácil en función del resultado, es decir, de si hubo o no modificación de las cláusulas predispuestas, si bien será una prueba que habrá de valorar el juez.

Por otra parte, puede ocurrir que solo alguna de las cláusulas haya sido objeto de negociación individual, surgiendo la cuestión de qué sucede con las otras. Dicho de otro modo, debe determinarse si la ausencia de negociación debe referirse a cada una de las cláusulas individualmente consideradas, o si es suficiente con que la negociación se haya llevado a cabo sobre el contrato en

su totalidad, o sobre partes del mismo, para excluir la aplicación del artículo 82 TRLCU respecto a todas las cláusulas del contrato. La respuesta viene dada en el párrafo segundo del citado artículo 82, que, al igual que el artículo 3.2 de la Directiva, señala que *«el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato»*. Del precepto se deduce que es irrelevante la negociación parcial de algunas de las cláusulas a los efectos de la aplicación del control de contenido al resto del contrato.

Por último, en lo que concierne a la negociación individual, queda por plantearse si la tutela dispensada al consumidor frente a las cláusulas abusivas, debe extenderse a aquellos supuestos en los que el contrato ha sido redactado por un tercero y ha sido impuesto al consumidor a iniciativa del profesional. En este caso, para que pueda considerarse que no ha existido negociación individual y puedan someterse las cláusulas al control de contenido, es indispensable que la iniciativa para imponer al consumidor el clausulado del contrato redactado por un tercero sea exclusivamente del profesional. Por el contrario, se considera que ha existido negociación cuando el consumidor lo consiente o si es este el que lo propone, porque entonces, la concreta posibilidad para el consumidor de influir sobre el contenido de la cláusula va implícito en la libre elección del consumidor de adoptar un texto que no le es impuesto por el profesional.

3. BUENA FE Y JUSTO EQUILIBRIO EN LAS CONTRAPRESTACIONES

El legislador establece como requisito para que una cláusula impuesta por el profesional al consumidor pueda ser declarada abusiva, que sea contraria a la buena fe y que produzca un desequilibrio importante entre las prestaciones de las partes. Algunos autores han señalado que no se trata del acogimiento legal de dos principios, el de buena fe y el de justo equilibrio de las prestaciones, sino solo del primero, puesto que la referencia al desequilibrio importante es el dato revelador de la posible infracción a la confianza y buena fe²⁹. Es decir, el justo equilibrio se tiene en cuenta por el legislador no con propia autonomía frente a la buena fe, sino como presunción de una contravención de la misma. El sentido que se le da a estos principios va a ser decisivo para determinar cómo se realiza y qué alcance puede tener el control sobre el contenido de las cláusulas.

Por lo que se refiere al primer requisito mencionado, la Directiva 93/13 señala que *«en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor (pudiendo) los profesionales cumplir la exigencia de buena fe*

tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta» (Considerando 16).

La interpretación que del requisito de la buena fe debe hacerse no es la de considerarla en sentido subjetivo, es decir, no puede entenderse que la cláusula será abusiva aunque el predisponente ignorase tal abusividad³⁰. Por el contrario, debe entenderse en sentido objetivo, esto es, como un criterio valorativo de las obligaciones de cada parte en el que hay que tener en cuenta no solo la honradez subjetiva de la persona, sino principalmente las reglas objetivas de la honradez en el comercio o en el tráfico jurídico³¹ (así lo dice la Ley de 2006, art. 4.2 y la Ley de 2007, art. 83.2), pues como señala LLAMAS POMBO, E. (2005, 308), la buena fe adquiere un valor que trasciende a los meros intereses individuales de un contratante y presenta un auténtico perfil institucional, en la medida en que se proyecta sobre todo un grupo de actuales o potenciales consumidores, unidos por un vínculo de solidaridad. Se trata de la buena fe del artículo 1258 del Código Civil pero trasladada del momento de la interpretación y ejecución del contrato, al momento previo de su perfección. Por tanto, la cláusula es abusiva solo cuando determina un desequilibrio que sea contrario a la buena fe, pues si no vulnerase tal principio, podría no considerarse abusiva³².

El deber de tratar al consumidor de manera leal y equitativa se puede descomponer, según señala GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2011, 958), atendiendo a la distinta naturaleza de los elementos que integran la propuesta contractual, distinguiendo entre elementos esenciales que necesariamente han de proyectarse sobre el desenvolvimiento de la vida contractual, y elementos complementarios o accesorios de carácter eventual o contingente. Según esta autora, para los primeros, la buena fe exige la presentación completa y transparente, de modo que el consumidor pueda decidir con pleno conocimiento de causa el objeto y la adecuación económica.

En cuanto al «desequilibrio», del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 se deduce que el desequilibrio relevante para considerar una cláusula como abusiva es de tipo normativo y no económico³³, pues dicho precepto establece que «*la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*». En consecuencia, el justo equilibrio hay que entenderlo de forma amplia, en el sentido de que ha de extenderse a todo el contrato y no únicamente a las prestaciones objeto del mismo, y, además, exige ponderar la medida en que tales derechos y obligaciones se ajustan a los intereses de uno y otro contratante, a fin de expulsar de la reglamentación negocial el clausulado que aleja de modo importante al consumidor del objetivo buscado al contratar³⁴.

La falta de inclusión en la legislación española de la regla a la que acabamos de referirnos, contenida en el artículo 4.2 de la Directiva, ha dado lugar

al pronunciamiento del TJUE, que mediante sentencia de 3 de junio de 2010³⁵, en la que se resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo español, considera que *«se trata de una norma de mínimos que no puede impedir a los Estados miembros que adopten en el ámbito regulado por la Directiva normas más estrictas, siempre que pretendan garantizar un mayor nivel de protección. La falta de la inclusión en la legislación española de la regla consagrada en el artículo 4.2 de la Directiva implica la extensión del control judicial también sobre las cláusulas referidas al objeto del contrato, siempre que se hayan redactado de manera clara y comprensible, independientemente de si se han redactado de forma unívoca o no. En consecuencia, un órgano judicial nacional puede extender el control de abusividad también sobre las cláusulas no negociadas individualmente que se refieran al objeto del contrato»*.

Crítica CARRASCO PERERA, A. (2012, 94) esta sentencia al entender que es extraño que esta cuestión interpretativa sobre el alcance de la Directiva se haya convertido en motivo para su modificación, ya que, en su opinión, es muy probable que si un Estado miembro adopta esta interpretación extensiva respecto del alcance del control de abusividad lo haga por medio de su jurisprudencia y no mediante una previsión legal expresa.

Sobre la naturaleza del desequilibrio ya hemos señalado que tanto el legislador comunitario, como el legislador nacional, exigen que sea «importante». En relación con este requisito se ha pronunciado recientemente el TJUE. La Sentencia de 16 de enero de 2014³⁶, resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Oviedo. Ante un litigio entre una empresa constructora y un consumidor, sobre el reembolso de ciertas cantidades pagadas por este último en ejecución de un contrato de compraventa (en concreto, la empresa establecía una cláusula en la que se decía que el comprador tendrá que pagar el impuesto de plusvalía), la AP plantea si «ante una cláusula contractual por la que se repercute al consumidor el pago de una cantidad cuyo abono corresponde por ley al profesional, ¿el desequilibrio debe interpretarse en el sentido de que se produce por el solo hecho de repercutir al consumidor una obligación de pago que corresponde por ley al profesional?, o el hecho de que la Directiva 93/13 exija que el desequilibrio sea importante ¿supone que se requiere, además, una repercusión económica significativa para el consumidor en relación con el importe total de la operación?».

Ante estas cuestiones el TJUE declara lo siguiente: *«(...) La existencia de un “desequilibrio importante” no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para este en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según*

esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de estos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales»³⁷.

Resulta llamativo, como ha señalado MARÍN LÓPEZ, M. J. (2013, 37 y 42), que el Tribunal acuda a un nuevo parámetro para medir el desequilibrio, al que él denomina «voluntad virtual» del consumidor, es decir, debe valorarse si el consumidor hubiera aceptado esa cláusula de haber habido una negociación individual entre ambas partes, y analizarse si el empresario podía haber advertido esa circunstancia, de haber tratado de manera leal y equitativa al consumidor. En su opinión se trata de un parámetro subjetivo difícil de constatar y acreditar y que no sirve para determinar el carácter abusivo de una cláusula.

Pero además de la buena fe y el desequilibrio, en la apreciación del carácter abusivo de una cláusula deben tenerse en cuenta otros criterios, que cumplen una función integradora o delimitadora, y que se hallan enunciados en propio artículo 82.3 TRLCU. Son tres, y conforme a ellos el carácter abusivo de una cláusula debe valorarse: 1.º «*teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato*»; 2.º «*considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración*»; 3.º «*así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa*». Esto significa que la valoración de una cláusula para comprobar que es contraria a la buena fe, al producir un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, es global, es decir, implica una labor interpretativa de todo el contrato, de todas las cláusulas que forman parte del contenido contractual, junto con la del contexto en que se ha realizado el contrato³⁸.

Lo dispuesto en el precepto citado (art. 83) reproduce el artículo 4.1 de la Directiva 93/13 y manifiesta la relatividad del concepto de cláusula abusiva, afirmación que no solo ha de tenerse en cuenta para enjuiciar la contravención con la norma general del artículo 82.1 TRLCU, sino también a la hora de aplicar muchas de las cláusulas contempladas como abusivas en los artículos 85 a 90 del mismo texto legal, por la reiterada utilización de términos cuya valoración requiere atender a las circunstancias concurrentes.

Por todo lo expuesto podemos afirmar que el criterio determinante para llevar a cabo el control de contenido radica en el principio de la buena fe, que se refleja en el carácter equilibrado del contenido de regulación jurídica incorporado por las cláusulas predisuestas, de modo que no superarán el control de contenido, por abusivas en cuanto desequilibradas, aquellas cláusulas predisuestas e impuestas que regulen los derechos y obligaciones de las partes de un modo desequilibrado, contra las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor. La columna vertebral de la cláusula general de control de contenido radica, pues, en la idea de equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, que ha de ser apreciado conforme a las pautas de la buena fe. Pero además, la exigencia de buena fe expresa asimismo el deber de

transparencia reforzado que soporta el predisponente cuando pretende que las cláusulas predispuestas irrumpen en el ámbito de los elementos esenciales del contrato y repercutan sobre el equilibrio de las prestaciones pactadas, afectando a cuestiones respecto de las que las partes han alcanzado acuerdos o respecto de las cuales el consumidor se ha creado expectativas legítimas y razonables en función de las circunstancias, que no pueden verse lícitamente menoscabadas o defraudadas en virtud de cláusulas camufladas entre las cláusulas predispuestas.

V. CONSECUENCIAS NEGOCIALES DEL CONTROL DE CONTENIDO

Una vez realizado el control de contenido sobre una o varias cláusulas del contrato, si se aprecia su carácter abusivo, debe determinarse una sanción. A este respecto, la Directiva 93/13, en el artículo 6.1, establece cuáles son los efectos de la declaración de abusividad, disponiendo que *«Los Estados miembros establecerán que no vinculan al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional, y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas»*. De lo dispuesto en este precepto se deriva que la sanción que la Directiva 93/13 establece cuando se aprecia el carácter abusivo de una cláusula es la nulidad parcial del contrato, es decir, excluir la cláusula abusiva del contenido contractual, manteniendo la validez del contrato, siempre que este pueda existir sin las cláusulas que se declaren abusivas.

La solución adoptada por la mencionada Directiva parece acertada, aunque se la podría reprochar el hecho de no haber previsto los medios para colmar las lagunas contractuales causadas por la desaparición de las cláusulas declaradas abusivas en el contrato. El silencio del legislador comunitario se ha interpretado en el sentido de que sean los Estados miembros los que procuren, con arreglo a sus propias disposiciones generales de integración contractual, la recomposición del contenido contractual, tras la eliminación de las cláusulas consideradas abusivas³⁹.

La nulidad es una nulidad de pleno derecho⁴⁰. Así se establecía en la LCU (art. 10 *bis*.2), y se mantuvo intacta en la Ley de 2006, que daba una nueva redacción al artículo 10 *bis*.2. Del mismo modo, la sanción se mantenía en el artículo 83 TRLCU, según el cual:

«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».

La nulidad de pleno derecho implica que las cláusulas nulas desaparecen del contrato pero se mantienen las condiciones subsistentes, a menos que estas determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada, en cuyo caso se declarará la ineficacia del contrato⁴¹. Se establece, por tanto, la nulidad parcial del contrato, entendida como una nulidad parcial con sustitución imperativa o nulidad parcial coactiva, y no como nulidad parcial en atención a la voluntad de las partes⁴². Como dijera DE CASTRO (1985, 494), las ventajas establecidas imperativamente en beneficio de las personas socialmente más débiles quedarían muertas si, con la imposición de una cláusula o condición ilícita, se pudiera reservar la parte más fuerte la posibilidad de terminar, cuando quisiera, la relación contractual. En este sentido, como ha destacado la doctrina, el favor de la nulidad parcial prescinde de la voluntad del predisponente, como nulidad parcial coactiva, intentando salvar lo mínimo de la común intención —celebrar el contrato— excluyendo la regla abusiva por razón de su contenido o por falta de transparencia⁴³; incluso, *in extremis*, en el caso de cláusulas de pura arbitrariedad del predisponente, de modo que se le imponga una vinculación que, como la propia cláusula refleja, en realidad nunca quiso⁴⁴.

La razón por la cual la ley ordena el mantenimiento de la validez del resto del contrato cuando alguna o algunas cláusulas son nulas, es con el fin de proteger, de modo eficaz, al consumidor, evitando las consecuencias negativas que la nulidad del contrato entero tendría para él, al verse obligado a elegir entre soportar las cláusulas abusivas o verse privado del bien o servicio como consecuencia de la ineficacia contractual. En palabras de LASARTE (2014, 130), la parte válida o útil del contrato no debe verse viciada por la abusiva. Con ello se introduce una regla de favor para el consumidor, ya que se le permite atenerse a un contenido negocial más ventajoso, globalmente considerado, que el que suscribió en un primer momento, una vez que se han eliminado las cláusulas que otorgaban primacía al interés del profesional en detrimento del consumidor, y correlativamente se impide a aquel esgrimir el desequilibrio sobrevenido como consecuencia de la eliminación de las cláusulas abusivas al objeto de modificar o poner fin al contrato celebrado con el consumidor⁴⁵.

El problema que plantea la nulidad parcial del contrato es la forma en que pueden cubrirse las lagunas que dicha nulidad produce. A diferencia de lo que sucedía en el anterior artículo 10.4 LCU y del silencio de la Directiva 93/13,

el artículo 10 bis.2 LCU modificado por la Ley 2006 sí regulaba el modo de cubrir dichas lagunas contractuales, pues establecía que *«la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 CC»*. El artículo 83 TRLCU, en su redacción originara, también establecía la forma de integrar el contrato (párrafo 2.º), si bien se añadía que la integración se haría, además, *«con arreglo al principio de buena fe objetiva»*⁴⁶. Se establecía igualmente que 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 o usuario⁴⁷.

Más llama la atención que la nueva redacción dada a este precepto por la Ley de 2014 omita la referencia a la integración del contrato. El artículo 83 modificado sigue manteniendo la misma consecuencia negocial: la nulidad de pleno derecho, pero se suprime la facultad del juez de integración e incluye la audiencia de las partes, de tal manera que el juez ya no tendrá que plantearse cuál sería la voluntad hipotética de las partes. El citado precepto establece que *«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»*. La razón del cambio se encuentra en la Exposición de Motivos de la Ley que declara que esta redacción procura una correcta transposición del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, conforme a la interpretación mantenida por el TJUE.

Esta supresión de la integración obedece a las consideraciones realizadas por el TJUE, el cual, en la ya citada Sentencia de 14 de junio de 2012, entiende que el Estado español no ha adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6.1 de la Directiva 93/13. En concreto, el Tribunal estima que se ha producido un incumplimiento relativo 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 CC 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, ya que 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»*. No obstante, a pesar de haber suprimido esta referencia, entendemos que las lagunas se colmarán de idéntica manera. Lo que se prohíbe es la facultad de integrar

el contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva, es decir, sustituir una cláusula abusiva por otra que no lo sea⁴⁸. Lo que parece es que no se permite la reducción de la propia cláusula que preserve la validez o, lo que es lo mismo, la reducción conservadora que se enmarca dentro de la interpretación integradora en cuanto que construye un contenido contractual a partir de la «voluntad» presunta de las partes y a la vista de lo que habían convenido⁴⁹. Si se le reconoce al juez nacional tal facultad *«no podría por sí misma garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas»*.

Como se observa de la lectura del artículo 83 TRLCU, el contrato seguirá siendo obligatorio siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas. Ahora bien, en el caso de que no sea posible mantener el contrato sin las cláusulas declaradas abusivas, ¿procederá la ineficacia del contrato mismo, es decir, la nulidad total? Ante el silencio que guarda el artículo citado, si se entiende que sí (como establecía el artículo 10 bis.2 LCU al disponer que *«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»*) puede pensarse que esta solución no responde al fin de protección del consumidor que la legislación persigue⁵⁰. Tal vez por eso se ha omitido, de forma consciente, en la nueva redacción del artículo 83, puesto que ello daría lugar a las graves consecuencias que con tal solución puede provocar, puesto que puede llevar a una utilización fraudulenta de las normas por parte del predisponente.

En todo caso, si la consecuencia es la nulidad total del contrato, a pesar de que el artículo 83 TRLCU no haga referencia al perjuicio que ello causaría al consumidor, como sí hacía el 10 bis.2 LCU, que atribuía al juez facultades moderadoras en estos supuestos, entendemos que igualmente aquel podrá determinar la indemnización que corresponda al consumidor como resarcimiento de los daños y perjuicios que le ocasione la ineficacia total del contrato. Esta indemnización no tiene su fundamento en la culpa *in contrahendo* del profesional, sino, como se ha señalado, en la idea de que corresponde a este soportar el riesgo derivado de la utilización de cláusulas prerredactadas, y como consecuencia de esto, la obligación de resarcir los daños derivados de la extinción del contrato cuando esta obedezca a la ineficacia de todas o algunas cláusulas predispuestas del contrato⁵¹.

¿En qué consiste tal indemnización? Lo que debe entenderse sin ninguna duda es que lo que se le debe indemnizar al consumidor es el perjuicio que ha sufrido en relación con su interés contractual negocial, es decir, el perjuicio que ha sufrido al verse en la misma situación patrimonial en la que estaría si no se hubiese decidido a realizar ese contrato concreto, que al final quedó frustrado. De esta forma, el profesional deberá indemnizar los gastos de preparación del contrato, así como la pérdida de otras ofertas del mercado, debiendo compensar al consumidor por los daños patrimoniales debidos a la no disponibilidad del

producto o servicio durante el tiempo transcurrido desde la fecha prevista para el cumplimiento del contrato⁵².

VI. CONCLUSIONES

I. El acervo legislativo español sobre protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas es numeroso. Tras la promulgación de la LCU, de 26 de julio de 1984, en la que se impone un control sobre el contenido de las cláusulas contractuales abusivas, se aprueba la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, la cual contiene la definición de las cláusulas abusivas y los requisitos que deben darse para que una cláusula que ha sido predispuesta por el empresario, y que no ha sido objeto de negociación individual, pueda tener tal consideración (control específico sobre el contenido del clausulado contractual), así como la sanción que debe aplicarse a un contrato que contenga cláusulas de esta naturaleza, estableciéndose, además, una lista de cláusulas abusivas.

II. La adaptación de la mencionada Directiva a nuestro ordenamiento se realizó mediante la LCGC promulgando por separado y en paralelo, una ley sobre condiciones generales, aplicable con independencia de que el adherente responda o no a la caracterización legal de consumidor, pero siempre que contrate con un empresario o profesional, y de una amplia modificación de la LCU, aplicable a las condiciones generales en sentido estricto y a las cláusulas predispuestas individuales (contratos de adhesión), pero siempre que el adherente pueda ser considerado consumidor. Tras ella se sucedieron sendas reformas relativas al concepto de cláusulas abusivas, a la inclusión de una lista sobre cláusulas abusivas, al control de contenido, a la sanción que se impone y al concepto de consumidor:

- Ley 39/2002, de 28 de octubre, *de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios*.
- Ley 44/ 2006, de 29 de diciembre, *de mejora de la protección de los consumidores y usuarios*,
- 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*
- Y, por último, la más reciente modificación es la contenida en la Ley 3/2014, de 27 de marzo, *por la que se modifica el Texto Refundido de la LCU y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*, a fin de transponer al derecho interno la Directiva 2011/83/UE.

III. En Derecho comparado el control de contenido se encuentra regulado, bien mediante la creación de códigos de consumo, bien mediante su inclusión en el Código Civil. En todos ellos se da una definición de consumidor, de cláusulas abusivas, contienen una lista, disponen los parámetros para realizar el control específico sobre el contenido del clausulado contractual y establecen la sanción. Así, en Alemania, se regula en los párrafos 307 y sigs. BGB; en el ordenamiento jurídico italiano se creó el Codice del consumo, regulándose la materia en los artículos 33 a 38; este sistema de creación de un Código de consumo también es el adoptado en derecho francés, cuyo Code de la consommation se ocupa de las cláusulas abusivas en los artículos L 131-1 a 134-1 y R 132-1 y 132-2. Por último, en Derecho inglés, el control se regula en la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation* de 1994.

IV. El concepto de cláusulas abusivas y la lista de las mismas, contenida en la LCU, tras las sucesivas reformas legislativas, se define ahora en el artículo 82 TRLCU, guardando bastante similitud con el concepto dado por la Directiva 93/13 en su artículo 3.1, conteniendo la lista de cláusulas abusivas en los artículos 85 a 90. Siguiendo fielmente a la Directiva, el concepto de cláusula abusiva se establece en la UTCcR 4 (1), en el artículo 132-1 Code de la consommation; en el párrafo 307 BGB y en el artículo 33 Codice del consumo. Lo que varía es la lista, apreciándose diferencias entre ellas, pues en unos casos se considera como gris y en otra como negra.

V. Por lo que se refiere al control de contenido, el primer requisito exigido para declarar una cláusula abusiva es que el contrato se haya celebrado entre un profesional y un consumidor, entendiendo por consumidores, en consonancia con lo dispuesto en la Directiva 2011/83, las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, añadiendo que también lo son las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial (art. 3 TRLCU). El concepto es más amplio que el dado por la Directiva 93/13, que solo alude, de forma más restrictiva, a la persona física.

VI. El segundo requisito para medir la abusividad es que no haya existido negociación individual sobre el contenido contractual, falta de negociación que debe entenderse como equivalente a predisposición e imposición. La legislación española no ha dado nunca una definición de «cláusulas no negociadas individualmente», ni tampoco los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, manejándose el concepto dado por la Directiva 93/13 (art. 3.2), según el cual tal consideración se hará cuando la cláusula haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido. Se entenderá que ha habido negociación cuando el texto de la cláusula se redacte con la colaboración del consumidor, y cuando la cláusula ha sido redactada por el profesional y se somete posteriormente a discusión con el consumidor y se negocia. En nuestra

opinión, no es necesario que la cláusula haya sido modificada respecto del texto redactado por el predisponente. La carga de la prueba de que una cláusula se ha negociado recae sobre el empresario (art. 82.2.1.º TRLCU).

VII. En tercer lugar, se exige que la cláusula sea contraria a la buena fe y que produzca un desequilibrio importante entre las prestaciones de las partes. No se trata del acogimiento legal de dos principios, sino solo del primero: la referencia al desequilibrio importante es el dato que revela la posible infracción de la buena fe, la cual debe entenderse en sentido objetivo. Esta misma interpretación se ha dado en el BGB, en el Codice del consumo y en la UTCcR. Sin embargo es llamativa la omisión de esta referencia a la buena fe en el Code de la consommation. Respecto al desequilibrio o justo equilibrio hay que entenderlo en sentido amplio, debiendo extenderse a todo el contrato y no únicamente a las prestaciones del mismo.

VIII. Las cláusulas que se consideren abusivas no vinculan al consumidor, si bien el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas (cfr. art. 6.1 Directiva 93/13), con el fin de proteger de modo eficaz al consumidor, evitando las consecuencias negativas de la nulidad de todo el contrato. Se establece, por tanto, una nulidad parcial del contrato, tratándose de una nulidad de pleno derecho, si bien sin posibilidad de que el juez pueda integrar la parte afectada por la nulidad (art. 83 TRLCU).

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO PENCO, A. (2012). *Derecho de consumo. Análisis jurídico privado de la LGDCU de 2007*, Madrid.
- ADOMEIT, K. (2005). *BGB-Bürgerliches Gesetzbuch, Eine Orientierungshilfe für Neugierige, Erstaunte, Verzweifelte und Frustrierte*, Berlin.
- ALBIEZ DOHRMAN, K. J. (2013). Las condiciones generales de la contratación: una lectura de los diferentes modelos de control. En: Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2.ª ed, Navarra.
- ALFARO ÁGUILA REAL, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid.
- (2000). El derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas. *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1.
- ALPA, G. (1993). Le clause abusive nei contratti dei consumatori. *Corriere giuridico*, 642.
- ARROYO MARTÍNEZ, J. (1999). Comentario al artículo 1.2. En: Arroyo y Miquel (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid.
- AVILÉS GARCÍA, J. (1998). Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 648.
- BARENGHI, A. (1996). *La nuova disciplina delle clause vessatorie nel codice civile*, Milán.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1987). La defensa contractual del consumidor o usuario. En: La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid.
- (1999). Comentario a la DA 1.^a. Tres: Artículo 10 bis.1. En: Bercovitz R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (2008). La experiencia del arbitraje de consumo. En: Tomillo Urbina, J. y Álvarez Rubio, J. (coords), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Navarra.
- BIAZZI (1994). Condizioni generali di contratto e buona fede. En: E. Cesàro (dir.), *Clausole abusive e Direttiva comunitaria*, Milán.
- BLANDINO GARRIDO, M. A. (2011). La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato. En: Albiez Dohrmann (dir.), Palazón Garrido y Méndez Serrano (coords.), *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, Barcelona.
- BOSCH CAPDEVILA, E., y GIMÉNEZ COSTA, A. (2005). Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 692.
- CABELLO DE LOS COBOS, L. M. (1998). La Ley de condiciones generales de la contratación y la desjudicialización del tráfico jurídico. *Revista del Poder Judicial*, núm. 49.
- CABRILLAC, R. (2013). Les clauses abusives appréhendées par le droit civil français. En: Picod, Mazeaud y Lauroba (dirs.), *Droit comparé et européen*, vol. 13.
- CALAIS-AULOY, J. (2006). Le devoir de se comporter de bonne foi dans les contrats de consommation. En: *General Clauses and Standards in European Contract Law*, La Haya.
- CALVO, R. (2005). Equilibrio normativo del contratto non negoziato e funzione ordenatrice del diritto dispositivo. En: Galgano (dir.), *Trattato di Diritto commerciale*, vol. 34, Padova.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos. *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320.
- CARBALLO FIDALGO, M. (2013). *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente (Disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas)*, Barcelona.
- CARRASCO PERERA, A. (2007). Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores. En: Delgado Echeverría (coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Navarra.
- (2008). Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición, *Aranzadi civil*, núm. 5.
- (2010). *Derecho de contratos*, Navarra.
- (2012). Un mapa de situación: Directivas de cláusulas abusivas, de prácticas desleales y de «derechos» de los consumidores. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 1.
- CAVANILLAS MÚGICA, S. (2008). El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. *Aranzadi Civil*, núm. 1, 2008, 16.

- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. (1992). Comentario al artículo 10.4. En: Bercovitz R. y Salas (dirs.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid.
- (2014). La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2.
- DE CASTRO (1971). *El negocio jurídico*, 1971, reimpr, Civitas, Madrid, 1985.
- DE NOVA, G. (1994). Criteri generali di determinazione dell'abusività di clausole ed elenco di clausole abusive. *Rivista Trimestrale di Diritto e de la Procedura Civile*, núm. 3.
- DÍAZ ALABART, S. (1992). Comentario al artículo 10.1.c. En: Bercovitz R. y Salas J. (dirs), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid.
- (2000). *Pacta sunt Servanda* e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: reflexión sobre la incidencia de la Ley de Condiciones Generales de los Contratos. En: Nieto Carol (dir.), *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Valladolid.
- DÍAZ ALABART, S., ÁLVAREZ MORENO, M. T. y HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D. (2014). *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU*, S. Díaz Alabart (dir.), M. T. Álvarez Moreno (coord.), Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2002). En: Menéndez Menéndez y Díez-Picazo (dirs.), Alfaro Águila-Real (coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2013). La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación y aplicación por los tribunales. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5.
- DURÁN RIVACOBA, R. (2008). Valor jurídico de las condiciones generales en la contratación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 706.
- EBERS, M. (2007). La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei Paesi membri della Direttiva sulle clausule abusive (93/13/CEE) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione. En: Galgano e Bin (dirs.), *Contratto e impresa/Europa*, Padova.
- EMPARANZA SOBEJANO, A. (1994). La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español. *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 213.
- GETE-ALONSO, M. A., y NAVAS NAVARRO, S. (1999). Comentario a la DA 1.^a, 3 c). En: Arroyo Martínez y Miquel Rodríguez (coords.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid.
- GHESTIN, J., et MARCHESSAUX-VAN MELLE (1995). L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n 95-96 du 1 février 1995. *Semaine Juridique*, núm. 25, I, 3854.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J. (1998). La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 648.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (1999). Comentario a la DA 1.^a 2: artículo 10.1 a) y b). En: Bercovitz R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra.
- (2011). Comentario al artículo 82. En: Bercovitz R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Navarra.

- (2013). Efectos de la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas (Abusa, que algo (ya) no queda). Sentencia de 12 de junio de 2012. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 91.
- GRAZIUSSO, E. (2010). *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano.
- JANSEN, N. (2012). Cláusulas abusivas no negociadas individualmente. En: Cámara Lapuente (dir.), Arroyo Amayuelas (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores* (Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2008), Navarra.
- KOLKMANN, S. (2007). Unfair Contract Terms in Inghilterra. En: Alpa y Patti (dirs.), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, t II, Milano.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (1980). Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. *Revista de Derecho Privado*, núm. 64.
- (2014). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 5.ª ed., Madrid.
- LAWSON, R. (2005). *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, 8.ª ed., Londres.
- LENER, R. (1996). La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori. *Foro italiano*, núm. 4.
- LLAMAS POMBO, E. (2005). Comentario al artículo 10 bis. En: Llamas Pombo (coord.), *La Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios. Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*, Madrid.
- LLEBARÍA SAMPER, S. (2000). *El control judicial de las cláusulas abusivas*, Barcelona.
- LOWWE, R. and WOODROFPE, G. (1999). *Consumer Law and Practice*, 5.ª ed., Londres.
- MARCOS FRANCISCO, D. (2012). Hacia un Derecho de consumo uniforme en la Unión Europea. *Actualidad Civil*, núm. 12, vol. 1.
- MARCOS GONZÁLEZ, M.ª (2011). *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*, Navarra.
- MARÍN LÓPEZ, J. J. (2000). El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. En: Nieto Carol (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2013). La «voluntad virtual» del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores? (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5.
- MARTÍN PÉREZ, J. A. (2012). Contratos con consumidores: mecanismos de defensa frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. En: Sánchez Barrios (dir.), *Estudios sobre consumo*, Valencia.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2014). Concepto de «desequilibrio importante» del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9.
- MAZEAUD, D. (1995). La loi du 1 février 1995 relative aux clauses abusives: véritable réforme ou simple réformette?. *Droit et Patrimoine*, núm. 45.
- MAZEAUD, D., et SAUPHANOR-BROUILLARD, N. (2012). Unfair Contract Terms. En: R. Schulze (ed.), *Common European Sales Law*, Londres.

- MAZZAMUTO, S. (2011). La nuova Direttiva sui diritti del consumatore. *Europa e diritto privato*, núm. 1.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2002). Comentario a la DA 1.^a 3. artículo 10 bis 1. En: Menéndez Menéndez y Díez-Picazo (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid.
- MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (2011). Comentario al artículo 82. En: Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid.
- MÖSLEIN, F. (2012). Kontrolle vorformulierter Vertragsklausen. En: M. Schmidt-Kessel (ed.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht*, Berlin.
- NASALL, W. (2010). Allgemeine Geschäftsbedingungen. En: *Zivilrecht unter europäischen einfluss*, 2.^a ed, Düsseldorf.
- ORLANDO, S. (2011). The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice. *European Review of Contract Law*, núm. 1.
- PAGADOR LÓPEZ, J. (1998). La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. *Revista Española de Seguros*, núm. 95.
- (1998). *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid.
- (1999). Los contratos celebrados con consumidores mediante cláusulas predispuestas e impuestas: la nueva redacción de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En: Botana y Ruiz Muñoz (coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid.
- (2011). Condiciones generales y cláusulas abusivas. En: Rebolledo Puig e Izquierdo Carrasco (dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid.
- PAISANT, G. (1995). Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n 95-95 du 1 février 1995. *Dalloz, Chronique*, 102.
- (2009). Le décret portant listes noire et gris de clauses abusives, *JCP G*, núm. 28.
- PARLODESI (1995). Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata. *Rivista Critica di Diritto Privato*, núm. 3.
- PASQUAU LIAÑO, M. (1999). Comentario a la DA 1.^a 3: artículo 10 bis.2. En: Bercovitz R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra.
- PERDICES HUETOS, A. B. (2002). Comentario al artículo 10.1. En: Menéndez y Menéndez y Díez-Picazo (dirs.), Alfaro Águila-Real (coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid.
- PÉREZ BENÍTEZ, J. J. (2005). *El control judicial de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas*, Barcelona.
- PICOD, Y., et DAVO, H. (2009). *Droit de la consommation*, 2.^a ed., París.
- RAYMOND, G. (2011). *Droit de la Consommation*, 2.^a ed., París.
- RICCI, F. (2012). I contratti del consumatore. En: Rossi Carleo (dir.), *Diritto dei consumi. Soggetti, contratti, remedi*, Turin.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (1994). Notas sobre el concepto de contrato de adhesión. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 56.
- (1997). El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente (a propósito de un anteproyecto y proyecto de ley). *Derecho de los Negocios*, núm. 86.
- RUIZ MUÑOZ, M. (1993). *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Valladolid.

- (1994). Control de las condiciones generales de los contratos en el Derecho comunitario. *Gaceta Jurídica de la CE*, 134, D 21.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD, N. (2009). Clauses abusives: les nouvelles clauses noires et grises. À propos du décret du 18 mars 2009. *JCP G*, núm. 14.
- SERRA RODRÍGUEZ, A. (2013). Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2153.
- TERRÉ, LAQUETTE, SIMLER (2009). *Droit civil. Droit des obligations*, 8.^a ed., París.
- TINTO V. (2011). Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. En: *Diritto del commercio internazionale*, Milano.
- VATTIER FUENZALIDA, C. (1995). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 630.
- VILALTA MENADAS, S. (2007). Características básicas de la reforma introducida en materia de consumidores y usuarios en la Ley 44/2006, de 29 de octubre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Modificaciones legales en materia de cláusulas abusivas. *Práctica de tribunales. Revista de Derecho procesal, civil y mercantil*, núm 38.
- WEATHERILL, S. (2012). The consumer rights Directive. *Common Market Law Review*, núm. 4.
- WHITTAKER, S. (1999). *Chity on Contracts*, 28.^a ed., Londres.
- ZIMMERMANN, R. (2005). *The New German Law Obligations-Historical and Comparative Perspectives*, Oxford.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJCE de 19 de enero de 1993 (Asunto C-89/91)
- STJCE de 3 de julio de 1997 (Asunto C-269/95)
- STJCE de 27 de junio de 2000 (Asuntos acumulados C-240 a 244/98)
- STJCE de 10 de mayo de 2001 (Asunto C-144/99)
- STJCE de 22 de noviembre de 2001 ((Asuntos acumulados C-541/99 y C-542/99)
- STJCE de 24 de enero de 2002 (Asunto C-372/99)
- STJCE de 7 de mayo de 2002 (asunto C-478/99)
- STJCE de 1 de octubre de 2002 (Asunto C-167/00)
- STJCE de 21 de noviembre de 2002 (Asunto C-473/00)
- STJUE de 1 de abril de 2004 (Asunto C-237/02)
- STJCE de 9 de septiembre de 2004 (Asunto C-70/03)
- STJCE de 20 de enero de 2005 (Asunto C-464/01)
- STJCE de 26 de octubre de 2006 (Asunto C-168/05)
- STJCE de 4 de junio de 2009 (Asunto 243/08)
- STJCE de 6 de octubre de 2009 (Asunto C-40/08)
- STJUE de 3 de junio de 2010 (Asunto C-484/08)
- STJUE de 9 de noviembre de 2010 (Asunto C-137/08)
- STJUE de 15 de marzo de 2012 (Asunto C-453/10)

- STJUE de 26 de abril de 2012 (Asunto C-472/10)
- STJUE de 13 de junio de 2012 (Asunto C-542/10)
- STJUE de 14 de junio de 2012 (Asunto C-618/12)
- STJUE de 21 de febrero de 2013 (Asunto C-472/11)
- STJUE de 14 de marzo de 2013 (Asunto C-415/11)
- STJUE de 21 de marzo de 2013 (Asunto C-92/11)
- STJUE de 30 de mayo de 2013 (Asunto C-488/11)
- STJUE de 16 de enero de 2014 (Asunto C-226/12)
- STJUE de 17 de julio de 2014 (Asunto C-169/14)
- STJUE de 18 de septiembre de 2014 (Asunto C-487/12)

NOTAS

¹ En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1987). La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, p. 192; ALFARO ÁGUILA REAL, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid.

² A juicio de CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. (2014). La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 1, todo el acervo normativo sobre la protección al contratante débil en los contratos de adhesión no supone sino un empeoramiento caracterizado por grandes deficiencias técnicas, confusiónismo conceptual, creación de figuras perturbadoras e innecesarias y falta de correspondencia entre lo proclamado por las normas y lo efectivamente provocado por ellas.

³ Las referencias relativas al Derecho comparado, así como las relativas a algunas SSTJUE las realizaremos, por cuestiones de espacio, en nota al pie de página.

⁴ Vid. ALBIEZ DOHRMAN, K. J. (2013). Las condiciones generales de la contratación: una lectura de los diferentes modelos de control. En: Sánchez Lorenzo (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2.^a ed., Navarra, pp. 283 y sigs.

⁵ En Derecho comparado la adaptación de la Directiva 93/13 se ha realizado, en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, a través de distintas fórmulas.

En Derecho alemán, la regulación de las condiciones generales de la contratación se contenía en el AGB-G, que entró en vigor el 1 de abril de 1977. La necesaria transposición de la Directiva 93/13, dio lugar a su modificación a través de la Ley de 25 de julio de 1997, insertando el parágrafo 24 a), relativo a las cláusulas no negociadas individualmente. Con esta reforma se eleva la protección del consumidor que no ha podido influir sobre el contenido de las cláusulas contractuales predispuestas. Mediante la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones (1 de enero de 2002) se integra el contenido material de la AGB-G en el BGB. El control de contenido se regula en los parágrafos 307 y sigs. En ellos se establece una cláusula general, una lista de cláusulas prohibidas con posibilidad de valoración y una lista de cláusulas prohibidas sin posibilidad de valoración.

En el ordenamiento jurídico italiano, la transposición de la Directiva 93/13 se llevó a cabo mediante una modificación del Codice civile de 1942, por Ley de 6 de febrero de 1996, núm. 52. En concreto, introduciendo los artículos 1469 *bis*-1469 *sexies*. Posteriormente, a través del Decreto Legislativo de 6 de septiembre de 2005, núm. 206, se crea el Codice del consumo, en el que se contiene el sistema general del derecho de los consumidores y, en particular, la disciplina de las cláusulas abusivas, que se regula en los artículos 33 a 38. No obstante debe señalarse que el lenguaje adoptado por el ordenamiento interno no coincide del todo con el que utiliza el legislador comunitario, pues el citado artículo 33 dispone que las cláusulas que

provocan al consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y obligaciones derivados del contrato no son consideradas «abusivas» sino «vejatorias». La razón de esta diferencia estriba en el hecho de que una cierta protección del contratante débil respecto del desequilibrio normativo introducido por el predisponente, estaba ya contenida en el ordenamiento nacional por los artículos 1341.2 y 1342.2 del Codice civile, en los que se hace referencia a las cláusulas «vejatorias», terminología que no ha cambiado en el Codice del consumo. La disciplina general de los contratos sobre las cláusulas vejatorias y la contenida en el Codice del consumo no son ni coincidentes ni alternativas entre ellas, sino que son distintas y complementarias. Las principales diferencias son las siguientes: En primer lugar, la regulación de los artículos 1341.2 y 1342.2 Codice civile se aplica independientemente de la naturaleza de la actividad en el ámbito de la cual actúan los contratantes, mientras que los artículos 33 y sigs. Codice del consumo se aplican solo en las relaciones entre consumidores y profesionales, es decir, solo si el predisponente es un profesional y el adherente es un consumidor. En segundo lugar, la lista de las cláusulas vejatorias contenida en los artículos 1341 y 1342 citados, es considerada como una lista cerrada en consideración al carácter excepcional de la materia. En cambio, la lista de las cláusulas vejatorias del artículo 33.2 no tiene carácter taxativo.

En Derecho francés, la Ley núm. 78-23, sobre la protección e información de los consumidores de productos y de servicios, de 10 de enero de 1978, contiene en los artículos 35 a 38 la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, que si bien no contiene una cláusula general de la buena fe, considera que una cláusula es abusiva cuando el profesional abusa de su poder económico y obtiene una ventaja excesiva frente al consumidor. La citada ley es objeto de reforma por Ley 93-949, de 26 de julio de 1993 por la que se aprueba el Code de la consommation, regulando las cláusulas abusivas en los artículos L 131-1 a 134-1. El Code es objeto de modificación al objeto de transponer la Directiva 93/13, mediante Decreto núm. 95-96, de 1 de febrero de 1996, reformando los artículos L 132-1 y L 132-3, añadiendo una lista de cláusulas abusivas, si bien no se incluye ni se define la buena fe. El control sobre las cláusulas abusivas es un control administrativo llevado a cabo por la Comisión de Cláusulas abusivas, si bien no excluye el control judicial. Posteriormente, la Ley 2008-776, de 4 de agosto de 2008, Ley para la Modernización de la Economía, modifica el artículo L 132-1 que contiene la definición de cláusulas abusivas en las relaciones entre consumidores y empresarios, extendiéndose con la reforma a las relaciones entre profesionales, introduciendo un nuevo artículo en el Code de commerce, el L 442-6 I 2.º, que es el que las regula. Actualmente, el Decreto núm. 2009-302, de 18 de marzo de 2009, establece dos listas de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y entre profesionales y consumidores, listas que se encuentran en la parte reglamentaria del Code de la consommation, en los artículos R 132-1 (lista de cláusulas expresamente abusivas) y R 132-2 (lista de cláusulas simplemente abusivas).

En Derecho inglés, la transposición de la Directiva 93/13 se llevó a cabo mediante la aprobación de la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994* (UTCcR), revocada posteriormente por la UTCcR de 1999, relativa a las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, cuyo control lo ejerce el Director General de Defensa de la Competencia, aunque, según disponen los artículos 10 y sigs., la decisión sobre el carácter abusivo o no de una cláusula corresponde a los jueces. En la norma se contiene una cláusula general de buena fe (art. 5.1) y una lista de cláusulas abusivas indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser consideradas abusivas. Debe señalarse que la UTCcR convive con la *Unfair Contracts Terms Act* (UCTA), de 26 de diciembre de 1977, que tiene por objeto la regulación de aquellos contratos en los que las cláusulas no han sido objeto de negociación, aunque comprende solo las cláusulas de exclusión y limitación de la responsabilidad civil del empresario en determinados contratos. La UCTA no ha sido derogada, de tal forma que el consumidor se encuentra ante dos normas que elegirá a su conveniencia: esta de carácter general y la otra de carácter específico. Al objeto de unificar ambas regulaciones se ha publicado un anteproyecto de regulación de las cláusulas abusivas, de 24 de febrero de 2005.

⁶ Pero no protege a los profesionales o empresarios que contraten entre sí. Esta cuestión ha sido criticada por ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2013), *cit.*, 410-411. Vid. también,

MARTÍN PÉREZ, J. A. (2012). Contratos con consumidores: mecanismos de defensa frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. En: Sánchez Barrios (dir.), *Estudios sobre consumo*, Valencia, pp. 332 y sigs.; PAGADOR LÓPEZ, J. (1998). La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. *Revista Española de Seguros*, núm. 95, 325. Sobre la Ley, *vid.* además, GÓMEZ GÁLLIGO, J. (1998). La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 648, pp. 1587 y sigs.; CABELLO DE LOS COBOS, L. M., (1998). La Ley de condiciones generales de la contratación y la desjudicialización del tráfico jurídico. *Revista del Poder Judicial*, núm. 49, pp. 169 y sigs.

⁷ Mediante la citada Sentencia, el TJCE declaró que España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/13, ya citada. En concreto se señala que no ha adaptado correctamente su derecho interno a lo dispuesto en sus artículos 5 y 6.2.

⁸ Sobre ella *vid.*, MARCOS FRANCISCO, D. (2012). Hacia un Derecho de consumo uniforme en la Unión Europea. *Actualidad Civil*, núm. 12, vol. 1, pp. 1310 y sigs. Para un estudio completo de la misma, *vid.*, *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU)* (2014). Díaz Alabart, S. (dir.), Álvarez Moreno, M. T. (coord.), Madrid.

⁹ Asunto C-618/12.

¹⁰ Sobre ella *vid.*, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). Efectos de la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas (Abusa, que algo (ya) no queda). Sentencia de 14 de junio de 2012. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 91, pp. 339 y sigs.

¹¹ *Id.*, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (1997). El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente (a propósito de un anteproyecto y proyecto de ley). *Derecho de los Negocios*, núm. 86, p. 9.

¹² El TJUE se ha pronunciado sobre la naturaleza del anexo de la directiva en la sentencia de 7 de mayo de 2002 (asunto c-478/99) al resolver un recurso por incumplimiento seguido por la Comisión contra Suecia, por haberse abstenido de adoptar las disposiciones necesarias para la adaptación a su ordenamiento del mencionado anexo. El Tribunal desestima el recurso al considerar que «el valor indicativo y no exhaustivo de la lista contenida en el anexo, no prejuzga el carácter abusivo de una cláusula que figure en ella ni, paralelamente, impide que una cláusula no incluida pueda ser declarada abusiva. A diferencia de los artículos 3 a 7, que por contener el grueso de la disciplina deben ser objeto de transposición obligada, clara y precisa, el anexo no tiene por objeto reconocer derechos a los consumidores, de ahí que la plena eficacia de la Directiva puede garantizarse sin necesidad de que la lista sea incorporada en la norma de adaptación del derecho interno a la Directiva. Basta con que se respete su valor como fuente de información —tanto para las autoridades nacionales como para particulares nacionales y extranjeros— a través de cualesquiera medios que garanticen suficientemente su conocimiento por parte del público (en el caso, su inclusión en la publicación de los trabajos preparatorios de la ley de transposición). Ello sin perjuicio de que, dado el carácter de norma de armonización mínima de la Directiva, quede a decisión de los Estados miembros dotar a la lista de un valor más fuerte, sometiéndola a añadidos o a formulaciones más restrictivas».

¹³ En Derecho inglés, la UTCr 4 (1), siguiendo fielmente a la Directiva 93/13, define las cláusulas abusivas del siguiente modo: una cláusula contractual es abusiva si, en contraste con el requisito de la buena fe, causa un significativo desequilibrio en los derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor. Y en la *Regulation 4* (2) establece que el carácter abusivo se valorará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y de los servicios objeto del contrato, además de todas las circunstancias presentes en el momento de la conclusión del contrato y todas las otras cláusulas del contrato y de otros contratos de los que dependa. Además, la UTCr establece una serie de parámetros de valoración de la abusividad, basados en parte sobre el texto del Considerando 16 de la Directiva 93/13, y en parte por analogía a lo que se establecía en la UCTA 1977, para orientar al intérprete en la valoración de la reasonableness:

la fuerza contractual de las partes, la existencia o no de una inducción al consumidor para estipular el contrato, la presencia o no de un comportamiento equitativo del profesional frente al consumidor. Por otra parte, una guía para el intérprete sobre la valoración relativa a la abusividad de una cláusula se encuentra en la lista gris del elenco de cláusulas que si bien no tiene carácter exhaustivo, se considera que pueden ser abusivas (por lo tanto, presunción de abusividad). *Vid.*, WEATHERILL S. (2012). The consumer rights Directive. *Common Market Law Review*, núm. 4, pp. 1279 y sigs.; ORLANDO S. (2011). The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice. *European Review of Contract Law*, núm. 1, pp. 25 y sigs.; WHITTAKER S. (1999). *Chity on Contracts*, 28.^a ed, Londres; LOWWE R. and WOODROFPE G. (1999). *Consumer Law and Practice*, 5.^a ed, Londres, 1999; LAWSON R. (2005). *Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms*, 8.^a ed, Londres; KOLKMANN S. (2007). Unfair Contract Terms in Inghlitterra. En: G. Alpa y F.R. Patti (dirs.), *Le clauseole vessatorie nei contratti con I consumatori*, t II, Milán, (pp. 1321 y sigs.); MAZEAUD D. et SAUPHANOR-BROUILLARD, N. (2012). Unfair Contract Terms. En: R. Schulze (ed.), *Common European Sales Law*, Londres, pp. 376 y sigs.

El artículo 132-1 Code de la consommation francés define las cláusulas abusivas como sigue: «En los contratos celebrados entre profesionales y no profesionales o consumidores, son abusivas las cláusulas que tienen por objeto o por efecto crear, en detrimento del no profesional o consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato». Igualmente a lo establecido en la Directiva 93/13, se establece que las disposiciones son aplicables cualquiera que sea la forma del contrato. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará con referencia al momento de la conclusión del contrato, a todas las circunstancias que se refieran a su conclusión, así como a todas las otras cláusulas del contrato. Se apreciará igualmente a la vista de aquellas contenidas en otro contrato cuando la conclusión o la ejecución de estos dos contratos dependan jurídicamente uno del otro. Actualmente, el Decreto núm. 2009-302, de 18 de marzo de 2009, establece dos listas de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y no profesionales o consumidores. Las dos listas pueden encontrarse en la parte reglamentaria del Code de la consommation, en los artículos R 132-1 (lista de cláusulas expresamente abusivas: lista negra), con un total de 12 cláusulas y R 132-2 (lista de cláusulas simplemente abusivas: lista gris), conteniendo 10. *Vid.*, PICOD Y. et DAVO H. (2009). *Droit de la consommation*, 2.^a ed, París; SAUPHANOR-BROUILLAUD N. (2009). Clauses abusives: les nouvelles clauses noires et grises. À propos du décret du 18 mars 2009, *JCP G*, núm. 14, pp. 168 y sigs.; PAISANT G. (2009). Le décret portant listes noire et gris de clauses abusives, *JCP G*, núm. 28, 48-56; CALAIS-AULOY, J. (2006). Le devoir de se comporter de bonne foi dans les contrats de consommation. En: *General Clauses and Standars in European Contract Law*, La Haya, pp. 189 y sigs.; RAYMOND, G. (2011). *Droit de la Consommation*, 2.^a ed., París; CABRILLAC, R. (2013). Les clauses abusives appréhendées par le droit civil français. En: *Droit comparé et europeén*, vol. 13, pp. 234 y sigs.

En derecho alemán se considera que una cláusula es abusiva cuando, en contra de la buena fe, provoque una situación de desventaja no razonable en perjuicio del consumidor (parágrafo 307, I, 2 BGB). Se contemplan dos tipos de listas de cláusulas abusivas: la denominada gris, contenida en el parágrafo 308 BGB, y las que se incluyen en la llamada lista negra, enumeradas en el parágrafo 309 BGB. *Vid.* NASALL, W., (2010). *Allgemeine Geschäftsbedingungen*. En: *Zivilrecht unter europäischen einfluss*, 2.^a ed., Düsseldorf, pp. 173 y sigs.; ZIMMERMANN, R. (2005). *The New German Law Obligations-Historical and Comparative Perspectives*, Oxford; ADOMEIT, K. (2005). *BGB-Bürgerliches Gesetzbuch, Eine Orientierungshilfe für Neugierige, Erstaunte, Verzweifelte und Frustrierte*, Berlin; MÖSLEIN, F. (2012). Kontrolle vorformulierter Vertragsklauseln. En: M. Schmidt-Kessel (ed.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht*, Berlin, pp. 255 y sigs.

El artículo 33 del Codice del consumo, en su párrafo primero, establece el concepto de cláusulas abusivas, entendiendo por tales aquellas que, a pesar de la buena fe, determinen al consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones derivados del contrato. También se establece una lista de cláusulas que se presumen abusivas (lista gris), salvo

prueba en contrario, y que son un total de 40 (art. 33.2). También siguiendo a la Directiva 93/13 se considera que el carácter abusivo de una cláusula se evaluará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y en función de las circunstancias existentes en el momento de su celebración y los demás términos de la misma u otra conectados o de los que depende el contrato (art. 34.1). La apreciación del carácter abusivo de una cláusula no se refiere a la determinación del objeto del contrato ni a la adecuación entre los bienes y servicios, siempre y cuando tales elementos sean identificados en modo claro y comprensible (art. 34.2). *Vid.*, RICCI, F. (2012). I contratti del consumatore in generale. En: Rossi Carleo (dir.), *Diritto dei consumi. Soggetti, contratti, remedi*, Torino, pp. 37 y sigs.; EBERS, M. (2007). La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei Paesi membri della Direttiva sulle clausole abusive (93/13/CEE) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione. En: Galgano e Bin (dirs.), *Contratto e impresa/Europa*, Padova, pp. 696 y sigs.; CALVO, R. (2005). Equilibrio normativo del contratto non negoziato e funzione ordenatrice del diritto dispositivo. En: Galgano (dir.) *Trattato di Diritto commerciale*, vol. 34, Padova, pp. 139 y sigs.; GRAZIUSO, E. (2010). *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano; TINTO, V. (2011). Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, *Diritto del commercio internazionale*, pp. 569 y sigs.; MAZZAMUTO, S. (2011). La nuova Direttiva sui diritti del consumatore, *Europa e diritto privato*, núm. 1, (2011), pp. 861 y sigs.

¹⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2002). Comentario a la DA 1.^a 3. artículo 10 bis 1. En: Menéndez Menéndez y Díez-Picazo (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, p. 957.

¹⁵ Por todos, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2011). Comentario al artículo 82. En: Bercovitz R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Navarra, pp. 965-966.

¹⁶ AVILÉS GARCÍA, J. (1998). Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 648, 2567.

¹⁷ PAGADOR LÓPEZ, J. (1999) *cit.* 134.

¹⁸ La misma definición se contiene en la norma inglesa, UCTeR 2 (1). En Derecho francés, el artículo L 132-1, establece que el consumidor o no profesional es toda persona, particular o empresario, que contrate con un profesional sin vínculo directo con su actividad profesional. El artículo 3 del Codice del consumo considera al consumidor como la persona física que actúa sobre objetivos no relacionados con la actividad empresarial o profesional eventualmente desarrollada. El BGB, en su párrafo 13, entiende como consumidor, la persona natural que realiza una transacción legal para un propósito que está fuera de su negocio o profesión.

¹⁹ Asuntos acumulados C-541/99 y C-542/99, Cape Snc c/ Idealservie MN RE Sas c/ OMAI Srl.

²⁰ Noción criticada por ACEDO PENCO A. (2012). *Derecho de consumo. Análisis jurídico privado de la LGDCU de 2007*, Madrid, por excluir a los empresarios y profesionales. *Vid.*, también, CÁMARA LAPUENTE, S. (2011). El concepto legal de consumidor en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320, pp. 21 y sigs.

²¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANÓ, A. (2008). La experiencia del arbitraje de consumo. En: Tomillo Urbina, J. y Álvarez Rubio, J. (coords), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Navarra, p. 383. *Vid.*, también, ACEDO PENCO, A. (2012). *cit.*; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2013). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid; DÍAZ ALABART, S., ÁLVAREZ MORENO, M. T. y HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M. D. (2014). *Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TRLCU*, S. DÍAZ ALABART (dir.), M. T. ÁLVAREZ MORENO (coord.), Madrid.

²² *Vid.*, CARRASCO PERERA, A. (2008). Texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición, *Aranzadi civil*, núm. 5, 15-26, MARCOS FRANCISCO, D. (2012) *cit.*, pp. 1323 y sigs.

²³ Así se estableció también en Derecho italiano, en la Ley de 6 de febrero de 1996, núm. 52, de adaptación de la Directiva 93/13, si bien dicha Ley se separa de la Directiva en cuanto que establecía la negociación individual no como presupuesto para la valoración del desequilibrio, sino como elemento valorativo de la abusividad, de forma que la declaración de una cláusula como abusiva dependerá de tres parámetros concurrentes: ausencia de negociación, buena fe y desequilibrio. Sobre ello, *vid.*, LENER, R. (1996). La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, *Foro italiano*, núm. 4, 147; BARENGHI, A. (1996). *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Milán.

Sin embargo, no ha sucedido lo mismo en Derecho francés, en el cual la Ley 95-96 de 1 de febrero de 1995, de adaptación de la Directiva, no incluyó ningún precepto que estableciera la negociación individual de las cláusulas, habiéndolo justificado los autores franceses en el hecho de que aunque se estableciera que las cláusulas deben ser objeto de negociación individual, el profesional puede abusar del consumidor, bien porque se aproveche de su poder económico, o bien porque se aprovecha de la debilidad económica del consumidor, y por tanto se debe proteger, cualquiera que sea la forma del contrato, a los contratantes en posición de inferioridad. Así, GHESTIN, J., et MARCHESSAUX-VAN MELLE (1995). L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n 95-96 du 1 février 1995, *Semaine Juridique*, núm. 25, I, 3854, 277; PAISANT, G. (1995). Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n 95-96 du 1 février 1995, *Dalloz, Chronique*, 102. Como señala MAZEAUD, D. (1995). La loi du 1 février 1995 relative aux clauses abusives: véritable réforme ou simple réformette?, *Droit et Patrimoine*, 45, la opción del legislador es buena, puesto que en opinión de este autor, lo único que importa para apreciar el carácter abusivo de una cláusula son los efectos que la misma crea sobre el equilibrio contractual: la negociación individual de una cláusula, para este autor, no debe conferir la inmunidad. Actualmente, el Code de la Consommation tampoco ofrece una definición de lo que se considera ausencia de negociación individual.

²⁴ Coinciden con esta afirmación, entre otros, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2000). El derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas. *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 15; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (1994). Notas sobre el concepto de contrato de adhesión. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 56, 1062; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M. (2002) cit., p. 284; ARROYO MARTÍNEZ, J. (1999). Comentario al artículo 1.2. En: Arroyo y Miquel (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid (p. 26); GONZÁLEZ PACANOWSKA I., (1999). Comentario a la DA 1.ª 2: Artículo 10.1 a) y b). En: Bercovitz R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, p. 671. En contra, AVILÉS GARCÍA, J. (1998) cit., 1564, para quien no se exige preredacción, sino solo imposición.

²⁵ Sobre ella, *vid.*, VILALTA MENADAS, S. (2007). Características básicas de la reforma introducida en materia de consumidores y usuarios en la Ley 44/2006, de 29 de octubre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Modificaciones legales en materia de cláusulas abusivas. *Práctica de tribunales. Revista de Derecho procesal, civil y mercantil*, núm. 38, pp. 22 y sigs.

²⁶ *Vid.*, STJUE, de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12.

²⁷ Lo mismo sucede en el caso de que haya sido el consumidor el que haya propuesto las cláusulas, siendo inaplicable en este caso el control de contenido. *Vid.*, en este sentido, JANSEN, N. (2012). Cláusulas abusivas no negociadas individualmente. En: Cámara Lapuente, S. (dir.), Arroyo Amayuelas, E. (coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores* (Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre un derecho europeo de la compraventa de octubre de 2008), Navarra, p. 125.

²⁸ *Vid.* MARÍN LÓPEZ, J. J. (2000). El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. En: Nieto Carol (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, p. 146; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (1999) cit., p. 672.

²⁹ MARÍN LÓPEZ, M. J. (2013). La «voluntad virtual» del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores? (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11). *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, 38; BOSCH CAPDEVILA, E. y GIMÉNEZ COSTA, A. (2005). Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 692, p. 1762; RUIZ MUÑOZ, M. (1994). Control de las condiciones generales de los contratos en el Derecho comunitario. *Gaceta Jurídica de la CE*, 134, D 21, 75; DÍAZ ALABART, S. (1992). Comentario al artículo 10.1.c. En: Bercovitz, R. y Salas, J., *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, p. 253.

³⁰ En opinión de LASARTE ÁLVAREZ, C. (1980). Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. *Revista de Derecho Privado*, núm. 64, 75-76, la buena fe no puede entenderse desde la perspectiva subjetiva, como imposición de un deber de comportamiento honorable o adecuado a los criterios morales imperantes en la sociedad y en el tráfico jurídico, sino más bien, como un criterio ordenador e inspirador de las relaciones jurídicas que se superpone al propio comportamiento de las partes y modaliza el contenido o los efectos del contrato de acuerdo con las reglas de conducta socialmente consideradas como dignas de respeto.

³¹ BERCOVITZ, R. (1987). *cit.*, pp. 198 y 758. Es también buena fe en sentido objetivo para MARÍN LÓPEZ, M. J. (2013). *cit.*, p. 43; CARBALLO FIDALGO, M. (2013). *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente (Disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas)*, Barcelona; PAGADOR LÓPEZ, J. (2011). Condiciones Generales y cláusulas abusivas. En: Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco (dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, p. 1440; DÍEZ-PICAZO, L. (2002). En: Menéndez Menéndez y Díez-Picazo (dirs.), *Alfaro Águila-Real (coord.), Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, p. 71; AVILÉS GARCÍA, J. (1998) *cit.*, pp. 1553 y sigs.; PASQUAU LIAÑO, M. (1999). Comentario a la DA 1.^a 3: Artículo 10 bis.2. En: Bercovitz R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, p. 787, aunque para este autor la noción central no es tanto la honradez, sino sobre todo la de contenido natural del contrato.

³² La ley francesa a la que anteriormente hicimos referencia, de adaptación de la Directiva, eliminó la referencia a la exigencia de la buena fe. La doctrina francesa ha considerado acertada esta omisión, señalando que las cláusulas que deben eliminarse de los contratos son aquellas que generan una grave ruptura del equilibrio contractual, por lo que sería superfluo preguntarse si han sido estipuladas en contra de la buena fe. *Vid.*, en este sentido, MAZEAUD, D. (1995). *cit.*, 47; PAISANT, G. (1995) *cit.*, 100; GHESTIN, J. et MARCHESSAUX-VAN MELLE (1995). *cit.*, pp. 275 y sigs. Actualmente, el artículo L 132-1, que como ya hemos visto, define las cláusulas abusivas, tampoco hace referencia al parámetro de la buena fe. *Vid.*, CALAIS-AULOY, J. (2006). *cit.*, pp. 189 y sigs.

En la doctrina italiana se ha discutido mucho sobre la interpretación que debe hacerse del requisito de la buena fe, puesto que en Italia la traducción de la Directiva se hizo en unos términos un tanto confusos, redactándose el citado requisito como «malgrado il requisito de la buona fe», que difiere del texto del mismo artículo formulado por otros Estados miembros. En una forma literal, la interpretación que algún autor ha hecho de este requisito es la de entenderlo como «independientemente de la buena fe», es decir, es abusiva la cláusula que, aunque sea conforme a la buena fe, causa un desequilibrio al consumidor (sentido subjetivo). Así, ALPA, G. (1993). Le clausole abusive nei contratti dei consumatori. *Corriere giuridico*, 642. Sin embargo, la mayoría de la doctrina italiana rechaza esta interpretación y entiende que el requisito de la buena fe establecido en la Directiva significa que es abusiva la cláusula, que siendo contraria a la buena fe, determine en el consumidor un desequilibrio importante (sentido objetivo), que es el sentido que se le ha dado en Derecho español. Así, entre otros, DE NOVA G. (1994). Criteri generali di determinazione dell'abusività di clausole ed elenco di clausole abusive, *Rivista trimestrale di Diritto e de la Procedura Civile*, núm. 3, 693; ROPPO, V. (1995). *cit.*, p. 285; BARENGHI, A. (1995). *cit.*, pp. 39 y sigs.; PARLODESI

(1995). Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata, *Rivista Critica de Diritto Privato*, núm. 3, p. 528; BIAZZI (1994). Condizioni generali di contratto e buona fede. En: E. Cesàro (dir.), *Clausole abusive e Direttiva comunitaria*, Milán, pp. 30-33. En el Code de la Consommation la redacción que se ha dado al artículo 33 es la de considerar que una cláusula es abusiva «a pesar» de la buena fe. A excepción de la regulación francesa, también utilizan como elemento para medir la abusividad de una cláusula, la UTcR 4 (1) y el parágrafo 307, I, 2 BGB. Y en todos los ordenamientos mencionados se hace referencia al desequilibrio (francés), significativo desequilibrio (inglés), desequilibrio importante (italiano) o situación de desventaja no razonable (alemán).

³³ Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C. (2013). *cit.*; MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (2011). Comentario al artículo 82. En: Cámara Lapuente (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid, p. 741.

³⁴ CARBALLO FIDALGO, M. (2013). *cit.*

³⁵ Asunto C-484/08. La sentencia resolvió la petición de decisión prejudicial que tenía por objeto la interpretación de los artículos 4.2 y 8 de la Directiva 93/13. En concreto se planteaban las siguientes cuestiones: 1. ¿El artículo 8 debe ser entendido en el sentido de que un Estado miembro puede establecer en su legislación y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de aquellas cláusulas cuyo control excluye el artículo 4.2?; 2. En consecuencia, ¿el artículo 4.2, puesto en relación con el artículo 8, impide a un Estado miembro establecer en su ordenamiento, y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o «a la falta de adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida», aunque estén redactadas de manera clara y comprensible? El TJUE responde a estas cuestiones en los siguientes términos: «(...) los artículos 4.2 y 8 de la Directiva, y los artículos 2, 3.1.g) y 4.1 CE no se oponen a que una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible».

³⁶ Asunto C-226/12. *Vid.*, comentario a la referida sentencia por MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2014). Concepto de «desequilibrio importante» del artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 9, pp. 189 y sigs.

³⁷ También debe tenerse en cuenta, por su relevancia, sobre el desequilibrio importante, la STJUE, de 14 de marzo de 2013, Asunto C-415/11, Mohamed Aziz/Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa). El Tribunal resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona sobre el posible carácter abusivo de determinadas cláusulas incluidas en contratos de hipoteca celebrados con consumidores (como, por ejemplo, la de vencimiento anticipado), por desequilibrantes. En la sentencia se considera que «para averiguar cuándo una cláusula causa un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes contrario a la buena fe, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (...), y deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de este tipo, el juez nacional podrá valorar si —y, en su caso, en qué medida— el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas». *Vid.*, comentario a esta sentencia por DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2013)». La STJUE de 14 de marzo de 2013: dificultades de interpretación y aplicación por los tribunales». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 5, pp. 5 y sigs.

³⁸ En este sentido se pronuncia la STJUE de 12 de marzo de 2013. Respecto de esta labor interpretativa y de la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula, se ha pronunciado el TJUE, en Sentencias de 1 de abril de 2004 (asunto C-670/03) y 9 de noviembre de 2010 (asunto C-137/08), que, si bien con un carácter abstencionista, determina el alcance de las funciones respectivas de juez comunitario y juez nacional. En ejercicio de su competencia de interpretación del derecho comunitario, el Tribunal se atribuye la facultad de fijar el correcto entendimiento de los criterios abstractos utilizados por el legislador comunitario al definir la noción de cláusula abusiva —buena fe, desequilibrio importante y cánones hermenéuticos del artículo 4.1—, reservando al juez nacional la decisión sobre la aplicación de tales criterios generales a la cláusula particular, lo que exige el examen de las circunstancias concurrentes y de las ventajas y desventajas que a cada cláusula vincula el derecho nacional aplicable al contrato.

³⁹ EMPARANZA SOBEJANO, A. (1994). La Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español. *Revista de Derecho Mercantil*, núm 213, 477; RUIZ MUÑOZ, M. (1994). Control de las condiciones generales de los contratos en el derecho comunitario. *Gaceta Jurídica de la CE*, 134, D 21, 92; VATTIER FUENZALIDA, C. (1995). Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 630, 1542; PAGADOR LÓPEZ, J. (1998). *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid.

⁴⁰ Se trata de una nulidad radical y no de una nulidad relativa o anulabilidad. Así, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. (1992). Comentario al artículo 10.4. En: Bercovitz, R. y Salas (dirs.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, p. 340; RUIZ MUÑOZ, M. (1993). *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Valladolid; PAGADOR LÓPEZ, J. (2011). *cit.* Es nulidad relativa para PASQUAU LIAÑO, M. (1999). *cit.*, p 778, y para GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2009). *cit.*, p. 983, que se refiere a una nulidad disponible para el consumidor o usuario perjudicado pero imperativa para el predisponente, porque las propias normas de cuya contratación se trata forman parte del denominado «orden público de protección» de una de las partes, en este caso, el consumidor o usuario. Y ni que decir tiene, como dice PERDICES HUETOS, A. B. (2002). Comentario al artículo 10.1. En: Menéndez y Menéndez y Díez-Picazo (dirs.), Alfaro Águila-Real (coord.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, p. 253, que el predisponente carece de legitimación para instar la nulidad que él mismo ha provocado. En contra, BLANDINO GARRIDO, M. A. (2011). La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato. En: Albiez Dohrmann (dir.), Palazón Garrido y Méndez Serrano (coords.), *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, Barcelona, p. 247.

⁴¹ Nulidad que puede ser apreciada de oficio por el juez. En este sentido la jurisprudencia del TJUE ha sido clara, considerando que el juez puede apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor. En este sentido, sentencias de 27 de junio de 2000 (asuntos acumulados c-240 a 244/98), 21 de noviembre de 2002 (asunto c-473/00), 26 de octubre de 2006 (asunto c-168/05), 4 de junio de 2009 (asunto c-243/08), 6 de octubre de 2009 (asunto c-40/08), 3 de junio de 2010 (asunto c-484/08), 13 de junio de 2012 (asunto c-542/10); 13 de febrero de 2013 (asunto c-472/11); 14 de marzo de 2013 (asunto c-4415/11); 16 de enero de 2014 (asunto c-226/12). En la jurisprudencia española, SSTs de 1 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 6554), 10 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 2337), 25 de septiembre de 2006 (*RJ* 2006, 6577). En consecuencia, en nuestro sistema jurídico se admite el control de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas, al tratarse de una nulidad de pleno derecho que la ley impone de forma imperativa para proteger al consumidor. *Vid.*, LLEBARÍA SAMPER, S. (2000). *El control judicial de las cláusulas abusivas*, Barcelona; PÉREZ BENÍTEZ, J. J. (2005). *El control judicial de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas*, Barcelona; MARCOS GONZÁLEZ, M.^a (2011). *La apreciación de oficio de la nulidad contractual y de las cláusulas abusivas*, Navarra.

⁴² CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. (1992), *cit.*, p. 342. En derecho comparado las soluciones técnicas son divergentes. En Francia, las cláusulas abusivas se consideran como inexistentes o no escritas (art. L 132-1 Code de la Consommation); en el sistema inglés se consideran «no vinculantes para el consumidor (UTCcR 8); de ineficacia habla el BGB (párrafo 306.2), tanto las cláusulas abusivas contenidas en la lista gris, solo cuando generen un inadecuado perjuicio al consumidor, como las contenidas en la lista negra, que serán siempre ineficaces, o simplemente «nulas» (art. 36 Codice del Consumo).

⁴³ PASQUAU LIAÑO, M. (1999), *cit.*, pp. 296 y sigs.; PERDICES HUETOS, A. B. (2002). *cit.*, p. 522; GETE ALONSO, M. A. y NAVAS NAVARRO, S. (1999). Comentario a la DA 1.^a, 3c). En: Arroyo Martínez y Miquel Rodríguez (coords.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, p. 99.

⁴⁴ Cfr. DURÁN RIVACOBIA, R. (2008). Valor jurídico de las condiciones generales en la contratación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 706, pp. 699 y sigs.; CARRASCO PERERA, A. (2007). Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores. En: Delgado Echeverría (coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Navarra, p. 187.

⁴⁵ La conveniencia de la nulidad parcial ha sido puesta de manifiesto, entre otros, por CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. (1992), *cit.*, p. 342; y por ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991), *cit.* Este último autor señala que la nulidad total es inconveniente porque no garantiza la integridad material de la forma de protección, porque impide al adherente obtener lo que la ley quiere darle, que no es la eliminación de las cláusulas abusivas en sí misma considerada, sino la eliminación de dichas cláusulas para que el contrato se mantenga con una regulación equilibrada. Esta solución sería escasamente efectiva, porque al perder el adherente el derecho a exigir la prestación como consecuencia de la nulidad (art. 1302 CC), solo sería previsible que se solicitase la declaración de nulidad de una cláusula cuando la prestación del contrato pudiese obtenerse sin coste de otro oferente. La solución de la nulidad total no es razonable porque no discrimina. Al cancelar la eficacia del negocio, priva al adherente no solo de los inconvenientes del mismo, sino también de sus ventajas. Otra razón es que si se aplica la nulidad parcial basada en la voluntad presumible de las partes se vaciaría de contenido igualmente la finalidad tuitiva de la norma. El riesgo de perder el contrato con la nulidad de una cláusula incentivaría al adherente a no solicitarla.

⁴⁶ *Vid.*, al respecto, DÍAZ ALABART, S. (2000). *Pacta sunt Servanda* e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: reflexión sobre la incidencia de la Ley de Condiciones Generales de los Contratos. En: Nieto Carol (dir.), *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Valladolid, pp. 43 y sigs.

⁴⁷ Señala PASQUAU LIAÑO, M. (1999), *cit.*, pp. 792-793, que por facultades moderadoras debe entenderse la sustitución de una cláusula abusiva por excesiva, por otra conforme a las exigencias de la buena fe. *Vid.*, también, DURÁN RIVACOBIA, R. (2008), *cit.*, pp. 706 y sigs.; BLANDINO GARRIIDO, M.^a A. (2011), *cit.* p. 267.

⁴⁸ STJUE de 14 de junio de 2012.

⁴⁹ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2012), *cit.*, p. 347. La supresión de la integración ha sido criticada por SERRA RODRÍGUEZ, A. (2013). Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2153, pp. 21-22; CARBALLO FIDALGO, M. (2013), *cit.* En opinión de esta autora, la ecuación modificación = integración no puede ser defendida, pues entiende que aun cuando existen cláusulas que sin duda pueden ser sencillamente eliminadas, en buena parte de los casos tal eliminación genera la necesidad de integración, prioritaria a la declaración de nulidad total del contrato.

⁵⁰ *Vid.*, crítica de BERCOVITZ, R. (1987), *cit.*, pp. 202-203; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H. (1992), *cit.*, pp. 342-343. También, GETE ALONSO, M. A., y NAVAS NAVARRO, S. (1999), *cit.*, p. 295.

⁵¹ PAGADOR LÓPEZ, J. (1999), *cit.*

⁵² PASQUAU LIAÑO, M. (1999), *cit.*, p. 784.

(Trabajo recibido el 9-12-2014 y aceptado para su publicación el 5-1-2015)

El parentesco por afinidad: ¿Concluye por la extinción del matrimonio?*

Affinity relationship: finish with the end of marriage?

por

CARMEN HERNÁNDEZ IBÁÑEZ
Catedrática (acreditada) de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid
carherna@ucm.es

RESUMEN: El parentesco por afinidad nace como consecuencia de la celebración del matrimonio, pero no implica que en todos los supuestos de disolución finalice esta relación parental. Pues, de ser así todos los efectos surgidos del matrimonio habrían de extinguirse a su terminación.

Si este parentesco finaliza con la extinción del matrimonio o permanece, tiene gran trascendencia en el ámbito sucesorio, y sobre todo en el tributario. El debate gira sobre la interpretación del artículo 20 de la Ley 29/1987. La Dirección General de los Tributos del Estado estima que extinguido el vínculo matrimonial desaparece legalmente la relación de afinidad. Contraria es la doctrina de los Tribunales Económico-Administrativos. La Jurisprudencia contencioso-administrativa es unánime y considera que los parientes afines están en el Grupo III que incluye a los «... ascendientes y descendientes por afinidad»

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto DER. 2011-22469 del Ministerio de Ciencia e Innovación sobre «Negocio Jurídico de Familia: La autonomía de la voluntad como cauce de solución de las disfunciones del sistema»; y forma parte de las actividades del Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid, núm. 931083, dirigido por el Prof. Dr. RAMS ALBESA.

favoreciéndoles con una reducción, aunque el matrimonio haya concluido por la muerte de un esposo, pero no así su relación parental. Llama la atención que las correspondientes Consejerías de las Comunidades Autónomas mantengan que la muerte de uno de los cónyuges extingue este parentesco, a pesar de que su primordial función sea recaudatoria. Pero, cuando presentados los recursos procedentes la resolución es desestimatoria y se obliga al contribuyente a iniciar un procedimiento largo y costoso, que se podía fácilmente obviar, para al final, y siguiendo la jurisprudencia, estimar que los parientes por afinidad han de incluirse en el Grupo III, no hay duda que tales resoluciones si no son claramente prevaricadoras se les parecen mucho.

ABSTRACT: The affinity relationship arises as a consequence of the marriage, but does not imply that in all cases of marriage kinship the dissolution is complete. If so happens all effects arising from the marriage would finish. If this particular relationship finish with the end of marriage or remains, has great significance in the field of succession, especially in the state taxes. The debate focusses on the interpretation of artículo 20 of Law 29/1987. The Directorate General of Taxes for the State believes that with the end of the marriage legally the rapport disappears. Opposite is the doctrine of the Economic Administrative Courts. The administrative Court is unanimous and consider that related relatives are in Group III that includes «... ascending and descending affinity» favouring them with a reduction, because the marriage ended by the death of a spouse, but not their marriage relationship. It is surprising that Departments of the Autonomous Communities maintain that the death of one spouse finished this relationship, even though its primary function is tax collection. But when presented from the resources and the resolution is rejecting, the taxpayer is obliged to start a long and expensive procedure, that could easily avoid to the end and following the case-law, estimating that the relative affinity must be included in the Group III. There is no doubt that such decisions if are not clearly acts of prevaricating they look like.

PALABRAS CLAVE: Parentesco por afinidad. Disolución del matrimonio. Extinción del parentesco por afinidad. Impuesto sobre sucesiones.

KEY WORDS: Relationship by marriage. Dissolution of marriage. Termination of the relationship by marriage. Inheritance tax.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO DE PARENTESCO.—III. EL PARENTESCO POR AFINIDAD.—IV. EFECTOS DEL PARENTESCO POR AFINIDAD.—V. ¿LA EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO PONE FIN AL PARENTESCO POR AFINIDAD?: 1. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN

DEL MATRIMONIO. 2. ¿LA MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES ES CAUSA DE EXTINCIÓN DEL PARENTESCO POR AFINIDAD? 3. ¿EL DIVORCIO PONE FIN AL PARENTESCO POR AFINIDAD?—VI. EL ARTÍCULO 20.2 DE LA LEY 29/1987, DE 18 DE DICIEMBRE DEL IMPUESTO DE SUCESIONES Y DONACIONES: 1. POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS TRIBUTOS. 2. ENFOQUE DE LOS TRIBUNALES ECONÓMICO-ADMINISTRATIVOS. 3. DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La idea de este trabajo tiene su origen en esta noticia periodística¹: «Viuda sin derecho a suegra»: P. se casó con J. en 1977, la madre de J. se convirtió en suegra de P. Sin embargo, «la hacienda madrileña niega a P. su condición de nuera y, por ello, rechaza que pueda acogerse al beneficio que aporta el parentesco en la liquidación del impuesto correspondiente a la herencia que le legó su suegra. La Administración autonómica considera que, como el marido de P. murió antes que su suegra, con el fallecimiento desapareció la relación entre ambas. Por ello, la Comunidad de Madrid le ha reclamado que corrija las bonificaciones que se dedujo en condición de nuera». La nuera se había acogido a la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, sobre Sucesiones y Donaciones, que en su artículo 20 concede reducciones en función del grado de parentesco, considerando que le correspondía el Grupo III que incluye a: «colaterales de segundo y tercer grado, ascendientes y descendientes por afinidad». Pero, «la Dirección General de Tributos madrileña no lo ve de esta forma, al haber fallecido J. antes que su madre». Así lo expone en las alegaciones presentadas en contra de la liquidación del impuesto elaborada por P. «El parentesco por afinidad se mantiene solo si a la fecha del devengo del impuesto subsiste el vínculo que les une». La Consejería de Hacienda cimenta este argumento en una sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de septiembre de 2005. Y lo refuerza con dos consultas de la Dirección General de Tributos del Estado que señalan: «Desaparecido el vínculo matrimonial —sea por fallecimiento, sea por divorcio— y rota entre los cónyuges cualquier relación parental, igual ruptura se produce respecto a la familia de uno de ellos en relación con el otro, desapareciendo, en consecuencia, el parentesco por afinidad»».

Me llamó la atención que se afirmara de manera tan rotunda que el fallecimiento de uno de los esposos extinguiera el parentesco por afinidad que hasta ese momento le unía con los consanguíneos de su consorte, puesto que sobre ello nada dice nuestro ordenamiento y en concreto el Código Civil. Y, además, la mayoría de la doctrina estima que la muerte de uno de los consortes no extingue el parentesco por afinidad.

No obstante, son numerosos los casos en que los organismos competentes de las Comunidades Autónomas deniegan a estas personas su inclusión en el Grupo III, posición que comparte la Dirección General de los Tributos. Sin embargo, la más reciente jurisprudencia considera que no ha lugar a la extinción del parentesco por afinidad como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges, a pesar de que se haya extinguido el vínculo matrimonial.

II. CONCEPTO DE PARENTESCO

Nuestro Código Civil no define el parentesco, como sucede con otras muchas instituciones. Pero contiene normas referentes al mismo en el Capítulo III, «De la sucesión intestada», del Libro III, «De los diferentes modos de adquirir la propiedad», cuya Sección 2.^a lleva por rúbrica «Del parentesco». Y los artículos 915 al 923 regulan el sistema del cómputo del parentesco y sus grados, preceptos cuya redacción no se ha alterado desde la promulgación del Código en 1889. El único precepto de esta sección que ha sido modificado como consecuencia de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio es el artículo 919 del Código Civil. Precepto, cuya redacción originaria preceptuaba: «La computación de que trata el artículo anterior rige en todas las materias, excepto en las que tengan relación con los impedimentos del matrimonio canónico». La redacción actual dice: «El cómputo de que trata el artículo anterior rige en todas las materias». Con ello desaparece la diferencia que existía en el cómputo de grados en el orden civil y canónico.

Parentesco es «el vínculo que liga a unas personas con otras, vínculo que, pudiendo proceder de diversas causas, da origen a distintas clases del mismo»². O como señalan DIAZ-AMBRONA y HERNÁNDEZ GIL³ «la relación o nexo que existe entre personas unidas por vínculo de sangre (consanguinidad), o de índole reconocida por la ley (afinidad, adopción)».

El parentesco puede ser por consanguinidad y por afinidad. Existiendo anteriormente otra clase de parentesco, el espiritual que se establecía «entre bautizante y bautizado y entre este y el padrino como consecuencia del bautismo, así como entre confirmado y su padrino como consecuencia de la confirmación, de acuerdo con la antiquísima costumbre de la Iglesia católica y recogida después en el Derecho canónico. En el Código canónico de 1917 el parentesco espiritual derivado del bautismo constituía todavía impedimento matrimonial no dispensable, pero en el Codex de 1983 este impedimento ya no se menciona, siendo también inoperante para el matrimonio civil»⁴. De ahí, que por parentesco en general se entendiese la relación existente entre varias personas «por virtud de la naturaleza, de la ley o de la religión»⁵.

El parentesco procede bien de la filiación, tanto biológica como adoptiva, en el caso del parentesco por consanguinidad, y del matrimonio en el parentesco por afinidad. Del parentesco se derivan derechos, obligaciones y algunas prohibiciones jurídicas existentes no solo en el Derecho civil, sino también en el Derecho penal, administrativo, procesal, laboral, tributario...

III. PARENTESCO POR AFINIDAD

El parentesco por afinidad se puede definir, siguiendo a DÍEZ-PICAZO y GULLÓN⁶, como: «aquel que se establece entre un cónyuge y los parientes por consanguinidad del otro».

Sin embargo, entre los cónyuges no existe ningún parentesco. Postura que comparte la mayoría de la doctrina, pues el matrimonio no genera relación parental alguna, aunque si produce un nuevo estado civil para los cónyuges. «El matrimonio —que hace familiares a los cónyuges— no los convierte, señala acertadamente ALBALADEJO⁷, en parientes entre sí». La relación entre ellos queda reducida a un vínculo «sui generis», según la STS de 18 de marzo de 2003⁸, en su Fundamento de Derecho sexto. Por ello, no me parece acertada la afirmación del Fundamento de Derecho primero, párrafo 2.º, de la STS (Sala de lo Penal), de 27 de septiembre de 2005⁹ de que: «El parentesco por afinidad se genera y sostiene en el matrimonio, por lo que desaparecido el vínculo matrimonial se extingue este, rompiéndose entre los cónyuges cualquier relación parental...». También LUZÓN¹⁰ considera cuando menos discutible dicha afirmación.

Al parentesco por afinidad se le denomina así mismo parentesco político; pero los parientes de ambos cónyuges no son afines entre sí: la afinidad no genera afinidad. Postura compartida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. En este sentido, la STS, de 10 de julio de 2013¹¹, advierte en su Fundamento de Derecho décimocuarto que: «(...) Asiste la razón al recurrente dado que el parentesco por afinidad se limita al cónyuge con los parientes consanguíneos del otro, y no se extiende a los parientes consanguíneos de un cónyuge con los del otro, (...)».

No obstante, la STS de 18 de febrero de 1998¹², de la Sala de lo Social, hizo una interpretación diferente en su Fundamento de Derecho quinto, párrafo segundo. La cuestión sometida a enjuiciamiento en este litigio de si dentro de la relación de afinidad se comprenden solamente los hermanos del cónyuge trabajador, o se incluyen también los cónyuges de los hermanos, a efectos del permiso por desgracia familiar fue resuelta en el sentido siguiente: «El sustrato social de la relación jurídica de afinidad es la unión o proximidad entre dos linajes que produce la existencia de un eslabón común entre ellos; así lo recuerdan las propias fuentes romanas (Digesto 38.10.4.3). Y es justamente esta proximidad la que ha generado unos deberes o usos sociales, que el ordenamiento jurídico

convierte, dentro de ciertos grados o líneas, en obligaciones o normas jurídicas de distinto contenido (deberes, permisos, prohibiciones, incompatibilidades).

La anterior consideración de la génesis y desenvolvimiento de la relación de afinidad permite afirmar que el concepto jurídico de la misma no debe definirse al margen o con abstracción completa de los deberes y usos que son práctica entre los afines en la convivencia social. Y justamente estos deberes y usos sociales se caracterizan por la bilateralidad o doble dirección, al menos en la inmensa mayoría de los aspectos de la relación».

El Fundamento de Derecho sexto, de la misma sentencia, en el párrafo segundo estima que: «Como se reconoce en el dictamen doctrinal aportado con el recurso, el Código Civil español no contiene una definición de la afinidad, e incluso los aspectos jurídico-civiles de esta relación se han aligerado notablemente con el paso del tiempo. Por otra parte, tampoco han podido alegarse en el recurso doctrinas o corrientes jurisprudenciales en apoyo de su tesis. En estas condiciones no parece posible hablar de un concepto civil de la afinidad identificado con la versión restrictiva propuesta, y menos aún de un concepto civil común con pretensiones de valor normativo supletorio en las materias regidas por otras leyes. Es claro en fin que la construcción doctrinal o jurisprudencial de un concepto civil de afinidad con aspiraciones de validez común, y dotado de operatividad no limitada a un aspecto concreto de la misma, habrá de dar cuenta de las principales manifestaciones jurídicas de esta relación en todos los sectores del ordenamiento jurídico, entre ellas las que estén presentes en la rama social del derecho, y en concreto el instituto del permiso por desgracia familiar».

Y, por último, su Fundamento de Derecho séptimo establece: «...que el estudio de los antecedentes históricos inmediatos del precepto, y específicamente de las reglas de interpretación de los contratos y actos jurídicos, que ciertamente son aplicables a los convenios colectivos según jurisprudencia constante, refuerza la conclusión alcanzada, habida cuenta de que «el uso o la costumbre del país» se tendrá en cuenta para interpretar los contratos (art. 1287 del Código Civil), y que, atendiendo al uso generalizado del lenguaje, no cabe negar la condición de cuñados a los cónyuges de los hermanos del trabajador a los efectos del permiso por desgracia familiar».

La tesis de esta sentencia, pese a la loable finalidad perseguida, no puede ser compartida por lo que llevamos dicho hasta ahora. Resultando más convincente lo expuesto en el voto particular de uno de los magistrados de la Sala¹³, cuando afirma que: «...es claro que si la afinidad solo nace del propio matrimonio de la persona a partir del cual se hace el cómputo, que por un lado, solo los hermanos del cónyuge del trabajador, están comprendidos dentro del segundo grado lo mismo que también lo están, respecto a dicho cónyuge los hermanos del trabajador, pero no lo están los cónyuges de los referidos hermanos; no es óbice a lo anterior el hecho de que si la situación se contempla desde la perspectiva del cónyuge de un hermano del trabajador, aquel, sea aún con el

trabajador, pues en este caso, ese parentesco por afinidad nace de su propio matrimonio, cuestión distinta. La circunstancia de que en la realidad diaria se suele afirmar tal vínculo, no puede conducir a que por aplicación del artículo 1287 del Código Civil, se pueda entender comprendidos a los cónyuges de los hermanos consanguíneos del trabajador dentro de los parientes a quienes se refiere la cláusula debatida; ello solo tiene efectos y relevancia en las relaciones sociales; es cierto que en dicho artículo se dice que los usos y costumbres se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos; supliendo en esta la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecer, pero dicha regla interpretativa de los contratos solo tiene aplicación supletoria respecto a lo establecido en el artículo 1281 y 1282 del mismo cuerpo legal, y siempre que estemos ante una cláusula ambigua, y esto aquí no sucede, como se ha razonado anteriormente; la propia redacción literal de la demanda revela sin lugar a duda que la intención de las partes negociadoras del Convenio Colectivo fue remitirse clara y terminantemente a las normas del Derecho Civil, que es donde se regula el parentesco tanto por consanguinidad como por afinidad y su grado».

El parentesco por afinidad puede ser, al igual que el de consanguinidad, en línea recta o en línea colateral. Y, a pesar de que, «no hay en esta figura realmente generaciones, y careciendo por sí de grados computables, deberán tomarse los de consanguinidad en préstamo: consanguíneos de un cónyuge en iguales línea y grado son afines del otro»¹⁴. En este sentido, se ha pronunciado la Jurisprudencia. Valga de ejemplo la STS de 12 de diciembre de 2011¹⁵ que en su Fundamento de Derecho primero dice: «El parentesco se subdivide entre consanguíneos que son aquellos que proceden de la misma familia y afines que comprenden al cónyuge y a los familiares consanguíneos de este con el otro cónyuge y sus parientes consanguíneos y que proceden de línea directa ascendente o descendente, cuando descienden unas de las otras, o de línea colateral, que se da entre aquellas personas que descienden de un ascendiente común, no existe una sucesión directa de unas a otras, determinando una mayor o menor proximidad en el grado de parentesco una reducción mayor o menor del impuesto según sea el mismo, situándose el parentesco por afinidad en el mismo grado en el que se encuentre el consanguíneo del que se derive la afinidad».

El Código Civil español, a diferencia de otros Códigos extranjeros, guarda silencio respecto a esta clase de parentesco. Entre los Códigos de nuestro entorno que se ocupan del parentesco por afinidad, podemos mencionar: el Código Civil italiano que en su artículo 78 dice que la afinidad es el vínculo entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge; y el Código Civil portugués que en su artículo 1584 de forma muy similar establece: «Afinidade é o vínculo que liga cada um dos conjugues aos parentes do outro». El BGB, en su artículo 1590 dispone que los familiares de un esposo están relacionados con el otro por

afinidad («schawagerschaft») según la línea y el grado con el que estuviesen relacionados con el primer esposo¹⁶. También los Códigos hispanoamericanos hacen referencia al parentesco por afinidad.

Quid iuris en el caso de las relaciones extramatrimoniales entre parejas estables no casadas. ¿Cabe hablar también de parentesco por afinidad? En principio, la respuesta debería ser negativa, ya que esta clase de parentesco tiene su fundamento y razón de ser en el matrimonio, y como manifiesta TARRAGATO¹⁷: «al formar ambos cónyuges personalidad única, la mujer emparenta con los deudos del marido y este con los de aquella. La afinidad participa del parentesco concebida de este modo, en cuanto que le supone y en él se apoya, pero difieren cuanto que resulta no de la concepción y nacimiento, sino del matrimonio solamente». En el mismo sentido se pronuncia CABALLERO GONZÁLEZ¹⁸: «En el Derecho civil solo el matrimonio da origen a este tipo de parentesco, de modo que no existe una afinidad extramatrimonial. Por el contrario, el Derecho canónico históricamente admitía al lado de la *afinitas legitima la afinitas ilegítima o afinitas ex copula illicita*». De igual opinión PEÑA¹⁹: «La razón de este vínculo parental —dice este autor— está en el matrimonio (si el matrimonio es inválido no habrá afinidad, salvo los efectos del matrimonio putativo)». De modo similar, la mayoría de la doctrina²⁰ al definir la afinidad, señala que este tipo de parentesco surge entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro como consecuencia del matrimonio. Así LACRUZ y SANCHO²¹ señalan que es la relación existente «entre dos personas por ser la una consanguínea del cónyuge de la otra».

Sin embargo, en nuestro Derecho Histórico, ya Las Partidas (Partida IV, Título VI) al ocuparse del parentesco por afinidad o *cuñadez* lo definían como la «*alleganza* de personas que viene del ayuntamiento del varón e de la mujer, sean o no casados», aclarando a continuación que los parientes de la mujer se hacen cuñados del varón y los parientes de este cuñados de la mujer²².

También, el antiguo artículo 84 del Código Civil, en sus números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º, que regulaba el impedimento de parentesco por consanguinidad y afinidad para contraer matrimonio civil, hacía referencia a la afinidad legítima y a la afinidad natural²³; precepto suprimido a raíz de la Ley 30/1981, de 7 de julio. El Código hacía referencia al impedimento de parentesco por afinidad en línea recta, legítima y natural, esto es, tanto si su origen estaba en el matrimonio como fuera del mismo. Sin embargo, si el parentesco de afinidad era en línea colateral, únicamente, existía el impedimento hasta el segundo grado si era natural, y hasta el cuarto grado si la afinidad era legítima. De lo que se deduce que, si la afinidad natural impedía el matrimonio se debía a que existía parentesco, y consecuentemente, también, tenía su fundamento en una relación extramatrimonial.

Nuestro Código Civil nada dice al respecto, y tampoco existe una Ley general para toda España que se ocupe de las relaciones *more uxorio*. Antes bien,

algunas Comunidades Autónomas han regulado lo que antes se denominaba concubinato. Pero la regulación varía según que tengan o no competencia para «la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan», a tenor del artículo 149.1.^a 8.^a de la Constitución española.

Y al socaire de este precepto, han dictado leyes sobre parejas no casadas²⁴, otorgando a sus miembros, siempre que cumplan unos determinados requisitos, efectos civiles muy similares o idénticos a los de los cónyuges. A pesar de no existir ninguna referencia al parentesco en estas leyes, debido a que se equiparan los convivientes a los consortes se podría interpretar por ello que implícitamente entre los parientes consanguíneos de un miembro de la pareja y el otro hay parentesco por afinidad. En cambio otras Comunidades Autónomas carentes de esta competencia, a pesar de haber aprobado leyes sobre parejas no casadas²⁵, no pueden establecer ningún efecto civil respecto de los convivientes, aun cuando en aquellas materias para las que resultan competentes equiparen los convivientes con los cónyuges reconociéndoles los efectos jurídicos correspondientes.

Por ello señala LASARTE²⁶ que: «algunas disposiciones concretas equiparan el matrimonio y las relaciones *more uxorio* a efectos del parentesco por afinidad y que sin duda la jurisprudencia llegaría a la misma conclusión si se enfrentara con supuestos en que uno de tales convivientes pretendiera convertir en lícito lo que para uno de los cónyuges resulta vetado por la legislación en vigor».

Algunos Códigos civiles extranjeros contemplan expresamente este supuesto. Así sucede con el Código suizo²⁷ al disponer en su artículo 21 que: «los parientes de una persona son en la misma línea y en el mismo grado los afines (alliés) de su cónyuge o de su compañero registrado»; el Código Civil boliviano que en su artículo 294 dispone que: «el parentesco de afinidad es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre cónyuges y sus respectivos parientes consanguíneos». O el Código chileno que en su artículo 32 define la afinidad como la existente «entre una de dos personas que no han contraído matrimonio y se han conocido carnalmente, y los consanguíneos legítimos o ilegítimos de la otra, o entre una de las dos personas que están o han estado casadas y los consanguíneos ilegítimos de la otra».

A la vista de lo hasta ahora expuesto me inclino por considerar que el parentesco por afinidad en nuestro ordenamiento solo surge de una relación matrimonial pues su fundamento se encuentra en el matrimonio. Extenderlo por tanto analógicamente a las relaciones de parejas estables no casadas no lo estimo hoy por hoy jurídicamente posible ni adecuado, pese a que coloquial o socialmente puedan considerarse o se hable de parientes. En un futuro no muy lejano no resulta, sin embargo, aventurado avizorar una total equiparación de efectos entre todas ellas, dado el notable aumento social de parejas estables no casadas. Como ya notaron los romanos «*o tempora, o mores*».

IV. EFECTOS DEL PARENTESCO POR AFINIDAD

A diferencia de épocas pasadas, en la actualidad el parentesco por afinidad tiene menor relevancia jurídica. «La afinidad realmente es una creación legal; es una situación que el Derecho tiene en cuenta, no muy frecuentemente, para atribuirle determinados efectos»²⁸. Pero no por ello puede decirse que haya dejado de existir ya que «el Derecho positivo conoce y reconoce el parentesco por afinidad, (aunque) algunos civilistas actuales manifiesten un profundo desapego hacia tal modalidad parental, probablemente motivado por la circunstancia de que, en su origen, la noción de afinidad fue regulada fundamentalmente por las normas propias del Derecho canónico, sobre todo en cuanto impedimento matrimonial»²⁹, dado que el parentesco por afinidad constituyó hasta hace no mucho impedimento para contraer matrimonio.

Hasta la reforma del Código Civil por la Ley 30/1981, en España existían dos clases de matrimonio: el civil y el canónico. Para el primero el Código contemplaba este impedimento en su antiguo artículo 84: «Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: 1.º Los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad legítima o natural. 2.º Los colaterales por consanguinidad legítima hasta el cuarto grado. 3.º Los colaterales por afinidad legítima hasta el cuarto grado. 4.º Los colaterales por consanguinidad o afinidad natural hasta el segundo grado». Sin embargo, el Gobierno³⁰ podía dispensar, conforme establecía el artículo 85 en su anterior redacción, con justa causa y a instancia de parte, entre otros impedimentos de los «nacidos de afinidad legítima o natural entre colaterales». En cuanto al matrimonio canónico, y conforme al primer Código de Derecho Canónico de 1917, el canon 1077 preceptuaba que: «1. La afinidad en línea recta dirime el matrimonio en cualquier grado; y, en línea colateral lo dirime hasta el segundo grado inclusive».

Tras la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modificó la regulación del matrimonio, solo hay un matrimonio: el civil, aunque admita distintas formas, entre otras la canónica. Los impedimentos para contraer matrimonio están regulados en los vigentes artículos 46 y 47 del Código Civil, habiendo desaparecido el de afinidad. Subsistiendo, sin embargo, para el matrimonio en forma canónica, aunque solo en la línea recta. Lo dispone el actual canon 1092 del Código de Derecho Canónico de 1983 en los siguientes términos: «La afinidad en línea recta dirime el matrimonio en cualquier grado». Por consiguiente, para aquellas personas que contraigan matrimonio —con efectos civiles desde su celebración según el artículo 61 del Código Civil— conforme a las normas de la Iglesia católica persiste este impedimento.

No obstante esta pérdida de relevancia histórica, en nuestro Código Civil el parentesco por afinidad la sigue teniendo en la adopción (arts. 175.3.2.º³¹, 176.2.1.º³² y 178.2.1.º³³); respecto de los testigos en los testamentos (arts. 681.5.º³⁴ y 682 párrafo primero³⁵); y en cuanto a la capacidad para suceder hay que tener

en cuenta el artículo 754³⁶. Así como en otras ramas del ordenamiento jurídico³⁷: Derecho penal, laboral; y leyes especiales: Ley Orgánica del Poder Judicial, Estatuto del Ministerio Fiscal, Estatuto General de la Abogacía, Estatuto General de los Procuradores, y también en materia de Procedimiento administrativo.

V. ¿LA EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO PONE FIN AL PARENTESCO POR AFINIDAD?

1. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL MATRIMONIO

El matrimonio se disuelve, cualquiera que sea la forma y el tiempo de su celebración, por muerte, declaración de fallecimiento y divorcio, a tenor del artículo 85, introducido en el Código Civil por la Ley 30/1981. Aunque también, como señala MONTÉS, «del artículo 80 CC se deduce que hay al menos otra causa recibida del ordenamiento canónico, que es la dispensa del matrimonio rato y no consumado que regulan los cánones 1061.1, 1142, 1697 y sigs. *Codex*. A tenor de este precepto del CC las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, siempre que se declaren ajustadas a Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente»³⁸.

Con anterioridad a esta Ley no había en el Código precepto alguno que indicara las causas de extinción del matrimonio. Aunque, claro es, la muerte de uno de los cónyuges ponía fin al matrimonio pues «la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas», conforme al antiguo artículo 32 párrafo primero del Código Civil, que se mantiene en la redacción actual de este precepto como único apartado, una vez suprimido el párrafo segundo³⁹. Observa PEÑA⁴⁰ que: «La muerte termina con el vínculo conyugal. Pero el matrimonio tiene trascendencia jurídica aún después de la disolución por muerte de un cónyuge, en particular porque está llamado a su herencia el otro como heredero forzoso y como heredero abintestato». El efecto principal que producía y produce la muerte es que el cónyuge superviviente puede volver a contraer nuevo matrimonio.

La declaración de fallecimiento es a su vez nueva causa de extinción del matrimonio, cualquiera que sea la forma de su celebración, y se equipara a estos efectos a la muerte. El artículo 195, incluido en el Código Civil por la Ley de 8 de septiembre de 1939 cuya redacción se mantiene, a excepción del párrafo tercero suprimido por la Ley 30/1981, establecía: «La declaración de fallecimiento no bastará por si sola para que el cónyuge presente pueda contraer ulterior matrimonio». Apartado, cuyo contenido se aplicaba al matrimonio civil, y del que se deducía que la declaración de fallecimiento no extinguía esta clase de matrimonio⁴¹. Por el contrario, el matrimonio canónico, celebrado por la mayoría de las personas que seguían las normas de la Iglesia católica, permitía

contraer nuevo matrimonio si, «en virtud de la oportuna información canónica tramitada con arreglo a la Instrucción de 13 de mayo de 1868, adquieren, ya que no la certeza absoluta, a lo menos la certeza moral de la muerte del otro cónyuge (canon 1053)»⁴².

El divorcio, implantado por segunda vez en nuestro Ordenamiento tras el breve paréntesis de la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, derogada por la Ley de 23 de septiembre de 1939, fue una de las novedades más sobresalientes de la Ley de 7 de julio de 1981 y quizá la más polémica. Esta causa de disolución del matrimonio se diferencia de las otras dos en que el vínculo matrimonial se extingue en vida de ambos cónyuges, y produce una serie de efectos para los exesposos que se recogen en la sentencia judicial que pone fin al procedimiento matrimonial, sin que ninguno de los consortes sea heredero del otro.

«Por disolución del matrimonio, subrayan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN⁴³, se entiende el hecho jurídico que extingue el vínculo y la relación jurídica conyugal. Por la naturaleza de las cosas no es posible que la finalización o extinción del matrimonio signifique, sin más, una total desaparición *ex tunc* de cualquier tipo de relaciones y de todo el conjunto de derechos y obligaciones. El matrimonio crea entre las personas una situación irrevocable e imborrable, de manera que en aquellos casos en que la disolución se produce viviendo los dos cónyuges es inevitable la necesidad de articular un sistema de derechos y obligaciones posconyugales».

La extinción del matrimonio produce unos efectos que en su mayoría vienen establecidos en el Código Civil, cualquiera que sea la causa que la haya motivado, pero no son iguales en todos los supuestos. Sin embargo el Código guarda silencio sobre si se extingue o no el parentesco por afinidad, que al igual que todos los efectos derivados del matrimonio surgen como consecuencia de su celebración.

2. ¿LA MUERTE DE UNO DE LOS CÓNYUGES ES CAUSA DE EXTINCIÓN DEL PARENTESCO POR AFINIDAD?

La relación de afinidad nace como consecuencia de la celebración del matrimonio, pero no implica que en todos los supuestos de disolución finalice esta relación parental. Pues, de ser así todas las consecuencias surgidas del matrimonio habrían de extinguirse también a su terminación. Más como el matrimonio nulo nunca ha existido y el putativo no invalida «los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe», artículo 79 del Código Civil, no existe ninguna razón para que los efectos ya producidos en un matrimonio contraído válidamente hayan de desaparecer como consecuencia de su conclusión.

No obstante hay que distinguir según sea la causa de extinción del matrimonio. Si este finaliza como consecuencia de la muerte o la declaración de

fallecimiento de uno de los cónyuges, causa independiente por tanto de su voluntad, entiendo que el parentesco por afinidad no desaparece.

La mayoría de la doctrina que se ha ocupado de este aspecto, a decir verdad no muy copiosa, opina igualmente que el parentesco por afinidad no se extingue por la muerte de uno de los cónyuges. Posición a la que, como he dicho, me sumo y que en mi opinión ha de extenderse asimismo a la declaración de fallecimiento. GARCÍA CANTERO⁴⁴, por su parte, señala: «que algunos autores (Jemolo, Carbonier) destacan que la muerte de un cónyuge deja subsistente algo del vínculo anterior, el cual sigue produciendo efectos particulares. (...) el vínculo de afinidad, nacido en virtud del matrimonio entre cada uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro, subsiste después de la muerte»⁴⁵. A juicio de ALONSO PÉREZ⁴⁶: «si bien la vieja unión conyugal extinguida por la muerte no es capaz de eliminar determinados efectos —emancipación por matrimonio, impedimento de afinidad, ciertas relaciones económicas, etc.— ello no es obstáculo para sostener la desaparición del vínculo matrimonial, tan pronto se constate inequívocamente el fallecimiento del cónyuge». En el mismo sentido se pronuncian DÍAZ-AMBRONA y HERNÁNDEZ GIL⁴⁷: «La muerte, pues, extingue o disuelve el matrimonio, pero no extingue la familia. También deja subsistentes los vínculos de afinidad nacidos del matrimonio y desde el momento de la muerte de un cónyuge surgen derechos sucesorios para el otro». Para LUZÓN⁴⁸: «si el valor fundamental de la afinidad ha sido tradicionalmente el de impedir el matrimonio del cónyuge viudo con determinados afines, carecería tal impedimento de posible aplicación si dicho parentesco se extinguiera con la muerte de tal cónyuge». Consideración lógica que comparto plenamente, pues de no ser así, esto es, si la disolución del matrimonio supusiera la desaparición del parentesco por afinidad una vez disuelto el matrimonio este impedimento carecería de toda razón de ser. Aunque actualmente el parentesco por afinidad no sea impedimento en el matrimonio civil, pero sí en el matrimonio en forma canónica, ello no supone desde mi punto de vista que termine el parentesco. Ya que, como señala RODRÍGUEZ TAPIA⁴⁹: «Parece necesario recordar lo evidente y es que el derogado impedimento matrimonial de afinidad presupone que subsistía dicha afinidad, muerto el cónyuge del bínubo».

Tras preguntarse PEÑA⁵⁰ si la disolución del matrimonio ¿extingue el parentesco por afinidad? y observar que en el Derecho Romano la afinidad se extinguía al disolverse el vínculo por el divorcio o por la muerte del cónyuge, pero, en los grados más próximos persiste como impedimento para el matrimonio, sostiene que: «No es fácil conocer la solución en Derecho español. Parece que la muerte no extingue la afinidad. (En la redacción originaria del Código el impedimento causado por el parentesco de afinidad tenía efectos, es claro, justamente cuando el matrimonio en el que se basa queda disuelto, lo cual casi exclusivamente ocurría por muerte del cónyuge. El criterio de que persiste un especial vínculo es acogido hoy en el artículo 178-2-1.º Esta solución coordina con la idea de que

la intensidad de los efectos de la comunidad plena que el matrimonio produce persisten más allá de la muerte del cónyuge como manifiestan diferentes consecuencias: derechos sucesorios, artículo 1321, antiguo artículo 64, legitimación del cónyuge viudo para ciertas acciones personalísimas, etc.)».

Por el contrario, para OLAGUIBEL⁵¹: «La tendencia, creciente, a considerar que el vínculo de afinidad no sobrevive al matrimonio que le dio origen encuentra su razón de ser en las transformaciones sociales que afectan: 1. A la secularización, con el consiguiente debilitamiento o la desaparición de los paradigmas establecidos por la Iglesia católica, para la cual la relación de afinidad fue siempre relevante». Argumento escasamente convincente, por cuanto que el parentesco surge en el ámbito civil como consecuencia de la celebración del matrimonio y el canónico es solo una más de las formas a las que nuestro ordenamiento reconoce efectos civiles

Algunos ordenamientos extranjeros consideran que el parentesco por afinidad no se extingue por ninguna de las causas de disolución del matrimonio. Entre otros, el Código Civil suizo (art. 21); el BGB (art. 1590.2); el Código Civil chileno (art. 31); el Código Civil de Guatemala (art. 198) y el Código Civil de Ecuador⁵².

Que el parentesco por afinidad desaparezca como consecuencia de la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges no goza de apoyatura legal, criterio jurisprudencial, ni doctrinal alguno convincente.

3. ¿PONE FIN EL DIVORCIO AL PARENTESCO POR AFINIDAD?

Sobre este tema la doctrina es aún más parca, acaso porque el divorcio solo es motivo de conclusión del matrimonio desde la Ley 30/1981, de 7 de julio. Fecha bastante reciente para haber generado una cuantiosa producción científica, y, sobre todo, porque el parentesco por afinidad ha suscitado escaso interés. Máxime en lo relativo al divorcio, por cuanto que quienes se ocupan de ello solo suelen tratar de la muerte como causa de extinción del matrimonio en referencia al parentesco por afinidad. Constituyen una excepción PEÑA y OLAGUIBEL.

A juicio del primero⁵³, es más dudoso que el divorcio no extinga el parentesco por afinidad. «En todo caso —sigue afirmando— no parece que subsista la afinidad cuando el excónyuge contrae nuevo matrimonio o vive maritalmente con otra persona». Y para el segundo⁵⁴ una de las causas de extinción del parentesco por afinidad se debe: «a la extensión del divorcio, que, además de ser ya causa muy frecuente de la disolución de los matrimonios, da lugar en la mayor parte de los casos al surgimiento de nuevas relaciones familiares o parafamiliares —familias «alargadas», «incrustadas», «ensambladas», «reconstituidas»... que exigen, en opinión de muchos, poner límites a la proliferación de las relaciones de afinidad o alianza surgidas de los nuevos matrimonios. A

este respecto no es irrelevante la consideración adicional de que el divorcio no solo consagra el distanciamiento afectivo entre los propios cónyuges (y sus hijos, desgraciadamente) sino también, en la misma o mayor medida, entre los parientes de uno y otro».

Cuando la causa de disolución del matrimonio es el divorcio, en el que interviene por tanto la voluntad de ambos consortes o la de uno de ellos, resulta más difícil mantener la subsistencia del parentesco por afinidad. La relación entre los que fueron esposos en la mayoría de los casos deja de existir y, consecuentemente, también con la familia de estos. No proyectarla al ámbito jurídico carece de sentido.

Algunos ordenamientos extranjeros distinguen entre el fallecimiento y las otras causas de extinción del matrimonio (divorcio). Así el Código Civil portugués (art. 1585); el Código Civil italiano (art. 78); el Código Civil peruano (art. 237) y el Código Civil brasileño (art. 1595⁵⁵)

VI. EL ARTÍCULO 20.2 DE LA LEY 29/1987, DE 18 DE DICIEMBRE, DEL IMPUESTO DE SUCESIONES Y DONACIONES

Si el parentesco por afinidad finaliza con la extinción del matrimonio o por el contrario permanece, esto es, si los parientes por afinidad continúan siéndolo después de la muerte, de la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges o del divorcio de ambos esposos, tiene gran trascendencia en el aspecto sucesorio, y dentro de este en el plano tributario.

De conformidad con el artículo 807, los parientes por afinidad, en la sucesión testada, no son legitimarios; ni herederos del causante, según los artículos 930 y siguientes del Código Civil en la sucesión intestada. No obstante, en la sucesión testamentaria, sí es posible que el testador les nombre herederos o legatarios en la parte de libre disposición.

No es insólito que el causante deje en testamento algo a un pariente por afinidad, y, por tanto, que el parentesco permanezca o se extinga tras su muerte, da lugar a que el heredero o legatario tenga derecho o no a una importante reducción económica en el pago de impuestos.

La Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, en su artículo 20⁵⁶ contiene reglas para determinar la base liquidable y, establece, entre otras, una reducción de la base imponible de cuantía variable según el grado de parentesco entre el causante y el beneficiario, dependiente del Grupo en que se encuadren. El apartado 2 señala los distintos Grupos, y el Grupo III incluye a los «colaterales de segundo y tercer grado, ascendientes y descendientes por afinidad» a los que se les favorece con una reducción. Por el contrario, los integrantes del Grupo IV, «colaterales de cuarto grado, grados más distantes y extraños», carecen de reducción alguna.

Todo el debate gira sobre la interpretación del artículo 20 de la Ley 29/1987. Pues, en los supuestos en que el pariente por afinidad recibe algún bien de la herencia del causante, considera que le debe ser aplicable la reducción prevista al Grupo III del artículo 20. 2 a) de la Ley 29/1987, con la pertinente reducción por parentesco en la base y los coeficientes establecidos en el artículo 22 de la misma Ley.

1. POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS TRIBUTOS

Las Consejerías de Economía de las distintas Comunidades Autónomas consideran que la extinción del matrimonio determina el fin del parentesco por afinidad, con la consecuencia de que los parientes dejan de serlo, y, consiguientemente, no se les puede incluir en el Grupo III, sino que hay que considerarlos extraños y pertenecientes, pues, al Grupo IV.

La misma posición mantiene la Dirección General de los Tributos del Estado, que estima que desaparecido el vínculo matrimonial desaparece legalmente la relación de afinidad. Postura que reitera en diferentes consultas.

La de 25 de noviembre de 2004 indica que: «una vez producido el fallecimiento, desaparece la relación de afinidad de la viuda ya como colateral de segundo grado con los hermanos de su marido, ya como descendiente respecto de sus suegros y ello porque esa relación de parentesco surgida con el matrimonio con los consanguíneos del consorte exige la subsistencia de la persona que sirve de nexo o enlace para establecer el parentesco (el marido), de forma que su desaparición implica la inmediata desaparición jurídica del parentesco».

La Consulta vinculante núm. V2253/07, del 25 de octubre de 2007, de la Dirección General de los Tributos, y que ha sido asumida por las administraciones autonómicas, establece lo siguiente: «...si por “hijastro” se entiende el “hijo de uno de los cónyuges respecto del hijo del otro que no lo procreó”, y parentesco por afinidad el que “mediante el matrimonio se establece entre cada cónyuge y los deudos por consanguinidad del otro”, los hijastros deben quedar incluidos en el Grupo III de los establecidos en el referido artículo 20. Se considerará, por tanto, que a efectos de la reducción por parentesco establecido en la letra a) del artículo 20.2 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, quedan asimilados, aunque se trate de figuras conceptualmente distintas, a los colaterales de segundo y tercer grado y los ascendientes y descendientes por afinidad.

Dicho esto, de la misma forma que los hijos son respecto del padre (y causante en el supuesto que plantea el escrito de consulta) herederos forzosos que no “directos”, con derecho a legítima conforme a los artículos 807 y 808 del Código Civil, el vínculo de parentesco que les une con la persona que contrajo matrimonio con su padre en segundas nupcias subsiste en tanto sobrevive este

último. Una vez fallecido este y no habiéndose producido adopción del cónyuge respecto de los hijos del otro, el vínculo parental entre una y otros desaparece y, en consecuencia, si abierto el testamento, resultaren llamados a heredar a dicha persona, los herederos quedarían adscritos al Grupo IV del citado artículo, apartado y letra y, por tanto sin derecho a reducción por razón de parentesco».

La Administración Tributaria realiza una interpretación *pro domo sua*, con el resultado de que el beneficio fiscal resulte inaplicable. Ha sido precisamente a partir de que los parientes por afinidad pudieran beneficiarse de una reducción en su base imponible si son herederos del causante, cuando los organismos tributarios han considerado extinguido el parentesco por afinidad como consecuencia de la muerte del cónyuge que daba origen a esta relación. Sin aducir ningún razonamiento ni motivo justificador de su decisión. Por lo que cabe inferir que no existe más razón que la puramente recaudatoria.

En cambio la Dirección General de Tributos de la Generalidad de Cataluña, en su Instrucción 4/2006 (que revoca parcialmente el criterio previamente establecido en tres contestaciones evacuadas en 2004), relativa a «la aplicación de las reducciones del Impuesto de Sucesiones y Donaciones en el caso relativo de afinidad», hace una interpretación más ecuaníme —con la que estoy de acuerdo— diferenciando los distintos supuestos de crisis matrimonial del fallecimiento del cónyuge. Para ello, identifica —previa aclaración de que, al menos en 2006, «el parentesco por afinidad (no) tiene su origen y soporte (...) en las relaciones estables de pareja o en otras situaciones convivenciales» —dos situaciones distintas: i) «el parentesco por afinidad se conserva tras la muerte de uno de los cónyuges, puesto que este hecho constituye una causa ordinaria de disolución del matrimonio independiente de la voluntad de sus miembros. También se mantiene el parentesco por afinidad en caso de separación matrimonial, ya que en este caso no hay una disolución del matrimonio»; ii) «el parentesco por afinidad se pierde, en cambio, en los supuestos de nulidad o divorcio del matrimonio»⁵⁷.

2. ENFOQUE DE LOS TRIBUNALES ECONÓMICO-ADMINISTRATIVOS

Contraria es la doctrina de los Tribunales Económico-Administrativos, tanto regionales como Central, que estiman que el parentesco por afinidad no finaliza como consecuencia del fallecimiento del cónyuge.

Cabe citar, entre otras, la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Granada, de 24 de julio de 2012, que en su Fundamento de Derecho cuarto señala: «El artículo 12.1 de la LGT establece que las normas tributarias se interpretarán con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 del Código Civil, que a su vez dice (...). Pues bien, en nuestra sociedad el parentesco no se extingue por la muerte de uno de los parientes, una persona

es hijo de otra, aunque esta haya fallecido y no por ello deja de ser «hijo de», es más la «muerte» del pariente produce consecuencias jurídicas derivadas de la relación de parentesco. En nuestro Ordenamiento jurídico tributario el legislador ha evolucionado en pos de ampliar los beneficios fiscales del Impuesto sobre Sucesiones desde la relación de parentesco por consanguinidad a también por afinidad, así lo ha interpretado el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de marzo de 2003.

Y en su Fundamento de Derecho quinto dice: «Esta cuestión también ha sido objeto de examen por el TSJ de la Región de Murcia en sentencia núm. 465/2007, de 25 de mayo de 2007 y llega a la conclusión de que nuestro Código Civil no establece que el parentesco por afinidad se extinga por el fallecimiento de una persona, suceso que el legislador no contempla en ningún sitio condición de que haga perder el parentesco con el resto del grupo familiar. Además alude dicho Tribunal a la interpretación que debe realizar el artículo 4.8.2.c) de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio precepto en el que el legislador se refiere a los parientes colaterales de segundo grado, señalando explícitamente «ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, afinidad o en la adopción» por lo que teniendo en cuenta los criterios interpretativos que establece su artículo 3.1 del Código Civil y que el primero de ellos es la literalidad, el sentido propio de sus palabras, no cabe duda de lo que el legislador ha querido decir, pese a la interpretación interesada que realiza la Administración Tributaria con la finalidad clara de que el beneficio fiscal resulte inaplicable. En conclusión consideramos que la reclamante es colateral en segundo grado por afinidad respecto del causante y por ello debe encuadrarse en el grupo tercero de la tarifa del impuesto».

Así como, la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid, de 22 de abril de 2013, que en su Fundamento de Derecho segundo penúltimo párrafo considera que: «Este TEAR hace propio el criterio expresado en la resolución de la Dirección General de Tributos anteriormente expuesta (consulta vinculante núm. V2253/07, dictada el 25 de octubre de 2007 de la Dirección General de los Tributos) consistente en que los hijastros (los hijos de uno de los cónyuges respecto al otro que no es progenitor de los mismos) son descendientes por afinidad y el vertido en la sentencia del TSJ de Madrid de que el parentesco por afinidad no se extingue por el fallecimiento de ninguno de los cónyuges».

Las más recientes resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central, todas ellas de la Vocalía Novena, toman en consideración la STS de 18 de marzo de 2003 de la Sala de lo Contencioso. La primera de ellas, de 14 de noviembre de 2013, (R.G. 4129/11), cuyo Fundamento de Derecho cuarto expresa: «Consecuencia de la anterior doctrina jurisprudencial es que a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones no cabe distinguir dentro de los colaterales entre consanguinidad y afinidad, por lo que la reducción por parentesco prevista en el artículo 20 aplicable en este caso es la del Grupo III,

como asimismo es aplicable el coeficiente multiplicador previsto para dicho grupo regulado en el artículo 22 de dicha Ley, procediendo por tanto anular la liquidación practicada».

Otro tanto sucede con la resolución de fecha 3 de diciembre de 2013, (R.G. 3495/11), que en su Fundamento de Derecho sexto, último párrafo, sostiene: «Por supuesto la referida Sentencia hace la anterior afirmación reconociendo posteriormente que la Tarifa III expresamente regula a los ascendientes y descendientes por afinidad, pero señalando que de no haberlo hecho —como ocurría con los colaterales— deberían entenderse incluidos en dicho Grupo I los ascendientes o descendientes por afinidad.

Este Tribunal entiende trasladable la misma doctrina contenida en dicha Sentencia (reiterada en posteriores de 14 de julio de 2011 y de 12 de diciembre de 2011) al precepto indicado, debiéndose considerar que, al no hacer distinciones la norma, la reducción relativa a los seguros de vida prevista a favor de los descendientes, deberá ser aplicada asimismo a los descendientes por afinidad».

Y la resolución de 3 de diciembre de 2013 (R.G. 3892/11), que sigue asimismo la STS de 12 de diciembre de 2011 de la Sala de lo Contencioso, en su Fundamento de Derecho quinto manifiesta: «...ya nuestro derecho tradicional se inclinaba por considerar subsistente la relación de afinidad aun después del fallecimiento del cónyuge que servía de nexo («adfinitas in coniuge superstitie non deletur»), principio que no se recoge expresamente en nuestro Código Civil aunque sí en otros Códigos más modernos como el italiano (art. 78). Asimismo, en el Derecho canónico la relación de afinidad subsiste después del fallecimiento o anulación del matrimonio, como se pone de manifiesto en los impedimentos por afinidad (C 1092) los cuales se predicen respecto a persona que precisamente por haberse disuelto el matrimonio anterior es apta para contraer un nuevo matrimonio. Lo mismo cabría decir en el sistema de nuestro Código Civil anterior a la reforma introducida por Ley de 7 de julio de 1981, que establecía impedimentos para contraer matrimonio por relación de afinidad, preceptos que hubieran sido inaplicables si se entendiera que nuestro Derecho —aunque no es aplicable por razón de territorio— se pronuncia en el mismo sentido el artículo 133-4.2 del Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón, modificado por el artículo 12.7 de la Ley 3/2012 de 8 de marzo de Medidas Fiscales y Administrativas⁵⁸: «A los efectos de aplicación de los beneficios fiscales en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, se entenderá que el parentesco por afinidad no se pierde por fallecimiento del cónyuge que sirve de nexo...».

Y en su Fundamento de Derecho sexto enseña: «Conviene precisar que este Tribunal Central se pronuncia en la presente resolución exclusivamente respecto al supuesto de extinción del matrimonio por fallecimiento —no por otra causa— sin entrar tampoco a analizar el supuesto de subsiguiente matrimonio del cónyuge superviviente, supuesto exceptuado expresamente en la citada

norma autonómica aragonesa: «...salvo que hubiere segundas nupcias», y al que se refiere en sus razonamientos la referida Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de mayo de 2012». En consecuencia, el Tribunal Económico Administrativo Central desestima el recurso de alzada.

3. DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

La jurisprudencia contencioso-administrativa, tanto de los Tribunales Superiores de Justicia como del Tribunal Supremo, ha sido unánime respecto a qué personas tienen cabida en el Grupo III, considerando que los parientes afines están en dicho Grupo, a pesar de que el matrimonio haya concluido por la muerte de uno de los esposos, pero no así la relación parental.

Muy importante es la STS 1847/2003, de 18 de marzo⁵⁹, base y punto de partida de resoluciones judiciales posteriores y de los Tribunales Económicos Administrativos. Su Fundamento de Derecho tercero precisa: «C) El comentado artículo 20 únicamente distingue en la línea recta descendente y ascendente el parentesco por consanguinidad y afinidad. Así, los Grupos I y II se refieren, solo, al parentesco en línea recta descendente y ascendente consanguíneo y por adopción, y al cónyuge; el Grupo III, a los colaterales de segundo y tercer grado y a la línea recta descendente y ascendente por afinidad; y el Grupo IV, al resto de colaterales y extraños.

Si las normas conforme al artículo 3 del CC, deben interpretarse según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto y atendiendo al espíritu y finalidad de las mismas, la interpretación dada por la Administración solo podría tomarse en consideración si la propia norma no hiciera ninguna distinción entre el parentesco por consanguinidad y afinidad, pero, al diferenciar expresamente a los ascendientes y descendientes de una y otra condición, y no hacer lo mismo con los colaterales, únicamente pueden incluirse en uno u otro Grupo según el grado o generación: grados segundo y tercero en el Grupo III y grados cuarto y sucesivos en el Grupo IV.

Además, la propia norma incluye en el Grupo IV a los colaterales de cuarto grado, grados más distantes y extraños, no habiendo base legal para incluir en este Grupo al resto de parientes afines no incluidos en el Grupo anterior (que, frente al razonamiento del TEAC, no son parientes más lejanos que los colaterales de cuarto grado, sino que pueden ser más próximos, como los cuñados y los sobrinos del cónyuge —que son colaterales de segundo y tercer grado respectivamente»).

Y en el Fundamento de Derecho séptimo, apartado C), se razona que: «Como no estaría justificado que recibieran el mismo trato los descendientes consanguíneos que los de por afinidad (hijastros), el artículo 20 menciona y tarifa expresamente, en el Grupo III, a los ascendientes y descendientes por afinidad.

Y, además, se incluyen en dicho Grupo los colaterales de segundo y tercer grado (y, al haberse derogado el artículo 30.2 del TR de 1967 —que disponía que todos los grados de parentesco eran consanguíneos— tales colaterales lo son, apodícticamente, por consanguinidad y por afinidad, cuando es así, a mayor abundamiento, que el TR de 1967 y, tampoco, la Ley 29/1987 no han reproducido, ya, la norma del artículo 54 del reglamento de 1959, que asimilaba los colaterales por afinidad a los extraños.

Y, además de que, «donde la Ley no distingue no cabe distinguir», es obvio que el legislador no ha querido que existieran diferencias entre los colaterales por consanguinidad y por afinidad, derogando las normas contrarias que han estado vigentes, reglamentariamente hasta 1967».

La STS, 12 de diciembre de 2011⁶⁰, en su Fundamento de Derecho primero, último párrafo, aclara: «...la segunda alternativa es una transgresión del artículo 20 de la Ley 29/1987, pues es indiscutible que el interesado no es un extraño, ya que es sobrino político, pero sobrino, según la terminología usual, y colateral de tercer grado por afinidad, según el CC, del causante (sin que quepa, ya, la «fictio iuris» de asimilar a los colaterales por afinidad con los extraños, pues para tal consideración se requiere una Ley que así lo disponga, cuando, además, lo congruente con toda la evolución expuesta es que en el Grupo III del artículo 20 de la Ley 29/1987 se consideren comprendidos los colaterales de segundo y tercer grado por consanguinidad y por afinidad, con abstracción, también, de los ascendientes y descendientes por afinidad, que no fueron incluidos en el Grupo II».

Por último, la STSJ de Madrid, núm. 30385/2009, de 16 de junio⁶¹, en la que la cuestión sometida a la consideración de la Sala gira sobre la interpretación del artículo 20.2 de la Ley 29/1987 y, en concreto, si la Sra. Corina, sobrina carnal del esposo, premuerto, de la causante y testadora, D.^a Emma, fallecida el 27 de febrero de 1999, debe considerarse comprendida como colateral de tercer grado por afinidad de la finada, en el Grupo III del artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, dentro del concepto «colaterales de segundo y tercer grado», o, por el contrario, según el parecer de la Comunidad de Madrid, debe reputarse en el Grupo IV del citado artículo, dentro del concepto «colaterales de cuarto grado, grados más distintos y extraños».

Pues bien, el Tribunal Supremo en la Sentencia anteriormente citada de 18 de marzo de 2003, en la que se está apoyando la resolución impugnada, se está refiriendo precisamente a un sobrino carnal de la esposa, premuerta, del causante, considerándolo como un colateral de tercer grado por afinidad, y en ningún caso se hace referencia a que este parentesco haya desaparecido porque la esposa del causante hubiere fallecido con anterioridad».

También la Jurisprudencia se ha pronunciado expresamente sobre si la muerte de uno de los cónyuges da lugar a la desaparición del parentesco por afinidad.

La STS de la Sala de lo Penal, de fecha 27 de septiembre de 2005⁶², sentencia que ha generado desconcierto por alguno de sus pronunciamientos⁶³, señala en su Fundamento de Derecho primero punto 2 párrafo segundo: «El parentesco por afinidad se genera y sostiene en el matrimonio, por lo que desaparecido el vínculo matrimonial se extingue este, rompiéndose entre los cónyuges cualquier relación parental, y si se rompe entre los esposos, con más razón respecto a la familia de uno de ellos en relación al otro, esto es, el parentesco por afinidad desaparece. Y ello con independencia de que el viudo o viuda contraiga o no ulteriores nupcias, situación que en nada afecta a la ruptura del matrimonio previo, actuando la disolución del mismo únicamente como un *prius* o presupuesto jurídico de la celebración posterior».

Al igual que la anterior, también considera que se extingue el parentesco por afinidad, la STSJ de Madrid, de 31 de mayo de 2012, según la cual: «la muerte de un cónyuge extingue asimismo la relación de parentesco por afinidad que existía entre aquel cónyuge y los parientes por consanguinidad del otro» puesto que «el parentesco por afinidad se genera y sostiene mientras se mantenga el matrimonio, por lo que desaparecido el vínculo matrimonial —sea por fallecimiento sea por divorcio— se rompe entre los cónyuges cualquier relación parental, e igual ruptura se produce respecto de la familia de uno de ellos en relación con el otro, desapareciendo, en consecuencia, el vínculo por afinidad»⁶⁴.

Por el contrario, afirman que el parentesco no queda extinguido por la muerte de uno de los cónyuges, posición que comparto, las siguientes sentencias: la STSJ de Murcia⁶⁵, 25 de mayo de 2007, que en su Fundamento de Derecho cuarto concluye que: «puesto que en nuestro Código Civil no se establece que el parentesco por afinidad se extinga por el fallecimiento de una persona, que hace que se pierda el parentesco con el resto del grupo familiar y si tenemos en cuenta que dentro de los criterios interpretativos que establece el artículo 3.1 del Código Civil, el primero es la literalidad, el sentido propio de sus palabras, y que el 4.2 c) de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio habla de colaterales de segundo grado, «ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción», la conclusión a la que debemos llegar es que se cumplen todos los requisitos para poder gozar de la reducción del 95% que reclaman los actores». Por lo que, queda claro que no se extingue el parentesco por afinidad debido al fallecimiento de uno de los cónyuges, a pesar de que haya producido la extinción del vínculo matrimonial».

La STSJ del Principado de Asturias de 9 de marzo de 2010⁶⁶, que en su Fundamento de Derecho tercero mantiene: «Ahora bien, sentado lo anterior la parte actora considera que la configuración legal de parentesco por afinidad supera la existencia de un vínculo matrimonial entre dos personas por lo que cuando el matrimonio se disuelve desaparece el parentesco por afinidad del que trae causa, por lo que fallecido el cónyuge, entre el cónyuge superviviente y los parientes por consanguinidad del cónyuge fallecido, ya no existe parentesco

por afinidad siendo así que con el fallecimiento de su marido se extingue el citado parentesco.

Ahora bien el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de marzo de 2003, se estaba refiriendo al caso de una sobrina carnal de la esposa del causante y testador a fin de equiparar los colaterales por consanguinidad con los colaterales por afinidad a fin de su inclusión en el Grupo III, en ningún caso se hace referencia a que este parentesco haya desaparecido porque la esposa del causante hubiera fallecido con anterioridad, es por ello que no discutiéndose por el Tribunal Supremo tal cuestión y no habiendo diferencia alguna entre los parientes por afinidad muerto el cónyuge consanguíneo de tales parientes, es por lo que, procede la desestimación del recurso interpuesto».

Y, por último, la STS de 12 de diciembre de 2011⁶⁷, que en su Fundamento de Derecho tercero expresa: «Ahora bien, sentado lo anterior la parte actora considera que la configuración legal de parentesco por afinidad supera la existencia de un vínculo matrimonial entre dos personas por lo que cuando el matrimonio se disuelve desaparece el parentesco por afinidad del que trae causa, por lo que fallecido el cónyuge, entre el cónyuge supérstite y los parientes por consanguinidad del cónyuge fallecido, ya no existe parentesco por afinidad siendo así que con el fallecimiento de su marido se extingue el citado parentesco.

Ahora bien el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de marzo de 2003, se estaba refiriendo al caso de un sobrino carnal de la esposa, premuerta, del causante considerando como un colateral de tercer grado por afinidad y, en ningún caso se hace referencia a que este parentesco haya desaparecido porque la esposa del causante hubiera fallecido con anterioridad, razones todas ellas que llevan a la desestimación del recurso».

VII. CONCLUSIONES

I. Por cuanto antecede y examinadas las resoluciones judiciales contencioso-administrativas dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia, y el Tribunal Supremo, así como las resoluciones de los Tribunales Económicos-Administrativos en torno a la interpretación del artículo 20.2.a) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, considero que la muerte y la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges no originan la extinción del parentesco por afinidad y, consecuentemente «los ascendientes y descendientes por afinidad» están integrados en el Grupo III, teniendo derecho a la reducción señalada en dicho precepto.

II. Ha sido fundamental la STS de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 18 de marzo de 2003, seguida por resoluciones de los Tribunales Económicos Administrativos Regionales y del Tribunal Económico Administrativo Central, así como por sentencias posteriores del Tribunal Supremo que, por tanto, han creado

jurisprudencia. Basado en definitiva en que: «Si las normas conforme al artículo 3 del CC, deben interpretarse según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto y atendiendo al espíritu y finalidad de las mismas, la interpretación dada por la Administración solo podría tomarse en consideración si la propia norma no hiciera ninguna distinción entre el parentesco por consanguinidad y afinidad, pero, al diferenciar expresamente a los ascendientes y descendientes de una y otra condición, y no hacer lo mismo con los colaterales, únicamente pueden incluirse en uno u otro Grupo según el grado o generación: grados segundo y tercero en el Grupo III y grados cuarto y sucesivos en el Grupo IV»⁶⁸.

III. Por ello llama la atención que las correspondientes Consejerías de las distintas Comunidades Autónomas sigan empeñadas en defender la postura opuesta, es decir que la muerte de uno de los cónyuges extingue el parentesco por afinidad, siguiendo la posición de las consultas emanadas de la Dirección General de Tributos del Estado. Es comprensible que estos organismos defiendan y mantengan que «una vez producido el fallecimiento, desaparece la relación de afinidad», pues su primordial función es la recaudatoria. Pero cuando presentados los recursos procedentes la resolución es desestimatoria y se obliga al contribuyente a iniciar un procedimiento largo y costoso, que se podía fácilmente obviar, para al final, y siguiendo la jurisprudencia, estimar que los parientes por afinidad han de incluirse en el Grupo III no hay duda que tales resoluciones si no son claramente prevaricadoras se les parecen mucho. «Este asunto —apunta GÓMEZ TABOADA—⁶⁹ lejos de ser pacífico y alentar la siempre deseable seguridad jurídica, parece que, —¡como tantos otros!— se muestra como un foco de eventuales conflictos y discrepancias. Contribuyendo a la siempre perniciosa y costosa litigiosidad tributaria. Y es que tal parece nuestro sino».

IV. Como colofón hemos de citar la STS de 14 de julio de 2011⁷⁰, que debería poner fin a esta polémica y acatar las instancias inferiores: «realmente resulta extraño que tomando como base unas sentencias dictadas por Salas de Tribunales Superiores de Justicia con anterioridad a la clara y extensamente fundamentada posición sobre el particular adoptada por este Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de marzo de 2003, se pretenda ahora dar un vuelco a la misma con unas argumentaciones tan respetables como inocuas para alcanzar la finalidad perseguida, habida cuenta de que no son diferentes a las detalladamente consideradas en nuestra citada sentencia, que ha fundado tanto la decisión administrativa como la jurisdiccional alcanzada en instancia».

V. Distinto de la muerte y de la declaración de fallecimiento es el divorcio, como causa de extinción del matrimonio. Tengo mis dudas sobre si el divorcio extingue o no el parentesco por afinidad, aunque me inclino por admitir el cese de esta relación parental, pues los motivos y circunstancias que han originado la extinción del matrimonio son totalmente los opuestos. Además, en la práctica y en relación al tema que hemos desarrollado en este trabajo, no conozco ningún caso llegado a los Tribunales en el que una persona nombre heredero

a un consanguíneo de su *ex* cónyuge, o, si lo hubiere designado no revoque el testamento, ya que por lo general la relación entre ellos se ha deteriorado, es cada vez más distante, o ha finalizado.

VI. Como reza el brocardo latino, «*adfinitas in coniuge superstita non deletur*», la afinidad no cesa por la muerte del cónyuge; o —acaso cabría añadir— por otras causas de extinción de la relación conyugal.

VIII. INDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 18 de marzo de 2003, 1847/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo)
- STS de 27 de septiembre de 2005, 5597/2005 (Sala de lo Penal)
- STS de 10 de julio de 2013, 3883/2013 (Sala de lo Penal)
- STS de 18 de febrero de 1998, 1071/1998 (Sala de lo Social)
- STS de 12 de diciembre de 2011, 9176/2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo)
- STS de 14 de julio de 2011, (Sala de lo Contencioso-Administrativo)
- STSJ de Madrid, de 16 de junio de 2009, 30385/2009, (Sala de lo Contencioso-Administrativo)
- STSJ de Madrid, de 31 de mayo de 2012, (Sala de lo Contencioso-Administrativo)
- STSJ de Murcia, de 25 de mayo de 2007, 2201/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2)
- STSJ del Principado de Asturias de 9 de marzo de 2010, 250/10 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1)
- Consulta de la Dirección General de Tributos del Estado de 25 de noviembre de 2004
- Consulta de la Dirección General de Tributos del Estado de 25 de octubre de 2007
- Instrucción de la Dirección General de Tributos de la Generalidad de Cataluña, 4/2006
- Resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Granada, de 24 de julio de 2012. Reclamación, núm. 18/1358/11
- Resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid, de 22 de Abril de 2013. Reclamación, núm. 28-07334-2013-00
- Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, Vocalía Novena, de 14 de noviembre de 2013. (R.G. 4129/11)
- Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, Vocalía Novena, de 3 de diciembre de 2013. (R.G. 3495/11)
- Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, Vocalía Novena, de 3 de diciembre de 2013, (R.G. 3892/11)

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2002). *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*. Barcelona: Librería Bosch.
- ALONSO PÉREZ, M. (1982). Comentario al artículo 85, en *Matrimonio y Divorcio, Comentarios al Nuevo Título IV del Libro I del Código Civil*, J. L. Lacruz Berdejo, (coord.) Madrid: Civitas.
- BONET BONET, F. (1960). *Compendio de Derecho Civil, T. IV, Derecho de Familia*, Madrid: Revista Derecho Privado.
- CABALLERO GONZÁLEZ, J. M.^a (1986). Parentesco, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XVIII, Barcelona: Francisco Seix.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1976). *Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo Quinto, Derecho de Familia*, Revisado y puesto al día por G. GARCÍA CANTERO y J. M.^a CASTÁN VÁZQUEZ. Madrid: Reus.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M.^a D. y HERNÁNDEZ GIL, F. (1999). *Lecciones de Derecho de Familia*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1982). *Sistema de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de familia y Sucesiones*, Madrid: Tecnos.
- GÓMEZ TABOADA, J. (2014). ¿Subsiste póstumamente la afinidad?, en: *El Notario del Siglo XXI*, enero-febrero, núm. 53.
- GUINEA FERNÁNDEZ, D. (2011). *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, Madrid: La Ley, Grupo Wolters Kluwer.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F. (1982). *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de familia, (fascículo primero conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981)*. Barcelona: Librería Bosch.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2007). *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil VI*, Madrid: Marcial Pons.
- LUZÓN CUESTA, J. M.^a (2006). ¿Extinción del parentesco por afinidad? (Comentario a la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2005), Madrid: La Ley, 5 de octubre.
- MONTÉS PENADÉS, V. (1991). Comentario al artículo 85 del Código Civil, en *Comentario del Código Civil*, T. I. Madrid: Ministerio de Justicia.
- OLAGUIBEL ÁLVAREZ-VALDÉS, J. (2012). El parentesco por afinidad. La delimitación del concepto y sus efectos y la cuestión de su extinción, *Noticias jurídicas*, octubre.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989). *Derecho de Familia*. Madrid: Sección de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.^a (1995). Parentesco, Derecho Civil, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. III, A. Montoya Melgar, (dir.). Madrid: Civitas.
- TARRAGATO, E. (1925). *La afinidad, estudio histórico y de Derecho comparado*. Madrid: Góngora.

NOTAS

¹ Publicada en el diario El País, de fecha 22 de septiembre de 2013, p. 40.

² ALBALADEJO GARCÍA, M. (2002), *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, Barcelona, Librería Bosch, p. 11.

Para RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.^a, el parentesco es «la relación jurídica de calidad variable, establecida *ex lege* entre dos personas, que expresa y manifiesta su vínculo, perpetuo o temporal, que afecta en ocasiones al estado civil y que crea y modifica ciertas obligaciones». (1995) Parentesco, Derecho Civil, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. III, A. MONTOYA MELGAR, (dir.) Madrid, Civitas, p. 4741.

³ DÍAZ-AMBRONA BARDAJI, M.^a D. y HERNÁNDEZ GIL, F. (1999), *Lecciones de Derecho de Familia*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, p. 327.

⁴ CABALLERO GONZÁLEZ, J. M.^a (1986), Parentesco, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XVIII, Barcelona, Francisco Seix, p. 894.

⁵ TARRAGATO, E. (1925), *La afinidad, estudio histórico y de Derecho comparado*, Madrid, Góngora 1925, p. 29.

⁶ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., (1982), *Sistema de Derecho Civil, vol. IV, Derecho de familia y Sucesiones*, Madrid, Tecnos, p. 52.

⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., *ob. cit.* p. 9.

⁸ 1847/2003. (Sala de lo Contencioso). Ponente: J. ROUANET MOSCARDÓ.

⁹ 1056/2005. Ponente: J. R. SORIANO SORIANO.

¹⁰ LUZÓN CUESTA, J. M.^a (2006), *¿Extinción del parentesco por afinidad? (Comentario a la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2005)*, Madrid, *La Ley*, 5 de octubre, p. 1.

¹¹ 609/2013. (Sala de lo Penal). Roj. 107/1998. Ponente: C. CONDE-PUMPIDO TOURON.

¹² (Sala de lo Social). Roj. 107/1998. Ponente: A. MARTÍN VALVERDE.

¹³ Voto particular formulado por V. FUENTES LÓPEZ a la STS de 18 de febrero de 1998.

¹⁴ TARRAGATO, E., *ob. cit.*, pp. 33 y 34.

¹⁵ (Sala de lo Contencioso) Roj. 9166/2011. Ponente: R. FERNÁNDEZ MONTALVO.

¹⁶ Apud OLAGUIBEL ÁLVAREZ-VALDÉS, J. (2012), El parentesco por afinidad. La delimitación del concepto y sus efectos y la cuestión de su extinción, *Noticias jurídicas*, octubre, p. 2.

¹⁷ TARRAGATO, E., *ob. cit.*, p. 32.

¹⁸ CABALLERO GONZÁLEZ, J. M.^a *ob. cit.*, p. 878.

¹⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989), *Derecho de Familia*, Madrid, Sección de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, p. 623.

²⁰ Para TARRAGATO es la relación existente entre un cónyuge y los parientes del otro, en virtud del matrimonio, *ob. cit.*, p. 30; CABALLERO GONZÁLEZ, J. M.^a: La afinidad es el parentesco derivado del matrimonio, y se contrae entre el varón y los parientes de la mujer, y entre esta y los de aquel, *ob. cit.*, p. 878.

²¹ LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHÓ REBULLIDA, F. (1982), *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de familia, (fascículo primero conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981)*, Barcelona, Librería Bosch, p. 69.

²² DÍAZ-AMBRONA BARDAJI, M.^a D. y HERNÁNDEZ GIL, F., *ob. cit.*, p. 328.

²³ Preceptuaba el antiguo artículo 84 del CC: Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: 1.º Los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad legítima o natural. 2.º Los colaterales por consanguinidad legítima hasta el cuarto grado. 3.º Los colaterales por afinidad legítima hasta el cuarto grado. 4.º Los colaterales por consanguinidad o afinidad natural hasta el segundo grado.

²⁴ Comunidad Autónoma de Cataluña: Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja, modificada por Ley 3/2005, de 8 de abril, de modificación de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia, y de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja. Derogadas por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código

Civil de Cataluña relativo a la persona y a la familia. Comunidad Autónoma de Aragón: Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Parejas Estables no Casadas, modificada por la Ley 2/2004, de 3 de mayo, de modificación de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas Estables no Casadas. Comunidad Autónoma de Navarra: Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables. Comunidad Autónoma de las Islas Baleares: Ley 18/ 2001, de 19 de diciembre de Parejas Estables. Comunidad Autónoma del País Vasco: Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las Parejas de Hecho. Comunidad Autónoma de Galicia: Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, que fue modificada por la Ley 10/2007, de 28 de junio, de Reforma de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia.

²⁵ Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las Uniones de Hecho, y posteriormente la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Autónoma Valenciana, aunque contra esta ley se ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad y se encuentra suspendida; la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad Autónoma de Madrid; la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables del Principado de Asturias; la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, de la Comunidad Autónoma de Andalucía; la Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la Regulación de las Parejas de Hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias; la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura; y la Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho, de la Comunidad Autónoma de Cantabria.

²⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2007), *Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil VI*, Madrid, Marcial Pons, p. 312.

²⁷ Vid. OLAGUIBEL ÁLVAREZ-VÁLDES, J., *ob. cit.*, pp. 4 y 5.

²⁸ CABALLERO GONZÁLEZ, J. M.^a, *ob. cit.*, p. 877.

²⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C., *ob. cit.*, p. 311.

³⁰ La Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, concede esta facultad, en su artículo 74, al Ministro de Justicia, a propuesta de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

³¹ Artículo 175.3.2.º: 3. No puede adoptarse: 2.º A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad.

³² Artículo 176.2. 1.ª: Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta. No obstante, no se requiere propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª. Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad.

³³ Artículo 178.2.1.º: 2. Por excepción subsistirán los vínculos jurídicos con la familia del progenitor que, según el caso, corresponda: 1.º Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, aunque el consorte hubiere fallecido.

³⁴ Artículo 681: No podrán ser testigos en los testamentos: 5.º El cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante y quienes tengan con este relación de trabajo.

³⁵ Artículo 682: En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquellos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

³⁶ Artículo 754: El testador no podrá disponer del todo o parte de su herencia a favor del Notario que autorice su testamento, o del cónyuge, parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado, con la excepción establecida en el artículo 682.

Esta prohibición será aplicable a los testigos del testamento abierto, otorgado con o sin Notario.

³⁷ Vid. OLAGUIBEL ÁLVAREZ-VALDÉS, J., *ob. cit.*, pp. 2 y 3.

³⁸ MONTÉS PENADÉS, V., (1991), *Comentario al artículo 85 del Código Civil*, en *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid, Ministerio de Justicia, p. 343.

³⁹ Este apartado quedó suprimido por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de tutela, y establecía: La menor edad, la demencia o imbecili-

dad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en alguno de estos estados son susceptibles de derechos, y aún de obligaciones cuando estas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero.

⁴⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *ob. cit.*, p. 103.

⁴¹ *Vid.* GUINEA FERNÁNDEZ, D. (2011), *La declaración de fallecimiento en el Derecho español*, Madrid, La Ley, Grupo Wolters Kluwer, pp. 328 y sigs.

⁴² CASTÁN TOBEÑAS, J. (1976), *Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo Quinto, Derecho de Familia*, Revisado y puesto al día por G. García Cantero y J. M.^a Castán Vázquez, Madrid, Reus, p. 833.

⁴³ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *ob. cit.*, p. 151.

⁴⁴ CASTÁN TOBEÑAS, J., *ob. cit.*, pp. 831 y 832.

⁴⁵ También lo apunta BONET BONET, F. (1960), *Compendio de Derecho Civil, T. IV, Derecho de Familia*, Madrid, Revista Derecho Privado, p. 438.

⁴⁶ ALONSO PÉREZ, M., *ob. cit.*, p. 549.

⁴⁷ DÍAZ-AMBRONA BARDAJI, M.^a D. y HERNÁNDEZ GIL, F. *ob. cit.*, p. 178.

⁴⁸ LUZÓN CUESTA, J. M.^a, *ob. cit.*, p. 5.

⁴⁹ RODRÍGUEZ TAPIA, J. M.^a, *ob. cit.*, *D^a Civil*, p. 4744.

⁵⁰ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *ob. cit.*, pp. 623 y 624.

⁵¹ OLAGUIBEL ÁLVAREZ-VÁLDES, J., *ob. cit.*, p. 6.

⁵² *Vid.* OLAGUIBEL ÁLVAREZ-VÁLDES, J., *ob. cit.*, pp. 6 y 7.

⁵³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *ob. cit.*, p. 624.

⁵⁴ OLAGUIBEL ÁLVAREZ-VÁLDES, J., *ob. cit.*, p. 6.

⁵⁵ *Vid.* OLAGUIBEL ÁLVAREZ-VÁLDES, J., *ob. cit.*, pp. 6 y 7.

⁵⁶ Dispone dicho precepto, modificado por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, que:

1. En las adquisiciones gravadas por este impuesto, la base liquidable se obtendrá aplicando en la base imponible las reducciones que, conforme a lo previsto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, hayan sido aprobadas por la Comunidad Autónoma. Estas reducciones se practicarán por el siguiente orden: en primer lugar, las del Estado y, a continuación, las de las Comunidades Autónomas.

2. En las adquisiciones «mortis causa», incluidas las de los beneficiarios de pólizas de seguros de vida, si la Comunidad Autónoma no hubiese regulado las reducciones a que se refiere el apartado anterior o no resultase aplicable a los sujetos pasivos la normativa propia de la Comunidad, se aplicarán las siguientes reducciones: a) La que corresponda de las incluidas en los grupos siguientes: Grupo III: adquisiciones por colaterales de segundo y tercer grado, ascendientes y descendientes por afinidad, 7.993,46 euros.

⁵⁷ Tomada de GÓMEZ TABOADA, J., *ob. cit.*, p. 145.

⁵⁸ La Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la C A de Aragón, en su artículo 12.7 que modifica el 133-4.2 del Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de diciembre, del Gobierno de Aragón: A los efectos de aplicación de los beneficios fiscales en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, se entenderá que el parentesco por afinidad no se pierde por fallecimiento del cónyuge que sirve de nexo, salvo que hubiera segundas nupcias». Lo que es tanto como decir, de una parte, que la afinidad cesa en caso de divorcio, y de otra parte el hecho de las segundas nupcias del viudo constituye, para el Derecho, indicio suficiente de la desaparición o el debilitamiento de los vínculos afectivos que, mientras subsisten, justifican un tratamiento fiscal favorable al afín.

Esta toma de postura del legislador autonómico aparece suficientemente razonable y equilibrada, y en todo caso constituye una aportación digna de tenerse en cuenta al debate que nos ocupa. Dicho esto, me parece que tampoco sería lícito pasar por alto el hecho de que, no siendo los afines herederos abintestato, la delación de la herencia a favor del afín presupone

necesariamente la existencia de un testamento en el que el causante manifieste expresamente su expresa voluntad de favorecerle; y en tanto en cuanto esa voluntad de favorecimiento se mantenga pese al divorcio o las segundas nupcias del testador, ha de valorarse como un poderoso indicio de la subsistencia de los vínculos afectivos que nacen, precisamente, de la afinidad, y en el limitado ámbito de la línea recta. Si, por poner el caso más frecuente, el padrastro, viudo o divorciado, testa a favor del hijastro, ello solo puede responder a poderosas razones de afecto, o incluso de gratitud, surgidos en muchos casos de una larga convivencia.

⁵⁹ Ponente: J. ROUANET MOSCARDÓ.

⁶⁰ Roj. 9166/2011. Ponente: R. FERNÁNDEZ MONTALVO.

⁶¹ Recurso Contencioso Administrativo núm. 797/2005.

⁶² 1056/2005. Ponente: J. R. SORIANO SORIANO.

⁶³ LUZÓN CUESTA, J. M.^a *ob. cit.*, p. 1.

⁶⁴ Tomado de GÓMEZ TABOADA, J., *ob. cit.*, p. 145.

Esta interpretación ha sido mantenida por la Dirección General de los Tributos del Ministerio de Hacienda y AA.PP., entre otras, en sus contestaciones de 5/7/2001; 25/11/2004, y 4/5/2007.

⁶⁵ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2. núm. 465/2007.

⁶⁶ Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 1, 250/2010, Ponente: M.^a O. GONZÁLEZ-LAMUÑO ROMAY.

⁶⁷ Sala de lo Contencioso, Roj. 9166/2011. Ponente: R. FERNÁNDEZ MONTALVO.

⁶⁸ Fundamento de Derecho Tercero, párrafo segundo de la STS (Sala de lo Contencioso) 1847/2003, de 18 de marzo.

⁶⁹ GÓMEZ TABOADA, J., *ob. cit.*, p. 145.

⁷⁰ Roj. 4946/2011. Ponente: R. Trillo Torres.

*(Trabajo recibido el 27-5-2014 y aceptado
para su publicación el 30-6-2014)*

Los derechos sucesorios en las parejas
de hecho. Especial referencia a la
sentencia del Tribunal Constitucional
93/2013 de 23 de abril

*Unmarried couples' inheritance rights;
the judgment of the Constitutional
Court 93/2013 of 23 April*

por

RAMÓN HERRERA DE LAS HERAS

Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil de la Universidad de Almería

PEDRO MARTÍNEZ RUANO

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Almería

ALBA PAÑOS PÉREZ

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil de la Universidad de Almería

RESUMEN: Este artículo trata de analizar la situación en la que quedan las parejas de hecho cuando se produce el fallecimiento de uno de ellos y se inicia la sucesión. Nuestra legislación sucesoria común no contempla el papel de la ruptura de la convivencia de hecho por el fallecimiento del conviviente *more uxorio* y la jurisprudencia no equipara al cónyuge con la pareja de hecho, por lo que si nos encontramos con una sucesión *abintestato* los derechos de esta última se ven puestos en duda. Alguna legislación foral, la Navarra concretamente, trató de solucionar este problema equiparándolas pero el Tribunal

Constitucional, en su reciente Sentencia 93/2013 de 23 de abril, ha establecido la inconstitucionalidad de esta medida.

ABSTRACT: This paper analyzes the situation in the unmarried couples when one of them dies and succession occurs. Navarra has tried to solve this problem, equating the rights of unmarried couples with marriages but the Constitutional Court, in its recent Judgment 93/2013 of 23 April, established the unconstitutionality of the measure.

PALABRAS CLAVE: Pareja de hecho. Sucesión. Equiparación de derechos. Libertad. Matrimonio

KEY WORDS: *Unmarried couples. Succession. Equate. Freedom. Marriage.*

SUMARIO: I. CUESTIONES PRELIMINARES. 1. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LAS PAREJAS DE HECHO 2. LAS UNIONES DE HECHO ANTE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. 3. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y UNIÓN DE HECHO.—II. LÍNEAS GENERALES DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA HERENCIA DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE.—III. LOS DERECHOS SUCESORIOS EN LAS PAREJAS DE HECHO TRAS LA SENTENCIA 93/2013 DE 23 DE ABRIL.—IV. UNIONES DE HECHO Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.—V. CONCLUSIONES.

I. CUESTIONES PRELIMINARES

1. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LAS PAREJAS DE HECHO

Remontándonos a los orígenes del reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas de hecho en nuestro país, en un primer momento, tanto en los preceptos de la legislación estatal en los que se contempla parcialmente a la pareja de hecho, como en las primeras resoluciones judiciales que se pronuncian sobre el tema, se evita definir explícitamente la pareja de hecho y, para ello, se emplean fórmulas genéricas como «relación de afectividad análoga a la conyugal», «convivencia *more uxorio* o con *affectio maritalis*» o «vivir maritalmente con otra persona».

No es hasta el pronunciamiento del Tribunal Supremo el 18 de mayo de 1992¹, en una sentencia que constituye un hito en la materia, cuando comienzan a perfilarse los elementos de una noción de pareja de hecho que serán acuñados

tanto por la jurisprudencia posterior como por el legislador autonómico. Así, el Alto Tribunal considera en esta resolución que la pareja de hecho susceptible de reconocimiento de efectos jurídicos es aquella cuya «convivencia *more uxorio* debe desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar».

Pues bien, los posteriores pronunciamientos jurisprudenciales² identifican como notas distintivas de la convivencia de hecho: la estabilidad, la permanencia, la continuidad y la publicidad de la misma. A partir de ahí, ha sido posible establecer unos mínimos comunes, presentes en las dispares regulaciones autonómicas³, en la regulación parcial estatal y en la jurisprudencia mayoritaria, que permitan extraer los elementos esenciales e imprescindibles para hablar de una pareja de hecho merecedora de reconocimiento jurídico, distinguiéndola así tanto del matrimonio como de cualquier otro tipo de relación extramatrimonial.

En este sentido, se ha definido la pareja de hecho, en un concepto que algunos autores denominan «restringido»⁴, como «aquella compuesta por dos personas sin vínculo de parentesco próximo, de igual o distinto sexo, que gozan de la madurez física y psicológica necesarias para convivir de un modo semejante al matrimonial y que establecen una comunidad de vida y de afectos acompañada, en su caso, de la puesta en común de determinados recursos económicos, comunidad de vida que también está cualificada por la presencia de una *affectio maritalis*, que supone la renovación diaria de su compromiso de convivencia, con una dimensión sexual que se presume, además de la estabilidad, la exclusividad y, generalmente, la notoriedad de la relación»⁵.

A simple vista, la similitud existente entre la unión de hecho y el matrimonio es evidente. Algún autor incluso acuñó el término «paramatrimonial»⁶, en preferencia a «extramatrimonial», para referirse a estas uniones estables por la clara voluntad de apariencia de matrimonio que conllevan. Hasta tal punto, que hay quienes prácticamente equiparan las definiciones de ambas figuras, limitando su distinción a la ausencia de formalidad presente en la pareja de hecho⁷. A mayor abundamiento, es doctrina reiterada del profesor BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO⁸ que la naturaleza jurídica de las parejas de hecho es la misma que la del matrimonio, puesto que ambas relaciones tienen la misma causa, el propósito de convivir al modo en que lo hacen los cónyuges, *more uxorio* o con *affectio maritalis*.

No obstante, ese matiz diferenciador basado en la inexistencia de formalidad va más allá, pues la unión de hecho carece de la solemnidad por la que hombre y mujer crean una unión legal en virtud de la cual se comprometen a convivir y a cumplir ciertos deberes que derivan del acto contraído. De hecho, no faltan quienes

sostienen que matrimonio y uniones de hecho no pueden ser encuadradas en un plano de igualdad, ya que estamos ante dos situaciones distintas, y por consiguiente, quien no quiera acogerse al sistema de protección jurídica que se prevé para el matrimonio debe quedar excluido del mismo⁹.

Como podemos comprobar, la problemática de las parejas de hecho no hace sino vislumbrarse desde el instante mismo de definir el vínculo que las une, por la sencilla razón de que no se trata de una relación jurídica, sino de una simple relación de hecho que puede producir, y produce, efectos jurídicos. Así pues, la ausencia de consentimiento formal que hemos dicho caracteriza a la unión de hecho, impide que surjan automáticamente como legales los efectos previstos para el matrimonio, lo que no significa, en modo alguno, que no existan entre los convivientes *more uxorio* efectos personales y patrimoniales derivados de su unión¹⁰. Se requiere, por tanto, un tratamiento jurídico diferenciado para dos realidades distintas como son el matrimonio y la unión de hecho, pero ello no impediría la equiparación de determinados efectos en circunstancias excepcionales. El problema es que, al carecer las parejas de hecho de un tratamiento unitario en nuestro ordenamiento jurídico, las prolíficas legislaciones autonómicas en la materia, heterogéneas y desiguales en su regulación, provocan consecuencias jurídicas inicuas en el panorama social actual.

Ya lo ponía de relieve MORENO QUESADA¹¹ al manifestar: «el que las parejas de hecho puedan convivir *more uxorio*, con determinados efectos jurídicos, es un hecho que está reconocido, pero que lo está después de un difícil proceso de implantación, cuya circunstancia, reconocida formalmente por el Tribunal Supremo, trasciende a resultados prácticos a la hora de las interpretaciones que se formulan a propósito de las cuestiones suscitadas en torno a ellas». Es, por tanto, en las distintas interpretaciones jurisprudenciales planteadas sobre los efectos jurídicos derivados de la extinción de una pareja de hecho donde comprobamos la aplicabilidad excepcional de las normas previstas para el matrimonio y bajo qué criterios.

Sin ánimo de proceder al análisis exhaustivo de cuantas resoluciones se han pronunciado sobre el tema, encontrándonos además aquí con una jurisprudencia dubitativa¹², destacamos una sentencia de referencia en la materia: la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 12 de septiembre de 2005¹³, en la que el Pleno de esa Sala se propuso unificar la doctrina respecto a las demandas de convivientes que no se hallaban sujetos a normativa especial, sin poder lograr, no obstante, el consenso unánime. Tras descartar la aplicación al caso por analogía *legis* de las normas propias del matrimonio (arts. 96, 97 y 98 CC), por ser la unión de hecho y el matrimonio realidades opuestas que «no tienen nada que ver»; la Sala recurre a la técnica de la analogía *iuris*, que llevaría a la aplicación, para resolver el problema fundamentado en la disolución de una unión de hecho, de la figura del enriquecimiento injusto, «que siempre servirá como “cláusula de cierre” para resolver la cuestión».

A esta sentencia unificadora se acompañan dos votos particulares, suscritos por tres magistrados. El primero de ellos es defensor de la aplicación para estos supuestos del principio de «protección al conviviente más perjudicado», descartado por la Sala en su fundamentación. Y el segundo, se pronuncia a favor de la trasposición analógica de determinadas normas dictadas para el supuesto del matrimonio, «mientras el legislador estatal no decida», a través de la convicción de que «en ciertos casos, pueden aplicarse reglas relativas a los efectos de la ruptura matrimonial y más concretamente las que regulan el derecho a una pensión compensatoria, sin necesidad de utilizar las reglas del enriquecimiento injustificado, que no siempre serán el remedio más adecuado para solucionar el problema planteado».

En este sentido, poco después y frente a la resolución de un caso similar, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2008¹⁴ expone que hay otros argumentos capaces de justificar la procedencia de la compensación económica en los casos de desequilibrio tras el cese de la convivencia al modo marital. Se basan estos, en unos casos, en el principio general de protección al perjudicado, enraizado en el principio constitucional que proclama la dignidad de la persona y el desarrollo de la libre personalidad (art. 10.1 CE). Y, en otros casos, la justificación de la compensación económica viene de la mano de la aplicación al cese de la convivencia *more uxorio* de las reglas previstas en el Código Civil para la fijación de las consecuencias derivadas de la ruptura matrimonial —arts. 97, 98 y 1438— con base en la similitud relativa entre uno y otro caso y, desde luego, con base en el concepto amplio de familia que ha elaborado el Tribunal Constitucional, que justifica un método de integración que conduce a aplicar a las situaciones de hecho las consecuencias establecidas para la disolución del vínculo matrimonial sin necesidad de sostener la semejanza entre dos instituciones que son distintas —sin necesidad, por lo tanto, de recurrir a sistemas de integración basados en la analogía—, y sin que sea preciso acudir a la figura del enriquecimiento injusto.

2. LAS UNIONES DE HECHO ANTE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Un análisis de la articulación constitucional de las uniones de hecho no puede sino comenzar poniendo de manifiesto la relación entre unión de hecho, familia y matrimonio. Así, podemos entender tanto al matrimonio como a la unión de hecho como expresión social de un núcleo familiar. Por ello, ha de tenerse en cuenta que la familia, como concepto poliédrico, puede ser entendida, como mínimo, en un triple sentido, biológico¹⁵, social¹⁶ y jurídico¹⁷, desarrollando funciones de naturaleza sexual, socializadora o económica¹⁸.

Desde esta perspectiva, el matrimonio ha de ser conceptualizado como la unión entre dos personas que cuenta con un reconocimiento social, cultural o jurídico,

que tiene como fin fundamental la fundación de un grupo familiar, así como proporcionar un marco de protección mutua o de protección de la descendencia (protección tanto jurídica como económica y emocional). Pudiendo estar motivado por intereses personales, económicos, sentimentales, de protección de la familia o como medio para obtener algunas ventajas sociales¹⁹, en la medida en la que el individuo a través de esta institución enlaza con una estructura social más amplia, adquiriendo así la familia un carácter instrumental.

Por tanto, nos encontramos ante una institución basal para cualquier modelo social y a la que la Norma Fundamental ha de dar una cobertura y protección adecuada. A este respecto, ni el Estado ni la Constitución han respondido siempre del mismo modo. De tal forma que el régimen constitucional de la familia y del matrimonio ha sido fiel reflejo de los principios que subyacían bajo una determinada forma de organización social y política. En este sentido, el hecho de que la Constitución no defina el concepto de unión matrimonial no deja de ser positivo, a los efectos de dar cabida a diferentes modelos de familia. Entre ellos, el modelo de familia de hecho. Como reconoce acertadamente PÉREZ VILLALOBOS, el nacimiento de la familia no necesita de un acto formal que la origine²⁰.

La crisis social e institucional del matrimonio en los últimos años ha conllevado un incremento del número de uniones de hecho²¹. Cada vez es más numeroso el número de personas que no desean contraer matrimonio y optan por la mera convivencia de hecho. Estas uniones, tanto heterosexuales como homosexuales, al realizar actos jurídicos provocan una serie de consecuencias a las que el ordenamiento debe dar una respuesta adecuada y ajustada a Derecho. A este respecto, pretendemos reflexionar acerca de si esta situación entra en contradicción con el principio de igualdad, consagrado en el artículo 14 de nuestra Norma Fundamental o con el principio de libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 10 CE.

Si bien es cierto que las parejas que han optado por convivir con otra persona sin afrontar las formalidades de la unión matrimonial no se encuentran en condiciones de exigir unos derechos y deberes idénticos a los del matrimonio, ello no es excusa para que el legislador articule los mecanismos legales pertinentes para que este colectivo, cada vez más numeroso, cuente con una regulación que garantice mayor seguridad jurídica. Ello es así, pues aun partiendo de una diversidad de situaciones de origen desde un punto de vista formal, desde un punto de vista material la protección constitucional de la familia ha de ser idéntica, al margen del modelo de familia con el que nos encontremos. A ello nos referiremos posteriormente con el estudio de la Sentencia 93/2013 del Tribunal Constitucional.

Asimismo, ante un conflicto jurídico, la situación jurídica actual del colectivo formado por las uniones de ellos puede encontrarse en distinta situación según donde se ubique geográficamente. Mientras que determinadas cuestiones aparecen reguladas por la normativa autonómica aplicable, otras se someten al Derecho Común, surgiendo también conflictos interregionales por la aplicación

de leyes autonómicas dispares. Partiendo de la base de que las uniones de hecho, como realidad evidente en nuestra sociedad, deben recibir protección jurídica, económica y social, parece conveniente reflexionar acerca de la forma más idónea de proteger esta figura y sobre algunos aspectos que o bien no están regulados en las normativas autonómicas de igual forma, o simplemente no están regulados. En este sentido podemos adelantar que llegaremos a la conclusión de la necesidad de que el legislador elabore una ley estatal, una ley de mínimos, que sienta las bases en esta materia y evite situaciones de desigualdad e inseguridad en algunos casos.

3. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y UNIÓN DE HECHO

Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo de este principio, consideramos oportuno mencionar algunos datos generales que sirvan para centrar el tema. Aunque el derecho a la igualdad de los españoles aparece recogido en el artículo 14 de la CE, este artículo se debe conectar con los artículos 1.1 y 9.2 de nuestro Texto Fundamental.

Como es bien sabido el artículo 1.1 de la CE establece que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. El principio de igualdad se puede estudiar como valor recogido en el artículo 1.1 de nuestro Texto Fundamental. En cuanto que valor superior podemos considerar está recogido en nuestra Constitución en el artículo 14. El Tribunal Constitucional, con relación al artículo 9.2 de la Constitución, ha declarado que es un precepto que compromete la acción de los poderes públicos, a fin de que pueda alcanzarse la igualdad sustancial entre los individuos, con independencia de su situación social²².

Unificar un concepto doctrinal sobre igualdad es tarea ardua y compleja, que excede el interés de este trabajo, pues nos encontramos con distintas definiciones. PÉREZ LUÑO²³ entiende que la igualdad ha sido una de las categorías más invocadas y utilizadas en nuestra incipiente experiencia jurídico-constitucional. El término igualdad se caracteriza, entre otros rasgos, por ser de difícil delimitación, excesivamente vago e incompleto²⁴.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el principio de igualdad no tiene que implicar necesariamente que se encuentre prohibida la existencia de situaciones desiguales, siempre que estas se encuentren justificadas. Como reconoció desde el principio el Tribunal Constitucional, no es suficiente con que la norma establezca una desigualdad, sino que esta debe ser irrazonable, no justificada objetivamente²⁵.

El estudio de la jurisprudencia constitucional en esta materia pasa por detenemos en dos sentencias del Tribunal Constitucional. De un lado, la STC

184/90, de 15 de noviembre y la STC 222/1992, de 11 de diciembre. Ambas sentencias contienen doctrina contradictoria y contaron con votos particulares. En la primera sentencia el demandante reclama una pensión de viudedad, con motivo del fallecimiento del compañero con el que había convivido durante más de cuarenta años. El cónyuge supérstite pide un trato igualitario basado en el artículo 14 CE. Sin embargo, el Tribunal Constitucional rechaza tal petición a quienes decidieron en su día no formalizar la unión de hecho en vínculo matrimonial²⁶. En cambio, en las SSTC 222/1992, 6/93, de 18 de enero y 47/93, de 8 de febrero, el Alto Tribunal considera que la subrogación arrendaticia a favor del inquilino «debe extenderse necesariamente» a las parejas de hecho, considerando inconstitucional al artículo 58.1 de la LAU. La STC 222/1992 ha sido referencia para otros supuestos relacionados, así por ejemplo, entre otras, la SSTC 66/1994, 39/1998 y 47/2001.

La citada STC 222/1992, como veremos a continuación, puede considerarse punto de referencia obligado al estudiar temas relacionados con las formas de familia y con la igualdad de derechos.

II. LÍNEAS GENERALES DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA HERENCIA DEL CONVIVIENTE SUPÉRSTITE

No cabe duda que los derechos sucesorios de las parejas de hecho, a pesar de no estar regulados expresamente en ninguna normativa estatal, pueden reconocerse por los miembros de las mismas otorgando testamento e instituyéndose herederos mutuamente. No obstante, es innegable también que la ruptura de la convivencia de hecho por el fallecimiento de uno de los convivientes y el silencio del legislador estatal al respecto, plantea todo un elenco de problemas respecto a los límites de las disposiciones testamentarias, el posible reconocimiento de derechos legitimarios al cónyuge supérstite, o la apertura de la sucesión intestada a favor del mismo²⁷.

Si a este panorama de ausencia de legislación común en la materia, le sumamos la existencia de una regulación autonómica dispar, que además recientemente ha sufrido los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, como lo ha sido la normativa aprobada en la Comunidad Navarra, por pretender solucionar el problema equiparando los efectos sucesorios previstos para los cónyuges a las parejas de hecho, nos encontramos ante una difícil situación que merece ser objeto de estudio.

Y ello, porque la posibilidad de otorgar testamento por los convivientes no obsta, como señalábamos, a cuestionarse la viabilidad de la concesión de derechos legitimarios al conviviente supérstite, cuando su comunidad de vida pueda equipararse a la matrimonial por la existencia de una *affectio maritalis* que se manifiesta a través de la duración de la convivencia. O, sobre todo, la

manera de proceder frente a una sucesión *abintestato*²⁸, donde cabría plantearse hasta qué punto es razonable que la herencia sea deferida a otros parientes del causante, a los que con seguridad le unen vínculos afectivos menos estrechos que con su conviviente, o incluso al Estado, sin que a la persona con la que el fallecido convivió, de manera estable en relación análoga al matrimonio, le corresponda la más mínima atribución. No podemos compartir, como argumentaremos a lo largo de este trabajo, la afirmación de que si el fallecido hubiese querido que la pareja que le ha sobrevivido tuviese algún derecho a sucederle tendría que haber realizado testamento en favor de esta. Y aun haciendo este testamento, tan solo podría disponer a su favor la parte de libre disposición, puesto que carecería de legítima.

En efecto, dicha situación legislativa no se correspondería ni con el fundamento de la sucesión intestada ni con la realidad de un vínculo de convivencia basado en una relación de afectividad análoga a la conyugal, que si se mantuvo a lo largo del tiempo, sería porque encajaba perfectamente en lo que se considera que constituye dicho fundamento para el cónyuge supérstite; esto es, la presunción de voluntad de una persona media en cuanto al destino *post mortem* de su patrimonio unido, en menor medida, a un cierto sentimiento de deber hacia los próximos y a las expectativas sucesorias que racionalmente albergan aquellos que han compartido su vida con el difunto²⁹.

Al respecto, MARTÍN PÉREZ³⁰ ha manifestado que el derecho sucesorio *abintestato* del cónyuge viudo *ex* artículo 944 CC no tendría su fundamento en el matrimonio, sino en la existencia entre los cónyuges de una comunidad total de vida, tomada como prueba de afecto suficiente para justificar el paso al cónyuge de todos los bienes del difunto en defecto de descendientes y ascendientes, por este motivo, no le parece razonable ni justo que el conviviente supérstite no tenga derecho alguno en la sucesión intestada. Se debería, por consiguiente, según el citado autor, parificar en efectos jurídicos dos situaciones que, atendiendo a la finalidad de la norma, son idénticas, ya que el llamamiento *abintestato* del cónyuge viudo reside en la existencia y solidez de los vínculos afectivos que se deducen de la vida en común como marido y mujer.

Por otra parte, la sede constitucional básica destinada a proteger el modelo convivencial que representa la pareja de hecho es el artículo 39 CE, donde se garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. La ubicación de este precepto, separada del artículo 32 CE que consagra el reconocimiento constitucional de la institución matrimonial, evidencia que familia y matrimonio son dos realidades dispares, siendo aquella una institución más amplia que este último, de manera que la familia matrimonial no es la única constitucionalmente reconocida³¹. Por otra parte, la Constitución española reconoce en su artículo 33 «el derecho a la propiedad y a la herencia» y advierte que «la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes».

Se produce así un reconocimiento directo del derecho a la herencia por parte de la Carta Magna.

En este sentido, se puede considerar que existe una estrecha relación entre la protección a la familia y la función social del derecho constitucional a la herencia; relación que, partiendo del concepto amplio de familia constitucionalmente amparada en el artículo 39 CE, incluiría, sin lugar a dudas, a las parejas de hecho³². De manera que esta vinculación entre el fundamento constitucional del Derecho de sucesiones y la garantía, también constitucional, de protección a la familia en su sentido más amplio, resultaría indispensable para legitimar el reconocimiento de efectos sucesorios a la pareja de hecho.

De hecho, hay quienes defienden que el conviviente *more familiari* ostenta los derechos *mortis causa*³³, independientemente del vínculo formal existente entre ellos, entendiendo que de *lege data* se puede aplicar el régimen sucesorio de la familia matrimonial a las relaciones *post mortem* de las familias no matrimoniales, con base directamente en los artículos 10.1 y 14 de la CE, que consagran el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad entre individuos, respectivamente.

Podemos concluir, siguiendo a ESPADA MALLORQUÍN³⁴, que en aquellos supuestos previstos legislativamente, donde el fundamento de la atribución de los derechos sucesorios se encuentre en la constitución de un hogar como grupo familiar constitucionalmente amparado, es decir, considerando la vigencia de una *affectio maritalis*, y no se base en la existencia de un vínculo conyugal o de parentesco en sí mismo considerado, procedería el reconocimiento de los derechos sucesorios a las uniones de hecho estables, entendidas como familia.

Se cumpliría con dicho reconocimiento la función social del derecho a heredar, ya sea mediante la reforma legislativa correspondiente, o aplicándose por los Tribunales a través de cualquiera de los argumentos expuestos con anterioridad, esencialmente el recurso a la analogía, en aras de unas exigencias mínimas de equidad que corrigiesen la latente desigualdad hereditaria entre el cónyuge viudo y la persona que ha convivido de forma estable como pareja de hecho con el fallecido.

III. LOS DERECHOS SUCESORIOS EN LAS PAREJAS DE HECHO TRAS LA SENTENCIA 93/2013 DE 23 DE ABRIL

En el derecho común, a día de hoy, cuando fallezca uno de los miembros de la pareja de hecho el superviviente tendrá derechos sucesorios distintos según se trate de una sucesión *ab intestato* o testamentaria. En el primero de los casos, aquellos en los que el causante no hubiese realizado testamento, la pareja supérstite no tendría derecho sucesorio alguno, puesto que el Código Civil en ningún caso lo considera sucesor intestado. En el segundo, cuando el

causante haya realizado testamento, la pareja superviviente tendrá derecho únicamente a la parte correspondiente a la libre disposición, que dependerá de la existencia o no de parientes. Así lo señalan los artículos 834 a 838 del Código Civil que atribuye tan solo al cónyuge viudo —no a la pareja de hecho— el derecho al usufructo de un tercio, la mitad o dos tercios de la herencia según concurra, respectivamente, con hijos o descendientes, con ascendientes —pero sin descendientes— o sin descendientes ni ascendientes. Por lo tanto, la pareja superviviente podría tener derecho si concurre con los hijos o descendientes del causante a un tercio de la herencia, y si lo hiciese tan solo con ascendientes tendría derecho a la mitad de la herencia.

Sentadas estas bases, hemos de partir de una opinión crítica respecto a la posición que ha mantenido en este ámbito el Tribunal Constitucional a la hora de permitir la equiparación de derechos de las parejas de hecho con las unidas por el vínculo matrimonial. Como hemos señalado previamente, querer reconocer a las uniones de hecho para determinadas circunstancias —subrogación en la extinción del contrato de arrendamiento— y, sin embargo, las niega para otras —pensión de viudedad anteriores a la modificación legislativa—, cuestión esta que hemos criticado por su incoherencia.

En nuestra opinión, carece de sentido equiparar matrimonio con unión de hecho con carácter general, pues es obvio que cuando una persona desea unirse en matrimonio con otra asume todas las consecuencias jurídicas que de ello se derivan. En sentido contrario, cuando una persona opta por la mera convivencia con otra no está asumiendo los compromisos legales que del matrimonio se derivan. Ahora bien, desde el momento en que dos personas conviven en pareja, mantienen relaciones con consecuencias jurídicas, y realizan actos y negocios jurídicos, todo ello debe tener un tratamiento legal que proteja las distintas situaciones sobrevenidas y no atenten contra el principio de igualdad. De tal modo que en aras del cumplimiento del artículo 14 de nuestro Texto Fundamental, tan solo la existencia de una causa que justifique de forma clara y patente una diferencia de trato pueden establecer esta diferencia entre una pareja unida por el vínculo matrimonial respecto de otra que no lo está, cosa que entendemos que no se da en el caso que ahora vamos a estudiar.

Es necesario analizar, siquiera brevemente, el precepto que el Tribunal ha considerado inconstitucional, esto es, el artículo 11 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, relativo al régimen sucesorio, que establecía la equiparación del cónyuge viudo con el sobreviviente de una pareja de hecho con el siguiente tenor literal *«se considera equiparada a estos efectos a la situación del cónyuge viudo el miembro sobreviviente en caso de fallecimiento del otro miembro de una pareja estable reconocida por la Ley»*. Esta polémica Ley fue recurrida ante el Tribunal Constitucional, en un recurso promovido por 83 diputados pertenecientes al Grupo Parlamentario

Popular del Congreso de los Diputados, que se ha pronunciado nada menos que trece años después sobre la constitucionalidad o no de dicha Ley.

Traemos aquí el caso porque, aunque fuese una ley foral, el fondo del asunto genera no pocos problemas prácticos en el día a día. Esto es, el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja de hecho sin que este hubiese hecho testamento provoca que el supérstite no tenga absolutamente ningún derecho sucesorio. Finalmente la Ley navarra, que como hemos señalado intentó evitar esta situación equiparando de forma imperativa las parejas de hecho al matrimonio en lo que respecta al régimen sucesorio, ha sido declarada inconstitucional por vulneración del artículo 10.1 CE *«al desconocer la libertad de decisión de los componentes de la pareja estable, por vulneración del artículo 10.1 CE»*³⁵. La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional ha señalado que *«si la constitución de una unión estable se encuentra fundada en la absoluta libertad de sus integrantes, que han decidido voluntariamente no someter su relación de convivencia a la regulación aparejada ex lege a la celebración del matrimonio, no resulta razonable que esa situación de hecho sea sometida a un régimen sucesorio imperativo, al margen de su concreta aceptación o no por los miembros de la pareja»*³⁶.

Esto puede implicar *a sensu contrario*, en nuestra opinión, que si en lugar de tratarse de una sucesión intestada se tratase de una sucesión testada, en la que el causante hubiese designado como heredero a su pareja, sí que se podría equiparar a esta a la situación de cónyuge. Y todo ello porque en este caso no *«desconocemos la libertad de decisión de la pareja estable»* —no desconocemos la voluntad—, por lo que tendría que ser considerado como si concurriese con el cónyuge viudo. Y no sería este un caso aislado, ya que, a pesar de que no podamos equiparar la realidad de hecho y la matrimonial, esto no ha sido obstáculo para la consolidación de una doctrina jurisprudencial cuyo fin ha sido conseguir, a través de diversos razonamientos y figuras jurídicas, que la extinción de la pareja no dé lugar a un quebranto económico de una de las partes en comparación con la otra³⁷.

En este mismo sentido podemos mencionar el particular caso de lo que sucederá con el ajuar doméstico del fallecido en caso de que conviva con una pareja sin haber contraído matrimonio. El artículo 1321 del Código Civil solo menciona al cónyuge cuando señala 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 en su haber»*. Lo importante aquí es determinar si el conviviente supérstite tiene derecho a que se le adjudique el ajuar de la vivienda habitual de la pareja. Aunque en nuestro derecho común no se recoja, en la práctica totalidad de legislaciones autonómicas, hoy en vigor y sin tacha de inconstitucionalidad alguna, que han legislado sobre la materia han optado por otorgar este derecho también al conviviente supérstite. Así lo hace la Ley 5/2012, de 15 de octu-

bre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana que en su artículo 12 establece que «al fallecimiento de un o una conviviente se adjudicarán a la persona sobreviviente los bienes que constituyen el ajuar doméstico de la vivienda habitual de la unión de hecho formalizada, no computándose en su haber hereditario»³⁸. No deja de tener sentido que, independientemente de la existencia o no del vínculo formal del matrimonio, el hecho de que la convivencia entre la pareja fuese estable, el superviviente pueda conservar objetos personales de escaso valor que tienen más un sentido moral que económico. Como ha señalado el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de abril de 1995 el ajuar doméstico se puede definir como «bienes adscritos a la satisfacción de necesidades personales de quienes constituyen el núcleo doméstico». Entendemos en este caso que la *ratio legis*, el fin que pretende la norma sea proteger no el vínculo matrimonial, sino la comunidad de vida y afectos que han tenido en vida y durante tantos años los que formaron la pareja de hecho³⁹.

Es decir, los efectos prácticos en este caso serían muy importantes; pongámonos en la situación de una pareja de hecho sin hijos, en la que el causante, al que sobreviven sus progenitores, designe heredero al cónyuge superviviente. Si aplicásemos lo aquí defendido por nosotros, la legítima de los ascendientes sería, en relación a lo dispuesto por el artículo 809 del Código Civil, de una tercera parte de la herencia y no de la mitad como sucedería si no se equiparasen cónyuge y pareja de hecho.⁴⁰ Bien es cierto que la Jurisprudencia y la doctrina de forma mayoritaria se han mostrado en contra de esta postura, pero sería conveniente que, en aras de una mayor seguridad, el legislador —como intentó de forma no muy acertada el Parlamento Navarro— tomase partido por esta postura.

IV. UNIONES DE HECHO Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Como hemos venido señalando, lo que pretendía la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, era establecer la más completa asimilación de las parejas de hecho al matrimonio, atribuyéndole a las parejas una serie de efectos en las diversas relaciones jurídico-civiles en materias de convivencia, disolución de la relación establecida, régimen económico, responsabilidad conjunta frente a terceros etc, todos ellos equiparables al matrimonio.

Esta Sentencia es novedosa ya que establece que la propia existencia de la unión de hecho no es suficiente para entender que se asumen los efectos jurídicos previstos en la Ley para las parejas estables por lo que si la pareja en concreto desea que les sea aplicable la regulación establecida en la Ley debe constituirse legal y expresamente como pareja de hecho. De otro modo se estaría coartando

el derecho al libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 10.1 de la Constitución española.

En este sentido, se declara inconstitucional el hecho de que el transcurso de un año de convivencia o el simple hecho de tener un hijo en común sean acreditativos por sí solos de ser pareja de hecho, por cuanto los componentes de la pareja no habrían manifestado expresamente su voluntad de constituirse como pareja de hecho y por lo tanto no han escogido libremente el someterse a la regulación legal que establece la Ley 6/2000. Así adquiere vital importancia el registro de parejas de hecho que la propia ley contempla como forma de constitución formal de la misma.

Esta sentencia junto con otras análogas no es sino el resultado de un proceso predecible. Una vez que se determinó la constitucionalidad del matrimonio homosexual llevada a cabo por la STC 198/2012, de 6 de noviembre, era previsible que el Tribunal Constitucional comenzara a ocuparse de la constitucionalidad de las leyes autonómicas de parejas de hecho. Y así lo ha hecho con la STC 81/2013, de 11 de abril, relativa a la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, más centrada en la falta de competencias en materia civil de dicha Comunidad Autónoma y, pocos días después, con la STC 93/2013, de 23 de abril, en la que como hemos indicado deroga total o parcialmente 9 de los 13 artículos de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

Hace especial hincapié esta sentencia en el significado y alcance del principio de libre desarrollo de la personalidad establecido en el artículo 10.1 CE, de tal modo que el Tribunal Constitucional podría haber creado, a partir de ese principio, un nuevo derecho fundamental a «la convivencia anónima en pareja» que proclamaría, no tanto el derecho de las partes a regirse por las normas que pacten en el ejercicio de su autonomía de la voluntad como, especialmente, el derecho a no regirse por norma alguna. Ello impediría al legislador, incluso estatal y so pena de inconstitucionalidad, establecer normas cuya «operatividad» no dependa de que los miembros de la pareja las «asuman conjuntamente». Con ese criterio el Tribunal introduce al parecer un peculiar nuevo modelo de regulación de asunción individualizada (single-opt-in), de dudosa coherencia y sin parangón en el ámbito comparado, que tiene poco que ver con los internacionalmente contrastados «opt-out agreements» o acuerdos que permiten la exclusión de la ley aplicable. En cuanto al contenido concreto de la sentencia hemos de señalar que los motivos por los que se presente el recurso de inconstitucionalidad son variados. Así, son desestimadas las alegaciones relativas a los vicios procedimentales de la ley, a la invasión de la competencia estatal sobre «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio», artículo 149.1.8 CE; a la vulneración del derecho a no contraer matrimonio (art. 32.1 CE); a la vulneración del artículo 1 Ley Foral de la competencia exclusiva estatal sobre la aplicación y eficacia de las normas jurídicas; o a la

vulneración del artículo 8 del mandato de protección integral del menor en el contexto de la adopción.

Ahora bien, sí son admitidas parcialmente las alegaciones relativas a la lesión de los derechos de libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal, y a la libertad de elección de no contraer matrimonio. Y ello porque los recurrentes alegan que la norma establece condiciones cuya concurrencia produce *ex lege* tanto lo que se considera pareja estable, como la asignación de un estatuto jurídico compuesto por derechos y deberes, con independencia de la voluntad de los miembros de la pareja. Para poder resolver este extremo el TC parte del examen de la naturaleza de la noción «unión de hecho». Así, entiende que la unión de hecho se caracteriza por ser una relación estable de convivencia *more uxorio*, cuyo elemento esencial consiste en la voluntad de los miembros de la pareja de permanecer al margen del Derecho en cuanto a las consecuencias jurídicas que comporta la institución matrimonial (art. 32 CE). Históricamente, la extensión del estatuto jurídico de los integrantes de la institución matrimonial a parejas estables venía justificada por la existencia de motivos que impedían contraer matrimonio —inadmisión del divorcio como causa de disolución del matrimonio, con la consecuente imposibilidad de contraer nuevo matrimonio; inadmisión del matrimonio de personas del mismo sexo, etc.—.

Extinguidos ya esos impedimentos, la permanencia en una relación estable de convivencia al margen de la institución matrimonial, es una «decisión propia de sus integrantes, adoptada en el ejercicio de su libertad personal, y que se vincula a sus condiciones y creencias más íntimas». Por tanto, entiende el TC que el Estado no puede imponer una opción o limitar las posibilidades de elección, o tratar de imponer el establecimiento de un determinado tipo de vínculo, contra la voluntad de la pareja. La libertad para elegir el vínculo que une a la pareja afecta tanto a la dimensión interna, de ser ellos quienes determinen su estatuto jurídico, como a la dimensión externa, esto es, a no sufrir sanción o injerencia de los poderes públicos.

En este contexto, como previamente señalábamos, el TC afirma que «este respeto a la autonomía privada de quienes han decidido conformar una unión de hecho se traduce en el reconocimiento de que, en aras a su libertad individual, pueden desarrollar sus relaciones —antes, durante y al extinguirse esa unión— conforme a los pactos que consideren oportunos, sin más límites que los impuestos por la moral y el orden público constitucional; y esta libertad debe ser respetada por el ordenamiento jurídico en todo caso». Así las cosas, queda constatado que la unión de hecho es una relación estable puramente fáctica por la que los integrantes de la pareja excluyen voluntariamente acogerse a la institución matrimonial y, con ello, a los derechos y deberes que de ella derivan. Por ende, este tipo de relación se basa en la libre decisión de no formalizar jurídicamente su status, y así, el único límite impuesto al legislador

a la hora de regular estas uniones es la propia libertad de los integrantes de la pareja y su autonomía privada. Por este motivo, el régimen jurídico que el legislador puede establecer para regular estas uniones debe ser eminentemente dispositivo, no imperativo.

Sin embargo, la Ley Foral establece la aplicación imperativa —sin que las partes puedan optar por someterse o no a su regulación— de determinadas previsiones.

V. CONCLUSIONES

I. No podemos olvidar que el fundamento de la relación de pareja, pudiendo contraer matrimonio, se basa, precisamente, en la decisión libre y, en principio, no jurídicamente formalizada de los convivientes de mantener una relación en común que, también en principio, no produce el nacimiento de ningún derecho u obligación específicos entre ellos, o no debe producirlos, pues libremente los han excluido, salvo que hayan efectuado un pacto expreso de convivencia con consecuencias jurídicas concretas. Es precisamente «la propia libertad de los integrantes de la pareja y su autonomía privada, por lo que una regulación detallada de los efectos, tanto personales como patrimoniales, que se pretendan atribuir a esa unión, puede colisionar con la citada libertad, si se impusieran a los integrantes de la pareja unos efectos que, precisamente, los sujetos quisieron excluir en virtud de su decisión libre y constitucionalmente amparada de no contraer matrimonio. Por ello, el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad consagrada en el artículo 10.1 CE. De manera que únicamente podrán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja» (STC 93/2013, de 23 de abril de 2013).

II. Del mismo modo el deseo de formar una unión estable sin consecuencias jurídicas es un derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y por consiguiente el legislador debe tener cuidado a la hora de regularlas puesto que puede provocarse que todas estas regulaciones lo único que pretendan sea la equiparación a la institución matrimonial, y evitar que esta venga a convertirse en la «institución sombra» de la unión libre, vaciándose poco a poco de su contenido tradicional y, en especial, de sus efectos de solidaridad en el marco de las relaciones personales y patrimoniales. Como vemos, «bajo el concepto de unión de hecho se agrupa una diversidad de supuestos de parejas estables que, no obstante su heterogeneidad, comparten ciertas notas comunes que permiten conformar una noción general unitaria». En efecto, la unión de hecho puede caracterizarse, en principio, como una relación estable de convivencia

more uxorio, cuyo elemento definitorio común queda cifrado en la voluntad libremente configurada de permanecer al margen del Derecho en cuanto a las consecuencias jurídicas inherentes a la institución matrimonial a que se refiere el artículo 32 CE.

III. Pues bien, la legislación francesa ha regulado estas situaciones con los Pactos de Solidaridad (PACS) de las que denominan uniones libres, que hace recaer el acento en el elemento intencional de una unión sin formalidades y sin vínculo, lo que permite que pueda ser rota libremente y atendiendo a esas regulaciones, y sobre todo a la práctica diaria, sería más que conveniente que como el matrimonio entre parejas del mismo sexo ya está en nuestro Código Civil, deberíamos dar un paso más en nuestra mentalidad jurídica y ampliar el contenido de estas uniones libres, bien mediante los PACS o mediante el contrato de unión civil pero a nivel de Código Civil común evitando así la disparidad de leyes autonómicas, los conflictos de competencia y la jurisprudencia muchas veces contradictoria. Así, aun partiendo de que matrimonio y uniones de hechos no son situaciones iguales o equivalentes, sí entendemos que la protección que el ordenamiento ha de brindar a todas las uniones familiares ha de ser análoga, sin que puedan establecerse en el derecho positivo tratos discriminatorios entre unos y otros modelos de familia.

IV. Esta sentencia puede dificultar la modificación tanto de la legislación común como la de la foral en un sentido que permita equiparar en la sucesión intestada los derechos sucesorios de la pareja de hecho con los del matrimonio. En cambio, no obsta para que, como ya hemos señalado, en los casos en los que sí exista testamento declarando heredero universal a la pareja superviviente se pueda introducir la modificación legislativa correspondiente para que la pareja supérstite se equipare con el cónyuge a efectos de determinar la correspondiente legítima del resto de llamados a la sucesión, porque en este caso no «desconocemos la libertad de decisión de la pareja estable» —no desconocemos la voluntad—, por lo que tendría que ser considerado como si concurriese con el cónyuge viudo.

V. No deja de ser absurdo que, por pereza legislativa, no se haya regulado de una manera homogénea en el derecho común los derechos sucesorios de las parejas de hecho y haya provocado una situación en la que ser pareja de hecho —figura cada día más habitual— conlleve derechos muy distintos según el territorio español en el que residas. Es obvio que la tendencia normativa en el entorno europeo y en las propias comunidades autónomas que han legislado sobre la materia sea el equiparar en lo posible al cónyuge con el conviviente supérstite. Aunque es cierto que la sentencia del Constitucional que hemos analizado impide esa equiparación de forma general, sí que el legislador tiene los medios suficientes para poder establecer una normativa que ampare esa situación de hecho y amplíe los derechos sucesorios actuales de las parejas de hecho.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

- STC de 23 de abril de 2013
- STC de 6 de noviembre de 2012
- STC de 11 de abril de 2011
- STS de 8 de mayo de 2008
- STS de 5 de febrero de 2004
- STC de 11 de diciembre de 1992
- STS de 18 de mayo de 1992
- STC de 15 de noviembre de 1990
- STC de 31 de marzo de 1986
- STC de 14 de julio de 1982

BIBLIOGRAFÍA

- ALEMÁN MONTERREAL, A., Panorama actual y antecedentes históricos sobre los derechos sucesorios *abintestato* del conviviente supérstite de una pareja de hecho, en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2005.
- ARANZADI
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. Inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. Sentencia del TC de 23 de abril de 2013, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 94, 2014.
- Las parejas de hecho, en *Aranzadi Civil*, núm. 1, 1992.
- CALLE RODRÍGUEZ, M.^a V., Ruptura de las uniones paramatrimoniales. Secuelas económicas y patrimoniales (Especial referencia al tema de cómo probar la unión de este tipo y el problema que se plantea con respecto a la vivencia tras la ruptura de la unión), en *Actualidad y Derecho*, núm. 35.
- CAMARERO SUÁREZ, V., Discriminación jurídica del matrimonio frente a las parejas de hecho, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 16, 2008, *Revistas@iustel.com*
- DE PORRES ORTÍZ DE URBINA, E., Uniones de hecho, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 14, 2002 del Ministerio de Justicia, Madrid. *Derecho*, IV., 1987.
- DURÁN Y LALAGUNA, P. (1994). Notas sobre la igualdad, en *Anuario de Filosofía del Derecho XI*.
- ENGELS, F. (1986). *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Ed. Planeta de Agostini, Barcelona.
- ESPADA MALLORQUÍN, S. (2007). *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, Thomson-Civitas, Pamplona.
- ESTRADA ALONSO, E. (1986). *La unión extramatrimonial en el Derecho civil español*, Civitas, Madrid. *Filosofía del Derecho*, Tomo IV, Madrid, 1987.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (1995). *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.

- (1995b), *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P., Parejas de hecho y lealtad constitucional, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Prof. F.J. Serrano García*, Universidad de Valladolid, Salamanca, 2004.
- GIL RODRÍGUEZ, J. (2011). Notas sobre la pareja de hecho no inscrita, en *Derecho y Familia en el siglo XXI*, AA.VV, Universidad de Almería.
- GITRAMA GONZÁLEZ, M. (1984). Notas sobre la problemática jurídica de la pareja no casada, en *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Universidad de Salamanca.
- GOODE, W. J. (1966). *La Familia*, U. T., Editorial Hispano-Americana, México.
- GUISÁN, E., Igualdad, imparcialidad y bienestar en la ética contemporánea, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo IV.
- HERRERA CAMPOS, R. (dir.) (1996). La comunidad de bienes surgida en la convivencia de parejas de hecho, en *Parejas de Hecho (Curso de verano de la Universidad Complutense en Almería)*, Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, Granada.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2010). *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Dykinson.
- MARTÍN PÉREZ (2000). Convivencia y herencia. Derechos sucesorios en las uniones de hecho, *Homenaje al Profesor Moreno Quesada*, Almería.
- MARTÍNEZ, J. I. (1991). El principio de igualdad y la producción de diferencias en el derecho, en AA.VV *El principio de igualdad en la Constitución española*, IX Jornadas de Estudio del Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado.
- MESA MARRERO, C. (2006). *Las uniones de hecho. Análisis de las Relaciones Económicas y sus Efectos*, Aranzadi, Navarra.
- MICHEL, A. (1974). *Sociología del matrimonio y de la familia*, Ed. Península, Barcelona.
- PÉREZ ESCOLAR, M., Derechos sucesorios del conviviente supérstite. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2003, en *@Actualidad Civil*, núm. 7, 2004.
- PÉREZ LUÑO, A. E., Sobre la igualdad en la Constitución española, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV.
- PÉREZ VALLEJO, A. M.^a (2000). *Autorregulación en la convivencia de hecho*, Universidad de Almería, p. 29.
- PÉREZ VILLALOBOS, M. C. (2008). *Las Leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho*, ed. Aranzadi, S.A., p. 101.
- REINA, V. y MARTINELL, J. M.^a (1996). *Las uniones matrimoniales de hecho*, Marcial Pons, Madrid.
- ROCA GUILLAMÓN, J., Las cargas de la familia de hecho, *Parejas de Hecho*, Granada, 1996.
- ROMERO PAREJA, Los derechos sucesorios de las uniones familiares no matrimoniales, *@La Ley*, núm. 5757.
- VILLAGRASA ALCALDE, C., Los derechos sucesorios de las parejas de hecho en los derechos civiles catalán y aragonés, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 4, 2002.

ZONABEND, F. (1988). De la Familia. Una visión etnológica del parentesco y la familia, *Historia de la familia*, tomo I, Madrid.

NOTAS

¹ RJ 1992, 4907.

² Respecto al concepto y la naturaleza de la pareja de hecho, *vid.* a modo de ejemplo, por su relevancia, STS de 5 de febrero de 2004 (RJ 2004, 213) y, recientemente, SAP Madrid de 27 de julio de 2011 (AC 2011, 2120).

³ Ley 10/1998, de 15 de julio de uniones estables de pareja, de Cataluña, modificada por la Ley 3/2005, de 8 de abril, y vigente hasta el 1 de enero de 2011, cuya regulación se integró en el Código sobre la persona y la familia, que integra la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código Civil Catalán relativo a la persona y a la familia, como convivencia estable en pareja; Ley 6/1999, de 26 de marzo, de parejas estables no casadas, de Aragón, vigente hasta el 23 de abril de 2011, cuya regulación se integró en el Código de Derecho Foral de Aragón; Ley 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, de Navarra; Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, de Baleares; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho, de la CA Madrid; Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables, del Principado de Asturias; Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho, de la CA Andalucía; Ley 2/2003, de 7 de mayo, para la regulación de las parejas de hecho en la CA País Vasco; Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las Parejas de Hecho en la CA Canarias; Ley 5/2003, de 20 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la CA Extremadura; Ley del Parlamento de la CA Cantabria 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho de la CA Cantabria; Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de la CA Galicia; Ley 5/2012, de 15 de octubre, para la regulación de las Parejas de Hecho en la CA Valencia.

⁴ Entre otros, ESTRADA ALONSO, E. (1986), *La unión extramatrimonial en el Derecho civil español*, Civitas, Madrid, p. 76; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1995, p. 48; GITRAMA GONZÁLEZ, M. (1984), Notas sobre la problemática jurídica de la pareja no casada, en *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Universidad de Salamanca, p. 210; LACRUZ BERDEJO, J. L. (2010), *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Dykinson, pp. 279 y sigs.; MESA MARRERO, C. (2006), *Las uniones de hecho. Análisis de las Relaciones Económicas y sus Efectos*, Aranzadi, Navarra, pp. 45-46 y, recogiendo también a los anteriores, ESPADA MALLORQUÍN, S. (2007), *Los derechos sucesorios de las parejas de hecho*, Thomson-Civitas, Pamplona, pp. 172 y sigs.

⁵ Así, ESPADA MALLORQUÍN, S., Los derechos sucesorios... *ob. cit.*, p. 194.

⁶ Así lo hacen LACRUZ BERDEJO, J.L., Elementos de... *op. cit.*, p. 279; LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M. (1994), *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia*, Colex, Madrid, pp. 17-18; o CALLE RODRÍGUEZ, M.^a V., Ruptura de las uniones paramatrimoniales. Secuelas económicas y patrimoniales (Especial referencia al tema de cómo probar la unión de este tipo y el problema que se plantea con respecto a la vivencia tras la ruptura de la unión), en *Actualidad y Derecho*, núm. 35, 1995, p. 2.

⁷ En este sentido, entre otros, destacamos a LACRUZ BERDEJO, J. L., Elementos de... *op. cit.*, p. 279; y ESTRADA ALONSO, E., La unión extramatrimonial... *op. cit.*, p. 76.

⁸ Recientemente en, Inconstitucionalidad parcial de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. Sentencia del TC de 23 de abril de 2013, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 94, 2014, p. 218.

⁹ ROCA GUILLAMÓN, J., Las cargas de la familia de hecho, *Parejas de Hecho*, Granada, 1996, pp. 84 y sigs.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Las parejas de hecho, en *Aranzadi Civil*, núm. 1, 1992, p. 1833.

¹⁰ Así, PÉREZ VALLEJO, A. M.^a (2000), *Autorregulación en la convivencia de hecho*, Universidad de Almería, p. 29.

¹¹ Vid. HERRERA CAMPOS, R. (dir.) (1996), La comunidad de bienes surgida en la convivencia de parejas de hecho, en *Parejas de Hecho (Curso de verano de la Universidad Complutense en Almería)*, Publicaciones de la Academia Granadina del Notariado, Granada, pp. 64 y 65.

¹² Así la denomina GIL RODRÍGUEZ, J., en Notas sobre la pareja de hecho no inscrita, en *Derecho y Familia en el siglo XXI*, AA.VV, Universidad de Almería, 2011, pp. 110 y sigs.

¹³ *RJ* 2005, 7148. En el mismo sentido, SSTs de 6 de octubre de 2011 (*RJ* 2011, 6708), 16 de junio de 2011 (*RJ* 2011, 4246), 7 de julio de 2010 (*RJ* 2010, 3904), 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 404), 8 de mayo de 2008 (*RJ* 2008, 2833), 19 de octubre de 2006 (*RJ* 2006, 8976).

¹⁴ *RJ* 2008, 3345.

¹⁵ En estudios sobre el origen de la vida, como el de C. GRIMBERG (*El Alba de la Civilización*, tomo I, Daimon, Barcelona, 1982, pp. 17, 28, 41 y 55), se afirma que esta pudo surgir en la tierra hace más de tres millones de años y el primer «homo faber», en la Era Cuaternaria. En el Paleolítico Superior, el hombre estaría integrado en grupos estructurados jerárquicamente y entre doce mil y ocho mil antes de Cristo se establecería en grupos más o menos numerosos de carácter sedentario.

¹⁶ GOODE, W. J. (1966), *La Familia*, U. T., Editorial Hispano-Americana, México, pp. 1-4.

¹⁷ Sentido de familia de la STS de 16 de abril de 1973, en relación al artículo 1903 CC y la responsabilidad directa de los padres.

¹⁸ Pueden consultarse las obras de ENGELS, F. (1986), *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Ed. Planeta de Agostini, Barcelona, y de MICHEL, A. (1974), *Sociología del matrimonio y de la familia*, Ed. Península, Barcelona.

¹⁹ ZONABEND, F. (1988), De la Familia. Una visión etnológica del parentesco y la familia, *Historia de la familia*, tomo I, Madrid, p. 23.

²⁰ PÉREZ VILLALOBOS, M. C. (2008), *Las Leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho*, Ed. Aranzadi, S.A., p. 101.

²¹ Datos INE PRIMER SEMESTRE 2013: El número de matrimonios bajó un 3,9% en la primera mitad del año respecto al mismo periodo de 2012.

²² Véase: STC 39/1986, de 31 de marzo.

²³ PÉREZ LUÑO, A. E. (1987), Sobre la igualdad en la Constitución española, *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV.

²⁴ DURÁN Y LALAGUNA, P. (1994), Notas sobre la igualdad, en *Anuario de Filosofía del Derecho XI*, p. 233. GUISÁN, E. (1987), Igualdad, imparcialidad y bienestar en la ética contemporánea, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo IV, Madrid, p. 10. MARTINEZ, J. I. (1991), El principio de igualdad y la producción de diferencias en el derecho, en AAVV *El principio de igualdad en la Constitución española*, IX Jornadas de Estudio del Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, del Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 539 y sigs.

²⁵ STC 49/1982, de 14 de julio.

²⁶ DE PORRES ORTÍZ DE URBINA, E., Uniones de hecho, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 14, 2002, p. 17.

²⁷ Todas estas cuestiones son objeto de reflexión y estudio en profundidad por ESPADA MALLORQUÍN, S., Los derechos sucesorios... *ob. cit.*, pp. 211 y sigs.

²⁸ En este sentido, se adhieren a la posición doctrinal que reclama la inclusión del conviviente entre las personas llamadas a suceder *abintestato*, entre otros: LÓPEZ-MUÑOZ GONÍ, quien sostiene la sucesión *abintestato* del compañero sobreviviente con preferencia a los colaterales, siempre, claro está, que conste la convivencia *more uxorio*, en *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia*, Madrid 1994, pp. 222 y sigs.; GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (1995), *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, nota 8, p. 37; REINA, V. y MARTINELL, J. M.^a (1996), *Las uniones matrimoniales de*

hecho, Marcial Pons, Madrid, p. 78; o MESA MARRERO, C., Las uniones de hecho... *ob. cit.*, p. 261. Por otra parte, estudia el tema a la luz de los antecedentes históricos romanos, teniendo en cuenta el panorama actual en distintas Comunidades Autónomas, ALEMÁN MONTERREAL, A., Panorama actual y antecedentes históricos sobre los derechos sucesorios *abintestato* del conviviente supérstite de una pareja de hecho, en *Actualidad Civil*, núm. 2, 2005, pp. 151 y sigs.

²⁹ Así, PÉREZ ESCOLAR, M., Derechos sucesorios del conviviente supérstite. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2003, en *@Actualidad Civil*, núm. 7, 2004.

³⁰ MARTÍN PÉREZ (2000), Convivencia y herencia. Derechos sucesorios en las uniones de hecho, *Homenaje al Profesor Moreno Quesada*, Almería, pp. 1096 y sigs. Por su parte, ROMERO PAREJA, Los derechos sucesorios de las uniones familiares no matrimoniales, *@La Ley*, núm. 5757, defiende que una aplicación analógica de las normas previstas para el matrimonio no puede justificarse al no existir un vacío legal, por lo que propugna una reinterpretación teleológica y social del articulado del Código Civil en materia de familia y sucesiones, equiparando al cónyuge viudo con el supérstite *more familiari*; si así fuere, nos dice, la ley deferirá la herencia a los parientes por línea recta del difunto, y a falta de estos, heredaría el sobreviviente de la unión familiar próxima, sea o no matrimonial.

³¹ Vid. GARCÍA RUBIO, M.^a P., Parejas de hecho y lealtad constitucional, en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Prof. F. J. Serrano García*, Universidad de Valladolid, Salamanca, 2004, pp. 35-39.

³² Vid. ESPADA MALLORQUÍN, S., Los derechos sucesorios... *ob. cit.*, p. 216.

³³ Así, ROMERO PAREJA, A., Los derechos sucesorios de las uniones familiares no matrimoniales, en *@Diario La Ley*, núm. 5757, 2003. Vid. VILLAGRASA ALCALDE, C., Los derechos sucesorios de las parejas de hecho en los derechos civiles catalán y aragonés, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 4, 2002, p. 31, según el cual, en las uniones familiares se asume de forma libre y natural un nivel de compromiso equivalente al que se da en el matrimonio, desarrollando una comunidad de vida equiparable a la matrimonial.

³⁴ En este sentido se pronuncia en Los derechos sucesorios... *ob. cit.*, p. 217; idea que es desarrollada en profundidad por la autora en los capítulos sucesivos a las páginas citadas.

³⁵ Cfr. Sentencia 93/2013, de 23 de abril de 2013. Recurso de inconstitucionalidad 5297-2000. Interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. Competencias sobre legislación civil, principio de seguridad jurídica, derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal y familiar, protección de la familia: nulidad de diversos preceptos legales autonómicos. Votos particulares.

³⁶ Cuestión distinta es qué sucederá con aquellas parejas que previamente a la publicación de este Sentencia tuviesen ya reconocidos los derechos recogidos en la Ley navarra. El propio Tribunal establece, en el fundamento de derecho 14 que la declaración de inconstitucionalidad solo será eficaz *pro futuro*, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme, puesto que el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) reclama la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas; no solo las decididas con fuerza de cosa juzgada, sino también las situaciones administrativas firmes.

³⁷ Así se pronuncia, CAMARERO SUÁREZ, V., Discriminación jurídica del matrimonio frente a las parejas de hecho, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 16, 2008, Revistas@iustel.com.

³⁸ Lo mismo sucede en la gran mayoría de las legislaciones europeas. Sirva como ejemplo lo establecido en el artículo 745 del Código Civil belga que señala que, en caso de fallecimiento de uno de los dos miembros, la persona superviviente de la pareja de hecho registrada reciba el usufructo del inmueble considerado para la familia como residencia habitual, incluyendo los activos del hogar —ajuar—.

³⁹ Se suele plantear también un problema con frecuencia cuando se produce el fallecimiento de uno de los convivientes es si el otro conviviente tiene derecho o no a recibir la indemnización que se hubiese establecido en un supuesto seguro de vida. En este caso hemos de partir de la premisa de que las cantidades que se perciben por los seguros de vida, no forman parte de la herencia, como ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones el propio Tribunal Supremo, como en el caso de la Sentencia de 14 de marzo de 2003 de la que más adelante daremos detalles. Esto es así porque se trata de una adquisición originaria y no derivativa, ya que la suma asegurada pasa directamente del patrimonio del asegurador al patrimonio del beneficiario, no formando parte, en ningún momento, del patrimonio del tomador, el conviviente fallecido.

⁴⁰ Señala el artículo 809 del Código Civil que *Constituye la legítima de los padres o ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia.*

*(Trabajo recibido el 9-4-2014 y aceptado
para su publicación el 21-4-2014)*

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

El alquiler de viviendas de uso
turístico a partir de la Ley 4/2013:
la necesaria interpretación conjunta
de la LAU y de la legislación turística
autonómica

*The homes for holiday use from
the Law 4/2013: the required joint
interpretation of the LAU and the
regional tourism legislation*

por

HERMINIA CAMPUZANO TOMÉ
*Profesora Titular de Derecho Civil
(acreditada a Catedrática)
Universidad de Oviedo*

RESUMEN: En nuestro Ordenamiento jurídico, hasta la entrada en vigor de la Ley 4/2013, de 4 de junio, los contratos de alquiler de viviendas para uso vacacional o turístico encontraban acogida en el ámbito de aplicación de la LAU bajo la figura de los arrendamiento de temporada. La nueva norma modifica el artículo 5 LAU añadiéndole un nuevo párrafo e) conforme al cual se excluye del ámbito del ámbito de aplicación de la LAU «*La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado*

de su normativa sectorial». El alcance real del precepto exige una interpretación conjunta del precepto con la legislación turística de las distintas CCAA al objeto de determinar cuál es la cesión temporal de uso arrendaticia que, por no encontrar acogida en el ámbito de aplicación de la legislación turística de las CCAA, va a quedar sometida al régimen jurídico de la LAU y cuál la que, por conllevar el ejercicio de una actividad turística y ser calificada como cesión turística, quedará sometida al régimen jurídico de las legislaciones turísticas autonómicas y excluida del ámbito de aplicación de la legislación arrendaticia. Igualmente, se hace necesario verificar la transcendencia que adquiere la circunstancia de promocionar o comercializar una vivienda en canales de oferta turística como requisito suficiente para convertir un contrato de arrendamiento de temporada para uso vacacional en contrato de arrendamiento turístico.

ABSTRACT: In our legal system, until the entry into force of Law 4/2013 of June 4, contracts dwelling for holiday use were received in the scope of the LAU under the figure of the leasing season. The new standard changes the artículo 5 LAU adding a new paragraph e) under which it excludes from the scope of the LAU «Temporary agency use of an entire furnished and equipped ready for immediate use, marketed or promoted in housing supply channels Desk and made for profit, when subjected to a specific system, derived from its industry regulations». The actual scope of the provision requires a joint performance with the tourism legislation across territories in order to determine the temporal assignment of tenancy use, not to find its way into the scope of tourism legislation of the CCAA, will be subject to the legal regime of the LAU and what that, by entailing the exercise of tourism and tourist qualify as assignment, shall be subject to the legal regime of the regional tourism laws and excluded from the scope of tenancy legislation. Similarly, it is necessary to verify that acquires significance fact promote or market a home in tourism channels as sufficient to convert a seasonal lease for holiday use in tourist lease contract requirement.

PALABRAS CLAVE: Arrendamiento de temporada para uso vacacional. Arrendamiento turístico. Cesión temporal de uso. Canales de oferta turística. Intermediador turístico.

KEY WORDS: *Leasing season for holiday use. Turist lease. Temporary assignment of use. Channels of tourist offer. Tourist intermediary.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 4/2013.—III. INTERPRETACIÓN DEL PÁRRAFO e) DEL ARTÍCULO 5 LAU. 1. SIGNIFICADO

DE LA EXPRESIÓN «CESIÓN TEMPORAL DE USO». 2. LA CESIÓN DE USO TURÍSTICA EN EL ÁMBITO DE LA LEGISLACIÓN TURÍSTICA. DIFERENCIAS ENTRE APARTAMENTOS TURÍSTICOS, VIVIENDAS TURÍSTICAS Y VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO. A) Evolución legislativa de la legislación turística autonómica. B) Especial estudio de la legislación sobre alojamientos turísticos en las CCAA de Cataluña y Baleares. a) *Estudio del Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico de Cataluña*. b) *La comercialización de estancias turísticas en la Ley 8/2012, de 19 de julio, de Turismo Balear*.—IV. EL REQUISITO DE LA PROMOCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN EN CANALES DE OFERTA TURÍSTICA. 1. RELEVANCIA DE LA COMERCIALIZACIÓN DE UN INMUEBLE PARA USO VACACIONAL EN CANALES DE OFERTA TURÍSTICA EN ORDEN A LA TRANSFORMACIÓN DE UN ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA EN TURÍSTICO. 2. CONCEPTO DE «CANAL DE OFERTA TURÍSTICA». LA NECESARIA DIFERENCIA ENTRE INTERMEDIADORES DE VIVIENDAS PARA USO VACACIONAL Y LAS EMPRESAS DE INTERMEDIACIÓN TURÍSTICA. —V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El alquiler de apartamentos o viviendas para uso turístico realizado entre particulares se enmarca dentro de la modalidad de alojamiento turístico privado¹. Tal modalidad integra una variada tipología² que, unida a la diversidad de sujetos implicados en el ámbito del sector turístico con diferentes intereses en juego, motiva que no siempre sea fácil determinar el régimen jurídico al que han de quedar sujetos los contratos a través de los cuales se cede y pone a disposición del turista el correspondiente alojamiento privado.

Las relaciones contractuales mediante las cuales se puede llevar a cabo la actividad de alojamiento privado de uso turístico son muy diversas: unas de naturaleza compleja, como el contrato de hospedaje, otras puramente civiles, como el contrato de arrendamiento, y otras, enmarcadas dentro de lo que en el ámbito del derecho administrativo y autonómico se conceptúan como contratos turísticos. Dejando al margen el contrato de hospedaje, de carácter atípico y en el que se combinan prestaciones de distintas figuras contractuales³, la dificultad principal surge al momento de fijar cuándo debe otorgarse al alquiler de un alojamiento privado la calificación de «turístico», y cuando de arrendamiento de temporada. En el primer caso, sometido a la correspondiente reglamentación administrativa y autonómica del sector turístico y en el segundo, como producto resultante de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, al régimen especial de Arrendamientos Urbanos. La diferencia reviste especial importancia dado el marcado carácter rígido e intervencionista de la normativa sectorial turística frente a la libertad contractual derivada de la legislación arrendaticia.

El problema planteado adquiere especial relevancia respecto a una forma concreta de alojamiento privado que emerge con fuerza en los últimos años⁴: el alquiler de apartamentos o viviendas para uso vacacional o turístico promovido entre particulares. Constituye una modalidad que brota con fuerza para dar respuesta a la creciente demanda de los turistas⁵, que ven en esta modalidad de alojamiento mayores ventajas y comodidades que las proporcionadas por los establecimientos de alojamiento turístico colectivo. Se desarrolla normalmente a través de contratos de arrendamiento temporales mediante el cual el propietario-arrendador de un piso o apartamento amueblado y en condiciones de inmediata utilización, cede su uso al arrendatario, a cambio de un precio, para su disfrute en épocas vacacionales. La cesión del inmueble puede ser realizada directamente por el propietario, o a través de terceros intermediarios que ponen en contacto a las partes facilitando su oferta y comercialización. Son contratos privados cuyo objeto es un inmueble de dominio propio y cuya finalidad última es proporcionar al turista el uso o goce del inmueble para su disfrute temporal en periodos vacacionales, que pueden consistir en días, semanas o meses. A través del mismo no se presta ningún tipo de servicio complementario al del mero alojamiento.

Así conformados, se presentan como figuras contractuales de alojamiento privado para uso vacacional sin encaje en la modalidad de alojamiento turístico previsto por las legislaciones turísticas de las diversas Comunidades Autónomas. Sí encuentran refugio en el ámbito de aplicación de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU) como contratos de arrendamiento temporal y en el de concretas disposiciones autonómicas bajo la modalidad de «*viviendas de uso vacacional*». En este escenario, la entrada en vigor de la Ley 4/2013, de 4 de junio de *medidas de flexibilización y fomento del alquiler de viviendas*⁶ ha venido a sembrar dudas acerca del régimen jurídico al que deben quedar sometidos a partir de su aprobación.

II. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 4/2013

En nuestro Ordenamiento jurídico, hasta la entrada en vigor de la Ley 4/2013, de 4 de junio, la naturaleza civil de los contratos de alquiler de apartamentos o viviendas para uso vacacional y turístico efectuados entre particulares era aceptada sin problemas, quedando sometidos al ámbito de aplicación de la LAU bajo la figura del arrendamiento de temporada. Configurados como contratos celebrados sobre un bien inmueble cuyo destino principal no es la necesidad permanente de vivienda, encontraban claro refugio bajo el paraguas legal del artículo 3. 1 LAU como «*arrendamientos distintos al de vivienda*». Su finalidad para uso vacacional, lejos de eliminar tal calificación, los dejaba enmarcados

con «especial» consideración en la categoría de arrendamiento de temporada al establecer el párrafo 2.º que «...*En especial, tendrán esta consideración los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea esta de verano o cualquier otra...*». Se regirán, a tenor de lo dispuesto en el artículo 4.2 LAU, por la voluntad de las partes, a falta de pacto, por lo dispuesto en el Título III LAU y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil.

Siendo ello así, el crecimiento experimentado en los últimos años y la fuerza con la que emergen como alternativa de alojamiento para los turistas, motivó que los establecimientos de alojamiento colectivo, que veían en los alquileres de apartamentos por cortos periodos de tiempo una especie de competencia desleal, elevaran sus voces presionando al legislador para que promoviera su regulación y los excluyera del ámbito de aplicación de la legislación civil arrendaticia. El legislador, cediendo en cierto modo a tales presiones y en *un intento de evitar situaciones que podrían estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal*⁷, procedió a la aprobación de la Ley 4/2013, de 4 de junio. La norma, si bien deja vigente y sin cambio alguno el artículo 3.2 LAU referente a los arrendamientos de temporada, modifica, a través de su artículo 1.2, el artículo 5 LAU añadiéndole un último apartado conforme al cual quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley «... e) *La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial*»⁸.

La modificación genera desconcierto e incertidumbre entre los propietarios de alojamientos privados que dudan acerca de si la modificación del artículo 5 LAU conlleva la cercenación de su derecho a seguir alquilando sus pisos y apartamentos por temporadas para uso vacacional bajo el amparo de la LAU. Tienen miedo a quedar fuera de la legalidad si el alcance de la exclusión se extiende a los alquileres temporales de viviendas para uso vacacional que se oferten o comercialicen en páginas web o portales inmobiliarios, dejándolos sometidos a la rígida regulación turística de las CCAA; de ser así, no ven en modo alguno justificada la actitud del legislador de eliminar por su sola voluntad de querer que así sea contratos de arrendamiento civiles con plena acogida en la normativa de Arrendamientos urbanos a través de la figura de los arrendamientos temporales. Como tendré ocasión de verificar, no es esta la interpretación que se deriva del precepto, que solo excluye del ámbito de aplicación de la LAU a la cesión de uso temporal «*cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial*». Como la mayor parte de las legislaciones autonómicas, a excepción de algunas como la catalana y la de la Comunidad de Madrid, no han previsto en su articulado figuras contractuales en la que tengan cabida los arrendamientos de temporada para uso vacacional, hay que concluir que estos, por no disponer de un régimen específico en la normativa sectorial

turística, seguirán encontrando refugio en la LAU como contratos perfectamente legales. En cualquier caso, dada la diversidad de intereses en juego: propietarios de viviendas, empresas que explotan apartamentos turísticos, webs y portales comercializadores de apartamentos y viviendas, hoteleros, el conflicto estaba servido y las posiciones encontradas y difícilmente conciliables.

Situados en este escenario, es el momento de preguntarnos, el porqué de la reforma. ¿Por qué esa insistencia en extraer de la LAU este tipo de arrendamientos?, ¿Supone la reforma una sanción a este tipo de contratos? ¿Era realmente necesaria? CARRASCO PERERA (2012, 120) al comentar la Ley 4/2013, califica la modificación del artículo 5e) como menor e *«inesencial»* que, *«seguramente no tiene otro propósito que llenar de alguna forma el texto de una reforma innecesaria»*. Por qué si hasta la aprobación de la Ley 4/2013, la cesión de una vivienda para uso turístico realizada entre particulares, bien directamente, bien a través de un canal intermediador, seguía bajo el cobijo legal de la LAU como arrendamiento de temporada para uso distinto de vivienda, ahora se excluye de su ámbito de aplicación cuando son comercializados por una empresa intermediaria? ¿Para qué la reforma?, se pregunta GONZÁLEZ CARRASCO (2013, 2), ¿para proteger de forma más eficaz al turista?; ¿para proteger a las comunidades de propietarios⁹?; ¿para beneficiar al lobby hotelero en contra de la libertad contractual, entendida por el Preámbulo como *«competencia desleal»*?¹⁰. En su opinión, ninguno de estos objetivos justifica tal limitación de la libertad dominical y considera que la respuesta se encuentra en la pregunta oral del Grupo Parlamentario Unión Progreso y Democracia en la Comisión de Industria, Energía y Turismo, de 2012¹¹, en relación con la medidas a adoptar por el Gobierno para la lucha contra el fraude en los alquileres de apartamentos en destino turístico, y en la contestación escrita del Gobierno, según la cual los arrendamientos no declarados se señalaban como objetivo de atención preferente para el descubrimiento de rentas no declaradas¹². La justificación de la exclusión del artículo 5 LAU *«no es sino un paso más hacia el pase por caja obligatorio de los arrendamientos de viviendas vacacionales celebrados entre particulares a través de normas autonómicas dictadas por las CCAA en el ejercicio de sus competencias en materia de vivienda»* (GONZÁLEZ CARRASCO, 2013, 2).

Ciertamente, resulta confuso determinar las razones que movieron al legislador a la reforma. Si lo que pretendía era eliminar de la regulación de la LAU a los *«arrendamientos turísticos»* para evitar *situaciones de intrusismo y competencia desleal*, no debería haberse limitado a establecer como requisito de exclusión la mera *comercialización y promoción de los arrendamientos a través de canales turísticos*. No es este por sí solo; elemento que determine la calificación como *turístico* de un arrendamiento, ni el que lo haga merecedor del sometimiento al estricto control por la Administración Autonómica bajo la amenaza de sanciones en caso de incumplimiento de las rigurosas condiciones y requisitos exigidos por la legislación turística. Sería absurdo pensar que en

el mundo de la era digital en el que nos movemos, el simple hecho de utilizar las tecnologías de la información como herramienta para facilitar y poner en contacto a las partes que celebran un contrato pudiera ser considerado por el legislador como elemento susceptible de alterar la naturaleza civil de un contrato de arrendamiento de temporada. La LAU no dice nada al respecto ni excluye de su ámbito de aplicación a los arrendamientos de temporada perfeccionados a través de las redes digitales, de modo que no hay ningún motivo para entender que pierden su naturaleza civil por el mero hecho de ser ofertados o comercializados en Internet. Sí perderían, sin embargo, la condición de arrendamientos civiles aquellos contratos que, además de la actividad de alojamiento, conllevaran la prestación de otro tipo de servicios. Ello porque en este caso el arrendador estaría realizando una actividad de alojamiento turístico y, por tanto, celebrando un contrato de *«arrendamiento turístico»*. Estos contratos sí que están sometidos a un régimen sectorial turístico específico y, por tanto, por él deben regirse. No sucederá lo mismo con los contratos de alquiler de pisos para uso vacacional que no encuentren encaje en la legislación turística, los cuales, por más que el legislador lo pretenda, seguirán regulados por la legislación civil arrendaticia. No es posible calificar como turísticos contratos de alquiler que no reúnen en la legislación turística las condiciones necesarias para ser calificados como tales o que no encuentren encaje entre las figuras contractuales en ellas contempladas.

No pueden confundirse, como parece que hace el legislador, los contratos de *«arrendamiento turístico»* o *«alojamiento turístico»* con los contratos de arrendamiento de vivienda amueblada para uso vacacional o turístico. Ambos, si bien comparten notas comunes, guardan diferencias esenciales. Los arrendamientos turísticos se configuran como una especie de contratos complejos (VERDERA IZQUIERDO, 2009, 15) en los que el arrendador se obliga no solo a ceder el uso del inmueble para su disfrute temporal sino también a la prestación de determinados servicios, de forma que, como afirma FUENTES LOJO (1990) *«no será posible obtener la consecución de los fines propuestos, sin la continuada colaboración del arrendador»*. Es, por tanto, la prestación de servicios la que se erige en pieza clave para calificar una actividad locativa como actividad turística; consiguientemente, son los contratos en los que el arrendador, junto con el alojamiento y la cesión del uso de la vivienda, preste otros servicios propios de la hostelería, contra los que el legislador debe centrar su atención al no encontrar encaje en la legislación arrendaticia y ser propios de la legislación turística. Por ello, resulta más lógico y justifica la reforma admitir que los contratos que el legislador deja excluidos de la LAU, no son los arrendamientos de temporada para uso vacacional comercializados mediante canales turísticos —los cuales seguirán siendo civiles— sino los ofrecidos por estos medios que incluyan servicios complementarios propios de la industria hotelera tales como, por ejemplo, limpieza, lavado de ropa, restauración, que conllevan una prestación de alojamiento turístico y, por tanto, conforman los

verdaderos contratos de arrendamiento turístico. Son estos los que pudieran generar situaciones de intrusismo y competencia desleal para los alojamientos hoteleros y los que, por estar sometidos a un régimen específico en la normativa sectorial turística de las distintas CCAA, han de quedar excluidos del ámbito de aplicación de la LAU. Como afirma VALLADARES RASCÓN (2013, 176), se trataría de contratos que persiguen una finalidad distinta de la implícita en la legislación especial de arrendamientos urbanos, y se caracterizan porque el arrendamiento es un medio para conseguir un fin distinto del de ceder el uso de una edificación por tiempo determinado a cambio de un precio.

Siendo ello así, una primera lectura del artículo 5e) LAU podría llevar a deducir que no ha sido este el criterio seguido por el legislador para marcar la frontera legal entre el arrendamiento de temporada para uso vacacional y el arrendamiento turístico. De la letra del precepto podría desprenderse que la exclusión deriva del hecho de que el inmueble que se cede haya sido ofertado y comercializado en canales turísticos. De ser así, el legislador estaría invistiendo a la utilización de las nuevas tecnologías con potestad suficiente para novar la naturaleza civil del contrato de arrendamiento de temporada para uso vacacional en arrendamiento turístico. ¿Es realmente así? ¿Pierde el arrendamiento de temporada para uso vacacional su naturaleza civil por el simple hecho de ser comercializado o promocionado en canales de oferta turística? De admitirse esta postura, ¿cuáles son los canales de oferta turística que transforman un contrato civil en un contrato turístico? ¿quedarían también excluidos los arrendamientos que se anunciaran a través de carteles o a través de Internet pero por canales que no fueran considerados turísticos? ¿Cumplen los arrendamientos de temporada para uso vacacional cuando son comercializados y promocionados en canales turísticos los requisitos necesarios para ser conceptuados como alojamientos turísticos en la normativa autonómica? ¿Los apartamentos publicitados en canales turísticos adquieren la condición de apartamentos turísticos?

Como verificaré a lo largo del trabajo, la respuesta a estos interrogantes solo puede obtenerse interpretando el artículo 5e) LAU en conjunción con la legislación turística de las CCAA. Dado que la exclusión solamente afecta a la cesión temporal de uso ofertada o comercializada (...) *cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial*, será preciso analizar qué se entiende por «cesión temporal de uso» y cuál es la cesión que en la legislación autonómica es calificada de turística y sometida a su específico régimen.

III. INTERPRETACIÓN DEL PÁRRAFO E) DEL ARTÍCULO 5 LAU

A tenor del artículo 5e) LAU: «*Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley... e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amue-*

blada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promovida en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial».

El legislador no establece con claridad cuáles son los arrendamientos que quedan excluidos de la normativa civil ni ofrece ningún concepto de los requisitos exigidos para que opere la exclusión. De la lectura del Preámbulo de la Ley 4/2013 podría extraerse que los contratos objeto de exclusión son aquellos en los que se cede temporalmente el uso de una vivienda amueblada y equipada, si es ofertada y comercializada en canales de oferta turística. Tal parece haber sido la pretensión del legislador queriendo elevar a la categoría de turísticos a los arrendamientos de temporada para uso vacacional por el hecho de ser ofertados o comercializados en canales turísticos. No obstante, si nos atenemos a la literalidad del precepto, observamos que, aun cuando tal fuera su pretensión, no es esto lo que dice el texto legal. De su tenor literal, lo único que se extrae es que *la cesión temporal de uso* solamente quedará excluida «*cundo esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial*».

Siendo ello así, el precepto no aporta nada nuevo en relación con el régimen jurídico anterior a la reforma. Su verdadero alcance solo podrá establecerse a través del estudio pormenorizado de las distintas legislaciones turísticas autonómicas. Así, los arrendamientos que quedarán excluidos del ámbito de aplicación de la LAU por disposición del artículo 5e) son los contratos de arrendamiento temporal ofertados o comercializados en canales de oferta turística que encuentren acomodo y dispongan de un régimen normativo en las legislaciones turísticas de las distintas CCAA. Para ello no hubiera hecho falta añadir ningún párrafo al artículo 5 LAU porque ya era así con anterioridad a la Ley 4/2013. Dada la asunción de competencias que tienen atribuidas las CCAA en materia de ordenación del turismo en virtud de lo dispuesto en el artículo 148.1.18 CE, los contratos de arrendamiento que encuentran acogida en alguna de las figuras contractuales en ellas previstas quedan sometidos a su control y potestad sancionadora y no al régimen jurídico de la legislación de Arrendamientos Urbanos. La adicción del párrafo e) en el artículo 5 LAU conlleva únicamente el expreso reconocimiento por parte del legislador estatal de la exclusión del régimen general de Arrendamientos Urbanos de contratos que, por no ser civiles, habrán de quedar sometidos al ámbito de aplicación del derecho administrativo y autonómico correspondiente. Son contratos que «*de facto*» no estaban ya sometidos a la normativa arrendaticia, sino incluidos en el ámbito de aplicación de la legislación turística de las distintas CCAA. El precepto estaría proclamando algo que ya resultaba obvio antes de la reforma: que los contratos turísticos sobre apartamentos o viviendas turísticas que conlleven el ejercicio de actividades turísticas deben quedar regulados por la normativa turística.

De la letra del precepto se extraen los requisitos exigidos por el legislador para que proceda la exclusión: 1) Que exista una cesión temporal de uso; 2) Que dicha cesión recaiga sobre una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato; 3) Que la cesión sea comercializada o promocionada en canales de oferta turística; 4) Que sea realizada con finalidad lucrativa. 5) Que la cesión de uso así ofertada y comercializada esté sometida a un régimen específico en la normativa sectorial turística de las CCAA. Es este último requisito el que no ha sido tomado en cuenta por algunos al momento de interpretar el precepto y el que, sin embargo, resulta determinante para saber cuáles son los contratos de arrendamiento a los que se refiere el legislador. No puede interpretarse el precepto, como ha hecho la mayor parte de la doctrina¹³, en el sentido de que el legislador con la modificación haya dejado sometidos a la legislación turística de las CCAA a los contratos de arrendamiento temporal ofertados y comercializados en canales de oferta turística, sino que lo que el legislador está diciendo expresamente es que quedarán a ella sujetos solamente aquellos que tengan acogida en el ámbito de aplicación de la normativa sectorial turística.

En cualquier caso, conviene examinar cuál es la cesión temporal de uso arrendaticio que, por no encontrar acogida en el ámbito de aplicación de la legislación turística de las CCAA, va a quedar sometida al régimen jurídico de la LAU y cuál la que, por conllevar el ejercicio de una actividad turística y ser calificada como cesión turística, quedará sometida al régimen jurídico de las legislaciones turísticas autonómicas y excluida del ámbito de aplicación de la legislación arrendaticia. Igualmente, habrá que verificar la transcendencia que adquiere la circunstancia de promocionar o comercializar una vivienda en canales de oferta turística como requisito suficiente para convertir un contrato de arrendamiento civil en contrato turístico.

1. SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN «CESIÓN TEMPORAL DE USO»

Como punto de partida, es preciso reseñar la variada casuística que puede darse al momento de alquilar una vivienda particular para uso vacacional o turístico. Resulta obvio que la exclusión a la que se refiere el apartado e) del artículo 5 LAU no puede afectar a cualquier cesión de un inmueble realizada mediante precio para el alquiler por temporadas, aun cuando su fin sea vacacional. Únicamente podrá alcanzar a la cesión que reúna los elementos necesarios para ser calificada como cesión turística, o a la que sin recibir tal calificación, se ajuste a las figuras contractuales reguladas en la normativa sectorial turística. Ahora bien, ¿cuándo una cesión de uso temporal puede ser calificada como cesión turística? Esta cuestión constituye el eje fundamental sobre el que pivota la determinación del régimen jurídico aplicable a las diversas figuras contractuales

a través de las que se puede llevar a cabo el alquiler temporal de una vivienda para uso vacacional o turístico.

Surge la duda acerca de cuál es la cesión a la que se refiere el precepto cuando habla de «*cesión temporal de uso*»: la referida a los arrendamientos de temporada para uso vacacional suscritos entre particulares cuando hayan sido «*ofertados o comercializados en canales de oferta turística*», o la cesión de uso de alojamientos turísticos cuya oferta y comercialización sea reputada como turística en las correspondientes legislaciones sectoriales. La diferencia es esencial ya que a los primeros les será de aplicación el régimen normativo de la LAU asentado, sobre todo a raíz de la reforma, en la prevalencia de la autonomía de la voluntad y la libertad de pactos entre las partes contratantes. Concretamente, los arrendamientos de temporada para uso vacacional se regirán, respetando lo establecido con carácter imperativo en los títulos I y IV de la Ley, «*por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el título III de la presente ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil*». Ello supone que fuera de lo preceptuado en los artículos 1 a 5 LAU relativos al ámbito de aplicación y en los artículos 36 y 37 sobre fianza y formalización del contrato, las partes gozarán de plena libertad para establecer en su relación contractual los pactos, cláusulas y condiciones que estimen convenientes. Contrariamente, si la «*cesión temporal de uso*» a la que se refiere el legislador es la cesión de uso de alojamientos turísticos cuya oferta y comercialización constituya una actividad turística, el régimen jurídico aplicable, en las CCAA donde exista, será la legislación turística autonómica. Las partes verían limitada su libertad contractual al quedar sometida su relación contractual al riguroso control y potestad sancionadora que de ella se deriva.

Resulta lógico interpretar que el legislador se está refiriendo a la *cesión temporal de uso* realizada por empresas turísticas sobre alojamientos turísticos; no parece razonable entender que el legislador ha dejado excluido del ámbito de aplicación de la legislación civil, elevándola a la categoría de turística, a la cesión temporal de uso arrendaticio, con perfecto encaje y regulación bajo el régimen jurídico de los arrendamientos de temporada para uso vacacional, por el simple hecho de estar ofertada o comercializada en páginas web o portales inmobiliarios. De ser así, el legislador estatal estaría invistiendo al requisito de la oferta o promoción del contrato a través de canales turísticos con potestad suficiente para transformar un contrato de arrendamiento de temporada de naturaleza civil en un contrato de alquiler turístico. Tal potestad no le compete al legislador central porque ha sido transferida a las CCAA, que son las únicas dotadas de capacidad suficiente para regular los arrendamientos turísticos y determinar los requisitos y exigencias necesarios para su conceptualización. Es el legislador autonómico el único que en su ámbito territorial tiene atribuida constitucionalmente la competencia en materia de promoción y ordenación del turismo y, por tanto, el único que podrá operar dicha transformación. Por tanto, el artículo 5e) no

ha supuesto modificación alguna respecto a la anterior normativa arrendaticia, y todos los contratos de arrendamientos de temporada para uso vacacional, incluso los ofertados y comercializados por canales turísticos, siguen gozando de naturaleza civil y regulada por la LAU, salvo que otra cosa se deduzca de la legislación autonómica turística. En otras palabras, la cesión temporal de uso a la que estaría haciendo referencia el precepto y que se constituye en objeto de exclusión comprende la realizada mediante contratos de alquiler temporal que, por conllevar la realización de actividades turísticas o estar reguladas bajo alguna figura contractual en la legislación autonómica turística, exceden del ámbito de aplicación de la legislación arrendaticia quedando sometidos al régimen jurídico de los alojamientos turísticos previsto en las distintas CCAA.

Es cierto que el artículo 5e) resulta confuso y de difícil interpretación al no definir ni concretar los requisitos cuya concurrencia determinan la exclusión. La falta de claridad del precepto se advierte si se observa las distintas interpretaciones que de la expresión «*cesión de uso temporal*» ha realizado la doctrina. Para algunos la cesión objeto de exclusión «*se trataría de arrendamientos de temporada para uso distinto de vivienda*» (BERROCAL LANZAROT, 2009, 2), para otros, alcanzaría a los apartamentos turísticos puestos a disposición del público por una empresa o empresario de servicios turísticos (GONZÁLEZ CARRASCO, 2012, 2); más aún, los hay que se refieren a inmuebles de aprovechamiento turístico, para luego concluir que lo «*que se pretende con la reforma es excluir del alcance de la LAU a los alojamientos privados*»¹⁴. Resulta obvio, que no es lo mismo hablar de arrendamientos de temporada, que de apartamentos turísticos, de inmuebles de aprovechamiento turístico o de alojamientos privados, puesto que se trata de figuras con una configuración y régimen jurídico muy distinto. Como afirma VERDERA IZQUIERDO (2009, 4), la cuestión a dilucidar es cuándo un concreto arriendo temporal se debe calificar como arrendamiento de temporada, estancia turística en vivienda o aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.

A pesar del silencio que guarda el texto legal acerca del significado de la expresión «*cesión temporal del uso*», entiendo que no puede ser otra que la efectuada por titulares de establecimientos de alojamiento turístico sobre viviendas o apartamentos turísticos que, para la prestación de determinados servicios turísticos, utilicen contratos de arrendamiento de temporada acogidos en la LAU. Son estos contratos los que de mantenerse dentro del ámbito de aplicación de la LAU generarían una oferta ilegal y situaciones de intrusismo y competencia desleal al encontrar cobijo en un régimen jurídico que no les corresponde. Su exclusión del ámbito de la legislación civil arrendaticia y la correspondiente sujeción a la normativa sectorial turística está plenamente justificada porque no son contratos civiles sino contratos turísticos en los que ni el sujeto ni el objeto reúnen las condiciones necesarias para gozar del amparo de la normativa de derecho privado. Su naturaleza jurídica es turística y, puesto

que el sometimiento de un contrato a un determinado régimen jurídico depende de la verdadera naturaleza jurídica del contrato en cuestión¹⁵, la aplicación de la LAU los situaría en una posición de ilegalidad. Asimismo, tampoco resulta admisible imponer a un contrato de arrendamiento de temporada de naturaleza jurídica civil la normativa sectorial de las CCAA si se prueba que no cumple las exigencias en ella establecidas para ser conceptuado como contrato de alquiler turístico. De ello se deriva, que los contratos de alquiler que han de considerarse excluidos de la LAU a partir de la reforma operada por la Ley 4/2013, de 4 de junio sean los contratos en los que se cede el uso temporal de alojamientos que, conforme a la normativa sectorial turística de las CCAA, reúnan los requisitos necesarios para ser calificados como turísticos o bien los que, sin alcanzar tal calificación, encuentren encaje bajo alguna de las figuras contractuales en ella previstas; contrariamente, quedarán acogidos bajo el manto legal de la LAU los contratos de arrendamiento de temporada para uso vacacional o turístico de naturaleza civil que no encuentren encaje en dicha normativa autonómica; ello, independientemente de cuál sea la forma en la que se promocionen o comercialicen.

Esta interpretación se complica notablemente al ponerla en relación con las diversas e imprecisas disposiciones que las CCAA han ido dictando los últimos años en el ejercicio de las competencias que le han sido atribuidas por el artículo 148.1.18 CE en materia de promoción y ordenación del turismo. Si inicialmente la razón fundamental que impulsó a los legisladores autonómicos a su aprobación fue la dispersión normativa generada por la concurrencia de reglamentos autonómicos y normas estatales preconstitucionales obsoletas¹⁶, su propósito actual no persigue tan clara finalidad sistematizadora. Actualmente, son muchas las CCAA que han dedicado su esfuerzo a regular los alojamientos turísticos con el mero objetivo de intentar disminuir el número de viviendas que escapen a su control, creando a tal fin figuras contractuales que eviten por todos los medios que sus alquileres puedan quedar bajo la consideración de arrendamiento de temporada de la LAU¹⁷. Tal regulación, como expresamente declara SÁNCHEZ GONZÁLEZ, responde a un mal entendido ejercicio competencial al haber sido dictada *«haciendo caso omiso de las reglas de distribución competencial contenidas en la Constitución, o al menos, efectuando una particular interpretación de las mismas, llegando así a inmiscuirse en ámbitos reservados por el artículo 149.1.8.º CE al legislador estatal, como es el que incide en la base de las obligaciones contractuales»* (SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2009, 36). Son normas dictadas por las CCAA *«amparándose formalmente en la necesidad de hacer aflorar un importante volumen de ingresos que hasta entonces había permanecido en la más absoluta clandestinidad —con el consiguiente perjuicio para las arcas generacionales— así como en la conveniencia de incrementar los niveles de calidad de un sector económico de primera magnitud en nuestro país como es el turismo»*. En la misma línea se pronuncia BLANQUER CRIADO

(1991, 421) para quién «*so pretexto de la ordenación del turismo, las Comunidades Autónomas han materializado una importante publicación del Derecho Privado*». Algunos legisladores autonómicos no dudan en erigirse con autoridad y potestad suficiente para atribuirse competencias que no le corresponden, controlando y sancionando como turísticos arrendamientos que claramente gozan de una naturaleza civil y que, por tanto, deben quedar sometidos al régimen jurídico de la legislación de arrendamientos urbanos.

Tal intervencionismo es potenciado por el legislador central con la modificación introducida en la LAU. Como afirma expresamente GONZÁLEZ CARRASCO (2012, 12), su objetivo es «*propiciar una normativa autonómica sectorial que a través de la obligatoriedad de declaración y regulación de dichos arrendamientos, excluya la aplicación de las normas de la LAU*». Calificados por algunos como «*alojamientos privados no reglados*»¹⁸, los arrendamientos de temporada para uso vacacional entre particulares se han convertido en «*objeto de deseo*» para los legisladores autonómicos que intentan por todos los medios aprobar normativas sectoriales intervencionistas que les faculte para someter a su control el mayor número de viviendas particulares destinadas a uso vacacional. Como tendremos ocasión de comprobar, son pocas las legislaciones autonómicas que han conseguido su propósito.

De lo expuesto se desprende que al objeto de diferenciar correctamente el régimen jurídico aplicable a los arrendamientos de temporada para uso vacacional y el correspondiente a los arrendamientos turísticos, es preciso acometer dos tareas: la primera, examinar la normativa autonómica turística reguladora de los alojamientos turísticos para determinar cuáles son las figuras contractuales que quedan acogidas bajo su ámbito de aplicación y que, por tanto, conllevan una cesión turística. Haremos una breve referencia a la evolución de la normativa estatal y autonómica en materia de alojamientos turísticos; indagar acerca de cuáles han sido los criterios que tradicionalmente han movido al legislador en la regulación de los alojamientos turísticos y los utilizados para diferenciarlos de los arrendamientos de temporada de vivienda nos ayudará a interpretar el artículo 5e). Seguidamente, procederé al examen más detallado de alguna de las normas autonómicas más representativas, diferenciando las distintas modalidades de alojamiento turístico que regulan. En la última fase, se comprobará si tienen cabida en ellas los arrendamientos de temporada para uso vacacional ofertados y comercializados en canales turísticos. Como segunda tarea, será preciso averiguar qué es lo que el legislador central entiende por «*canales turísticos*» y comprobar si la oferta o comercialización de un inmueble realizada a través de ellos por sujetos de derecho privado se erige en requisito suficiente para elevar una cesión de uso arrendaticia de naturaleza civil a la categoría de cesión turística. Todo ello nos servirá para trazar la línea divisoria entre los alquileres turísticos sometidos al control y potestad sancionadora de las CCAA y los arrendamientos de temporada para uso vacacional de naturaleza civil re-

gulados en la LAU como arrendamientos de temporada. Ello con independencia de cuál haya sido la intención del legislador de querer atribuir a los contratos de arrendamiento una u otra calificación.

2. LA CESIÓN DE USO TURÍSTICA EN EL ÁMBITO DE LA LEGISLACIÓN TURÍSTICA. DIFERENCIAS ENTRE APARTAMENTOS TURÍSTICOS, VIVIENDAS TURÍSTICAS Y VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO

A. *Evolución legislativa de la legislación turística autonómica*

Una de las primeras normas que vieron la luz en el ámbito estatal para regular los alojamientos turísticos fue la Orden de 17 de enero de 1967 *sobre Ordenación de apartamentos, bungalós y otros alojamientos similares de carácter turístico*¹⁹. En su propio Preámbulo establecía claramente las diferencias entre los alojamientos turísticos y los arrendamientos de temporada regulados en la LAU: *«No puede, por tanto, confundirse la prestación de alojamiento turístico con el simple arrendamiento de una vivienda amueblada por cuanto que en este último caso se trata de la transferencia del uso temporal y oneroso de una vivienda, sin que el arrendador se obligue a prestar ningún servicio ni realizar actividad alguna en beneficio del arrendatario, mientras que en el primero lo característico es el conjunto de asistencias que recibe el cliente de la Empresa desde el momento mismo de la ocupación del alojamiento, no desvirtuándose su naturaleza el que se presten todos o solo algunos de los servicios que en la propia Ordenación se mencionan»*. Esta disposición resultó afectada por los trasposos de competencias a las Comunidades Autónomas y mantuvo su vigencia parcial hasta que se produjo el desarrollo reglamentario del Real Decreto 2877/1982 de 15 de octubre, *de ordenación de apartamentos turísticos y de viviendas turísticas vacacionales*²⁰, momento a partir del cual comenzó a desplegar plenamente su eficacia. La norma diferenciaba claramente entre los apartamentos turísticos y las viviendas vacacionales²¹, considerando que la cesión de los primeros comprendía *«no solo el uso y goce del mismo sino también el de los servicios e instalaciones anejas a él y el de los comunes al bloque o conjunto en que se encuentre»*, mientras que las de las segundas conllevaba simplemente una cesión del uso de la vivienda por motivos vacacionales o turísticos, *«con independencia de sus condiciones de mobiliario, equipo, instalaciones y servicios»*. Las viviendas turísticas vacacionales, para su apertura y funcionamiento, solo estaban obligadas a notificar al Organismo competente su dedicación al tráfico turístico, de forma que si se llevaba a cabo la contratación o explotación de los alojamientos sin la posesión del duplicado de la citada notificación, tenían la consideración de clandestinas. De forma distinta, los apartamentos turísticos, para su apertura y funcionamiento, quedaban sujetos

a una rigurosa y detallada regulación que iba desde su clasificación, fijación del contenido contractual, clasificación, formas de explotación, condiciones de publicidad, etc...²².

Durante la vigencia del Real Decreto 2877/1982, las CCAA ya habían asumido con carácter exclusivo las competencias en materia de Ordenación del turismo en su ámbito territorial, por lo que la norma operaba con carácter supletorio de las legislaciones autonómicas dictadas en materia turística. Aun así, su coexistencia con las normas autonómicas en materia turística y con el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964(TR)²³, vigente en ese momento, no resultaba especialmente complicado. Ello por cuanto que la normativa arrendaticia excluía expresamente de su ámbito de aplicación a los arrendamientos de temporada, fuera verano o cualquier otra, los cuales quedarían sometidos, si cumplían las condiciones de vivienda turística vacacional, a lo dispuesto en el RD 2877/1982 de 15 de octubre de *Ordenación de apartamentos turísticos y viviendas turísticas vacacionales de general aplicación a todo el territorio*. Resulta ilustrativa, a estos efectos, la STS de 16 de junio de 1982 considerada por SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2009, 35) como emblemática de la lucha iniciada por los Tribunales para enfrentarse durante la vigencia del TR, a las situaciones provocadas por los arrendadores que, al objeto de eludir la aplicación del Real Decreto de 15 de octubre de 1982, concertaban relaciones contractuales que expresa y literalmente calificaban como arrendaticias cuando, en realidad, por el tipo de servicios prestados se incardinaban más bien en el ámbito de los *apartamentos turísticos* cuya régimen jurídico quedaba sometido a las rígidas exigencias de la mencionada norma turística. Consideró el Tribunal que «...para determinar cuál sea la actividad que se desarrolla en el edificio sito en Barcelona (...) ha de tenerse en cuenta la verdadera naturaleza jurídica de los contratos aportados al expediente, independientemente de cuál sea su denominación, y, puesto que no se trata de una transferencia de uso temporal y oneroso de tales apartamentos, sin que el arrendador se obligue a prestar ningún servicio, ni a realizar actividad alguna en beneficio de aquel a quien se cede el uso de la vivienda, lo que constituiría un simple arrendamiento, o subarriendo, según los casos, urbano, bien fuera indefinido o por temporada, regulado, por tanto en la Ley de Arrendamientos Urbanos o el Código Civil, según proceda, sino que lo característico es el conjunto de asistencias que recibe el cliente de la empresa desde el mismo momento de la ocupación del alojamiento, tales, según se señala en los contratos, como suministro de agua fría y caliente, electricidad, combustible, calefacción, ajuar y menaje, frigorífico, ambiente musical, conserjería día y noche, retirada de basuras, solarium, ascensores, etc. (...) resulta evidente que hay que encuadrar tal actividad entre las denominadas de carácter turístico, según el artículo 1 de la Ordenación antes citada»²⁴. Con la aprobación de la LAU se modifica la regulación sobre los arrendamientos de temporada, que pasan a estar incluidos de forma expresa dentro de su ámbito de aplicación

como arrendamientos para uso distinto de vivienda. La doctrina civilista se vio obligada en ese momento a pronunciarse sobre la vigencia del RD 2877/1982 de 15 de octubre, inclinándose por afirmar la pervivencia de la norma²⁵.

La coexistencia de la normativa estatal turística con la normativa arrendaticia y la autonómica se hacía posible en aquel momento, entre otras razones, por la clara distinción que el legislador estatal realizaba entre *las viviendas para uso turístico* y los *apartamentos turísticos*. Como ha quedado expuesto, la diferencia más relevante entre ambas figuras venía dada por la distinta cesión que conllevaban unas y otros. En las primeras la cesión comprendería simplemente una cesión de uso de la vivienda, mientras que en los segundos incluiría, además del uso del alojamiento, la prestación de determinados servicios complementarios²⁶. De ello se deduce, como expresamente declara GARCÍA CALVENTE, que *«mientras que tras el disfrute de las viviendas turísticas vacacionales subyace un contrato de arrendamiento, la cuestión se complica cuando el alojamiento tiene lugar en un apartamento turístico. En tal caso, el arrendamiento está interferido por prestaciones esenciales pertenecientes a contratos distintos»* (GARCÍA CALVENTE, 2005, 1). La derogación definitiva del RD 2877/1982 de 15 de octubre tuvo lugar el 5 de febrero de 2010, fecha en la que empezó a desplegar su eficacia el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, *por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio*²⁷. La norma fue dictada al objeto de adaptar la normativa turística estatal existente hasta el momento a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, *relativa a los servicios en el mercado interior*²⁸. Se concluyó que resultaba precisa la derogación de la normativa turística estatal existente hasta el momento, para que, *«en el ejercicio de sus competencias, sean las propias comunidades autónomas las que adapten las correspondientes normas de ordenación conformes con la citada Directiva 2006/123/CE»*²⁹. A partir de la entrada en vigor de la norma fueron muchas las CCAA que se lanzaron a actualizar su legislación turística para adaptarla a la Directiva *«Servicios»*, también denominada Directiva *Bolkestein*³⁰.

Las CCAA comenzaron a dictar normas de ordenación del turismo³¹, en un intento claro de aumentar el número de viviendas destinadas a uso vacacional sometidas a su control, creando figuras contractuales que evitaran por todos los medios que sus alquileres pudieran quedar bajo la consideración de arrendamiento de temporada de la LAU. Con este panorama legislativo, la necesaria interpretación conjunta del artículo 5e) con la normativa autonómica turística eleva al grado máximo la complejidad de atribuir a los alquileres temporales de viviendas para uso vacacional y a los arrendamientos turísticos el régimen jurídico adecuado. No era fácil antes de la modificación operada por la Ley 4/2013, pero mucho menos lo es ahora cuando, a la confusa regulación que de los alojamientos turísticos hacen las CCAA, se une la imprecisión del legislador central que, manteniendo intacta la regulación de los arrendamientos de tem-

porada para uso vacacional, pretende, prescindiendo de cualquier otro criterio, calificar como turística a la cesión de uso arrendaticia por el simple hecho de que las viviendas hayan sido promocionadas o comercializadas en canales de oferta turística. Es así que, como afirma AGUADO Y CUDOLA, «*La complejidad de normas que regulan el sector turístico pone de relieve la necesidad de sistematizar y ofrecer un conjunto de herramientas que permitan encuadrar cada situación en la categoría jurídica apropiada, al efecto de aplicar el régimen jurídico pertinente a situaciones jurídicas concretas*» (AGUADO Y CUDOLA, 2013, 16). En su opinión, en el ámbito del derecho público proliferan normas que se inmiscuyen en la forma de explotación de los inmuebles, reglando determinadas cuestiones que hasta el momento quedaban al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes de la legislación especial de arrendamientos urbanos. Tal afirmación podrá comprobarse a través del examen de las principales normas sobre alojamientos turísticos dictadas en el ámbito autonómico.

En definitiva, la prevalencia del derecho autonómico turístico sobre la legislación arrendaticia estatal procederá en los casos en los que se verifique que el contrato de alquiler de vivienda para uso vacacional reúne los requisitos propios que, en cada Comunidad Autónoma, exige su legislación para ser considerado como alojamiento turístico, o que, sin serlo, encaje en alguna de las modalidades contractuales que tienen previstas. Caso contrario, el contrato mantendrá su naturaleza civil como arrendamiento de temporada para uso vacacional quedando sometido a la legislación arrendaticia. Las competencias atribuidas al legislador autonómico solo le faculta para dejar sometidos bajo su potestad a los contratos turísticos en los que exista una cesión turística; no así a los contratos civiles respecto a las cuales el artículo 149.1.8 CE atribuye competencia exclusiva al legislador estatal. La aplicación de la normativa turística a los alquileres de viviendas particulares de naturaleza civil provocaría una clara injerencia de las normas de Derecho Público en el ámbito de la autonomía privada. La libertad contractual de la que gozan los propietarios para regular el contenido de su contrato de arrendamiento, cuando se demuestre que conlleva una cesión de uso arrendaticia de naturaleza civil, no puede verse menoscabada por el legislador autonómico, so pena de dejar alterada la jerarquía de fuentes legales y la distribución de competencias establecidas constitucionalmente³².

B. Especial estudio de la legislación sobre alojamientos turísticos en las CCAA de Cataluña y Baleares

En el momento actual todas las Comunidades Autónomas, a excepción de Castilla-La Mancha, cuentan con normativas turísticas adaptadas a la Directiva 2006/123/CE. Las legislaciones autonómicas reguladoras de los alojamientos turísticos no recogen criterios homogéneos. El mayor problema que se deriva

de la lectura de la normativa es la falta de homogeneidad en las elecciones lingüísticas de las CCAA que contrasta con la importancia atribuida en algunos casos al aspecto terminológico (CARPI, 2007, 22). Bajo el mismo concepto de apartamentos turísticos o de viviendas turísticas para uso vacacional las legislaciones autonómicas encierran conceptos muy distintos; ello motiva que sea difícil establecer criterios unitarios haciéndose preciso acudir a la normativa propia que cada Comunidad Autónoma tiene aprobada sobre alojamientos turísticos para saber si en ese territorio los contratos de alquiler temporal para uso vacacional quedan sometidos o excluidos del ámbito de aplicación de la LAU.

En este trabajo, limitaré mi estudio al examen de la regulación autonómica que sobre viviendas y alojamientos turísticos han sido aprobadas en las Comunidades Autónomas de Cataluña y Baleares. La elección no es caprichosa y obedece, en el primer caso, al hecho de ser el legislador catalán el que de forma más clara ha acogido la figura de la cesión de *«viviendas para uso vacacional»*. El legislador no la regula como modalidad de alojamiento turístico por cuanto que no conlleva la prestación de servicios turísticos, pero le da una regulación y la somete a su control, diferenciándola de otras modalidades de alojamiento turístico. La legislación catalana³³ es una de las pocas que, al estilo de la derogada legislación turística estatal, diferencia claramente entre viviendas vacacionales y apartamentos turísticos dejando clara las diferencias existentes entre ambas figuras y los distintos regímenes jurídicos a los que han de quedar sometidos. Se constituye como claro exponente de normativa que, con un carácter excesivamente intervencionista, regula una modalidad de arrendamiento civil que por su naturaleza, debería integrarse en el ámbito de la autonomía de la voluntad a través de la legislación especial de arrendamientos urbanos y no en el de la legislación turística.

La elección de la legislación de las Islas Baleares obedece al hecho de ser una de las Comunidades en las que el turismo se alza como principal seña de identidad, convirtiéndose en factor determinante de su economía. El alquiler de pisos o apartamentos para uso vacacional constituye en las Islas una importante fuente de ingresos para sus habitantes. Es así, que la aprobación de la Ley 4/2013 y la modificación operada en el artículo 5 LAU suscitó una importante polémica entre los diversos sectores implicados en la actividad de alojamiento turístico. Las especiales características de la Comunidad, integrada por Islas muy distintas con una idiosincrasia y singularidades propias, motivan desajustes importantes en la aplicación de una normativa turística común a todas ellas. Calificada erróneamente como norma restrictiva, la Ley de Turismo Balear, quizás en su afán de eliminar la oferta y comercialización por Internet de pisos y apartamentos para uso vacacional, limitó su ámbito de aplicación a las viviendas unifamiliares pareadas y adosadas, cuya comercialización es la única que regula. Al no contemplar el legislador balear, al estilo del catalán, la comercialización de viviendas para uso vacacional, sus alquileres podrán seguir realizándose a través de arrendamientos

de temporada sometidos a la LAU. De esta forma, si el objetivo del legislador era eliminar esta actividad de la Isla, no se ha visto cumplido.

Procederé seguidamente a examinar el régimen jurídico que para los alojamientos turísticos ha sido establecido por el Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, *de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico de Cataluña* y por la Ley 8/2012, de 19 de julio *de Turismo Balear*.

a) Estudio del Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico de Cataluña

El Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, *de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico* de Cataluña, nace con la finalidad de redefinir y ordenar algunos aspectos de la normativa que afecta a los establecimientos de alojamiento turístico, así como de integrar en un solo decreto la regulación de los establecimientos de alojamiento turístico y de las viviendas de uso turístico. Siguiendo la sistemática de la Ley de 13/2002, *de turismo de Cataluña*, la norma distingue claramente entre dos modalidades de alojamiento privado: los establecimientos de alojamiento turístico y las viviendas de uso turístico. Los primeros son definidos en el artículo 1, como «*los locales y las instalaciones abiertos al público donde, de forma habitual y con carácter profesional, las personas titulares ofrecen a las personas usuarias, mediante precio, alojamiento temporal en las unidades de alojamiento, así como otros servicios turísticos de acuerdo con las condiciones establecidas en esta norma*». A estos efectos, se reputan servicios turísticos: «*los dirigidos a atender las demandas de las personas usuarias de los establecimientos de alojamiento turístico, incluyendo el disfrute de las instalaciones y locales*»³⁴, considerando que el servicio prestado es de alojamiento turístico si se ofrece en combinación con determinados servicios complementarios propios de la hostelería incluidos en el precio³⁵. El titular del establecimiento de alojamiento turístico es «*la persona, física o jurídica, propietaria o no de los locales y/o instalaciones, que lo explota comercialmente bajo los principios de unidad empresarial de explotación y responsabilidad del cumplimiento de la normativa turística ante la Administración*»³⁶, la cual, para poder ejercitar la actividad de alojamiento turístico deberá cumplir rigurosos requisitos³⁷ y quedar sometido a la inspección y un estricto control por parte de la administración³⁸. Entre las diferentes clases de alojamiento turístico que regula el Decreto se encuentran los *apartamentos turísticos*. Su definición la recoge el artículo 37.1., conforme al cual: «*Los establecimientos de apartamentos turísticos son edificios o conjuntos continuos constituidos en su totalidad por apartamentos o estudios, como establecimiento único o como unidad empresarial de explotación, con los servicios turísticos correspondientes*». Esta noción se ajusta al contenido del artículo 43 de la normativa de turismo

de Cataluña, modificada por la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, *de promoción de la actividad económica*³⁹, en la que se recogen las características propias de esta modalidad de establecimiento de alojamiento turístico. Al igual que sucede con el resto de los alojamientos turísticos, a excepción de los establecimientos de turismo rural, no pueden transformarse en viviendas⁴⁰.

Como modalidad de alojamiento privado distinta del alojamiento turístico, regula la norma las *viviendas de uso turístico* en el Título II. Considera como tales el artículo 66 a «...*aquellas que son cedidas por su propietario, directa o indirectamente, a terceros, de forma reiterada y a cambio de contraprestación económica, para una estancia de temporada, en condiciones de inmediata disponibilidad y con las características establecidas en ese Decreto*». Por estancia de temporada se entiende «*toda ocupación de la vivienda por un periodo de tiempo continuo igual o inferior a 31 días, y se considera cesión reiterada cuando la vivienda se cede dos o más veces dentro del periodo de un año*». Las viviendas así configuradas quedarán sometidas a varias restricciones en cuanto a su uso por parte de la propiedad, debiendo cumplir determinados requisitos para el acceso a la actividad. Todo ello, dentro del marco de la potestad municipal de ordenación de los usos y el régimen de propiedad horizontal definido en el Código Civil catalán, en los supuestos en que sea de aplicación, a unos requisitos para el acceso a la actividad⁴¹.

La opción de regular los apartamentos turísticos y las viviendas para uso turístico en dos títulos distintos obedece a las pocas características que tienen en común. Ambas se diferencian, tanto por su naturaleza y régimen jurídico, como por el sistema de habilitación e inscripción⁴². La primera diferencia entre ambas modalidades viene dada por razón del objeto de la actividad de alojamiento: el concepto de *apartamentos turísticos* engloba todo un edificio, mientras que el de *viviendas para uso turístico* comprende viviendas individuales, que pueden estar dentro de un edificio o no, y el propietario no tiene que ser dueño de todo el edificio para alquilar la vivienda. Del mismo modo, se distinguen por razón de los sujetos que pueden ejercer la actividad. Tratándose de *apartamentos turísticos*, los sujetos son personas físicas o jurídicas, propietarias o no de los locales y/o instalaciones, que de forma habitual y con carácter profesional, los explotan comercialmente quedando sometidos al cumplimiento de la correspondiente normativa turística ante la Administración. Contrariamente, el titular de «*las viviendas para uso turístico*» es el propietario de la vivienda, quien puede ejercitar la actividad directamente o valiéndose de una persona gestora en la que delegue⁴³. En cualquier caso, la principal diferencia entre ambas modalidades viene dada por razón de la distinta finalidad que se persigue con la actividad de alojamiento en uno y otro caso. El alojamiento en «*apartamentos turísticos*» constituye una actividad que se lleva a cabo con la finalidad de prestar no solamente un servicio de alojamiento, sino, además, determinados servicios de alojamiento turístico. No sucede lo mismo con las «*viviendas de uso turístico*»,

cuyo alojamiento se realiza con la mera finalidad de prestar un servicio de alojamiento sin prestación de tales servicios complementarios. En el primer caso, la cesión realizada conlleva el ejercicio de una actividad turística que motiva que el alojamiento se incluya en la categoría de alojamientos turísticos y que los contratos celebrados sean calificados como «*contratos de alojamiento turístico*»⁴⁴. Se trata en definitiva, de una cesión turística. En el segundo, la cesión no conlleva el ejercicio de tal actividad turística, y, consiguientemente, no se le aplica la regulación de los alojamientos turísticos. La norma no establece ninguna forma contractual concreta en que se tenga que realizar esta cesión, que puede realizarse en cualquiera de las formas admitidas en derecho. Podría entenderse que sería a través de los contratos de arrendamiento de temporada regulados en la Ley de Arrendamientos Urbanos.

De lo expuesto se desprende que el contrato de alquiler de viviendas o apartamentos para uso vacacional alquiladas por sus propietarios a terceros a cambio de un precio, por un periodo máximo de 31 días, dos o más veces al año, si es realizado en Cataluña, va a quedar sometido a los requisitos que para las «*viviendas de uso turístico*» establece el Decreto. La celebración de tales contratos no conllevan el ejercicio de una actividad turística ni pueden calificarse los arrendamientos como de alojamiento turístico; aun así, el legislador, a efectos de ejercer un mayor control y dotar a las viviendas de una mayor transparencia y publicidad, les impone determinados requisitos: el propietario, para poder alquilar la vivienda, debe disponer de la correspondiente cédula de habitabilidad y satisfacer en todo momento las condiciones técnicas y de calidad exigibles a las viviendas en general. La vivienda deberá estar dotada de suficiente mobiliario, aparatos y enseres necesarios para su ocupación inmediata, y en perfecto estado de higiene. Antes del inicio de la actividad de alojamiento, el propietario o, en su caso, el gestor en quien haya delegado, deberá comunicarlo ante el Ayuntamiento competente. Igualmente, debe remitir a la Dirección General de la Policía la información relativa a la estancia de las personas que se alojan en ella, de acuerdo con la normativa de seguridad ciudadana aplicable a todos aquellos que facilitan, mediante precio, alojamiento a las personas. Las viviendas alquiladas para uso turístico deben quedar inscritas en el Registro de Turismo de Cataluña⁴⁵. El incumplimiento de estos requisitos determina un régimen sancionador quedando el propietario y la persona gestora de la vivienda de uso turístico, en el supuesto de que no sean la misma persona, como responsables solidarias de las infracciones e incumplimientos de las obligaciones definidas en la normativa sectorial turística, de vivienda, de consumo y municipal de aplicación en razón de su actividad⁴⁶.

A la vista de lo expuesto, puede afirmarse que el legislador catalán, excediéndose quizás de las competencias que constitucionalmente le fueron atribuidas, ha atraído a su legislación sectorial turística la regulación de los contratos de alquiler temporal de viviendas para uso vacacional o turístico realizados a través de contratos de arrendamiento de temporada. Siendo ello así, la interpretación

conjunta del artículo 5e) LAU y el Decreto nos lleva a afirmar que en Cataluña nada impide que puedan ser alquiladas con carácter temporal las viviendas amuebladas para uso vacacional o turístico a través de contratos de arrendamiento de temporada; no obstante, dado que están sometidas a un régimen específico en la normativa sectorial turística, en aplicación de lo preceptuado en el apartado e) del artículo 5, quedarán excluidos del ámbito de aplicación de la LAU para ser regulados por el Decreto. Ello deriva del perfecto encaje que el alquiler de viviendas y apartamentos para uso vacacional tiene dentro de la modalidad de alojamiento privado regulado en el Decreto como «*viviendas para uso vacacional*» y no de que la actividad ejercida sea considerada como una actividad turística.

El legislador catalán, al diferenciar y regular claramente las figuras de apartamentos turísticos y viviendas para uso vacacional integrando en estas a las viviendas y apartamentos alquilados o cedidos a un tercero por su propietario o por un gestor en quien delegue, ha conseguido la finalidad de atraer al régimen jurídico del sector turístico contratos de naturaleza civil. Con ello, al estilo de lo que sucedía durante la vigencia de la derogada normativa estatal turística, facilita la coexistencia de las legislaciones arrendaticia y turística y mantiene intacta la jerarquía de fuentes legales. De la interpretación conjunta de los artículos 3 y 5e) de la LAU y el Decreto 159/2012 se extrae la siguiente interpretación: Aun cuando los arrendamientos de temporada para uso vacacional sigan regulados en la LAU sin sufrir modificación alguna por la Ley 4/2013, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 5e), y dado que la cesión del uso temporal para uso vacacional de viviendas dispone de un régimen específico en la legislación autonómica, los arrendamientos celebrados en Cataluña sobre viviendas que sean cedidas por su propietario, directa o indirectamente, a terceros, de forma reiterada y a cambio de contraprestación económica, para una estancia de temporada, en condiciones de inmediata disponibilidad, quedarán sometidas a lo que para ellas disponga el Decreto 159/2012 de 20 de noviembre, *de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico de Cataluña*. En definitiva, en esta Comunidad Autónoma los contratos de arrendamiento temporal para uso vacacional sobre viviendas particulares quedan excluidos del régimen jurídico de la legislación de Arrendamientos Urbanos.

La distinción entre viviendas de uso turístico y apartamentos turísticos ha sido también recogida en el Decreto 79/2014 de la Comunidad de Madrid⁴⁷. La norma dedica el capítulo III a la regulación de las viviendas de uso turístico, estableciendo un régimen jurídico similar al previsto en la legislación catalana. No obstante, como criterio distintivo, el artículo 17, en su apartado tercero, establece una importante restricción para la comercialización de estancias turísticas en viviendas al establecer que las viviendas de uso turístico «no podrán contratarse por un periodo inferior a cinco días». Tal limitación ha sido duramente criticada habiendo sido objeto de recurso por la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia (CNMC), al considerar que obstaculiza seriamente la libre competencia de mercado⁴⁸.

- b) La comercialización de estancias turísticas de viviendas en la Ley 8/2012, de 19 de julio de Turismo Balear y su desarrollo por Decreto 20/2015, de 17 de abril

Los alojamientos turísticos en viviendas turísticas se encuentra regulados actualmente en las Islas Baleares por la Ley 8/2012, de 19 de julio *de Turismo Balear*⁴⁹, recientemente desarrollada por el Decreto 20/2015, de 17 de abril⁵⁰. Su precedente legislativo lo encontramos en la Ley 2/ 2005, de 22 de marzo, *de comercialización de estancias turísticas en viviendas* desarrollada en el Decreto 17/2006, de 17 de febrero⁵¹, que, si bien es derogada, queda integrada en el articulado de la nueva Ley con pequeñas modificaciones.

La regulación del año 2005 obedecía *«a la necesidad de dar cobertura legal a las nuevas situaciones que se producen en la sociedad (...) y regular una nueva realidad económica que permitirá, entre otras cosas, la emergencia a la superficie legal de una actividad que, hasta el momento, quedaba casi al margen del amparo normativo»*. Su objetivo primordial era *«configurar un marco legal y establecer unos principios generales para la regulación de una nueva actividad turística, la comercialización de estancias turísticas en determinados tipos de viviendas, en el marco constitucional de la libertad de empresa y de la economía de mercado»*. El propio legislador en la Exposición de Motivos destacaba la patente proximidad jurídica de las estancias turísticas reguladas por la Ley turística con la contratación efectuada conforme a la legislación de arrendamientos urbanos: *«Así, existe una figura regulada por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, el arrendamiento de temporada, que por su similitud con las estancias turísticas podría constituir una vía para intentar eludir la aplicación de las disposiciones de esta ley. No obstante, las estancias turísticas reguladas por esta ley reúnen los requisitos que la normativa, la jurisprudencia y la doctrina han ido señalando para determinar la existencia de una explotación turística. Por tanto, se trata de una cesión temporal del uso y disfrute de la totalidad de la vivienda, a cambio de precio, amueblada y equipada, en condiciones de uso inmediato, y constituye una actividad económica que se ejerce de manera profesional y con finalidades lucrativas. Asimismo, para tratar de evitar los posibles fraudes de ley y sin perjuicio de las similitudes que sin duda tienen estas dos figuras, la ley ha previsto que cuando las estancias por motivo de vacaciones en un determinado inmueble se realicen, además, con la concurrencia de lo que, en sentido genérico, se conoce como servicios turísticos, este negocio jurídico quede bajo el ámbito de aplicación de la ley»*.

Claramente diferenciaba el legislador autonómico del año 2005 entre las estancias turísticas sometidas a su regulación y los arrendamientos de temporada para uso vacacional de una vivienda amueblada regidos por la LAU. Estas conllevaban una simple cesión del uso temporal y oneroso de una vivienda, sin que el arrendador se obligara a prestar ningún servicio, ni a realizar actividad

alguna en beneficio del arrendatario; de forma distinta, las estancias turísticas se caracterizaban porque el arrendador cedía el uso de la vivienda prestando, además del alojamiento, determinados servicios turísticos. De otro lado, la Ley establecía un segundo criterio diferenciador: el hecho de que la comercialización se realizara, además de prestando servicios turísticos, a través de los operadores y canales turísticos. Establecía el artículo 3 que *«Se comercializan estancias turísticas en viviendas siempre que estas se lleven a cabo a través de operadores o de cualquiera de los canales de comercialización turística y cuando se ofrezcan con servicios turísticos conformemente a lo que dispone el artículo siguiente»*. Tal precepto era justificado por el legislador en atención a la *«indiscutible importancia adquirida por Internet, tanto a nivel cualitativo como cuantitativo, en la realización de contrataciones de productos turísticos, y esta norma no puede ser ajena a esta realidad»*⁵². La Ley 8/2012, de Turismo Balear, integra en su articulado los principios informadores de Ley 2/2005 con algunas modificaciones como, por ejemplo, la relativa a la tipología de las viviendas objeto de estancias turísticas⁵³. A diferencia del legislador catalán, el balear no regula en su normativa la modalidad de alojamiento de *«viviendas para uso vacacional»* en las que únicamente se lleve a cabo la actividad de alojamiento sin prestación de servicios turísticos.

La Ley 8/2012 de Turismo Balear, pone el acento en la distinción entre *empresas turísticas de alojamiento* y *empresas comercializadoras de estancias turísticas en viviendas*⁵⁴. La materia ha sido objeto de desarrollo por el Decreto 20/2015, el cual dedica los artículos 106 a 109, incluidos en el capítulo III *«Empresas comercializadoras de estancias turísticas en viviendas»*, a la regulación de las *«viviendas objeto de comercialización de estancias turísticas»*. Dentro de las primeras incluye a los *«apartamentos turísticos»*, conceptuándolos en el artículo 41 como *«establecimientos destinados a prestar un servicio de alojamiento turístico, que se publiciten como tales, compuestos por un conjunto de unidades de alojamiento que cuentan con mobiliario, instalaciones, servicios y equipo adecuados para la conservación, la elaboración y el consumo de alimentos y bebidas, y en condiciones que permitan su inmediata ocupación, cumpliendo las exigencias establecidas reglamentariamente»*. Las unidades de alojamiento a las que se refiere podrán ser, según dispone el apartado 2.º, *«bloques de apartamentos, villas, chalés, bungalós o cualquier otra construcción análoga que conformen un todo homogéneo e independiente»*. Su uso comprende también el de los servicios y las instalaciones incluidos en el bloque o conjunto en el que se encuentren⁵⁵. Así pues, la cesión temporal del uso de estas unidades de alojamiento constituye una actividad turística ejercitada por empresas turísticas de alojamiento que ejercen la actividad turística de forma profesional y habitual y que pueden prestar el servicio de alojamiento al público con o sin servicios turísticos complementarios⁵⁶. Los contratos que de ello se deriven tienen la consideración de arrendamientos turísticos sometidos a la Ley 8/2012 de Turismo Balear.

Junto a las empresas turísticas de alojamiento, la Ley 8/2012 regula las «empresas comercializadoras de estancias turísticas en viviendas», considerando como tales el artículo 49, a «*las personas físicas o jurídicas que comercializan el uso de viviendas que, teniendo la disposición y la configuración de una vivienda unifamiliar aislada o pareada, en principio ideada para uso residencial, prestan servicios de alojamiento turístico que se alterna con el uso propio y residencial que tiene la vivienda en las condiciones establecidas en la presente ley y en sus disposiciones de desarrollo*». Las viviendas objeto de las estancias turísticas a las que se refiere la Ley responden a la tipología de vivienda unifamiliar aislada, pareada o entre medianeras, y han de cumplir determinados requisitos en cuanto a su configuración y dotación de estancias⁵⁷. Cumpliendo tales requisitos, podrán ser cedidas o comercializadas en su totalidad, no por habitaciones, para estancias turísticas de corta duración no superior a dos meses⁵⁸. La comercialización de las estancias ha de ser llevada a efecto por su propietario o por medio de operadores o por cualquiera de los canales de comercialización turística, y han de ofrecerse con determinados servicios turísticos⁵⁹. Los servicios turísticos con los que debe de ser prestada la comercialización los regula el artículo 51 de la Ley y son los servicios propios de los alojamientos hoteleros⁶⁰.

Siendo tales los requisitos exigidos para poder efectuar la comercialización de las estancias turísticas de estas viviendas y dejarlas sometidas al específico régimen que para ellas establece la Ley, la propia norma declara, en el apartado 2 del artículo 50, que, sin perjuicio de todo lo anterior, «*se entenderá que hay comercialización de estancias turísticas en viviendas cuando no se puede acreditar, de acuerdo con la normativa aplicable, que la contratación efectuada sea conforme a la legislación sobre arrendamientos urbanos, rústicos u otra ley especial*». A través de este precepto, lo que el legislador quiere dejar claro es que la cesión de viviendas con esta tipología realizadas por profesionales del sector turístico o prestando servicios turísticos, conllevan en todo caso el ejercicio de una actividad de alojamiento turístico sujeta al ámbito de aplicación de la Ley de Turismo. Ello será así aun cuando sus propietarios las hayan comercializado encubiertas bajo contratos de arrendamientos de temporada civil sometidos a la LAU. Lo que el legislador persigue con ello es evitar las situaciones fraudulentas motivadas por los propietarios de viviendas que, ejerciendo una clara actividad de alojamiento turístico, buscan cobijo en la legislación arrendaticia civil para eludir los más rígidos requisitos y exigencias de legislación turística. Como establece la norma, en tal caso al no ser posible acreditar que la contratación efectuada sea conforme a la legislación de arrendamientos urbanos, porque no lo es, el legislador entiende que hay comercialización de estancias turísticas en viviendas sometiendo su contratación al ámbito de aplicación de la ley turística. Esta es también la posición que se deriva de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 5 de octubre de 2006⁶¹. En ella, el Consejo de Gobierno de las Islas Baleares sancionó con multa de 30.050,61 euros a la

titular del establecimiento «Apartamentos L.V.», clausurando definitivamente el establecimiento. El Tribunal consideró a la titular responsable de una infracción en materia turística consistente en ejercer la actividad de alojamiento turístico sin la autorización de la Consejería, contraviniendo la normativa reguladora de ordenación y promoción turística. La actora alegó en su defensa la excepcionalidad del arriendo, la utilización de una Inmobiliaria como intermediaria, así como el hecho de estar utilizando un contrato de arrendamiento de temporada y hacerlo conforme al Derecho privado. El Tribunal entendió que *«ha de tenerse en cuenta la verdadera naturaleza jurídica de los contratos y, en este caso, es fácil deducir que debe encuadrarse tal actividad entre las denominadas de carácter turístico»*.

De lo expuesto se desprende que la comercialización de estancias turísticas en viviendas unifamiliares aisladas, pareadas o entre medianeras que se realice prestando, además del alojamiento, determinados servicios turísticos, adquiere en la Ley de turismo balear una clara configuración de actividad turística⁶². Las empresas comercializadoras al ceder así el uso de estas viviendas, están celebrando contratos de arrendamiento turístico sujetos a los requisitos y condiciones que para su ejercicio establezca la Ley turística. La cesión de uso que conlleva la comercialización de estancias turísticas en viviendas de este tipo prestando servicios turísticos, tiene la consideración de cesión turística generadora de contratos de arrendamiento turístico. Quedarán sometidos a las disposiciones de la Ley de Turismo y, por tanto, sujetos al régimen específico que para ellos establezca. Si se celebran sin los requisitos de publicidad y comercialización exigidos, tendrán la consideración de *«actividad clandestina y oferta ilegal»*. Ello por disposición expresa del artículo 28 de la Ley, el cual en su apartado 3 declara que *«Se consideran oferta y actividad ilegal la publicidad o la comercialización de estancias turísticas en viviendas, de las previstas en esta ley, no inscritas y que no cumplan los requisitos que se establecen en el capítulo IV del título III de esta ley»* y continúa diciendo en su apartado 4 que *«La actividad clandestina, la oferta ilegal, el intrusismo y la competencia desleal serán objeto de control, seguimiento y plan de acción, y se les aplicará, en la medida de las posibilidades de las administraciones afectadas, el artículo 9 de la presente ley»*.

Del análisis de la Ley 8/2012 de Turismo Balear y su posterior desarrollo por Decreto 20/2015 se desprende que los arrendamientos sometidos a su ámbito de aplicación y merecedores de un régimen sectorial específico son: 1) los arrendamientos de apartamentos turísticos realizados por empresas dedicadas de forma habitual y profesional al turismo; ello aun cuando presten solamente el servicio de alojamiento sin otros servicios complementarios. 2) Los celebrados para la comercialización de estancias turísticas en viviendas unifamiliares aisladas, pareadas o entre medianeras, por propietarios u operadores que no se dediquen de forma profesional ni habitual a la actividad turística, y que, junto

a la cesión del uso de la vivienda, presten servicios turísticos complementarios. Quedan, así, excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Turismo Balear, los alquileres de pisos o apartamentos que sean cedidos temporalmente por sus propietarios, bien directamente bien a través de intermediario, o por empresas inmobiliarias cuya actividad profesional no sea la turística, para destinarlos exclusivamente a la actividad de alojamiento sin prestación de servicios turísticos.

¿Significa ello que en la Comunidad Balear solo está permitida la comercialización de viviendas para uso vacacional si recae sobre alguna de las categorías de viviendas que expresamente aparecen regulados en la norma? La respuesta es negativa. Si bien bajo la rúbrica *«Tipología de las viviendas en que está permitida la comercialización de estancias turísticas»* la legislación turística balear no hace mención a los pisos o apartamentos, es justamente esta omisión la que, a través de la interpretación conjunta de la norma con la letra del artículo 5e), nos lleva a admitir que nada impide que las viviendas que no sean unifamiliares, es decir los pisos o apartamentos, sean ofertados temporalmente para uso vacacional. Al no disponer estos alquileres de un régimen sectorial propio, la cesión temporal de su uso habrá de seguir realizándose bajo la modalidad contractual de arrendamientos de temporada de la LAU. Ello será así, aun cuando el artículo 105 de la Ley de Turismo considere como infracción grave en su apartado e) *La oferta o la comercialización de estancias turísticas en viviendas que no cumplan los requisitos o las condiciones establecidas en el capítulo IV del título III de esta ley y en su normativa de desarrollo*. Esta norma no puede ser interpretada como una prohibición de comercializar estancias temporales para uso vacacional en viviendas que no sean unifamiliares aisladas o pareadas, sino, contrariamente, como una sanción impuesta a tales viviendas unifamiliares cuando se comercialicen en ellas estancias turísticas sin cumplir los requisitos o condiciones establecidas en la Ley en orden a número de habitaciones, dotación de baños, presentación de declaración responsable del inicio de la actividad turística, etc...

Son, por tanto, los arrendamientos de viviendas unifamiliares aisladas, pareadas o entre medianeras los que si se comercializan turísticamente deben quedar sometidos al ámbito de aplicación de la Legislación autonómica turística. Estos son los únicos que, por gozar en la Ley de Turismo Balear de un régimen específico, han de celebrarse cumpliendo los requisitos y exigencias en ella establecidos. Los demás arrendamientos para uso vacacional pueden seguir realizándose pero, al no tener cabida en el ámbito de aplicación de la Ley, a través de arrendamientos de temporada civil sometidos a la legislación de Arrendamientos Urbanos.

Así pues, pese a la polémica suscitada en las Islas Baleares con la aprobación de la Ley 4/2013 y el temor de los propietarios de casas vacacionales, que creían haber visto limitados sus derechos con la adicción del nuevo párrafo e) al artículo 5 LAU, la modificación en nada ha alterado la situación existente

antes de la reforma. Sus posibilidades de seguir ofertando y comercializando el alojamiento de pisos y apartamentos de su propiedad, siempre y cuando no ofrezcan servicios propios del sector hostelero, son las mismas que antes de la modificación. La comercialización de este tipo de viviendas carece de régimen específico en la normativa sectorial de su Comunidad Autónoma y, por tanto, siguen teniendo naturaleza civil. Consiguientemente, al igual que sucedía antes de la aprobación de la Ley 4/2013, van a poder seguir cediendo el uso de sus pisos o apartamentos a través de contratos de temporada para uso vacacional regulados en el artículo 3 LAU. Esta cesión constituye una simple cesión de uso arrendaticia dirigida a proporcionar exclusivamente la actividad de alojamiento y, por tanto, con perfecta acogida en la LAU.

Como hemos podido comprobar, tanto en la legislación turística de Cataluña como en la de Baleares, la pieza clave que traza la línea divisoria entre los arrendamientos de temporada para uso vacacional entre particulares sometidos a la LAU y los arrendamientos turísticos sometidos al ámbito de aplicación de la legislación sectorial turística, es la prestación de servicios turísticos. Ni el alquiler por días, semanas o meses ni la forma de comercializar o publicitar el inmueble son actividades que, en sí mismas, puedan ser calificadas de actividades turísticas ni otorguen a una vivienda la categoría de turística. No resulta tan claro el tema en otros territorios en los que la oferta y comercialización del inmueble a través de canales turísticos sí que adquiere relevancia en la configuración de la vivienda como turística⁶³. Este hecho, unido a la expresa referencia que de él realiza el legislador estatal obliga a acometer seguidamente el examen del requisito de la *«promoción y comercialización en canales turísticos»* para ver cuál es el sentido que hay que atribuirle en el contexto del artículo 5e) LAU y la importancia que ha de serle otorgado en orden a su eficacia.

IV. EL REQUISITO DE LA PROMOCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN EN CANALES DE OFERTA TURÍSTICA

1. RELEVANCIA DE LA COMERCIALIZACIÓN DEL INMUEBLE EN CANALES DE OFERTA TURÍSTICA EN ORDEN A LA TRANSFORMACIÓN DE UN ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA EN ARRENDAMIENTO TURÍSTICO

Como idea inicial, derivada de la interpretación mantenida hasta el momento en torno al artículo 5e), puede afirmarse que el requisito de la promoción y comercialización en canales de oferta turística al que se refiere el precepto, solo adquiere relevancia propia como requisito de exclusión de la LAU, en aquellas Comunidades Autónomas cuyas legislaciones turísticas le otorguen fuerza suficiente para transformar un arrendamiento de temporada para uso vacacional en arrendamiento turístico. Por ello, no comparto la posición de los que, sin

tomar en consideración la normativa autonómica y en un deseo de ofrecer unas primeras reflexiones acerca de la Ley 4/2013, han interpretado sin más que el artículo 5e) LAU extiende su eficacia y deja excluidos del ámbito de aplicación de la LAU, a los arrendamientos de temporada para uso vacacional por el mero hecho de haber sido ofertados o promocionados en canales de oferta turística. La doctrina mayoritaria⁶⁴, ocupada en comentar cuestiones más relevantes de la Reforma, y sin adentrarse en un análisis profundo del apartado e) del artículo 5, ha afirmado que reúne entidad suficiente para erigirse en requisito de exclusión de los contrato de arrendamiento temporal para uso vacacional del ámbito de aplicación de la LAU. Integrada nuestra modificación en una Ley de reforma sustancial de la legislación de arrendamientos urbanos, ha pasado desapercibido para algunos la enorme transcendencia práctica derivada de la correcta interpretación del artículo 5e). La mayoría de los autores que han comentado la Ley 4/2013 han «despachado» la adición del párrafo e) al artículo 5 LAU limitándose en su interpretación a la mera literalidad del texto, sin tener en cuenta que su alcance real solo puede precisarse poniéndolo en relación con la normativa autonómica turística de las distintas CCAA. La eficacia de la oferta y comercialización en canales turísticos como requisito de exclusión depende, no de que el legislador considere que la cesión de uso de un inmueble es turística por utilizar en su promoción y comercialización canales de oferta turística, sino de que en las legislaciones autonómicas tal requisito sea suficiente para otorgarle tal calificación y dejarla integrada como arrendamiento turístico entre las figuras contractuales que caen bajo su ámbito de aplicación.

No puede negarse que Internet constituye una herramienta extremadamente valiosa en la comercialización de productos y servicio inmobiliarios y su utilización ofrece ventajas sustanciales con respecto a los medios de la comunicación tradicionales⁶⁵. Como expresamente declara el legislador en el Preámbulo del Decreto 92/2009, de 3 de julio de la Comunidad Valenciana *«Disponiendo de un terminal con conexión a la red un usuario medio puede tanto arrendar una vivienda como ofertarla en arrendamiento, sin que en ningún momento intervenga un tercero, público o privado, en la transacción. Esta inmediatez en la contratación, esta aparente facilidad, no va acompañada en todos los casos, y como sería deseable, de un excelente servicio, de una óptima dotación de los inmuebles, ni de unas mínimas garantías para los usuarios, al tiempo que facilita la elusión de las normas, tanto turísticas como de otra índole, y dificulta la investigación de las infracciones administrativas que pudieran cometerse»*. Ello, no es motivo suficiente para atribuir a los arrendadores que utilizan en sus transacciones las redes digitales la calificación de arrendadores turísticos ni a los contratos que así celebren, la de arrendamientos turísticos susceptibles de generar una oferta ilegal. Es cierto, que el nuevo contexto tecnológico ha propiciado en cierto modo la ampliación de la oferta irregular como consecuencia de las ventajas y facilidades que ofrecen para captar un mercado amplio y relacionarse

fácilmente con los usuarios turísticos (CASTEL GAYÁN, 2011, 26); ello, sin embargo, no puede llevarnos a admitir sin más que la mera utilización de las nuevas tecnologías en la oferta y comercialización del inmueble genere en todo caso una oferta irregular. No lo será cuando sean utilizadas por particulares o por profesionales del sector inmobiliario simplemente como herramienta para facilitar la celebración del contrato cumpliendo todas las obligaciones civiles y fiscales que les vienen impuestas y garantizando las necesarias condiciones de confort al arrendatario. Ello, aun cuando el arrendatario, por disfrutar del alojamiento temporalmente, y destinarlo a una finalidad vacacional, haya de ser calificado como turista. La competencia desleal utilizada por el sector hotelero como argumento de exclusión solamente existirá en el caso de que el arrendador preste servicios que se asimilen a los de los establecimientos hosteleros. Solo sería imputable a aquellos alojamientos que, prestando los mismos servicios, estuvieran sometidos a distinta normativa y, estos sí que, efectivamente, tienen que ser reglados y sometidos a la misma legislación turística y, en su caso, sancionados si no la cumplen. No es el caso de los apartamentos alquilados por días por propietarios que sin prestar servicios turísticos se limitan a ofrecer alojamiento, los cuales, sea cual sea la forma en que los comercialicen, no pueden quedar sujetos a la misma regulación que los hoteles porque no son alojamientos turísticos y su actividad no es comparable.

2. CONCEPTO DE «CANAL DE OFERTA TURÍSTICA». LA NECESARIA DISTINCIÓN ENTRE INTERMEDIARIOS DE VIVIENDAS PARA USO VACACIONAL Y EMPRESAS DE INTERMEDIACIÓN TURÍSTICA

Partiendo de las consideraciones anteriores, cabría preguntarnos ¿qué es lo que el legislador entiende por «canales de oferta turística»? ¿Es Internet en sí mismo un canal turístico de forma que el simple anuncio del inmueble realizado directamente por el propietario a través de la red convierte el contrato en un arrendamiento turístico? ¿Son canales turísticos los portales inmobiliarios o páginas web especializadas en alquileres inmobiliarios no relacionados con el sector turístico? ¿Lo serán solamente las páginas webs especializadas en ofertar y comercializar destinos turísticos? ¿Alcanzará tal consideración solamente a los intermediarios dedicados al sector turístico?

De las opiniones mantenidas por la doctrina se desprende que para la mayor parte de los autores el concepto de *canal turístico* es equivalente al de agente intermediador que actúa a través de las redes digitales. Es por ello por lo que coinciden en apartar del alcance de la Ley a los arrendamientos de temporada para uso vacacional publicitados en carteles, anuncios o en prensa diferentes de Internet. Lo que ya no está tan claro en la doctrina es qué pasa con aquellos contratos gestionados directamente por los particulares sin intermediario alguno

pero ofertados y publicitados a través de Internet. ¿Quedarían estos contratos incluidos dentro del radio de acción de la exclusión por ser considerado Internet un canal turístico en sí mismo? ¿Es Internet en sí mismo un canal turístico? Para algunos como GONZÁLEZ CARRASCO (2013, 180), Internet no resulta sinónimo de «canal turístico» ya que deja excluidos del alcance del artículo 5e) a los arrendamientos en los que el particular sin acudir a un «canal de oferta turística», arrienda su apartamento, por Internet. Contrariamente, otros como MAGRO SERVET (2013, 3) consideran que la exigencia de promoción o comercialización del inmueble en canales turísticos debería dejar incluidos a los arrendamientos que se anuncian en Internet para ser arrendados en temporadas cortas, días, semanas, o algún mes, que son los que, en su opinión, hacen la competencia directa a la industria hotelera.

En mi opinión, el concepto de canal turístico no responde a ninguna de las concepciones anteriores. No comparto la posición de los que defienden que los arrendamientos ofertados o comercializados mediante «canales turísticos» sean aquellos arrendamientos gestionados a través de un intermediario y que, por tanto, son los que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LAU. Entiendo que la mera participación de un intermediario en el alquiler de vivienda para uso turístico con la finalidad de poner a las partes en contacto y facilitar la celebración del contrato no es suficiente para conceder a un arrendamiento de temporada para uso vacacional la categoría de alquiler turístico. Así, la participación en el contrato de un agente externo cuya actividad estuviera inserta en el ámbito del sector inmobiliario y no del turístico no resulta equivalente a la realización del contrato mediante canales turísticos. Ello con independencia de que utilice para la oferta o publicidad del inmueble portales inmobiliarios o páginas webs especializadas en alquileres de inmuebles. Dado que su actividad profesional principal no es la turística sino la inmobiliaria, la utilización en el ejercicio de su actividad de las nuevas tecnologías supondría simplemente una consecuencia del normal desarrollo de la sociedad de la información que pone al alcance de los profesionales herramientas y recursos digitales dirigidos a facilitar el contacto entre las partes y ampliar el mercado de la oferta inmobiliaria.

Distinto sería si estuviéramos hablando de empresas de intermediación turística. La definición de «intermediación turística» la recoge expresamente el artículo 2 del Decreto 89/2010, de 22 de julio, de Canarias⁶⁶. Considera como tal en su apartado a) a «la actividad empresarial de quienes se dedican comercialmente a la mediación en la venta y organización de servicios turísticos, pudiendo utilizar medios propios en su prestación. Comprende las actividades de organización o comercialización de viajes combinados y de excursiones de un día, la mediación en la venta de billetes o reserva de plazas en toda clase de medios de transporte y la reserva y contratación de alojamiento en establecimientos turísticos y de servicios o actividades ofrecidos por las empresas turísticas». Las personas físicas o jurídicas cuya gestión empresarial incluya

actividades de intermediación turística, bien en forma exclusiva o concurrente con otras actividades empresariales, serán calificadas como intermediarios turísticos. «Intermediador turístico», lo será «la persona física o jurídica cuya gestión empresarial incluye actividades de intermediación turística, en forma exclusiva o concurrente con otras actividades empresariales»⁶⁷. Como afirma SANZ DOMÍNGUEZ se trata de empresas que, «*organizan servicios turísticos diversos (viajes combinados, excursiones, representación de otras agencias de viajes) y facilitan, a nivel mundial, su comercialización, junto con los servicios ofrecidos por otras empresas (fundamentalmente, reserva de plazas en medios de transporte de viajeros y de alojamientos turísticos), sirviendo de nexo cardinal en muchas ocasiones necesariamente imprescindible entre la oferta y la demanda turística. Resulta pues incuestionable el papel que las empresas de mediación desempeñan en la organización estructural del turismo, en su implantación y desarrollo, tanto en la actualidad como desde la transformación del turismo en un fenómeno social de masas propio de las sociedades industriales avanzadas*» (SANZ DOMÍNGUEZ, 2005, 25). Su participación como agentes intermediadores en la oferta y comercialización de servicios turísticos convierte automáticamente su actividad en actividad turística, dejándola sometida al control de las CCAA⁶⁸. Su específico régimen exige a estas empresas facilitar información específica tanto de su organización como de las actividades comerciales ofertadas, requisitos que, persiguen, no solo garantizar el control administrativo correspondiente, sino también proporcionar al usuario turístico seguridad en la contratación bajo los principios de veracidad, objetividad y buena fe (CASTEL GAYÁN, 2011, 28).

De lo expuesto se desprende que, al objeto de poder conceptuar la expresión «canales de oferta turística», es preciso diferenciar entre intermediarios de alojamientos privados para uso vacacional o turístico, y empresas de intermediación turística dedicadas con carácter profesional a la actividad turística. La promoción o comercialización realizada por los primeros a través de instrumentos proporcionados por las nuevas tecnologías no les convierte en «canales de oferta turística». Sí tendrán tal consideración las empresas de intermediación turística dedicadas de forma habitual y profesional a la prestación de servicios turísticos cuando utilicen Internet u otros recursos puestos a su disposición por las nuevas tecnologías de la información.

De la letra del artículo 5e) en modo alguno puede derivarse la afirmación de que es la oferta y comercialización de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de inmediata disponibilidad realizada a través de Internet por particulares o por profesionales no dedicados a la actividad turística, la actividad que deja excluidos los arrendamientos del ámbito de aplicación de la LAU. Al no tratarse de una actividad turística no es reglamentada como tal por las legislaciones autonómicas y, por tanto, los contratos que de ella se deriven conllevan una simple cesión de uso arrendaticia y no una cesión turística. El

concepto de *canal de oferta turístico* no puede equipararse con el de agente intermediador que oferte y comercialice el inmueble en Internet para uso vacacional. La calificación como *turístico* de un canal no depende ni del soporte en el que se haga la oferta ni de la finalidad que se persiga mediante el anuncio y comercialización del inmueble; depende de la naturaleza jurídica del inmueble ofertado y/o de la actividad profesional de quien lo utiliza. Así pues, los portales inmobiliarios o las páginas webs destinadas a poner en contacto a las partes para facilitar la celebración del contrato, no son en sí mismos canales de oferta turística. No lo serán si son utilizados por particulares o por empresas dedicadas al sector inmobiliario y no al turístico y si en la comunidad autónoma donde se celebra el contrato no aparece contemplada dicha oferta y comercialización como requisito suficiente para otorgar al inmueble la calificación de vivienda turística. Contrariamente, serán calificados como canales turísticos cuando la oferta y comercialización del inmueble sea realizada por una empresa de intermediación turística.

Como se ha podido comprobar, no en todas las Comunidades Autónomas tal actividad cobra relevancia como actividad turística. Por otro lado, tampoco el artículo 3 LAU prohíbe la oferta y comercialización de los inmuebles cuyo uso se cede, so pena de dejarlos excluidos de los arrendamientos de temporada. Si el legislador hubiera querido excluir del ámbito de aplicación del artículo 3.2 LAU a los arrendamientos de temporada para uso vacacional ofertados o comercializados a través de Internet, debería haberlo dicho expresamente añadiendo un párrafo 3 al artículo 3 LAU. Como nada se dice en la LAU y los arrendamientos de temporada para uso vacacional siguen regulados después de la entrada en vigor de la Ley 4/2013 en los mismos términos, no hay razón que impida mantener la naturaleza civil de los contratos así celebrados. El hecho de aparecer publicitados en alguna página web de intercambio de apartamentos entre particulares para su uso vacacional no convierte a un inmueble en vivienda turística ni justifica su exclusión del ámbito de aplicación de la LAU. De no seguirse esta postura, estaríamos admitiendo una clara limitación al derecho de propiedad por parte de los poderes públicos engendrada por el simple capricho del legislador. La administración y las normas administrativas, si bien tienen como misión la tutela del interés general, ello no debe ser a costa del expolio del derecho de propiedad de un derecho privado cual es el derecho de propiedad sobre el inmueble (BADENAS CARPIO, 2000, 633).

Esta posición es acorde con las razones que motivaron la reforma ya que no son estos arrendamientos los que en sí mismos reúnen las condiciones propicias para ser calificados de alojamientos privados ilegales generadores de situaciones de intrusismo y competencia desleal. Hay muchos apartamentos y viviendas destinadas a uso vacacional que cumplen con todas las obligaciones formales y tributarias que le son exigibles y que, por tanto, deberán ser considerados plenamente legales. Ello no implica que existan otros que, eludiendo

el cumplimiento de tales obligaciones, generen «alquileres en negro» o intenten disfrazar negocios jurídicos dedicados a transacciones turísticas, en alquiler de vivienda habitual en busca de ahorros fiscales. Como afirma JIMÉNEZ NAVAS, «la práctica conoce situaciones en las que determinados contribuyentes intentan disfrazar negocios jurídicos dedicados a transacciones turísticas en alquiler de vivienda habitual en busca de un ahorro fiscal considerable» (JIMÉNEZ NAVAS, 2011, 962). Al objeto de fomentar la publicidad y transparencia de los alojamientos privados utilizados con fines turísticos, podría exigirse, como lo ha hecho el legislador catalán, que sean formalizados por escrito haciéndose constar en un Registro Municipal. De no exigirlo la legislación autonómica correspondiente y, puesto que se trata de viviendas propiedad de los arrendadores que conforme a la normativa turística no están realizando una actividad económica turística, no existiría ni siquiera obligación de registrarlos oficialmente como viviendas turísticas.

Si el objetivo preferente perseguido por el legislador con la reforma fue poner la atención para el descubrimiento de rentas no declaradas y «evitar la proliferación de situaciones que pudieran dar cobijo a situaciones de intrusismo y de competencia desleal en detrimento de la calidad turística», por más que desde determinados sectores se empeñen en afirmar lo contrario, no son los arrendamientos de temporada comercializados u ofertados mediante portales inmobiliarios o páginas web especializadas, ni los celebrados por empresa o agencias inmobiliarias, los que crean tales situaciones. Contrariamente, su mirada debería haberse dirigido hacia los alquileres de apartamentos o viviendas para uso vacacional o turístico celebrados directamente entre las partes sin publicidad o publicitados a través de carteles, anuncios o prensa, pero sin intervención de agente externo que verifique y controle el mínimo de calidad y garantías que deben exigirse. Paradójicamente, su mantenimiento como arrendamientos de temporada sometidos al ámbito de aplicación de la LAU no parece ofrecer dudas entre la doctrina. No tiene ninguna justificación que el legislador, en aras de una mejora en la calidad del turismo y de luchar contra situaciones de fraude fiscal, deje excluidos los alquileres ofertados y comercializados a través de portales inmobiliarios o páginas web especializadas y mantenga a los que no lo son. ¿Por qué excluye a unos y a otros no? En mi opinión, su incorporación al artículo 5e) LAU como requisito de exclusión obedece a la simple presión ejercida por el sector hotelero para evitar las situaciones de competencia que genera la atractiva oferta de alojamiento privado de inmuebles particulares frente a la elección del hotel como destino vacacional.

Así interpretado el artículo 5e) LAU nos lleva a afirmar que la reforma no aporta nada nuevo ni supone modificación alguna en relación con la situación anterior. Tal y como ha sido expuesto, la adición del párrafo e) al artículo 5 LAU ha de ser interpretada como el expreso reconocimiento por parte del legislador de la exclusión del régimen general de Arrendamientos Urbanos de

aquellos contratos de alquiler de viviendas que, por conllevar la realización de actividades turísticas reguladas como tal en las correspondientes legislaciones autonómicas turísticas, exceden del ámbito de aplicación de la LAU. Son contratos que no estaban ya sometidos a la normativa arrendaticia sino incluidos en el ámbito de aplicación de las legislaciones turísticas de las distintas CCAA. Es así, que coincide plenamente con la calificación de «*menor e inesencial*» que CARRASCO PERERA (2011, 120) ha otorgado a la modificación. No era necesario introducir ningún nuevo apartado para reconocer expresamente algo que ya con la transferencia de competencias realizada por el artículo 148.1.18 CE había quedado claro: que los contratos turísticos sobre apartamentos o viviendas turísticas que conlleven el ejercicio de actividades turísticas deben quedar sometidos a la normativa turística.

V. CONCLUSIONES

I. La exclusión a la que se refiere el apartado e) del artículo 5 LAU solo opera en los casos en los que la cesión de uso temporal a la que se refiere el precepto tenga una regulación específica en la normativa turística autonómica.

II. La reforma operada en la LAU por la Ley 4/2013, de 4 de junio, no aporta nada nuevo a nuestro Ordenamiento jurídico. La adicción del párrafo e) al artículo 5 LAU conlleva el simple reconocimiento expreso por parte del legislador estatal de la exclusión del régimen general de Arrendamientos Urbanos de aquellos contratos de alquiler de viviendas que, por conllevar la realización de actividades turísticas reguladas como tal en las correspondientes legislaciones autonómicas turísticas, exceden de su ámbito de aplicación.

III. El verdadero alcance de la eficacia del apartado e) del artículo 5 LAU solo puede extraerse interpretando el precepto en conjunción con la legislación turística autonómica.

IV. De la interpretación conjunta del Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico en Cataluña y el artículo 5e) LAU, se desprende que en Cataluña podrán seguir alquilándose con carácter temporal viviendas amuebladas para uso vacacional o turístico pero con sometimiento al régimen específico que bajo la modalidad de «viviendas de uso turístico» establece el Decreto.

V. De la interpretación conjunta de la Ley 8/2012, de 19 de julio de Turismo Balear y el artículo 5e) LAU se desprende que, con independencia de que sean promocionadas o comercializadas a través de los recursos que ofrecen las nuevas tecnologías, en Baleares es posible seguir alquilando pisos y apartamentos a través de arrendamientos de temporada sometidos a la LAU; ello, por cuanto que la Ley de Turismo no establece un régimen específico para el alquiler ni la comercialización de tal tipo de viviendas.

VI. El requisito de la promoción y comercialización en canales de oferta turística no tiene entidad en sí mismo para desvirtuar la naturaleza civil de los arrendamientos de temporada para uso vacacional excluyéndolos del ámbito de aplicación de la LAU y sometiéndolos al de la legislación turística. Ello, solo sucederá en aquellas Comunidades Autónomas cuyas legislaciones turísticas así lo hayan previsto.

VII. Con independencia de la utilización en el ejercicio de su actividad de portales inmobiliarios o páginas web especializadas en arrendamientos de corta duración, la actividad de intermediación en el alquiler de viviendas para uso vacacional desarrollada por particulares o empresas inmobiliarias no dedicadas con carácter profesional a la actividad turística, no atribuye al arrendamiento de temporada la categoría de arrendamiento turístico.

VIII. El concepto de «canales de oferta turística», exige diferenciar entre intermediarios de alojamientos privados para uso vacacional o turístico, y empresas de intermediación turística dedicadas con carácter profesional a la actividad turística. La promoción o comercialización realizada por los primeros a través de instrumentos proporcionados por las nuevas tecnologías no les convierte en «canales de oferta turística». Sí tendrán tal consideración las empresas de intermediación turística dedicadas de forma habitual y profesional a la prestación de servicios turísticos cuando utilicen Internet u otros recursos puestos a su disposición por las nuevas tecnologías de la información.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 16 de junio de 1982
- SAP de Madrid de 3 de marzo de 1992
- SAP de Castellón de 25 de mayo de 1999
- STS de 17 de septiembre de 1993
- STS de 24 de enero de 2000
- STSJ de las Islas Baleares de 5 de octubre de 2006
- SAP de Sevilla de 6 de mayo de 2008
- SAP de las Islas Baleares de 13 de enero de 2009
- SAP de Murcia de 8 de febrero de 2011
- SAP de Murcia de 19 de septiembre de 2011
- SAP de Murcia de 2 de noviembre de 2011
- SAP de Sevilla de 18 de diciembre de 2012
- SAP de Murcia de 17 de julio de 2012
- STSJ Cataluña de 20 de febrero de 2012
- STSJ de Cataluña de 21 de octubre de 2010
- SAP de Barcelona de 12 de junio de 2013

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO Y CUDOLÀ, V. (2012). El impacto del Derecho de la Unión Europea en el turismo: valoración general. En: V. Aguado y Cudolà y O. Casanovas Ibáñez. *El impacto del Derecho de la Unión Europea en el turismo*. Barcelona: Atelier libros jurídicos. Colección Derecho y Administración, pp. 13-23.
- AURIOLES MARTÍN, A. (2005). *Introducción al Derecho turístico. Derecho privado del turismo*, Madrid: Tecnos.
- BADENAS CARPIO, J. M. (2000). Sobre la posible publicación del contrato de hospedaje. *Actualidad Civil*, núm. 16, pp. 633-658.
- BERMEJO LATRE, J. L. y ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (2008). El impacto de la reforma de servicios en el sector del turismo. *Revista aragonesa de Administración Pública*, núm. 32. Junio. Monográfico XII, pp. 495-509.
- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2013). Primeras reflexiones sobre la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. *Actualidad Civil*, núm. 7, pp. 842-846.
- BOUAZZA ARIÑO, O. (2009). El sistema andaluz de ordenación territorial del turismo a la luz del Plan General de Turismo Sostenible. *Revista andaluza de Derecho de Turismo* núm. 1, pp. 15-47.
- CARPI, E. (2007). Las denominaciones de los establecimientos de alojamiento turístico en la normativa española. En: M. V. CALVI (coord.), *Il linguaggio della comunicazione turistica spagnolo-italiano*. Milán, pp. 1-27.
- CARRASCO PERERA, A. (2012). Comentarios al proyecto de ley de reforma de los arrendamientos de viviendas. *CESCO* núm. 4, pp. 118-134.
- CASTEL GAYÁN, S. (2011). Intrusismo y clandestinidad en el sector turístico. Una aproximación jurídica. *Revista andaluza de Derecho del Turismo*, núm. 5, pp. 11-31.
- COSTAS RODAL, L. (2013). Principales novedades introducidas en la LAU/94 por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, pp. 35-42.
- DURÁN AYAGO, A. (2005). Autonomía de la voluntad y contratos de arrendamiento de bienes inmuebles de corta duración en el régimen comunitario de competencia judicial internacional. *International Law: Revista colombiana de Derecho Internacional*, núm. 6, 2005, pp. 61-85.
- CORTINA GARCÍA, F., VARELA MERINO, B. y MARTÍNEZ SERRANO, A. (2002). Aproximación a la investigación del alojamiento privado de uso turístico. *Estudios turísticos*, núm. 151, pp. 87-98.
- FUENTES LOJO, J. V. (1990). Apartamentos turísticos y viviendas turísticas vacacionales. *Praxis Civil*. B-2/227.
- GARCÍA CALVENTE, Y. (2005) Tributación en el Impuesto sobre el Valor Añadido de los Apartamentos Turísticos. *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 13/2005. BIB 2005\2167.
- (2007). *Aspectos tributarios del turismo residencial*. Barcelona: Bosch. S.A.
- GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2012). El nuevo régimen de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico. *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 3, pp. 1-32, disponible en www.uclm.es/centro/cesco

- (2013). El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler. *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 6, 170-190, disponible en www.uclm.es/centro/cesco.
- GONZÁLEZ PAKANOWSCA, I. (1995). Arrendamientos para uso distinto del de vivienda y locales de negocio en la Ley 29/1994 de arrendamientos urbanos. *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 13, pp. 281-310.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (2011). La concepción y la clasificación de los servicios y los establecimientos de restauración turística. *Revista andaluza de Derecho del turismo*, núm. 5, pp. 31-70.
- JIMÉNEZ NAVAS, M.^a M. (2011). Algunas reflexiones en torno a la configuración jurídico-tributaria del turismo residencial en España. *Book of proceedings, vol. I. International conference on tourism & management studies. Algarve*, pp. 962-978.
- LOSCERTALES FUERTES, D. (2013). El alquiler de apartamentos turísticos o de temporada. *El País. Economía*.
- MAGRO SERVET, V. (2013). Aspectos relevantes de la reciente reforma de la LAU por ley 4/2013, de 4 de junio. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, pp. 177-197.
- (2013b). Interpretación del alcance de la exclusión de los arrendamientos de aprovechamiento turístico de la LAU en la Ley 24/2013, de 4 de junio. *El Derecho*, 1 de julio, disponible en: http://www.elderecho.com/civil/exclusion_de_arrendamientos_de_aprovechamiento_turistico-LAU-alcance_de_exclusion_de_arrendamientos_turisticos_11_564430002.html
- MAJÓ FERNÁNDEZ, J. y GALÍ ESPELT, N. (2002). El uso de las TIC en la información turística. En: *Nuevas tendencias de ocio y turismo: su especial problemática en destinos singulares*, coord. L. Valdés Peláez, V. M. Monfort Mir, J. I. Pulido Fernández, E. A. del Valle Tuero, pp. 169-180.
- MARTOS CALABRÚS M. A. (2000). En torno al arrendamiento de temporada. En: R. Herrera Campos (coord.). *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. 2, pp. 1129-1137.
- PADILLA RUIZ, P. (2013). Comentarios a la Ley 4/2013, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, pp. 199-207.
- PÉREZ GUERRA, R. y CEBALLOS MARTÍN, M. M. (2013). Relación de disposiciones de Derecho turístico español dictadas a lo largo del siglo XX. *CESCO* núm. 6, pp. 170-190. Disponible en <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>.
- PIA MIRTO, A., GISMONDI, R. (2002). El turismo en los alojamientos colectivos y privados en Italia. Definiciones, clasificaciones y técnicas de estimación. *Estudios turísticos*, núm. 151, PP. 51-85.
- QUICIOS MOLINA, S. (2012). La reforma de los arrendamientos urbanos, según el Proyecto de Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas, de 31 de agosto de 2012. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, pp. 31-74.
- RODRÍGUEZ SALMONES CABEZA, N., ARANDA PALMERO, E., y GARRIDO GONZÁLEZ, B. (2003). El alojamiento turístico privado en el contexto del sistema de estadísticas de turismo. *Estudios Turísticos*, núm. 155-156, pp. 7-32.
- RUBIO TORRANO, E. (2013). Medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 5, pp. 17-20.

- SALOM PARETS, A. (2013). Consideraciones a la Ley 8/2012 de 19 de julio, General del Turismo de les Illes Balears. En: V. Aguado y Cudola y O. Casanova Ibáñez (coord.). *El impacto del Derecho de la Unión Europea en el turismo vacacional*. Barcelona: Atelier libros jurídicos, pp. 23-50.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. (2009). Arrendamiento de temporada vacacional Versus alojamiento turístico extrahotelero. *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre, pp. 33-66.
- SANZ DOMINGUEZ, C. (2005). *Régimen jurídico-administrativo de la intermediación turística*. Sevilla: Junta de Andalucía. Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, pp. 1-557.
- TORRES CAZORLA, M. I. (2010). La normativa comunitaria en materia turística y su aplicación por el Tribunal de Justicia Comunitario. *Revista andaluza de Derecho del Turismo*, núm. 4, pp. 11-46.
- TUDELA ARANDA (1996). Hacia un nuevo régimen jurídico del turismo en la reciente legislación autonómica. *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 45, pp. 291-350.
- VALLADARES RASCÓN, E. (1995). Comentario al artículo 3 LAU. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Pamplona: Aranzadi, pp. 75 y sigs.
- (2013). Comentario al artículo 5 LAU. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Pamplona: Thomson Reuters. Aranzadi., pp. 176 y sigs.
- VARELA MERINO, B., LÓPEZ LAGO, A., y MARTÍNEZ SERRANO, A. (2003). Primeras aproximaciones al estudio estadístico del alojamiento privado con fines turísticos desde una perspectiva de oferta. *Estudios Turísticos*, núm. 155-156, pp. 87-109.
- VERDERA IZQUIERDO, B. (2009). El arrendamiento de temporada frente a las estancias turísticas en viviendas. *Revista Consultor inmobiliario* núm. 107, 2009, pp. 3-19.

NOTAS

¹ El alojamiento turístico privado es definido en el Anexo I de la Decisión de la Comisión 1999/34/CE, de 9 de diciembre de 1998, como *aquel alojamiento turístico que no forma parte de la definición de alojamiento turístico colectivo*. Por alojamiento colectivo se entiende «el establecimiento de hospedaje que presta servicio de alojamiento al viajero, ofreciendo habitaciones u otro acomodo para pasar la noche, pero este servicio debe contar con un número de plazas superior a un mínimo determinado para colectivos de personas que sobrepasan a una unidad familiar y disponer de una administración de tipo comercial común para todas las plazas de un mismo establecimiento». Dentro de esta categoría se incluyen los hoteles o establecimientos similares, considerando como tales: *pensiones, casas de huéspedes, fondas (albergues), residencias para turistas y alojamientos similares organizados por habitaciones y con servicios hoteleros limitados, incluida la preparación diaria de la cama y la limpieza de la habitación y las instalaciones sanitarias. Este grupo también incluye las posadas, los establecimientos de cama y desayuno y el alojamiento en granjas*. Integra también dentro de esta categoría bajo la forma de *otros establecimientos colectivos y otros establecimientos especializados, a cualquier establecimiento destinado a los turistas aunque no tenga fines de lucro; si tiene una administración única con unos servicios mínimos comunes (sin incluir el arreglo diario de camas); no siendo necesario que esté dispuesto en habitaciones sino que, además, puede estarlo en unidades tipo vivienda, cámpings turísticos o dormitorios colectivos, y que con*

frecuencia tiene alguna actividad complementaria del alojamiento como el cuidado de la salud, el bienestar social o el transporte. Anexo I. Directiva 95/57/CE del Consejo sobre la recogida de información estadística en el ámbito del turismo. DOCE núm. L 9, de 15-1-99, pp. 23-47.

² Sobre el alojamiento turístico privado y la problemática que genera. Vid. CORTINA GARCÍA, F., VARELA MERINO, B., y MARTÍNEZ SERRANO, A. (2002). Aproximación a la investigación del alojamiento privado de uso turístico. *Estudios turísticos*, núm. 151, pp. 87-98; GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (2011). La concepción y la clasificación de los servicios y los establecimientos de restauración turística. *Revista andaluza de Derecho del Turismo*, núm. 5, pp. 31-70; PIA MIRTO, A. y GISMONDI, R. (2002). El turismo en los alojamientos colectivos y privados en Italia. Definiciones, clasificaciones y técnicas de estimación. *Estudios turísticos*, núm. 151, pp. 51-85. RODRÍGUEZ SALMONES CABEZA, N. E., ARANDA PALMERO, E., y GARRIDO GONZÁLEZ, B. (2003). El alojamiento turístico privado en el contexto del sistema de estadísticas de turismo. *Estudios Turísticos*, núm. 155-156, pp. 7-32; VARELA MERINO, B., LÓPEZ LAGO, A., y MARTÍNEZ SERRANO, A. (2002). Aproximación a la investigación del alojamiento privado de uso turístico. *Estudios Turísticos*, núm. 151, pp. 87-97; VARELA MERINO, B., LÓPEZ LAGO, A., y MARTÍNEZ SERRANO, A. (2003). Primeras aproximaciones al estudio estadístico del alojamiento privado con fines turísticos desde una perspectiva de oferta. *Estudios Turísticos*, núm. 155-156, pp. 87-109.

³ Sobre el contrato de hospedaje como forma de alojamiento turístico. Vid. PÉREZ MARETOLL, R. y GONZÁLEZ CABRERA, I. (2008). *El alojamiento turístico: Problemática y soluciones en la ejecución del contrato de hospedaje*. Madrid: La Ley, p. 13.

⁴ Según datos de la encuesta de movimientos turísticos en fronteras (FRONTUR) proporcionados por el Instituto de Estudios Turísticos (IET) relativos al mes de agosto de 2013, en el alojamiento no hotelero destaca la subida de la vivienda alquilada con un 15,1%. FRONTUR. Nota de coyuntura Agosto 2013, p. 2. Fuente: IET. Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. www.iet.tourspain.es. Por otro lado, en el trámite parlamentario de la reforma en el Senado se recordó que existen en España 119.980 viviendas de uso turístico que dan empleo directo a 22.821 personas y a otras 7.500 de forma indirecta, con un impacto económico total que ronda los dos millones de euros anuales.

⁵ Sobre el concepto de turismo y turista, vid. SANZ DOMÍNGUEZ, C. (2005). *Régimen jurídico-administrativo de la intermediación turística*. Sevilla: Junta de Andalucía. Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, p. 148.

⁶ BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013, pp. 42244 y sigs.

⁷ En el propio Preámbulo de la Ley, justifica el legislador la reforma por el hecho de que «en los últimos años se viene produciendo un aumento cada vez más significativo del uso del alojamiento privado para el turismo, que podría estar dando cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal, que van en contra de la calidad de los destinos turísticos; de ahí que la reforma de la Ley propuesta los excluya específicamente para que queden regulados por la normativa sectorial específica o, en su defecto, se les aplique el régimen de los arrendamientos de temporada, que no sufre modificación.

⁸ La exclusión tiene su origen en el Plan Nacional e Integral del Turismo (PNIT) 2012-015 conforme al cual: Desde el punto de vista legal la Ley 29/1994, de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos (LAU), regula los arrendamientos para usos distintos al de vivienda, sin embargo no contempla la variada casuística relacionada con el alquiler de viviendas para uso turístico y/o vacacional. Por este motivo, sería oportuno abordar el planteamiento de la modificación en dos aspectos concretos: 1) Contemplar como arrendamientos turísticos los ofrecidos a través de canales de comercialización turística y/o que incluyan servicios complementarios propios de la industria hotelera (limpieza y lavado de ropa de forma periódica; 2) La duración de los contratos: el alquiler ocasional y/o con alta rotación por breves periodos de tiempo sería el indicador que permitiría un mejor control y conocimiento del arrendamiento de las viviendas turísticas vacacionales. Tales ideas constituyeron el germen de la reforma y en consonancia con ellas se incorporó un nuevo apartado con la letra e) al artículo 5 LAU. PNIT 2012-015. Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

⁹ Así se solicitaba en la enmienda núm. 66 del Grupo Parlamentario *Entesa del Progrés de Catalunya*, en la que se proponía una disposición adicional nueva «para regular uno de los aspectos que sí nos parece que está mal o muy poco regulado en la legislación arrendataria de nuestro país: los apartamentos de uso turístico. Se hace referencia a ello en el artículo 1, pero todo queda en el aire. Estamos de acuerdo en que no es bueno que los apartamentos de uso turístico deban regirse por las condiciones generales de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Es bueno que haya una legislación sectorial específica sobre esta cuestión, porque la naturaleza de la relación contractual es absolutamente distinta: lo es su promoción, sus canales de comercialización y las expectativas de ambos. Nos parece que la naturaleza de ese contrato es totalmente distinta y, por tanto, estamos de acuerdo en que haya legislación separada y específica sobre esta cuestión. Por ello, la disposición final, ahondando en esta línea de nuestra propuesta de una disposición final nueva, comprometería al Gobierno a legislar en esta materia en el plazo de un año, entendiendo que esta legislación es competencia básicamente de las comunidades autónomas, y poniendo sobre estas la necesidad de hacer por su parte esta legislación, y es que si no, regiría una legislación de carácter estatal. En cualquier caso, nos parece urgente e imprescindible que esta cuestión quede legislada ya que en estos momentos hay un limbo y una serie de situaciones muy perjudiciales para distintas comunidades de vecinos en las que aparecen de manera irregular apartamentos de uso turístico sin garantía de ningún tipo...» Diario de Sesiones, Senado. Comisión de Fomento. Núm. 53, 23 de abril de 2013, p. 31.

¹⁰ En estos términos se expresaba el Grupo socialista en la enmienda núm. 107 en la que se solicitaba la supresión del último párrafo del Preámbulo referido a la valoración que se hace de las viviendas que están listas para ser ocupadas y que se alquilan para uso turístico. «En él se plantea que ello da lugar a una situación de intrusismo y competencia desleal, y considero que lo que subyace en esta parte del preámbulo es un apoyo al lobby hotelero puesto que este tipo de viviendas se alquilan en toda Europa, se venían alquilando con un tipo de contrato de alquiler normal y no es necesario su cambio» Diario de Sesiones, Senado. Comisión de Fomento. Núm. 53, 23 de abril de 2013, p. 13.

¹¹ *BOCG*, serie D, núm. 59, de 21 de marzo de 2013.

¹² *BOCG*, serie D, núm. 237, de 12 de marzo de 2013.

¹³ En este sentido, *vid.* BERROCAL LANZAROT, A. I. (2013). Primeras reflexiones sobre la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. *Actualidad Civil*, núm. 7, pp. 842-846. GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2013). El nuevo régimen de los arrendamientos de vivienda tras la ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler. *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 6, pp. 170-190. PADILLA RUIZ, P. (2013). Comentarios a la Ley 4/2013, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4, pp. 199-207. RUBIO TORRANO, E. (2013). Medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, pp. 17-20.

¹⁴ En este sentido, *vid.* MAGRO SERVET, V. (2013). Interpretación del alcance de la exclusión de los arrendamientos de aprovechamiento turístico de la LAU en la Ley 24/2013, de 4 de junio. *El Derecho*, 1 de julio, disponible en: http://www.elderecho.com/civil/exclusion_de_arrendamientos_de_aprovechamiento_turistico-LAU-alcance_de_exclusion_de_arrendamientos_turisticos_11_564430002.html

¹⁵ En este sentido STSJ Cataluña 6708/2010, de 21 de octubre en la que se declara que: «La calificación de la relación que vincula a las partes debe hacerse a la luz del criterio jurisprudencial ampliamente reiterado que pone de manifiesto como los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que le otorguen los intervinientes, debiendo estarse para determinar su auténtica naturaleza a la realidad de su contenido manifestado por los actos realizados en su ejecución». STS de Cataluña de 21 de octubre de 2010.

¹⁶ Sobre el tema, *vid.* BOUAZZA ARIÑO, O. (2009). El sistema andaluz de ordenación territorial del turismo a la luz del Plan General de Turismo Sostenible. *Revista andaluza de Derecho de Turismo* núm. 1, p. 19.

¹⁷ En estos términos se presenta la Exposición de Motivos del Decreto 92/2009, de 3 de julio *por el que se aprueba el Reglamento regulador de las viviendas turísticas denominadas Apartamentos, Villas, Chalés, Bungalows y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute, en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana*. DOCV núm. 6051, de 7 de julio de 2009. Modificado por el artículo 5 del Decreto 206/2010, de 3 de diciembre, del Consell, por el que se modifican los decretos reguladores del alojamiento turístico en la Comunitat Valenciana. DOCV, núm. 6414 de 10 de diciembre de 2010.

¹⁸ En este sentido, *vid.* el estudio: La Problemática de la Oferta de Alojamiento Turístico No Reglada en España, donde se definen las Pernotaciones no regladas, como aquellas «*que se producen en lugares no controlados o reglados, tales como apartamentos turísticos y viviendas particulares*». En él se distingue claramente entre el alojamiento colectivo (turismo en oferta reglada) que es «*aquel que constituye una actividad empresarial regular, que consiste en ofrecer al turista la posibilidad de pernoctar en una habitación u otro espacio acondicionado para el alojamiento, siendo su capacidad mayor a un determinado número de camas*» por exclusión se define el alojamiento privado (turismo en oferta no reglada), con la particularidad añadida de que «*se trata de alojamientos que no son empresas y que disponen de una capacidad limitada*». La Problemática de la Oferta de Alojamiento Turístico No Reglada en España (2008) Barcelona: *Tourism & leisure*. Europraxisconsulting, pp. 3 y 4.

¹⁹ BOE de 28 de enero de 1967, núm. 24.

²⁰ RD 2877/1982 de 15 de octubre de *Ordenación de apartamentos turísticos y viviendas turísticas vacacionales*. BOE núm. 269, de 9 de noviembre de 1982, pp. 30762-30764.

²¹ Los primeros eran regulados en el Capítulo I (arts. 1-16) y las segundas en el Capítulo II (arts. 17-20). Los apartamentos turísticos los definía el artículo 1 RD conforme al cual: *Se configuran como turísticos y en su consecuencia quedan sujetos a lo dispuesto en la presente ordenación, los bloques o conjuntos de apartamentos, y los conjuntos de villas, chalés, bungalows y similares que sean ofrecidos empresarialmente en cualquier, de modo habitual, debidamente dotados de mobiliario, instalaciones, servicios y equipo para su inmediata ocupación, por motivos vacacionales o turísticos. Solo este tipo de alojamientos recibirán la denominación oficial de apartamentos turísticos y tendrán derecho a ser incluidos en las guías oficiales y a beneficiarse de las acciones de fomento promovidas por la Administración Turística del Estado*. Las viviendas turísticas vacacionales eran conceptuadas en el artículo 17 por contraposición a los apartamentos turísticos, estableciendo el precepto que: *No tendrán la consideración legal de apartamentos turísticos, sino de viviendas turísticas vacacionales las unidades aisladas de apartamentos, bungalows, villas y chalés y similares y, en general, cualquier vivienda que con independencia de sus condiciones de mobiliario, equipo, instalaciones y servicios, se ofrezcan en régimen de alquiler por motivos vacacionales o turísticos*.

²² *Vid.* artículos 10, 18 y 19 RD.

²³ Decreto núm. 4104/1964, de 24 de diciembre de 1964, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos. BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 1964. Corrección de errores BOE, núms. 13 y 14, de 15 de enero de 1965.

²⁴ STS de 16 de junio 1982. RJ 1982/5828; en el mismo sentido, *vid.*, STS 24 de enero de 2000. RJ 2000/115; SAP de Murcia de 17 de julio de 2012. JUR 2012/279770.

²⁵ Sobre la interpretación conjunta de la normativa sectorial y central durante la vigencia del Texto Refundido de 1964 y de la LAU, *vid.* SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2009), pp. 35-40.

²⁶ En este sentido, *vid.* STS de 17 de septiembre de 1993 según la cual «*lo característico de los apartamentos turísticos es que deben estar dotados de mobiliario, instalaciones, servicios y equipo para su inmediata ocupación. Justamente esto es lo que los distingue de las viviendas turísticas vacacionales, que se ofrecen con independencia de sus condiciones de mobiliario, equipo, instalaciones y servicios. No obstante, como es lógico, la diferencia debe deducirse de la normativa autonómica sobre turismo, y en el caso de que esta no exista, se aplicará la legislación estatal*» STS de 17 de septiembre de 1993. RJ 1993/6934.

²⁷ El Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, *por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio*, con efectos desde el 5 de febrero de 2010, dejó sin efecto el Estatuto ordenador de las Empresas y de las Actividades Turísticas Privadas (Decreto 231/1965, de 14 de enero), el Decreto 2482/1974, de 9 de agosto, *de medidas de ordenación de la oferta turística*, y los tres Reales Decretos 2877/1982, de 15 de octubre, *de ordenación de apartamentos turísticos y de viviendas turísticas vacacionales*, 1634/1983, de 15 de junio, *sobre ordenación de establecimientos hoteleros*, y 271/1988, de 25 de marzo, *por el que se regula el ejercicio de las actividades propias de las Agencias de viajes*. Asimismo, la derogación se extendió hasta la regulación reglamentaria de segundo nivel, privando expresamente el Real Decreto aludido de vigencia a las órdenes ministeriales del Ministerio de Información y Turismo reguladoras del Registro de Empresas y Actividades Turísticas (20 de noviembre de 1964), de la ordenación turística de restaurantes (17 de marzo de 1965), cafeterías (18 de marzo de 1965), campamentos de turismo (28 de julio de 1966), apartamentos, bungalós y otros alojamientos similares de carácter turístico (17 de enero de 1967), el Estatuto de los directores de establecimientos de empresas turísticas (11 de agosto de 1972). También fue objeto de derogación la Orden del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones de 14 de abril de 1988, por la que se aprueban las normas reguladoras de las Agencias de Viajes. Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, *por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio*. BOE, núm. 30, de 4 de febrero de 2010, pp. 9808-9809.

²⁸ La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, *relativa a los servicios en el mercado interior* (DOUE, L 376/de 27 de diciembre de 2006, pp. 36 y sigs.) fue incorporada al ordenamiento interno mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, *sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* (BOE, núm. 283, de 24 de noviembre de 2009, pp. 99570 y sigs.) a la que siguió la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, *de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* (BOE núm. 308, de 23 de diciembre de 2009, pp. 108507-108578). Sobre el impacto de la Directiva Servicios en el sector turístico, *vid.* BERMEJO LATRE, J. L. y ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (2008). El impacto de la reforma de servicios en el sector del turismo. *Revista aragonesa de Administración Pública*, núm. 32, junio Monográfico XII, pp. 495-509.

²⁹ *Vid.* Preámbulo del Real Decreto 39/2010, de 15 de enero.

³⁰ Denominación tomada del Comisario europeo para el mercado interno durante la presidencia de Romano Prodi, Frits Bolkestein, que fue quien propuso y defendió la Directiva. Sobre el turismo en el ámbito del Derecho comunitario, *vid.* TORRES CAZORLA, M. I. (2010). La normativa comunitaria en materia turística y su aplicación por el Tribunal de Justicia Comunitario. *Revista andaluza de Derecho del Turismo*, núm. 4, pp. 11-46.

³¹ Ley 6/1994, de 16 de marzo, de Turismo del País Vasco (modificada por la Ley 7/2012, de 23 de abril, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior); Ley 11/1997, de 12 de diciembre, de Turismo de la Región de Murcia (modificada por la Ley 12/2009, de 11 de diciembre, ley ómnibus murciana); Ley 3/1998, de 21 de mayo, de Turismo de la Comunidad Valenciana (modificada en 2003 y por la Ley 12/2009, de 23 de diciembre, de acompañamiento de los presupuestos generales de la Comunidad Valenciana); Decreto 92/2009, de 3 de julio. Reglamento de Alojamientos Turísticos y empresas gestoras de Comunidad Valenciana; Ley 1/1999, de 12 de marzo, de Ordenación del Turismo de la Comunidad de Madrid (modificada por la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de apoyo a la Empresa Madrileña; Ley 5/1999 de 24 de marzo, de ordenación del turismo de Cantabria (modificada por la Ley 5/2011, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas); Ley 8/1999, de 26 de mayo, de ordenación del Turismo de Castilla-La Mancha; Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja (modificada por la Ley 6/2009, de 15 de diciembre, de acompañamiento de los presupuestos generales para el año 2010); Decreto 14/2011, de 4 de marzo, por el que

se por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 2/2001, de 31 de mayo, de Turismo de La Rioja; Ley 7/2001, de 22 de junio de Turismo de Asturias, modificada dos veces en 2004 y una tercera vez por la Ley 10/2010, de 17 de diciembre; Ley 6/2003, de 27 de febrero, del Turismo de Aragón (modificada por Ley 3/2010, de 7 de junio; Decreto 142/2010, de 4 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Actividad Turística de Alojamiento y se modifica el Decreto 10/2001, de 22 de enero, por el que se regulan los estándares turísticos de Canarias (BOC, núm. 204, de 15 de octubre de 2010); Decreto núm. 351, de 19 de julio de 2010. Reglamento de turismo de Melilla; Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Turismo de Castilla y León; Reglamento de Turismo de la Ciudad de Ceuta, publicado el 28 de diciembre de 2010; Ley 13/2011, de 23 de diciembre, del Turismo de Andalucía; Decreto 194/2010, de 20 de abril de establecimiento de apartamentos turísticos (BOJA, núm. 90, de 11 de mayo de 2010); Ley 2/2011 de 31 de enero de desarrollo y modernización del Turismo de Extremadura; Ley 7/2011, de 27 de octubre, del Turismo de Galicia; Decreto 52/2011, de 24 de marzo, por el que se establece la ordenación de apartamentos y viviendas turísticas en la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG núm. 65 de 1 de abril de 2011, p. 5826); Ley 8/2012, de 19 de julio del turismo de las Islas Baleares (BOE, núm. 189, de 8 de agosto de 2012, pp. 56617-56677); Ley 13/2002, de 21 de junio, de turismo de Cataluña (modificada por el Decreto Legislativo 3/2010, de 5 de octubre, norma ómnibus catalana; Ley 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turístico; Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico de Cataluña (DOGC, núm. 6268, de 5 de diciembre de 2012); Decreto 198/2013, de 16 de abril, del País Vasco por el que se regulan los apartamentos turísticos (BOPV núm. 37 de 17 de mayo de 2013).

³² En este sentido se manifiesta AMENGUAL FELIU, para quien *la validez del contrato de temporada sometido a la LAU en modo alguno podría quedar sin efecto como consecuencia de una Disposición Autonómica, so riesgo de incurrir en su nulidad radical por un principio de jerarquía de fuentes legales y vulnerar o liquidar una prerrogativa sustancial del derecho de propiedad como constituye el uso que de cara al arrendamiento se haga del mismo*, AMENGUAL FELIU, B. (2013), Arrendamientos de temporada y turísticos. *Diario de Mallorca* de 18 de agosto.

³³ Ley 13/2002, de 21 de junio, *de turismo de Cataluña* (modificada por el Decreto Legislativo 3/2010, de 5 de octubre, norma ómnibus catalana); Ley 5/2012, de 20 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas y de creación del impuesto sobre las estancias en establecimientos turístico. DOGC núm. 6094, de 23 de marzo de 2012; Decreto 159/2012, de 20 de noviembre, *de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico*. DOGC, núm. 6268, de 5 de diciembre de 2012.

³⁴ Vid. artículo 3 Decreto.

³⁵ Los servicios que se enumeran en el apartado 2 del artículo 3 como susceptibles de convertir la prestación de alojamiento en un servicio turístico son: ... a) *Cuartos de baño y servicios higiénicos con los elementos necesarios para su inmediata utilización, con reposición y limpieza incluidas en el precio.* b) *Servicio de limpieza periódica incluida en el precio, de las unidades de alojamiento y/o instalaciones comunes mientras están alojadas las personas usuarias. Este servicio se exceptúa en el caso de los albergues móviles, semimóviles y fijos en los establecimientos de camping.* c) *Cambio de ropa de cama y baño incluido en el precio.* d) *Servicio de comedor en el propio establecimiento.* e) *Servicio de lavandería.* f) *Servicio de habitaciones g). Servicio de recepción, seguridad y/o vigilancia las 24 horas.*

³⁶ Vid. artículo 2 Decreto.

³⁷ Vid. artículos 5 al 8.

³⁸ Vid. artículos 9 y sigs.

³⁹ BOE núm. 12, de 14 de enero de 2012, pp. 2233 y sigs.

⁴⁰ Según el apartado 2 del artículo 1: ...2. *Los establecimientos de alojamiento turístico no se pueden constituir en viviendas, con la única excepción de los establecimientos de turismo*

rural. Los establecimientos de alojamiento turístico no se pueden convertir en residencia principal ni secundaria de las personas usuarias turísticas, en ningún caso.

⁴¹ Las viviendas destinadas a uso turístico tienen varias restricciones en cuanto a su uso por parte de la propiedad. Así, se descarta el alquiler de habitaciones o alquiler compartido, que no quedará legislado por este Decreto; se excluye los alquileres de larga temporada al añadir: *... se considera estancia de temporada toda ocupación de la vivienda por un periodo de tiempo continuo igual o inferior a 31 días...*; en la vivienda de uso turístico no podrá haber nadie empadronado. Deben cumplir una serie de requisitos: Deben tener cédula de habitabilidad y en ningún caso puede ser ocupada la vivienda por más inquilinos que los que indica la cédula. Deben estar: *... suficientemente amuebladas y dotadas de los aparatos y enseres necesarios para su empleo inmediato [...] todo en perfecto estado de higiene.* La persona propietaria o la persona responsable debe garantizar el mantenimiento de la vivienda así como facilitar a los inquilinos un teléfono para atender posibles incidencias.

⁴² Vid. Introducción del Decreto.

⁴³ Vid. apartados 3 y 4 artículo 67.

⁴⁴ El concepto de contrato turístico lo regula el Decreto en el Capítulo I del Título I estableciendo el artículo 15 que: *Los contratos de alojamiento turístico se podrán celebrar tanto presencialmente como a distancia, de acuerdo con la legislación general en materia de obligaciones y contratos, y podrán incluir servicios complementarios. La Administración velará por el cumplimiento de los derechos y las obligaciones derivados del contrato de acuerdo con lo previsto en los siguientes artículos.*

⁴⁵ Sobre los requisitos impuestos a las viviendas de uso turístico, vid. artículos 67-70.

⁴⁶ Vid. artículo 72.

⁴⁷ Decreto 79/2014, de 10 de julio, por el que se regulan los apartamentos turísticos y las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid (BOCM núm. 180, de 31 de julio 2014, pp. 12 y sigs.).

⁴⁸ El recurso se interpone al amparo del artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el cual establece que la CNMC está legitimada para impugnar los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y las disposiciones de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva.

⁴⁹ Ley 8/2012, de 19 de julio, de Turismo Balear. BOE núm. 189, de 8 de agosto de 2012, pp. 56617-56680.

⁵⁰ Decreto 20/2015, de 17 de abril, de principios generales y directrices de coordinación en materia turística; de regulación de órganos asesores, de coordinación y de cooperación del Gobierno de las Illes Balears, y de regulación y clasificación de las empresas y de los establecimientos turísticos, dictado en desarrollo de la Ley 8/2012, de 19 de julio, de Turismo de las Illes Balears (BOIB núm. 56, de 18 de abril de 2015, pp. 18328 y sigs.).

⁵¹ Ley 2/2005, de 22 de marzo, de las Islas Baleares *sobre normas reguladoras de comercialización de estancias turísticas o viviendas*. BOIB núm. 54 de 7 de abril de 2005 y BOE núm. 101 de 28 de abril de 2005 (Vigente hasta el 22 de julio de 2012).

⁵² Vid. Exposición de Motivos de la Ley.

⁵³ A diferencia de la ley de 2005, que solo integraba el tipo de viviendas unifamiliares aisladas, la de 2012, a través de su artículo 52, modificado por Decreto-ley 6/2013, de 22 de noviembre (BOIB núm. 166, de 30 de noviembre de 2013, pp. 58964-58965) incluyó también las pareadas. El Decreto 20/2015 de desarrollo de la Ley, en su artículo 106, amplía nuevamente dicha tipología a las viviendas entre medianeras «siempre que esta sea la única en la parcela».

⁵⁴ Ambas son reguladas en el Título II bajo la rúbrica *Ordenación de la Actividad turística*. Las *Empresas turísticas de alojamiento*, en el Capítulo II (arts. 30-46) y las *Empresas comercializadoras de estancias turísticas en viviendas*, en el Capítulo IV (art. 49-52). El Decreto 20/2015 desarrolla la regulación de las empresas turísticas de alojamiento en el Capítulo II (arts. 86 a 105) y la de las empresas de comercializadoras de estancias turísticas en viviendas en el Capítulo III (arts. 106 a 109).

⁵⁵ Vid. artículo 41.3.

⁵⁶ Ello se desprende del concepto recogido en el artículo 30, a tenor del cual, se consideran empresas de alojamiento turístico *aquellas que desarrollen una actividad consistente en la prestación de un servicio de alojamiento al público mediante precio, de forma profesional y habitual, bien sea de modo permanente como temporal, y con o sin la prestación de servicios complementarios.*

⁵⁷ Vid. artículos 106 y 107 Decreto 20/2015.

⁵⁸ Según el artículo 50.3, *Las estancias que se comercialicen turísticamente tendrán que consistir en la cesión temporal del derecho de goce y disfrute de la totalidad de la vivienda por periodos de tiempo no superior a dos meses.*

⁵⁹ Por disposición del artículo 50.1 conforme al cual: 1. *Se podrán comercializar estancias turísticas de corta duración en viviendas unifamiliares siempre que se lleve a efecto por su propietario o por medio de operadores o cualquiera de los canales de comercialización turística y siempre que se ofrezca con los servicios turísticos a que se refiere el artículo siguiente.*

⁶⁰ Artículo 51: 1. *El comercializador de estancias en viviendas para uso vacacional deberá garantizar, con el objeto de facilitar la estancia, la prestación directa o indirecta de los siguientes servicios: a) Limpieza periódica de la vivienda. b) Ropa de cama, lencería, menaje de casa en general y reposición de estos. c) Mantenimiento de las instalaciones. d) Servicio de atención al público en horario comercial. 2. Además de las obligaciones impuestas en el artículo 19 de la presente ley a todas las empresas turísticas, el comercializador de estancias turísticas en viviendas deberá disponer de un servicio de asistencia telefónica al turista o usuario del servicio turístico prestado durante 24 horas.*

⁶¹ STSJ de las Islas Baleares de 5 de octubre de 2006. JUR 2006, 165580.

⁶² La misma consideración adquiere, entre otros, en el Decreto 52/2011, de 24 de marzo, por el que se establece la ordenación de apartamentos y viviendas turísticas en la Comunidad Autónoma de Galicia. En su artículo relativo al objeto y ámbito de aplicación establece que: 1. *El presente decreto tiene por objeto la ordenación, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia, de los apartamentos y de las viviendas turísticas como empresas de alojamiento turístico que se dedican, de manera profesional, habitual y mediante contraprestación económica, a proporcionarles hospedaje de forma temporal a las personas, con o sin prestación de otros servicios..., dejando expresamente fuera de su ámbito de aplicación, en el apartado 2 del precepto a: los inmuebles que se arrienden por temporadas según lo establecido en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos. Decreto 52/2011, de 24 de marzo, por el que se establece la ordenación de apartamentos y viviendas turísticas en la Comunidad Autónoma de Galicia. DOG, núm. 65, de 1 de abril de 2011, pp. 5826 y sigs.*

⁶³ En este sentido destaca el Decreto 92/2009, de 3 de julio. *Reglamento de Alojamientos Turísticos y empresas gestoras de Comunidad Valenciana* en el que, si bien con una regulación algo confusa en la que se mezclan los conceptos de vivienda turística y apartamentos turísticos, se ofrece un concepto de vivienda turística integrado por diversas notas entre las que adquiere una importancia decisiva la de habitualidad. A estos efectos, la norma entiende que existe habitualidad cuando, alternativamente, se dé alguna de las circunstancias que enumera el artículo 2.2. entre las cuales, en su apartado c) establece: *Cuando se utilicen canales de comercialización turística. Se considera que existe comercialización turística cuando se lleve a cabo a través de operadores turísticos o cualquier otro canal de venta turística, incluido Internet u otros sistemas de nuevas tecnologías.* La nota de habitualidad sirve al legislador para diferenciar los arrendamientos turísticos de: *otros arrendamientos de vivienda que, aún por temporada, son percibidos como meramente coyunturales y en los que no se prestan, necesariamente, servicios adicionales distintos del puro y estricto alojamiento*, Decreto 92/2009, de 3 de julio por el que se aprueba el Reglamento regulador de las viviendas turísticas denominadas Apartamentos, Villas, Chalés, Bungalós y similares, y de las empresas gestoras, personas jurídicas o físicas, dedicadas a la cesión de su uso y disfrute, en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana.

⁶⁴ Vid. nota 13.

⁶⁵ Sobre el tema, *vid.* MAJÓ FERNÁNDEZ, J. y GALÍ ESPELT, N. (2002). El uso de las TIC en la información turística. En: *Nuevas tendencias de ocio y turismo: su especial problemática en destinos singulares*, coord. por L. Valdés Peláez, V. M. Monfort Mir, J. I. Pulido Fernández, E. A. del Valle Tuero, pp. 169-180.

⁶⁶ Decreto 89/2010, de 22 de julio, *por el que se regula la actividad de intermediación turística de Canarias*.

⁶⁷ *Vid.*, artículo 2b).

⁶⁸ El funcionamiento de las empresas de intermediación turística a través de Internet ha sido objeto de regulación en diferentes CCAA. Así, el Decreto 100/2007 *por el que se regulan las agencias de viajes centrales de reserva de la Región de Murcia*, (modificado por Decreto 37/2011) establece en su artículo 3.1 que: *la organización, intermediación y comercialización de servicios turísticos prestados a título oneroso, a distancias, por vía electrónica y a petición individual del destinatario, mediante servicios de la sociedad de la información, solo podrá realizarse por agencias de viajes o centrales de reservas debidamente autorizadas en función del contenido de la actividad que desarrollen*. BORM núm. 129 de 6 de junio de 2007. El Decreto 60/2007, por el que se aprueba el Reglamento de las Empresas de Intermediación Turística en el Principado de Asturias establece en su artículo 32 que las empresas de intermediación turística que realicen actividades a través de la sociedad de la información *deberán comunicar a la Consejería competente en materia de turismo, al menos un nombre de dominio o dirección de Internet que en su caso utilicen para su identificación en Internet, así como todo acto de sustitución o cancelación del mismo*. BOPA núm. 144 de 21 de junio de 2007.

*(Trabajo recibido el 13-1-2014 y aceptado
para su publicación el 20-2-2014)*

Una «lectura americana» del artículo
111.1.º LH. La concurrencia de
gravámenes, mobiliario e inmobiliario,
sobre bienes muebles pertenenciales tras
la reforma del artículo 2.º LHM y PSD

*An «American Reading» of Section
111.1 of the Spanish Mortgage Act.
Concurrent Chattel and In-rem
Encumbrances on Fixtures Subsequent
to the Reform of Section 2 of the
Spanish Act on Chattel Mortgages and
Non-possessory Pledges*

por

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO

Registrador de la Propiedad

Catedrático contratado por la Universidad de Cataluña

RESUMEN: En el caso de que, por el pacto expreso a que se refiere el artículo 111.1.º LH, la hipoteca se extienda a los bienes muebles colocados —o por colocar— en el fundo hipotecado, estamos ante una garantía real que

(parcialmente) grava un conjunto dinámico de bienes muebles: los llamados «bienes inmuebles por destino» o «pertenenciales». La sujeción real de la hipoteca sobre tales muebles que conforman un conjunto pertenencial es similar a la que se consigue, sobre bienes determinados genéricamente, merced a otras figuras típicas de garantías mobiliarias, singularmente, con la prenda sin desplazamiento de la posesión. En el artículo se examina cómo la hipoteca inmobiliaria *ex* artículo 111.1.º LH no sujeta al bien mueble adscrito al fundo hipotecado con una plena reipersecutoriedad frente a terceros, de suerte que la separación del bien mueble del inmueble entraña desafectación del gravamen inmobiliario... aunque la desafectación no se inscriba en el Registro de la Propiedad. No obstante lo cual, incólume la adscripción pertenencial, se pueden producir ahora, tras la derogación del antiguo artículo 2.º LHM y PSD por la reforma del año 2007, problemas nada sencillos de resolver de concurrencia y colisión de varios gravámenes, mobiliarios e inmobiliarios, sobre los mismos bienes pertenenciales («fixtures»). El autor estudia tales supuestos de colisión (el caso fácil de que se inscriba antes la garantía mobiliaria y el caso difícil en que se inscribe antes la hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión) a la luz de la experiencia internacional sobre garantías mobiliarias en los ordenamientos jurídicos de la familia del famoso Article 9 Uniform Commercial Code.

ABSTRACT: Section 111.1 of the Spanish Mortgage Act allows the parties to a mortgage to covenant expressly that the mortgage covers the chattel goods permanently placed on the mortgaged property at that time or in future. Where such a covenant is made, the in-rem security interest partially covers a dynamic set of chattel goods known as fixtures. The chattels comprising the set of fixtures are subjected to the mortgage in a way similar to that in which goods determined generically are subjected to other well-known types of security interests in chattel goods, especially non-possessory pledges. This article examines how a mortgage on real property under section 111.1 of the Spanish Mortgage Act fails to subject fixtures to a creditor's full right of pursuit vis-à-vis third parties. When fixtures are removed from the mortgaged property, they are in effect released from the mortgage, even though their release is never registered. Now that section 2 of the Spanish Act on Chattel Mortgages and Non-possessory Pledges has been repealed by the 2007 reform, even when fixtures remain in place problems may nevertheless arise concerning concurrent and colliding chattel and in-rem encumbrances pertaining to the same fixtures. These problems will be far from simple to solve. The events where encumbrances may collide range from the easy (the case in which the security interest in the chattel goods is registered first) to the hard (the case in which the real property mortgage is registered first and includes a fixture coverage covenant). The author examines the gamut of possibilities in the light of international experience with security interests under legislation in the same family as the famous article 9 of the Uniform Commercial Code.

PALABRAS CLAVE: Bienes Muebles registrables. Pertenencias. Hipoteca inmobiliaria. Hipoteca Mobiliaria. Prenda sin desplazamiento.

KEY WORDS: *Security interest in tangibles. Fixtures and fixture filing. Priorities between movable & immovable security interests.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SUJECCIÓN «REAL» DEL «CONJUNTO MOBILIARIO PERTENENCIAL» AL GRAVAMEN HIPOTECARIO DEL ARTÍCULO 111. 1.º LH.—III. EL «CASO FÁCIL» DEL ARTÍCULO 75 LHM y PSD: GRAVAMEN MOBILIARIO PREVIAMENTE INSCRITO EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES E HIPOTECA INMOBILIARIA DEL ARTÍCULO 111.1.º LH, DE POSTERIOR INSCRIPCIÓN: 1. RECONOCIMIENTO DEL RANGO PREFERENTE DE LA PRIMERA GARANTÍA INSCRITA (ES DECIR: LA MOBILIARIA). 2. UN BREVE REPASO DEL DEFICIENTE MECANISMO DE COORDINACIÓN INTER-REGISTRAL PREVISTO PARA ESTOS CASOS. 3. LA SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS PREFERENTES DEL ACREEDOR CON GARANTÍA REAL MOBILIARIA EN EL CASO DE EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES MOBILIARIA E INMOBILIARIA.—IV. EL «CASO DIFÍCIL» NO PREVISTO EN LA LEY: HIPOTECA INMOBILIARIA PREVIAMENTE INSCRITA DEL ARTÍCULO 111.1.º LH Y, SUBSISTIENDO INCÓLUME LA ADSCRIPCIÓN PERTENENCIAL DE LA COSA MUEBLE AL FUNDO, CONSTITUCIÓN DE UN SEGUNDO O ULTERIOR GRAVAMEN MOBILIARIO SOBRE PERTENENCIAS: 1. LA AFORTUNADA, PERO PROBLEMÁTICA, DESAPARICIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DAR EN GARANTÍA MOBILIARIA TÍPICA BIENES PREVIAMENTE GRAVADOS. 2. UN PROBLEMA MENOR: LA COORDINACIÓN INTER-REGISTRAL EN ESTOS CASOS. 3. LA TESIS «TRADICIONAL» DE LA PREFERENCIA BASADA EN LA PRIORIDAD EN LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LAS RESPECTIVAS GARANTÍAS MOBILIARIA E INMOBILIARIA.—V. LA TESIS QUE SE DEFIENDE AQUÍ DE «INVERSIÓN PREFERENCIAL» EN EL CASO DE GARANTÍAS CONSTITUIDAS PARA FINANCIAR LA ADQUISICIÓN DEL BIEN PERTENENCIAL CUYO PRECIO NO HAYA SIDO ÍNTEGRAMENTE SATISFECHO: 1. EL SUPUESTO PARADIGMÁTICO DE LOS BIENES MUEBLES PERTENENCIALES FINANCIADOS CON RESERVA DE DOMINIO/PROHIBICIÓN DE ENAJENAR. 2. LA HIPOTECA MOBILIARIA O PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO POSTERIOR PERO CONSTITUIDA PARA FINANCIAR LA ADQUISICIÓN DEL BIEN PERTENENCIAL.

I. INTRODUCCIÓN

En las garantías reales impuestas sobre «*conjuntos dinámicos de bienes muebles*» (en que se determina el conjunto mobiliario como unidad objetiva del derecho de garantía real y los bienes susceptibles de ser parte integrante del

mismo se identifican *ex ante* y *sub specie universitatis*¹; naturalmente interesa a las partes sujetar a la garantía que se constituya ciertos bienes muebles futuros ... con efectos «automáticos» desde la entrada de los bienes en el conjunto. De esta manera, se permite que queden «cubiertas» con las nuevas entradas —de bienes de sustitución o de reemplazo— los «huecos» dejados en el contenido del conjunto mobiliario por salidas de los bienes que se desafectan del gravamen por su empleo, uso o aplicación².

A diferencia de lo que ocurrió en otros ordenamientos que resistieron la eficacia jurídica de tales negocios³, en puro Derecho privado español, no se ven obstáculos para que puedan sujetarse a una garantía real sin desplazamiento de posesión bienes muebles futuros, ya que el artículo 1271 CC permite contratar sobre cosas futuras. Ni siquiera puede aducirse en favor de la (presunta) prohibición de constitución de tales garantías razones históricas: quizás convenga recordar que Las Partidas admitieron expresamente el «pignus» sobre cosa futura⁴. El Derecho romano admitió sin empacho, desde muy antiguo, la pignoración de colectividades⁵.

Por el contrario, la doctrina civilista unánimemente defiende la *eficacia meramente obligacional* del convenio de prenda común (la prenda manual) sobre cosa futura.

En nuestro Derecho positivo existe la posibilidad, expresamente reconocida por la Ley, de constituir garantías reales no posesorias sobre cosas muebles corporales futuras al amparo de lo establecido en la propia LH (el caso del artículo 111.1.º LH es paradigmático), en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de 1954, en la Ley de Navegación Marítima (respecto de la hipoteca naval), etc. En estos casos, los efectos jurídico-reales de la garantía real se despliegan *erga omnes*, en principio, desde la regular constitución registral de la garantía (así ocurre con la prioridad); aunque, como es lógico, la tal garantía sujetará a la cosa mueble futura con efectos reales frente a terceros solamente en el supuesto de que la cosa mueble contemplada en el contrato de garantía llegare a existir. Dicho de otro modo, la existencia de la cosa mueble funciona como *conditio iuris* de la eficacia real de la garantía sobre cosa futura, pero los efectos reales *erga omnes* se retrotraen, en principio, al momento de constitución registral de la garantía.

En cambio, la legislación especial de VP y leasing presupone la existencia de la cosa para la inscripción del contrato en cuestión, aunque no quede muy claro si es esto en lo que está pensando el legislador cuando pronuncia enfáticamente en la Ordenanza la no inscribibilidad de «*los contratos preparatorios o actos preparatorios de otros inscribibles*» [art. 6.1 a) LVP]⁶.

Así las cosas, nuestro vetusto sistema legal de garantías reales tolera una generosa extensión objetiva de las garantías reales típicas —mobiliarias e inmobiliarias— sobre bienes muebles futuros o de reemplazo, sobre bienes muebles subrogados a los previamente gravados y sobre bienes accesorios o luego

unidos a los bienes anteriormente sujetos a la garantía (partes integrantes y pertenencias). En todos estos supuestos, se puede plantear un típico caso difícil en Derecho de garantías referente a cómo deben resolverse los conflictos de concurrencia y colisión de varios, múltiples, derechos de garantía real o gravámenes sobre el mismo bien mueble, principal o pertenencial. En relación con los bienes pertenenciales, hay que tener muy presente que la eventual adscripción pertenencial de una cosa mueble al servicio de un inmueble no impide que puedan las pertenencias ser objeto de negocios y gravámenes específicos impuestos sobre aquella como bien mueble que sigue siendo. Así se dice, por ejemplo, en el muy citado artículo 818 CCivile italiano y es algo pacífico entre nosotros.

Más aún, particular atención merece la cuestión referente a la posible concurrencia de varios gravámenes mobiliarios (susceptibles de inscripción en el correspondiente registro de bienes muebles) e inmobiliarios (inscribibles en el Registro de la Propiedad) sobre las pertenencias inmobiliarias. Nos referimos, como es obvio, a los problemas que se estudian en los ordenamientos pertenecientes a la familia del famoso «Article 9» del Uniform Commercial Code norteamericano bajo el epígrafe de «*fixtures*» o «*fixture securities*» y como «*attachment to immovable property*» en la valiosa Guía Legislativa del UNCITRAL sobre garantías mobiliarias (UNCITRAL Legislative Guide on Securities Transactions del año 2010; Recomendaciones números 43, 87 y sigs., y 184)⁷.

A falta de la tan deseada y prometida nueva Ley de garantías mobiliarias, me propongo examinar cómo funciona la cuestión en nuestro Derecho positivo vigente tras la reforma fundamental operada en la LHM y PSD en su artículo 2.º, tomando en consideración el supuesto «clásico» de una hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión a bienes muebles pertenenciales según el artículo 111.1.º LH⁸. Para simplificar la exposición argumentativa me voy a limitar a plantear los problemas obvios de la colisión entre la hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión a muebles y las garantías reales mobiliarias típicas de la Ley de 1954 teniendo en cuenta que las conclusiones deberían poder generalizarse a otros casos funcionalmente análogos.

II. LA SUJECCIÓN «REAL» DEL «CONJUNTO MOBILIARIO PERTENENCIAL» AL GRAVAMEN HIPOTECARIO DEL ARTÍCULO 111. 1.º LH

Como es de sobra conocido, en los ordenamientos hipotecarios existentes en nuestro entorno jurídico, suele existir una norma según la cual la hipoteca se extiende por ministerio de la Ley no solo a las partes integrantes sino, también, a los bienes muebles «pertenenciales» colocados al servicio del fundo hipotecado. En nuestro Derecho hipotecario, tras la Ley de 1909, esa extensión objetiva solamente se produce cuando media un pacto expreso en el título de

constitución... si bien, en la práctica, tal pacto ha terminado por convertirse en verdadera cláusula de estilo⁹.

Desde el momento de la inscripción de la hipoteca con el pacto de extensión a muebles del artículo 111.1.^a LH (en principio, pues, con la prioridad de la garantía ganada *erga omnes* desde su inscripción registral); la hipoteca inmobiliaria se extiende no solamente a los bienes muebles que en ese momento de su constitución estuvieren «*colocados permanentemente en la finca hipotecada*», sino, también, a los que posteriormente quedaren adscritos al mismo fundo hipotecado por vinculación pertenencial ... y siempre que la finca no pasare a tercer poseedor *ex arts. 112 y 113 LH*¹⁰.

Según ha dicho SAAVEDRA FAJARDO en su monografía sobre el tema, los bienes muebles a que se refiere el artículo 111.1.^o LH son «*aquellos que están colocados en el inmueble hipotecado, y que guardan con el mismo una relación de servicio, pero que no se han integrado en la estructura orgánica del mismo, no pertenecen a su constitución esencial, sino que simplemente se han ubicado en él y contribuyen a aumentar su funcionalidad sin llegar a ser parte del bien principal (...)*»¹¹.

Existe un cierto consenso doctrinal y jurisprudencial sobre los requisitos que deben cumplirse para que los bienes muebles pertenenciales se consideren afectos a la hipoteca inmobiliaria *ex artículo 111.1.^o LH*. Son los siguientes:

- a) Que exista una *relación de servicio* de la cosa mueble pertenencial al fundo hipotecado;
- b) Que esa relación *tenga cierta estabilidad o permanencia* sin llegar a que la cosa mueble conforme la estructura de la finca (de lo contrario, serían partes integrantes, no pertenencias);
- c) Que por parte del dueño/hipotecante se produzca un *acto voluntario de destinación o afectación* del bien inmueble por destino al fundo hipotecado (adscripción pertenencial o «inmovilización»)¹².

Estas mismas notas se infieren del único texto en Derecho positivo español en que se define «pertenencia»: el artículo 60 de la Ley de Navegación Marítima (en este caso, estamos ante «pertenencias mobiliarias» de un buque). En su apartado 3 se nos dice que «*son pertenencias los elementos destinados al servicio del buque de un modo permanente, pero que no integran su estructura*». La RDGRN de 5 de mayo de 2000 expresa lo mismo de otra manera: la sujeción del bien mueble mediante el pacto requiere de un lado «*la circunstancia subjetiva de pertenecer al hipotecante*» (así se sigue del art. 112 LH *a contrario*) y «*la objetiva*» de colocación en la finca y destinación objetiva a la explotación... «*y en tanto se mantenga*».

Para emplear la terminología usual en Derecho comparado de garantías mobiliarias, la hipoteca inmobiliaria del artículo 111.1.^o LH se extiende sobre un

conjunto de bienes presentes y, eventualmente, sobre «*after-acquired property*» (bienes muebles de futura incorporación al conjunto mobiliario pertenencial). Precisamente, la jurisprudencia del TS y la doctrina de la DGRN tienen sentada doctrina acerca de la «extensión dinámica» de la hipoteca inmobiliaria del artículo 111.1.º LH. Según dicha doctrina, *la extensión objetiva de la hipoteca constituida sobre muebles pertenenciales no se limita a los bienes existentes al momento de constituirse la hipoteca inmobiliaria (los entonces «colocados» en la finca), sino que también, a los que adquieran la condición de pertenencia inmobiliaria durante la vida de la hipoteca y considerándose como «estado final» de la extensión sobre pertenencias el momento de ejecución de la hipoteca*: cfr. SSTs 3 de enero de 1905, 14 de marzo de 1987; 21 de diciembre de 1990; 28 de febrero de 1991 y más recientemente, la de 27 de junio de 2007.

Obviamente, quien puede lo más puede lo menos, y es perfectamente posible que el título de constitución se limite a indicar que la hipoteca inmobiliaria se extiende solamente a los bienes muebles colocados en ese momento en la finca (o solamente a ciertos bienes muebles que se indican en el título) y sin que se infiera del pacto la extensión de la hipoteca a bienes futuros. Determinar cuándo ocurre tal cosa remite a la interpretación del contrato. Así, por ejemplo, la STS de 14 de diciembre de 2000 entendió que del examen del pacto de extensión habría que concluir que la voluntad obligacional del deudor hipotecario en relación con los bienes muebles del artículo 111.1.º LH se limitaba a los muebles que ya estuvieran colocados en la finca en el momento de pactar la constitución. La doctrina de la última sentencia es rigurosísima y vale como una presunción de no extensión de la hipoteca a los bienes futuros cuando el título no es suficientemente claro y se limita a indicar que se extiende «a los muebles colocados en la finca» (a contrario sensu: no a los que han de colocarse en el futuro). En cláusulas similares a la contemplada en esa sentencia, el Supremo ha defendido sin reparos que la hipoteca se extiende a pertenencias futuras (*vid.* por ejemplo, la STS de 21 de diciembre de 1990).

La hipoteca inmobiliaria con extensión sobre «*bienes inmuebles por destino*» (cfr. arts. 334 CC, apartados 4, 5, 6 y 7) sujeta, pues, al gravamen inmobiliario, *un verdadero conjunto o universalidad de bienes muebles, presentes y futuros, determinados genéricamente ex ante por su actual o potencial adscripción pertenencial al fundo hipotecado*.

La doctrina civilista mayoritaria distingue entre bienes fungibles y bienes genéricos¹³.

Cosas fungibles son las que pueden sustituirse unas por otras en vista de su indistinguibilidad en el tráfico. La fungibilidad es una cualidad (objetiva) de determinadas categorías de bienes que se infiere de la común o general consideración social de los mismos. Por lo tanto, la determinación de la cualidad de fungible que una cosa tiene queda sustraída a la valoración individual y a la autonomía de la voluntad. Los textos romanos hablaban de cosas *quae pondere*,

numero, mensurare consistunt (Inst. 3, 14). En cambio, el género no es algo que se encuentre en la naturaleza sino que constituye un constructo mental (una suerte de «fungibilidad subjetiva»). Se habla entonces de «determinación genérica» de ciertos bienes cuando una prestación comprometida en cierto negocio jurídico se refiere, por voluntad de las partes, a cosas que solamente se consideran como objeto de la obligación o sujetas a un gravamen por referencia al género al que pertenecen o en el que se encuadran.

Como no son conceptos coincidentes de aquí se deriva la posibilidad, de un lado, que una cosa fungible sea considerada como cuerpo cierto y determinado (por ejemplo: el vino que se encuentra y envejece dentro de una determinada cuba) y, de otro lado, inversamente, que cosas no fungibles puedan estar consideradas como bienes determinados genéricamente (una piara de cerdos frente al animal con la especificación individual que sea: el pura sangre «Lucero», por ejemplo).

No es necesario que en la hipoteca se describan los bienes muebles específicamente, ni siquiera detallar los que en ese momento figuran instalados o colocados en el inmueble hipotecado. No juega aquí el principio de especialidad hipotecaria: «*Ninguna norma restringe la validez y eficacia de dicho pacto a que se concreten, describan o identifiquen cuáles sean esos bienes que pueden verse afectados por el pacto de extensión de la hipoteca inmobiliaria*» (cfr. RDGRN de 5 de mayo de 2000). En el mismo sentido se ha pronunciado el TS (por todas, la última de 28 de mayo de 2007)¹⁴.

Se ha afirmado con razón que la constancia registral, en su caso, de un cierto bien mueble de naturaleza pertenencial en la descripción de la finca que resulta de la inscripción de la hipoteca *en el Registro de la Propiedad* constituye un mero «dato de hecho» que no está cubierto por la legitimación/fe pública registral. *Vid.* por todas, la RDGRN 19 de noviembre de 1943: «*la fe pública registral no actúa en estos casos y sobre los muebles incorporados con la plenitud que de ordinario alcanza en su desenvolvimiento normal, porque el Registro no puede garantizar las complejas situaciones que nacen de este estado de hecho*». El acreedor con pacto de extensión que no esté en condiciones de probar el título del hipotecante se expone a perder su derecho sobre las pertenencias en caso de interposición de tercería de dominio por un tercero y sin que la mera mención a los muebles en el asiento permita presuponer dicho dominio por el hipotecante¹⁵.

Por su parte, la STS de 10 de mayo de 1989 lo dice claramente: no es admisible la tesis según la cual la protección de la publicidad registral dispensada por el sistema hipotecario (del Registro de la Propiedad) se extiende a los bienes muebles colocados en la finca hipotecada. Si bien el acreedor *ex* artículo 111.1.º LH está legitimado *ex* artículo 38 LH para ejercitar la acción hipotecaria sobre la finca juntamente con sus pertenencias, no puede pretender el amparo del artículo 34 LH frente a quien por ejemplo, ha embargado la cosa mueble

antes de que se constituyera la hipoteca (es el caso de la STS de 10 de mayo de 1989 antes citada).

Dicho de otro modo, y en contra de lo que parece sostienen algunos autores¹⁶: aunque se describieran los muebles minuciosamente (específicamente) en el título de constitución de la hipoteca y, luego, en la inscripción en la hoja abierta a la finca, *no puede pretenderse sujetar mediante la vía del artículo 111.1.º LH, «directa y automáticamente», ciertos y determinados o específicamente señalados bienes pertenenciales con eficacia reipersecutoria plena frente a terceros*¹⁷. El Registro de la Propiedad es una institución funcionalmente inidónea para este propósito: será necesario a este fin constituir una autónoma garantía real mobiliaria; por ejemplo, una hipoteca mobiliaria de maquinaria de los artículos 42 y sigs. LHM y PSD con la eficacia reipersecutoria plena de la hipoteca mobiliaria que la Ley consagra en el fundamental artículo 16 LHM y PSD y con determinación específica del bien mueble registral en el Registro público adecuado. Registro adecuado que no es el Registro de la Propiedad sino el Registro de Bienes Muebles.

Tratándose de bienes muebles registrables, la forma de determinación de cómo queda sujeto el dicho bien a una cierta garantía real típica tiene, como es obvio, evidente trascendencia.

En el modelo legal de doble garantía mobiliaria de la LHM y PSD (hipoteca mobiliaria/prenda sin desplazamiento), con nuestro sistema tasado de doble lista de bienes muebles registrables susceptibles del respectivo gravamen, la hipoteca mobiliaria parece responder al esquema de gravamen sobre bien individual y la prenda sin desplazamiento al de gravamen sobre un bien genérico (cierta cantidad de cosas fungibles que se gravan por su número, medida, peso, calidad y situación) o de una pluralidad de bienes corporales que se gravan como tal conjunto... sin identificación individual de cada bien que compone el conjunto. A estos efectos, se establecen dos grupos de normas específicas de cada gravamen junto a las «disposiciones comunes» a sendas figuras y contenidas en los artículos 1 a 11 de la Ley: las «disposiciones generales de la hipoteca mobiliaria» (arts. 12-18) y las reglas particulares de la prenda sin desplazamiento que siguen al catálogo de bienes pignoraibles (arts. 55-66).

Sin embargo lo anterior:

(i) Existe alguna modalidad de hipoteca que recae o puede recaer —más bien se extiende— no sobre un cierto bien mueble en concreto, específicamente determinado, sino, también, sobre un conjunto de bienes que incluye bienes determinados genéricamente. Así ocurre en la hipoteca de establecimiento y en nuestra hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión del artículo 111.1.º LH;

(ii) De otro lado, es posible que las partes pretendan que se sujete a prenda sin desplazamiento un bien específico perfectamente individualizado pero no susceptible de hipoteca (el pura sangre «Lucero», un Goya de mi colección) y,

también, por ejemplo, un conjunto de bienes de los cuales algunos son identificados *in genere* junto con otros bienes, que forman también parte integrante del mismo conjunto, pero que interesa sujetar individual o específicamente¹⁸.

En suma, la sujeción real del conjunto pertenencial al gravamen inmobiliario *ex* artículo 111.1.º LH es equivalente a la que en la hipoteca mobiliaria de establecimiento afecta, salvo pacto en contrario, al conjunto mobiliario pertenencial formado *ex* artículo 21 a) LHM y PSD por las «*máquinas, mobiliarios, utensilios y demás instrumentos de producción y trabajo*». Más aún: equivalente sujeción del conjunto pertenencial mobiliario puede conseguirse mediante una autónoma prenda sin desplazamiento de maquinaria que se describa genéricamente *ex ante* por razón de su *status loci* de adscripción a una determinada explotación *ex* artículo 53 Primero LHM y PSD. En cambio, la sujeción real *ex* artículo 111.1.º LH es muy diferente de la de la hipoteca mobiliaria de maquinaria industrial de los artículos 42 y siguientes de la LHM y PSD.

Una máquina o aparato industrial puede considerarse ejemplo prototípico de bien hipotecable por su perfecta identificabilidad registral: puede sujetarse específicamente al gravamen como tal bien individual según resulta del título y se hace constar en el Registro con indicación de las «*características de fábrica, número, tipo y cuantas peculiaridades contribuyan a su identificación*» (art. 43 LHM y PSD). Criterio de identificabilidad registral que viene a coincidir con el seguido en la legislación de venta de bienes muebles a plazo en cuanto toca a la definición de lo que se entiende por «bienes identificables»: «*todos aquellos en los que conste la marca y número de serie o fabricación de forma indeleble o inseparable en una o varias de sus partes fundamentales, o que tengan alguna característica distintiva que excluya razonablemente su confusión con otros bienes*» (art. 2 LVPBM y art. 8 Ordenanza).

Sin embargo, a las partes puede no interesar o convenir sujetar individualmente la máquina al gravamen —con la consiguiente reipersecutoriedad de la garantía inscrita frente a terceros— sino como mercadería (imaginemos el «*stock*» de máquinas ubicadas en un establecimiento de venta de artefactos o un «*stock*» de vehículos no matriculados en un concesionario) o como parte de un conjunto dinámico de bienes corporales no identificados individualmente (por ejemplo, si se dijere: todo el utillaje de una industria o comercio que se encuentra dentro de la tienda, taller o establecimiento). De hecho, se queda corto el redactor de la Exposición de Motivos cuando nos llama la atención sobre las diferentes formas posibles de configurar la garantía real sobre la maquinaria.

Para resolver la cuestión de si un determinado bien puede/debe darse en hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento no basta atender a la naturaleza del bien sino que habrá, también, de considerarse la función del bien tal y como esta se quiere por las partes y se describe en el contrato de garantía en atención a su destino o aplicación previstos o previsibles.

Se queda, por ello, corto el redactor de la Exposición de Motivos cuando nos pone en guardia sobre las diversas posibilidades de gravamen de un mismo bien. Un motor, por ejemplo, puede gravarse (y solo cito los casos obvios):

a) Como pertenencia del establecimiento en la *hipoteca de establecimiento* ex artículo 21 b) LHM y PSD. El legislador parece no solo contemplar la posible sujeción de la maquinaria en cuanto bien individualmente identificado (lo que exige identificar cada máquina) sino, alternativamente, como parte de un conjunto, como si se dijere «todas las que existen en el establecimiento y a su servicio» (identificación *sub specie universitatis*). Las consecuencias jurídicas de una u otra forma son bien distintas en lo que hace a la reipersecutoriedad del gravamen que solamente es posible en el primer caso.

b) Como objeto de *hipoteca de maquinaria industrial* ex artículo 42 LHM y PSD y con necesaria y exigente individualización (*vid.* las RRDGRN de 16 noviembre de 1972, 6 de octubre de 1994, 16 noviembre de 1998, 5 de mayo de 2000, 23 de febrero de 2005 y 23 de abril de 2014).

c) Como bien susceptible de prenda *sin desplazamiento de maquinaria* del artículo 53.1.º LHM y PSD, cuando faltan los requisitos de afección pertenencial a una empresa censada exigidos por el artículo 42 LHM y PSD.

d) Como *mercadería* (imaginemos en una tienda de venta de motores) en *hipoteca de establecimiento con cláusula de extensión* ex artículo 22 LHM y PSD o en prenda sin desplazamiento del artículo 53.2.º LHM y PSD.

e) Como *materia prima* (imaginemos un motor en la cadena de fabricación de automóviles de una empresa industrial), *susceptible de prenda sin desplazamiento* ex artículo 53. 2.º LHM y PSDPS o en *hipoteca de establecimiento con cláusula de extensión* ex artículo 22 LHM y PSD.

f) Como bien de uso doméstico (una máquina para el jardín de casa), susceptible de prenda sin desplazamiento ex artículo 54 LHM y PSD en relación con el artículo 70. 4.^a.

g) Como *objeto de venta a plazos o leasing* en contratos sujetos o no a la Ley especial.

h) Como pertenencia en *hipoteca inmobiliaria* con cláusula de extensión del artículo 111. 1.º LH.

i) Como *pertenencia de buque o aeronave* susceptible de ser gravada con la hipoteca respectiva: hipoteca naval e hipoteca mobiliaria, respectivamente.

En cuanto a la posible desafectación de la cosa mueble de la hipoteca por la separación del mueble del fundo hipotecado, de lo dicho anteriormente se deriva lo siguiente: (i) El adquirente de un antiguo bien pertenencial recibe el bien mueble separado de la finca hipotecada como bien libre de hipoteca... salvo que el tercero hubiera sido cómplice en el fraude de los derechos del acreedor hipotecario; (ii) Mientras permanezca incólume la adscripción pertenencial, el

eventual adquirente de derechos sobre la cosa mueble, aunque sea de buena fe, debe soportar la extensión objetiva debidamente inscrita de la hipoteca (doble publicidad: la registral y la de hecho inherente al *status loci*)¹⁹. En el mismo sentido expuesto, *vid.* en Derecho alemán los §§ 1120 y 1121 BGB²⁰.

En principio, y a salvo lo pactado en contrario, de nuestra Ley no se infiere que el hipotecante adquiera frente al acreedor hipotecario *ex* artículo 111.1.º LH ninguna obligación particular de conservación del conjunto mobiliario pertenencial. Obviamente, puede pactarse en el título constitutivo, a cargo del hipotecante, y frente a su acreedor hipotecario, la obligación de sujetar a la autorización del acreedor la separación del bien mueble o ciertos deberes singulares de conservación de los muebles pertenenciales análogos a los previstos para la prenda sin desplazamiento en los artículos 59 y sigs. LHM y PSD e, incluso, imponer al hipotecante la obligación de mantener, mediante el regular reemplazo o reposición conforme a los usos del comercio, bienes muebles pertenenciales «*en cantidad y valor igual o superior al que se haya determinado en la escritura de hipoteca*» (cfr. art. 22 LHM y PSD). Fuera de estos casos, y siempre debiéndose cumplir con lo establecido en el contrato, el hipotecante puede voluntariamente desafectar los bienes muebles antes adscritos al fundo hipotecado por su simple «desinmovilización» y cuando lo considere oportuno conforme a las condiciones usuales o habituales en el tráfico para la administración y gestión del conjunto inmobiliario: la sujeción es reversible por decisión (voluntaria) del dueño de la cosa mueble incorporada al fundo, de ruptura del vínculo pertenencial.

Aunque nuestra jurisprudencia y nuestra doctrina no sean en este aspecto particularmente claras (suele citarse en favor de la tesis que sostengo aquí la ST de 10 de mayo de 1989), definiendo con otros que la ruptura del vínculo pertenencial de los muebles anteriormente adscritos al fundo hipotecado por decisión del hipotecante y realizada durante la fase de seguridad de la hipoteca (su «desinmovilización»), produce una liberación del gravamen hipotecario respecto de los bienes muebles desafectos²¹. No existe aquí (como no existe en la prenda sin desplazamiento impuesta sobre bienes muebles determinados genéricamente) un derecho de reipersecutoriedad sobre el bien pertenencial separado y contra tercero adquirente: el acreedor hipotecario no puede hacer valer *erga omnes* la extensión objetiva de su garantía inmobiliaria sobre el bien mueble separado del fundo hipotecado cuando este, por ruptura del vínculo de adscripción, queda fuera del *status loci* determinado en la constitución de hipoteca.

Todo ello se entiende, por supuesto, sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponder al acreedor hipotecario por los perjuicios causados por el desmerecimiento injustificado de la base objetiva de su garantía (pensemos en desvinculaciones que carecen de justificación objetiva, realizadas manifiestamente fuera de la ordinaria gestión del conjunto inmobiliario o solamente realizadas con el propósito de perjudicar al acreedor hipotecario), del posible

ejercicio de la acción de resolución anticipada del contrato cuando tal cosa proceda o se hubiera pactado y, por supuesto, del derecho que ostenta el acreedor hipotecario como consecuencia del reconocimiento en su favor de la acción de devastación *ex* artículo 117 LH. Ni que decir tiene que la desvinculación negligente o fraudulenta del bien pertenencial (contraria a los deberes de conservación cuando existan) no es oponible al acreedor hipotecario por parte del tercero adquirente cuando el dicho adquirente de la cosa desafectada actuó de mala fe y conocedor de que la desvinculación se realizaba en fraude del gravamen inmobiliario (cfr. por analogía la STS 3 de julio de 1987 sobre bienes adquiridos en pública subasta por tercero de mala fe conocedor de la existencia de pacto de reserva de dominio).

Desafecta la cosa mueble de la hipoteca mediante la separación/desvinculación de aquella del fundo hipotecado, la misma puede darse en garantía mobiliaria autónoma a favor de otro acreedor de buena fe... que la recibe como primera garantía. En cambio, si permanece incólume el vínculo pertenencial (la cosa mueble sigue colocada en el inmueble) ni siquiera el tercero adquirente de buena fe puede pretender ignorar la garantía preferente del acreedor hipotecario con pacto de extensión.

El problema se ha venido planteando en la doctrina en relación con la discutida posibilidad de constituir una hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento «autónomas» sobre bienes muebles que antes estaban adscritos a un fundo hipotecado *ex* artículo 111.1.º LH o que antes estaban sujetos a una hipoteca sobre establecimiento *ex* artículos 19 y sigs. LHM y PSD (y a la vista de la extensión, salvo pacto en contrario, en esta última sobre maquinaria pertenencial *ex* artículo 21 de la misma Ley). Un caso típico que se examinaba era el de la retirada de una máquina del inmueble hipotecado con pacto de extensión para su adscripción a otro establecimiento o finca del mismo dueño con sujeción, en su caso, a una nueva garantía mobiliaria o inmobiliaria sobre el bien desafectado y vuelto a sujetar a gravamen.

Un importante sector doctrinal ha defendido que la ruptura de la relación pertenencial del bien mueble en cuestión no produce su liberación del gravamen inmobiliario preexistente *ex* artículo 111.1.º LH o de una desafectación en fraude del derecho del acreedor hipotecario mobiliario de los muebles a que se extiende la hipoteca de establecimiento con pacto de extensión del 21 LHM y PSD. Se decía que tal tesis contravenía —o constituía un fraude de— lo previsto en el viejo artículo 2.º LHM y PSD que prohibía dar en garantía mobiliaria típica bienes previamente gravados. Entre otras cosas, también se dijo en defensa de la continuación o prolongación del gravamen inmobiliario no obstante la «desinmovilización» de la antigua pertenencia, que tal tesis era una exigencia derivada del efecto propio de la reipersecutoriedad hipotecaria: la hipoteca sujeta los bienes hipotecados cualquiera que sea su poseedor a la seguridad del crédito garantizado (*vid.* art. 16 LHM y PSD).

Esta opinión no me convence. Me inclino por seguir la defendida por otro sector doctrinal que arguye precisamente en defensa de lo contrario que acabamos de exponer —la ruptura del gravamen inmobiliario significa o entraña la desafectación— y en favor de la eventual licitud de una nueva hipoteca inmobiliaria (adscripción a una finca con otra preexistente hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión), mobiliaria o prenda sin desplazamiento del bien desafectado (CARRASCO PERERA, RUIZ DE VALDIVIA). Todo ello en base al entendimiento arriba defendido de la naturaleza «dinámica» del gravamen sobre pertenencias inmobiliarias *ex* artículo 111.1.º LH y que vale también para los casos de hipoteca mobiliaria de establecimiento, por ejemplo.

La razón para mantener en su posición jurídica al acreedor con derechos sobre la cosa desafecta no es, desde luego, que el nuevo acreedor con hipoteca inmobiliaria, mobiliaria o con prenda sin desplazamiento del bien previamente desafectado y vuelto a gravar sea un tercero protegido por ser adquirente de buena fe *ex* artículo 34 LH (así: MONTSERRAT VALERO). En un registro de gravámenes no opera la protección de la fe pública registral como en un registro de la propiedad pleno: no puede aducirse un artículo 34 LH en favor del acreedor garantizado en su condición de «adquirente de buena fe». Además, no cabe una adquisición *a non domino* *ex* artículo 464 CC del derecho de hipoteca mobiliaria, entre otras cosas, porque el acreedor hipotecario no entra en la posesión de la cosa (requisito imprescindible para la tutela posesoria).

El problema que resta por tratar es el siguiente: constante la adscripción pertenencial de la cosa mueble al fundo, ¿cómo debe resolverse el caso de la eventual concurrencia de varias garantías, inmobiliarias y/o mobiliarias, sobre la misma cosa mueble adscrita al fundo?

En Derecho comparado suele establecerse el principio según el cual *la destinación de cosa mueble al servicio de una inmueble —adscripción pertenencial— no perjudica los derechos preexistentes sobre aquella en favor de terceros*. *Vid.* como ejemplo paradigmático de tal norma lo que se establece en el artículo 819 *Codice Civile*, las recomendaciones 195 y 196 del UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, y entre nosotros en el confusísimo artículo 62.2 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. Con todo, la interpretación de la regla no es trivial.

Como demuestra el Derecho comparado, para formular con algún grado de eficiencia una norma sobre la prioridad de las garantías reales sobre los «fixtures» se hace al menos necesario determinar cuál es el sistema/procedimiento idóneo de publicidad registral de la sujeción real de la pertenencia (registro mobiliario o/y inmobiliario) y, en el orden sustantivo, cuál es la regla adecuada de prioridad aplicable a la múltiple concurrencia de gravámenes mobiliarios e inmobiliarios sobre la cosa mueble adscrita al fundo (regla que suele formularse bajo el modelo de la «prior tempore potior iure» como regla general más una excepción en favor del «purchase money security interest»).

Los sistemas jurídicos afiliados al modelo del artículo 9 UCC norteamericano siguen el criterio de la doble publicidad registral, mobiliaria e inmobiliaria, para la perfección (= oponibilidad) de una «security interest» sobre bien mueble que tiene —o adquiere— la condición de «fixture».

La regulación contenida ahora en el & 9-334 UCC presenta una terrible complejidad. La idea básica es que el acreedor garantizado con una *security interest* sobre bien mueble pertenencial debe registrar, también, su derecho en el Registro de la Propiedad correspondiente para su oponibilidad frente a los titulares de derechos reales inmobiliarios sobre la finca (terceros adquirentes de la finca; titulares de un derecho real inscribible, acreedores hipotecarios). Es la «fixture filing». La garantía real mobiliaria perfecta (es, por regla general, la inscrita en el registro mobiliario) que recae sobre bien pertenencial o sobre un bien que adquiere luego de constituida aquella la condición de pertenencial, goza de «prioridad inmobiliaria» precisamente desde que se produce el «fixture filing» del gravamen mobiliario en el Registro de la Propiedad (cfr. subsection (e) 1 del & 9-334). Existe una notable excepción a esta regla en el caso de las «purchase money security interests» sobre pertenencias inmobiliarias que constituyen los supuestos más frecuentes («Fixtures purchase-money priority»): garantías mobiliarias constituidas para asegurar el pago del precio de adquisición financiado de un bien pertenencial (cfr. subsection (d) del & 9-334). En tal caso, conforme a una regla habitual en este tipo de garantías del precio aplazado, se concede al acreedor garantizado un periodo de gracia de 20 días a contar desde la constitución de la relación pertenencial para hacer constar el gravamen sobre cosa devenida pertenencial en el Registro de la Propiedad y de esta suerte ganar la prioridad incluso sobre derechos y gravámenes inmobiliarios anteriores e impuestos sobre la finca. Así, aunque exista una hipoteca inmobiliaria anterior e inscrita en el Registro de la Propiedad; el acreedor por precio aplazado (un vendedor, por ejemplo) con una garantía posterior sobre un bien mueble dispone de hasta 20 días desde la afectación de la cosa a la finca para ganar prioridad sobre la hipoteca inmobiliaria. En la práctica, ante la posibilidad de que una cosa mueble susceptible de ser destinada al servicio de un inmueble adquiera la condición de pertenencial, los acreedores con derechos sobre la misma, por precaución, inscriben su derecho en el Registro de la Propiedad antes de que, producida la afectación, la cosa mueble pueda ser gravada con algún derecho inmobiliario que le perjudique.

En la famosa Guía Legislativa del UNCITRAL (UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions) a propósito de los «attachment to immovable property» se sigue el modelo del artículo 9 UCC. A saber: (i) Se establece en la Recomendación que lleva el número 88 la preferencia de la publicidad inmobiliaria sobre la mobiliaria: la garantía real mobiliaria sobre el bien pertenencial no será oponible a comprador de la finca hipotecada o a otro tercero que adquiera un derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad sobre

la finca en cuestión salvo que haya hecho constar la existencia de la garantía mobiliaria en dicho registro con anterioridad a la inscripción de la venta o adquisición del derecho por tercero; (ii) Si bien por regla general la prioridad en caso de concurrencia de varios gravámenes, mobiliarios e inmobiliarios, sobre el bien pertenencial se resuelve en atención a su respectiva fecha de inscripción, la Recomendación 184 aconseja otorgar preferencia al acreedor que financia la adquisición del bien con garantía sobre el mismo («acquisition security right» correspondiente al PMSI americano) siempre que este inscriba su derecho en el Registro de la Propiedad dentro del plazo de gracia breve que se le concede y que empieza a contar desde la incorporación de la cosa mueble al fundo.

Vamos a examinar a continuación, a la luz de esta regulación existente en Derecho comparado, cómo funciona la cosa en nuestro Derecho positivo.

III. EL «CASO FÁCIL» DEL ARTÍCULO 75 LHM Y PSD: GRAVAMEN MOBILIARIO PREVIAMENTE INSCRITO EN EL REGISTRO DE BIENES MUEBLES E HIPOTECA INMOBILIARIA DEL ARTÍCULO 111.1.º LH, DE POSTERIOR INSCRIPCIÓN

1. RECONOCIMIENTO DEL RANGO PREFERENTE DE LA PRIMERA GARANTÍA INSCRITA (ES DECIR: LA MOBILIARIA)

Si algunos de los bienes muebles pertenenciales a que se extiende la garantía inmobiliaria estuviere ya gravado *en el momento de constitución de la hipoteca del artículo 111.1.º LH* con alguna garantía mobiliaria registral previamente inscrita en el Registro de Bienes Muebles (una hipoteca mobiliaria sobre máquina o sobre establecimiento o una prenda sobre maquinaria o mobiliario o prenda sobre frutos, etc.), la colisión de gravámenes sobre pertenencias se resuelve en rango y en favor del derecho previamente inscrito ... *en el Registro de la Propiedad*.

A la sazón, en la legislación de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento se establece un mecanismo algo rústico de coordinación inter-registral entre el Registro de la Propiedad y el Registro de Bienes Muebles: artículos 75 Ley y 24, 25 y 31 del Reglamento (*vid.* sobre la nota marginal en el folio abierto a la finca en el Registro de la propiedad el modelo IX de los anexos al Reglamento). *La cosa es clara: la preferencia entre derechos inscribibles sobre la cosa se resuelve a favor del título previamente inscrito en el Registro de la Propiedad (prior tempore potior iure).*

Bajo el viejo régimen anterior a la reforma del artículo 2 LHM y PSD, algún sector de la doctrina, representado por VIOLA SAURET, defendió que el supuesto descrito entrañaba una violación de la norma de prohibición de segundas hipotecas que allí se contenía y de tal suerte que existiría una preferencia excluyente: la primera constitución de la hipoteca mobiliaria hace imposible

por ilegal la extensión objetiva de la inmobiliaria luego constituida sobre los mismos bienes. Ya antes de la reforma, la mayor parte de la doctrina (GULLÓN, BLASCO GASCÓ, GARCÍA GARCÍA, y SAAVEDRA MONTERO) defendió, en cambio, que la concurrencia de gravámenes se debía resolver en una preferencia de rango implícita a la regulación del artículo 75 LHM y PSD. En fin, tras la reforma del año 2007 del artículo 2 LHM y PSD, no cabe la menor duda de que estamos ante garantías de rango diferente.

2. UN BREVE REPASO DEL DEFICIENTE MECANISMO DE COORDINACIÓN INTER-REGISTRAL PREVISTO PARA ESTOS CASOS

Para resolver los casos descritos existe un procedimiento de coordinación entre el Registro de la Propiedad y el de Bienes Muebles; procedimiento que está regulado en el artículo 75 LHM y PSD y concordantes de su reglamento (cfr. arts. 24, 25 y 31 RHM y PSD)²². Tal procedimiento se traduce, en la práctica, en una discutible «subordinación del Registro de Bienes Muebles al Registro de la Propiedad»²³.

El artículo 75 LHM y PSD reza así:

«Cuando se hipoteque un establecimiento mercantil o maquinaria industrial o se pignoren bienes susceptibles, uno y otros, de extenderse a ellos la hipoteca del inmueble donde están instalados, conforme el artículo 111 de la Ley Hipotecaria, se hará constar la constitución de la hipoteca o de la prenda, al margen de la inscripción de dominio del inmueble a favor del que hipoteca o pignora. Igual nota se extenderá al margen de la inscripción de la concesión del tranvía cuando se hipotequen estos.

Extendida la nota marginal, la hipoteca mobiliaria o la prenda serán preferentes, en cuanto a dichos bienes, respecto a cualquier hipoteca inmobiliaria o gravamen que se inscriba posteriormente con pacto de extensión a los mismos.

Si en el Registro aparece inscrito, a favor del que hipoteca o pignora, el derecho de arrendamiento del local donde radique el establecimiento mercantil o las máquinas hipotecadas o los bienes pignorados, se extenderá, igualmente, nota al margen de la inscripción correspondiente, en la que se hará constar la constitución de la hipoteca mobiliaria o de la prenda. Extendida esta nota surtirá los efectos señalados en el párrafo anterior.

Las referidas notas marginales se extenderán o cancelarán por los mismos títulos de constitución o cancelación de la hipoteca o de la prenda».

El artículo 75 de la Ley está desarrollado en los artículos 21, 24 y 25 del Reglamento.

La idea a la que responde la técnica descrita de coordinación registral entre los dos registros de bienes es sencilla y similar a la que inspira el mecanismo de la

«fixture filing» de los Derechos que siguen el modelo del UCC norteamericano: el que pretenda disfrutar de la preferencia del gravamen mobiliario por delante de los titulares de derechos inscribibles en el Registro de la Propiedad, debe hacer constar la afección mobiliaria en este último mediante una nota marginal de las que se denominan «sustantivas» (frente a las denominadas «de oficina»)²⁴. O dicho *a contrario*: que para la plenitud de la oponibilidad *erga omnes* de la situación inscrita en el Registro de Bienes Muebles se requiere, además, de una constancia registral adicional del mismo gravamen en el otro Registro.

Solo de esta manera, mediante la constancia de la constitución de la garantía real mobiliaria en el Registro de la Propiedad (o registro inmobiliario), se entiende que este informa de manera completa de los gravámenes con trascendencia real sobre pertenencias inmobiliarias que han de soportar los terceros. Faltando la nota marginal, el ulterior acreedor hipotecario inmobiliario que reúna los requisitos del tercer adquirente de buena fe *ex* artículo 34 LH estará protegido por la fe publica registral en su aspecto negativo. Dicho de otra forma: ausente la nota marginal del Registro de la Propiedad, un eventual acreedor con hipoteca inmobiliaria no sufre la postergación de su derecho sobre pertenencia respecto del acreedor con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento... aunque las garantías reales mobiliarias sí figurasen inscritas, incluso anteriormente, en el Registro de Bienes Muebles. Esa situación no deja de causarnos cierta perplejidad.

Puede resultar interesante recordar que en el Derecho del UCC americano (cfr. & 9-334 UCC) la inscripción de la garantía mobiliaria en el Registro de la Propiedad («fixture filing») persigue garantizar su oponibilidad no solo frente al acreedor con hipoteca inmobiliaria sino frente a todo tercer adquirente con derecho real sobre el inmueble que ha de soportar así el gravamen mobiliario sobre pertenencias. Debería valer, por ejemplo para regular el conflicto entre el titular del gravamen mobiliario y, por ejemplo, un usufructuario, un adquirente de la finca o un acreedor embargante de la misma. Aparentemente, nuestro Derecho solo resuelve el conflicto entre dos acreedores. Sin embargo, el artículo 75 & 2 habla de la preferencia sobre el bien «*respecto a cualquier hipoteca o gravamen que se inscriba posteriormente con pacto de extensión a los mismos*». Valdría, por ejemplo, para resolver el problema de colisión sobre pertenencias entre una prenda sin desplazamiento sobre cosecha futura y un derecho real de anticresis.

A diferencia de lo que ocurre en los Derechos inspirados en el modelo norteamericano, la coordinación inter-registral funciona o debería funcionar en nuestro Derecho de oficio: el Registrador de bienes muebles comunica la constitución del gravamen sobre pertenencia inmobiliaria a su colega del Registro de la Propiedad una vez practicada la inscripción en los libros del Registro de Bienes Muebles. Es de suponer, así debería hacerse en la práctica, que la coordinación de oficio puede funcionar aunque Registro de la Propiedad y Registro

de Bienes Muebles estén ahora a cargo de distintos Registradores y radiquen en distintas oficinas²⁵.

En la situación de la Ley de 1954, correspondía al mismo Registrador la llevanza de sendos Registros; el de la Propiedad y el de Bienes Muebles. En esas circunstancias, el mismo título inscribible servía para practicar los asientos respectivos en los libros de inscripciones de uno y de otro Registro: la inscripción y la nota marginal. Ahora, el Registrador a cargo del BM no tiene usualmente encomendado un Registro de la Propiedad, de manera que hay que entender que aquel cumplirá con lo dispuesto en el artículo 75 LHM y PSD mediante la remisión de oficio, no del título en sí, sino de una certificación acreditativa de la inscripción de la hipoteca o de la prenda y que remitirá a su colega titular del Registro de la Propiedad competente para que la presente y luego, si procede, tome la oportuna nota marginal.

No hay que ser muy despierto para percatarse de que en ese *lapsus* de tiempo que media entre la presentación del título en el Registro de Bienes Muebles y la presentación de la certificación en el Registro de la Propiedad puede «colarse» una hipoteca inmobiliaria que pase antes que la mobiliaria por simple aplicación de lo que se establece en el artículo 75 LHM y PSD²⁶.

En definitiva, el mecanismo que hemos descrito hace depender la prioridad mobiliaria del eficaz y pronto funcionamiento del sistema de coordinación registral. Para que el acreedor con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento pueda estar tranquilo en su posición jurídica se precisa que la conexión inter-registral funcione bien: de que sea efectiva la comunicación de oficio del Registrador de Bienes Muebles al del Registro de la Propiedad y de la constancia en los libros de este último de la afección por nota marginal. La falta de dicha comunicación, por cualquier causa (olvido, negligencia o imposibilidad) o el retraso en la práctica de la nota marginal, aparentemente, perjudican la prioridad del acreedor con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento²⁷. Prioridad además, que opera solo después de la inscripción en el Registro de la Propiedad y no desde la inicial inscripción —mejor: presentación— en el Registro de Bienes Muebles, con el retraso implícito y la subordinación consiguiente de uno a otro sistema registral. De todas formas, el interesado que quiera evitar el riesgo siempre cierto de pérdida de rango puede presentar una copia del título en el Registro de la Propiedad para obtener la correspondiente prioridad incluso antes de que se inscriba la hipoteca mobiliaria o la prenda sin desplazamiento en el Registro de Bienes Muebles²⁸.

Aunque la interconexión registral funcione correctamente, la regulación actual es, sencillamente, bien intencionada... por cuanto presenta considerables «agujeros técnicos».

(i) El sistema de coordinación presupone que la finca en cuestión (el inmueble donde se sitúa la maquinaria, donde se encuentra el tranvía, o la vivienda arrendada; la finca donde radican o se producen los frutos o en la que

se estabiliza el ganado, etc.) está inmatriculada y el respectivo derecho inmobiliario que sirve de soporte a la famosa nota marginal de afección mobiliaria esté inscrito a favor del hipotecante o pignorante.

Es menester que figure inscrita la propiedad del inmueble; la titularidad de la concesión o la del derecho de arrendamiento inmobiliario o que figure inscrito el correspondiente derecho de disfrute... Tal cosa no ha de suceder siempre. Puede que ni siquiera la finca esté inmatriculada. En estos casos, no es posible la coordinación de oficio.

Aunque la falta de la previa inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho que sirve de soporte a la nota marginal sea un defecto subsanable que no impide la coordinación inter-registral, la subsanación de tal situación no es precisamente fácil ni sencilla y en todo caso requiere de una conducta activa del acreedor interesado para la completa protección de su derecho.

Si la inscripción practicada en el Registro de la Propiedad que sirve de soporte a la famosa nota marginal se produce después de constituida la hipoteca mobiliaria o la prenda sin desplazamiento en el Registro de Bienes Muebles (p.ej. hipoteca mobiliaria sobre pertenencia adscrita a finca luego inmatriculada); la falta de comunicación de oficio entre registradores puede ser suplida por una solicitud de constancia voluntaria de la afección a petición del acreedor hipotecario o pignoraticio mediante la presentación en el Registro de la Propiedad del documento que acredite la inscripción en el Registro de Bienes Muebles. Más aún, es posible defender que faltando la inmatriculación, el acreedor con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento puede instar judicialmente la inmatriculación para la constancia marginal de su derecho por el procedimiento previsto en la legislación hipotecaria para que el titular de un derecho real pueda compeler al dueño del inmueble a que realice la inmatriculación: cfr. artículos 7 & 2 LH y 312 RH.

(ii) La Ley no resuelve el problema de los bienes muebles aún no pertenenciales: los bienes «no-pertenenciales» en el momento de constitución de la garantía mobiliaria.

Si del título inscribible no resulta el carácter de pertenencial del bien registrable en cuestión, el Registrador de bienes muebles no podrá comunicar la constitución de la garantía mobiliaria a su colega del Registro de la Propiedad. Tampoco la subsanación de este problema es cosa sencilla. Aunque se hubiere pactado en el contrato de garantía real mobiliaria la facultad de declaración unilateral de la adscripción pertenencial de la cosa mueble a un inmueble por el acreedor hipotecario o pignoraticio; no le bastará a este presentar el título o la certificación que acrediten la inscripción de la garantía en el Registro de Bienes Muebles sino que también deberá acreditarse el hecho de la afectación (por ejemplo: por acta de notoriedad).

En el caso de hipoteca sobre maquinaria con pacto de extensión a otras máquinas de futura adscripción, la maquinaria que se afecte con posterioridad

al inmueble puede ser individualizada mediante un nuevo asiento en el Registro en que se haga constar la adscripción en cuestión con perfecta descripción singular de la maquinaria *ex* artículos 43 LHM y PSD y 16 RHMyPSD. Es posible que llegue a funcionar entonces el artículo 75 LHM y PSD. Recordemos que es relativamente usual el pacto que obliga al deudor a otorgar los títulos complementarios para la constancia registral de futuras adjudicaciones.

En la prenda sobre cierta maquinaria *ex* artículo 53.2.º LHM y PSD la garantía puede constituirse sobre un bien no pertenencial a diferencia de la hipoteca mobiliaria sobre maquinaria de los artículos 42 y sigs. LHM y PSD. Pues bien, es perfectamente posible que luego de constituida la prenda sin desplazamiento se afecte la maquinaria a un inmueble o a un establecimiento. En estas situaciones, siempre es posible novar de común acuerdo la garantía real constituida mediante su conversión en hipoteca mobiliaria sobre maquinaria *ex* artículo 42 y siguientes LHM y PSD. De esta suerte, será posible la constancia marginal de la afección por la vía del artículo 75 LHM y PSD.

(iii) Tampoco la nota marginal del artículo 75 LHM y PSD avisará de nada cuando se produzca una desafectación —consentida o incontestada por el acreedor— del inmueble primitivo para su posterior adscripción a otro nuevo inmueble. Si después de practicada la nota en el folio de determinada finca se desafecta la pertenencia para afectarse a otra finca distinta, la eficacia informativa de la nota marginal originaria carece de sentido (ha caducado) ... a menos que se traslade a la nueva finca.

En el supuesto de la desafectación de una pertenencia de un inmueble y su afectación a otro, es posible teóricamente subsanar la ausencia de nota marginal sobre la nueva finca si se inscribe la circunstancia de la readscripción a otro inmueble en el Registro de Bienes Muebles, al objeto de rectificar la indicación originaria relativa al lugar del emplazamiento industrial y de esta manera se constituye al Registrador de bienes muebles en la obligación de realizar nuevas comunicaciones (una para la nueva nota marginal y otra para cancelar la antigua).

(iv) No se establece un sistema análogo en Hipoteca Naval y en Hipoteca de Aeronaves (donde quizás quepa la aplicación analógica del artículo 75 LH); ni tampoco en la reserva de dominio/arrendamiento financiero (*vid. infra.*).

(v) Tampoco se contempla la coordinación inter-registral cuando el asiento practicado en el Registro de Bienes Muebles no sea una hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento sino, por ejemplo, un embargo sobre bien pertenencial.

En el caso de la STS de 10 de mayo de 1989 (un embargo no anotado sobre pertenencias —unas máquinas— que luego quedaron sujetas a la extensión de una hipoteca inmobiliaria posterior); aunque se hubiere anotado el embargo en el Registro de Bienes Muebles, no se plantearía la puesta en marcha del procedimiento de coordinación por inexistencia de un precepto similar al artículo 75 LHM y PSD en materia de embargos. Con todo, por razones de prudencia,

entiendo que el Registrador de Bienes Muebles hará bien en procurar de oficio la coordinación, incluso en estos casos.

En definitiva, creo que el sistema del artículo 75 LHM y PSD es francamente insatisfactorio en cuanto a los resultados obtenidos; por no decir perturbador. Recordemos que en el Derecho del UCC norteamericano y en la Guía del UN-CITRAL la solución registral para las «fixtures» es más racional:

(i) La publicidad registral inmobiliaria de las situaciones jurídico-reales sobre «fixtures» no es allí el resultado de un procedimiento de coordinación inter-registral que funciona de oficio, sino que corre a cargo del acreedor con garantía real mobiliaria, que es quien debe interesar del Registro de la Propiedad la eventual constancia de la afección mobiliaria, cualquiera que esta sea (incluida la reserva de dominio o el leasing mobiliario) y siempre que aquella recaiga o pueda recaer sobre un bien mueble susceptible de una actual o futura adscripción pertenencial («fixture filing»).

(ii) Esa constancia registral de la afección real debería poderse practicar antes de la afectación o destinación del bien mueble al servicio del inmueble —en previsión de que el bien se destine al servicio de una finca— e, incluso, dentro del «plazo de gracia» concedido por la Ley y a contar desde que la afectación ha tenido lugar (de lo que ha de tener el acreedor debido conocimiento si ejercita diligentemente su derecho de supervisión sobre la cosa dada en garantía).

3. LA SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS PREFERENTES DEL ACREEDOR CON GARANTÍA REAL MOBILIARIA EN EL CASO DE EJECUCIÓN DE LAS GARANTÍAS REALES MOBILIARIA E INMOBILIARIA.

Hemos de examinar ahora cómo han de salvaguardarse los derechos preferentes del acreedor con garantía mobiliaria específica sobre el bien pertenencial en los supuestos de: i) Ejecución forzosa de la garantía mobiliaria y ii) Ejecución forzosa de la garantía real inmobiliaria.

Puede muy bien ocurrir que la garantía mobiliaria deba de ejecutarse antes de que proceda la ejecución de la garantía real inmobiliaria. En estos casos, entiendo que el acreedor con garantía mobiliaria preferente *puede ejercitar el derecho de separación de la cosa mueble del fundo hipotecado* ex artículo 113 LH, aplicado por analogía.

El ejercicio del *ius distrahendi* inherente a la garantía real mobiliaria debidamente inscrita en el RBM determina, entonces, la efectiva desvinculación pertenencial de la cosa mueble respecto del fundo hipotecado en los términos examinados antes para la separación por decisión voluntaria del dueño. La enajenación forzosa de la cosa mueble que antes era pertenencial y ahora deja de serlo produce la desafectación del gravamen inmobiliario porque no puede

enajenarse a tercero el bien mueble separado como bien gravado con hipoteca: la hipoteca del artículo 111.1.º LH solo se extiende sobre bienes inmuebles por destino (incorporados al fundo hipotecado). Después de separar el mueble del fundo, tras la ruptura de la adscripción pertenencial, se enajena la cosa mueble desafecta al tercero o acreedor adjudicatario quienes la adquieren como libre. El sobrante del precio de remate, de existir, después de pagado el crédito con garantía mobiliaria y las costas causadas, queda a disposición del acreedor con hipoteca inmobiliaria por analogía de lo previsto en caso de siniestro o expropiación (como subrogado real *ex* artículo 110.2.º LH por analogía; *vid.* art. 692 LEC). Si el bien pertenencial es inseparable sin menoscabo, el titular de la garantía mobiliaria siempre puede cobrar primero cuando se ejecutare la hipoteca sobre la finca.

Si la garantía hipotecaria inmobiliaria se ejecutare antes de la garantía mobiliaria preferente, en la certificación de dominio y cargas que el Registrador de la Propiedad debe expedir *ex* artículo 688 LEC debe resultar no solo que la hipoteca inmobiliaria está subsistente sino que existe una garantía real mobiliaria preferente sobre bienes muebles incorporados según resulta de la nota marginal del artículo 75 LHM y PSD. Entiendo que ahora habrá que aplicar otra vez el artículo 113 LH por analogía. A saber: el acreedor con garantía real mobiliaria puede optar entre que la cosa mueble continúe como adscrita como pertenencial al fundo hipotecado y que el adjudicatario de la finca la reciba con la carga subsistente de la garantía real mobiliaria preexistente o pedir que su importe —el del bien mueble, se entiende— se sujete con carácter preferente a la garantía mobiliaria (la garantía se prolonga por subrogación real al precio del mueble).

IV. EL «CASO DIFÍCIL» NO PREVISTO EN LA LEY: HIPOTECA INMOBILIARIA PREVIAMENTE INSCRITA DEL ARTÍCULO 111.1.º LH Y, SUBSISTIENDO INCÓLUME LA ADSCRIPCIÓN PERTENENCIAL DE LA COSA MUEBLE AL FUNDO, CONSTITUCIÓN DE UN SEGUNDO O ULTERIOR GRAVAMEN MOBILIARIO SOBRE PERTENENCIAS.

1. LA AFORTUNADA, PERO PROBLEMÁTICA, DESAPARICIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE DAR EN GARANTÍA MOBILIARIA TÍPICA BIENES PREVIAMENTE GRAVADOS.

Esta eventual colisión de derechos dejó perplejo al legislador de 1954. El artículo 75 LHM y PSD no contempla este caso, lo que ha sido destacado por no pocos autores y comentaristas.

Se quiso zanjar el problema de la eventual colisión de múltiples garantías sobre la misma cosa mueble a la manera salomónica: sencillamente eliminándolo del horizonte jurídico-positivo tal problema. Como es sabido, el legislador de 1954 adoptó medidas para prevenir la aparición de la concurrencia de varios

gravámenes —primero inmobiliario luego mobiliario— por el aparentemente banal sistema de prohibir la constitución de gravámenes mobiliarios típicos sobre bienes (incluidas las pertenencias inmobiliarias) previamente gravados o embargados *ex arts. 2 y concordantes de la Ley*. Incluso se previno del mismo modo la eliminación de otro posible conflicto sobre las cosas vendidas entre el privilegio del vendedor (sobre la cosa vendida y por el precio aún no satisfecho, haya o no reserva de dominio o prohibición de enajenar) y el derecho del acreedor hipotecario o pignoraticio sobre la misma cosa.

El legislador de la LHM y PSD fue en exceso cauteloso en materia de prevención de la eventual colisión de varios gravámenes sobre una misma cosa mueble. Trató de evitar estas situaciones con una preocupación que se revela casi obsesiva. Lo que debería haberse resuelto mediante el juego de las oportunas reglas de prioridad o preferencia entre los varios gravámenes reales que se imponen sobre la misma cosa se resuelve por una regla prohibitiva de extensión objetiva de las garantías típicas que trata de inhibir en raíz²⁹.

Decía el artículo 2.º:

«No podrá constituirse hipoteca mobiliaria ni prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados, pignorados o embargados, o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho, excepto en el caso de que se constituya la hipoteca o la prenda en garantía del precio aplazado».

Amén de lo anterior, el artículo 56 de la Ley se cuidaba de recordar que la constitución de la prenda no perjudicará, en ningún caso, los derechos legítimamente adquiridos, en virtud de documento de fecha auténtica anterior, por terceras personas sobre los bienes pignorados y sin perjuicio de la responsabilidad civil y criminal, en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda como libres cosas que sabía estaban gravadas o fingiéndose dueño de las que no le pertenecían.

La prohibición era de rigurosísimo alcance:

(i) Se prohibió dar en hipoteca mobiliaria o en prenda sin desplazamiento bienes muebles pertenenciales de finca hipotecada anteriormente con pacto de extensión a ellos conforme a lo dispuesto en el artículo 111.1.º Ley Hipotecaria: cfr artículos 2 y 55 Ley.

(ii) Se prohibió *ex artículo 2 de la Ley* constituir una segunda hipoteca mobiliaria sobre bienes previamente hipotecados bajo hipoteca mobiliaria y contra el criterio establecido en el artículo 107.3.º LH.

(iii) Se prohibía una segunda prenda sin desplazamiento sobre bienes previamente sujetos a otra prenda sin desplazamiento (arts. 2 y 55.1 de la Ley) o sobre bienes que estuvieren en prenda manual bajo la posesión del acreedor o del tercero (cfr. art. 55.2 de la Ley).

(iv) Se prohibió expresamente la subhipoteca mobiliaria (la hipoteca del derecho de hipoteca mobiliaria) *ex* artículo 12 *in fine* de la Ley y, cabe suponer, aunque no se decía, el derecho de subprenda sin desplazamiento (prenda sin desplazamiento sobre el derecho de prenda sin desplazamiento).

(v) Se prohibió constituir esas garantías reales típicas sobre bienes embargados o cuyo precio estuviere aplazado a menos que la garantía fuese constituida precisamente con ese propósito: artículo 2 de la Ley. Para evitar la colisión de la garantía con el privilegio del vendedor de cosas por precio aplazado en sede de hipoteca de establecimiento existe una regla particular de prohibición de extensión objetiva de la hipoteca a los bienes de propiedad industrial y a maquinaria, así como a las mercaderías y materias primas, cuando su precio de adquisición no estuviere íntegramente satisfecho: artículos 21 y 22 de la Ley. Obsérvese también, en operaciones sujetas a la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, el artículo 5.3 que declara quedan excluidas de la Ley «*los préstamos y ventas garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento sobre los bienes objeto del contrato*».

Obviamente, esta prohibición no impedía que por acuerdo de ambas partes se amplíe la hipoteca o prenda ya constituida a nuevas deudas contraídas con el hipotecante primitivo acreedor.

La doctrina mayoritaria (VIOLA, COSSÍO, GULLÓN, BLASCO GASCÓ, GONZÁLEZ-BUENO, CARRASCO PEREA...) entendió que la hipoteca constituida sobre un bien previamente gravado o cuyo precio no ha sido satisfecho era nula (cfr. arts. 2 y 55 LHM y PSD en relación con el art. 6.3 CC). No han faltado otros criterios interpretativos distintos: VALLET sostuvo en su día que se trataba de un supuesto de mera anulabilidad y, por fin, LALAGUNA configura la ineficacia como supuesto de acción revocatoria. En mi opinión, la tesis de la nulidad radical era la más segura y, al parecer, la seguida por nuestra jurisprudencia (cfr. STS de 14 de octubre de 1965 y RDGRN de 16 de noviembre de 1972, a las que siguieron otras).

Así las cosas, el legislador de 1954 era perfectamente consciente de lo escasamente justificada que estaba esa opción legislativa. Estimaba que, «*desde un punto de vista práctico*», debía evitarse las colisiones de derechos por razones «de sencillez y seguridad» (i). Prudente en exceso, nuestro legislador tuvo sin embargo el acierto de anunciar ya entonces la conveniencia de «*ulteriores reformas legislativas que puedan hacer aconsejable la supresión de estas prohibiciones*» (vid. Exposición de Motivos en disp. comunes). Las referencias que allí se hacen a la «seguridad jurídica» son especialmente irritantes para los que se enfrentan con el problema de la mala resolución legal de los supuestos de colisión de gravámenes que aun así todavía seguían existiendo... porque no pudo o no quiso impedirlos el legislador. Los más significativos de estos problemas son los casos de colisión entre embargos y las garantías mobiliarias

y los de colisión entre aquellos y la hipoteca inmobiliaria. Particulares dificultades suscitaba al intérprete, también, la declarada falta de idoneidad para ser gravados de los bienes cuyo precio no ha sido totalmente satisfecho.

Como el título inscribible normalmente ocultará esta circunstancia de falta de pago íntegro del precio, el Registrador no tiene mecanismos para contrastar esa información... a menos que el aplazamiento del pago resulte del propio Registro. Ese es el caso de una reserva de dominio o de una prohibición de enajenar en ventas a plazos, o de una hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento constituidas para garantizar ese pago aplazado *ex* artículo 2 *in fine* LHM y PSD. Fuera de estos supuestos, el Registrador inscribirá y el acreedor por precio insatisfecho tendrá que desarrollar una conducta diligente para hacer valer en tiempo y forma oportunos su preferencia; so pena que, en el peor de los casos, se llegue a enajenar la cosa en subasta y la prohibición sean ineficaz frente a un adjudicatario de buena fe. Podrá utilizar para ello la oportuna tercería de mejor derecho o seguir procedimiento ordinario declarativo. En ambos casos, la demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente se entiende implícita en la acción contradictoria del derecho inscrito (art. 15.2 LVP).

Ingenuamente, el legislador del RHM y PSD pensó solucionar el tema declarando inscribibles *«los títulos de adquisición de bienes muebles susceptibles de hipoteca cuyo precio se hubiere aplazado y garantizado con pacto de reserva o de resolución de dominio, siempre que consten en escritura pública»* (cfr. art. 13 RHM y PSD). Amén de que por motivos que no se nos alcanzan, la previsión reproducida no menciona a los bienes susceptibles de prenda sin desplazamiento y de que no quedan claros los efectos de la inscripción o ausencia de inscripción de reservas de dominio y condiciones resolutorias en su aplicación (fuera del hecho de facilitar la calificación del Registrador que podrá denegar hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento ulteriores *ex* art. 2 LHM y PSD); es evidente que el problema de colisión subsiste.

Además de no conseguir evitar lo que se propuso el legislador (eliminar en lo posible colisiones de preferencias sobre una misma cosa en beneficio de la más sencilla aplicación del sistema); la exclusión objetiva de los bienes previamente gravados como inidóneos para levantar nuevos gravámenes está hoy injustificada, y es contraria a las más elementales razones de eficiencia del sistema. Provocaba además la aparición de ciertos recursos ociosos, los previamente gravados, que no pueden ser movilizables.

Pues bien, aprovechando la ocasión de la reforma de la regulación del mercado hipotecario y del sistema hipotecario y financiero, la disp. final 3.1 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, ha dado operado un verdadero cambio de paradigma al dar una nueva redacción al artículo 2 de la Ley que reza así:

«Carecerá de eficacia el pacto de no volver a hipotecar o pignorar los bienes ya hipotecados o pignorados, por lo que podrá constituirse hipoteca

mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados o pignorados, aunque lo estén con el pacto de no volver a hipotecar o pignorar.

También podrá constituirse hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento sobre el mismo derecho de hipoteca y sobre bienes embargados o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho.

El presente apartado carecerá de efectos retroactivos».

En su consecuencia, se han derogados las prohibiciones que hemos examinado antes. Incluso se contempla la posible titulación de créditos garantizados con hipoteca mobiliaria o con prenda sin desplazamiento.

No obstante lo establecido en la reforma, el legislador no fue demasiado cuidadoso porque «se olvidó» de reformar preceptos dispares del articulado que permanecen con la redacción antigua: artículos 12 *in fine* LH (que sigue prohibiendo la subhipoteca mobiliaria a pesar del nuevo art. 2 de la Ley); los artículos 21 y 22 (en materia de extensión objetiva de la hipoteca de establecimiento); artículo 55 de la Ley (en lo que hace a la colisión con hipoteca inmobiliaria con extensión a pertenencias y en relación con la segunda prenda). Amén de ello, la prohibición de enajenar los bienes dados en hipoteca o en prenda *ex* artículo 4 de la Ley debe entenderse que no excluye la posibilidad de volverlos a hipotecar o pignorar *ex* artículo 2 de la Ley.

Desaparecida la prohibición de múltiples gravámenes sobre bienes hipotecados o pignorados, quedamos enfrentados a la inevitable cuestión de resolver el problema de seleccionar la adecuada regla de preferencia entre derechos compatibles que se imponen/extienden sobre pertenencias. Obviamente, no se plantearán problemas de ordenación de rango cuando el acreedor con hipoteca inmobiliaria consiente la postergación del rango de su hipoteca (consiente en que pase primero la garantía mobiliaria aunque se inscriba después) o cuando renuncia mediante novación objetiva de su hipoteca a la extensión objetiva de la hipoteca sobre los muebles (en cuyo caso, el gravamen mobiliario es primero y único).

2. UN PROBLEMA MENOR: LA COORDINACIÓN INTER-REGISTRAL EN ESTOS CASOS

Desde el punto de vista de coordinación inter-registral, aunque la situación no está contemplada en la Ley, no existen problemas serios irresolubles para tratar este tipo de operaciones porque la secuencia procedimental debería ser ahora, en mi opinión, la siguiente... mediante simple aplicación analógica de lo previsto en el artículo 75 LHM y PSD:

i) Aunque se constatare la previa inscripción de hipoteca con pacto de extensión del artículo 111.1.º LH, el Registrador del Registro de Bienes Muebles

inscribe por fin, sin problemas, la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento en su registro y sobre los bienes muebles pertenenciales (no juega la vieja prohibición del art. 2 LHMPSD cuya existencia todavía invoca el art. 7 de la Ordenanza del Registro de VPBM). La inscripción abre folio en su registro. Como es sabido, antes de la reforma, el Registrador de Bienes Muebles denegaba la inscripción cuando, consultado el Registro de la Propiedad, advertía la existencia de una hipoteca inmobiliaria previa sobre la finca con pacto de extensión del artículo 111.1.º LH (cfr. RRDGRN 16 de noviembre de 1972; 16 de noviembre de 1998; 5 de mayo de 2000; 2 de octubre de 2000)³⁰.

ii) Aunque no se diga expresamente en la Ley, en estos casos en que, previa consulta al Registro de la Propiedad, le resultase la condición de bien pertenencial por tratarse de mueble adscrito a finca hipotecada previamente, el Registrador de Bienes Muebles debería ahora hacer constar en el asiento y en la nota de despacho del título que existe una hipoteca previa inscrita en el Registro de la Propiedad sobre la finca a cuyo servicio se adscribe el bien ahora gravado con indicación de los datos registrales (argumento *ex* art. 7 de la Orden de 19 de julio de 1999 por la que se aprueba la Ordenanza del RVPBM, por analogía)³¹.

iii) En el caso de ejecución de la garantía mobiliaria inscrita, en la certificación de dominio y cargas que expide el Registrador de Bienes Muebles al juez *ex* artículo 688 LEC debería hacerse constar no solo la subsistencia del gravamen mobiliario sino también la existencia de la hipoteca inmobiliaria con sus datos de inscripción en el Registro de la Propiedad.

iv) La constitución de la garantía puede hacerse constar por nota marginal en el Registro de la Propiedad como está previsto en los artículos 75 y concordantes por analogía. Obsérvese no obstante, que la nota no debería extenderse ahora al margen de la inscripción de dominio del inmueble (o la de arrendamiento)... sino al margen de la inscripción de hipoteca con pacto de extensión

Dicho todo lo cual, reitero que el sistema de coordinación es bastante tosco y valen aquí, *mutatis mutandis*, los reproches que antes le he dirigido.

3. LA TESIS «TRADICIONAL» DE LA PREFERENCIA BASADA EN LA PRIORIDAD EN LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LAS RESPECTIVAS GARANTÍAS MOBILIARIA E INMOBILIARIA

Dicho todo lo anterior, resta el problema capital de determinar cuál es la regla material de ordenación de preferencias en los casos permitidos de concurrencia de pluralidad de gravámenes sobre el mismo bien mueble cuando se inscribe primero la hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión.

Por razones de simplicidad y para no complicar innecesariamente la cosa, obviaremos el caso del embargo.

Empecemos por indicar que es teóricamente posible conjeturar una solución al problema descrito con un entendimiento de nuestro artículo 111.1.º LH «a la

manera británica»... como si se tratara de una «floating charge» sobre bienes muebles adscritos; solución técnica que, sorprendentemente a mi juicio, Vallet de Goytisolo cree también descubrir en la *pignus tabernae* del Derecho romano (Digesto 20,1, 34; Dig. 20,1,13; Dig. 13, 7, 18,3). Según este modelo explicativo, la preferencia de la hipoteca inmobiliaria sobre bienes pertenenciales del artículo 111.1.º LH no «cristaliza» o sujeta con carácter real a los bienes adscritos hasta que se exija el cumplimiento de la obligación... y de suerte que los actos de ejecución y de gravamen intermedios —desde la constitución de la garantía hasta su efectividad que son realizados en la «fase de seguridad»— perjudican siempre el derecho del acreedor.

Creación jurisprudencial del Derecho inglés³², la «floating charge» —figura opuesta a la «fixed charge»— es aquella garantía sobre una pluralidad de bienes en la que se permite al gravado, expresa o tácitamente, la libertad de disponer, mediante enajenación o gravamen— de los elementos que componen la pluralidad «in the ordinary course of business» y hasta el momento en que la carga se dice que «cristaliza». En Derecho anglosajón se dice que la carga flotante «cristaliza» —básicamente en caso de impago o cumplimiento de ciertas condiciones— cuando el gravamen se «fija» (se transforma en «fixed charge») sobre bienes concretos existentes en ese momento cuya custodia y administración se sustrae del poder del deudor y habitualmente se encarga a un administrador judicial («receiver»).

Lo habitual en Derecho británico es que la «floating charge» se imponga sobre todos los bienes presentes y futuros del deudor. No necesariamente ha de ser así (se admiten cargas flotantes solo sobre bienes presentes o solo sobre bienes futuros o sobre ciertas clases de bienes con o sin deber de reemplazo). Aunque se admite que se pacte un régimen mayor o menor de extensión del gravamen, lo esencial es que por no trabarse la circulación de los bienes estos no estén afectos individualmente hasta que la carga cristalice en un momento dado (normalmente cuando se incumple la obligación garantizada).

Mientras la carga no cristalice y como quiera que los bienes no están aún afectos el deudor puede imponer gravámenes sobre bienes y créditos individuales que pasan antes en prioridad que la carga cuando esta cristalice. O como dice gráficamente el Código Civil de Québec a la que allí se llama «hipoteca abierta»: «Cuando cristaliza, la hipoteca abierta produce los efectos de una hipoteca, mobiliaria o inmobiliaria, en relación con los derechos que aún conserva el constituyente en ese momento sobre los bienes gravados (...).» (art. 2719 CCQ).

La «floating charge» ha sido utilizada como vehículo de la constitución de garantías sobre conjuntos patrimoniales muy amplios, incluso sobre todo el patrimonio empresarial. El Derecho del artículo 9 UCC consigue unos similares efectos prácticos mediante la generosa —y problemática— admisión de las más diversas categorías de bienes/derechos susceptibles de sujeción («collateral»

puede ser cualquier cosa o derecho), incluyéndose aquí a los bienes/derechos futuros («after-acquired property») y a los subrogados de los bienes gravados («proceeds») que pueden ser gravados en garantía de cualquier clase de obligaciones, incluso las futuras («future advances»).

Algunas sentencias del TS parecen avalar esta tesis en relación con nuestra LH al indicar, de manera bien confusa, y para explicar la extensión automática y dinámica de la hipoteca del artículo 111.1.º LH, que mediante este pacto «*se ha fijado el tiempo de la ejecución como estado final de la unidad pertenencial*» (cfr. por todas, con cita de las anteriores, la STS de 27 de junio de 2007). Parece como si se quisiera decir que antes de la fase de ejecución no existe sujeción real sobre los muebles colocados en el fundo.

Sin embargo, creo que esa tesis carece de fundamento en nuestro Derecho positivo habida cuenta que de los textos legales se infiere que, a menos que del título resulte claramente lo contrario, *también en la fase de seguridad*, la garantía real sujeta los muebles que pertenezcan al conjunto. Más bien entiendo —tesis por cierto compatible con la doctrina del «destino final» de la jurisprudencia del Supremo— que debemos admitir dos supuestos de hecho diferenciados en la fase de seguridad de nuestras hipotecas bajo el artículo 111. 1.º LH: (i) Si el bien mueble se «desinmoviliza» por desvinculación o ruptura del vínculo pertenencial en la fase de seguridad de la garantía, dicho bien queda libre de la hipoteca inmobiliaria por cuanto el tal bien sale del conjunto dinámico de bienes pertenenciales afectos (*vid. supra* sobre la desvinculación pertenencial); (ii) Si, en cambio, permanece incólume la adscripción pertenencial y entran en colisión, ahora posible y lícita, diversas garantías reales, mobiliarias e inmobiliarias sobre la pertenencia, habrá inevitablemente que establecer cuál es el orden de preferencia entre ellas.

Así las cosas, aparentemente, la solución más lógica o coherente con el sistema legal de publicidad registral de las garantías sería «extender» la regla de prioridad del artículo 75 & 2 LHM y PSD al caso no cubierto por la Ley (primero hipoteca luego garantía mobiliaria) *para que pueda seguirse reputando como preferente al derecho inscribible previamente inscrito*. O sea: que en nuestro caso sería preferible, sobre el bien mueble incorporado, la hipoteca inmobiliaria previamente inscrita con pacto de extensión a pertenencias sobre la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento de posesión sobre los muebles incorporados³³.

Esta solución, por cierto, parece cuadrar mejor con lo que se dice en el artículo 56 de la Ley en cuanto a que la «constitución de la prenda no perjudicará, en ningún caso, los derechos legítimamente adquiridos, en virtud de documento de fecha auténtica anterior, por terceras personas sobre los bienes pignorados (.../...)». Este es el criterio que parece seguirse de la STS de 6 de mayo de 1995. Es por otra parte la que sin duda presupone el artículo 695.1. 3.ª LEC, en sede de ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, y que sucede al derogado artículo 85 LHM y PSD.

Con el viejo sistema del artículo 2 LHM y PSD de antes de la reforma, de acuerdo con doctrina reputada, cabía defender que en estos casos desaparecería el *ius distrahendi* del acreedor con garantía mobiliaria postergada y de suerte que el acreedor hipotecario previamente inscrito *ex* artículo 111.1.º LH podía resistir con éxito la desvinculación del mueble y la desafectación de la hipoteca inmobiliaria con sobreseimiento del procedimiento de ejecución que se hubiere iniciado³⁴.

Sin lugar a dudas, ese era el sistema que se infería de la regulación legal (viejos arts. 85.4.º para la ejecución sumaria de la hipoteca mobiliaria y del art. 93.4.º para la de la prenda sin desplazamiento LHM y PSD derogados por la LEC) y, ahora, del artículo 695.1. 3.ª LEC en materia de «particularidades de la ejecución (directa y exclusiva) de bienes hipotecados o pignorados». A saber: una vez se acreditase mediante certificación del Registro de la Propiedad la sujeción de la pertenencia a una hipoteca inmobiliaria inscrita con anterioridad al gravamen que motiva el procedimiento de ejecución de la garantía mobiliaria, el juez admite la oposición y suspende la ejecución (sobreseimiento del procedimiento de ejecución por existencia de ulteriores cargas). En definitiva: el acreedor con garantía inmobiliaria previa podía pretender con éxito que los activos en cuestión permaneciesen afectos en exclusiva a su garantía aunque se tratase de bienes perfectamente separables sin menoscabo de ellos ni de la finca (*vid.* RDGRN de 16 de noviembre de 1998; contrástese con lo dispuesto en el art. 113 in fine LH). En cuanto al procedimiento extrajudicial rige lo mismo: la referencia que todavía se contiene en la Ley al artículo 82 debe entenderse ahora referida a los artículos 643 y sigs. LEC.

El problema está en que ese artículo citado de nuestra Ley procesal presupone el viejo régimen de prohibición de diversas garantías sobre el mismo bien bajo el ahora derogado artículo 2.º LHM y PSD. Tras la reforma del año 2007 —que permite expresamente los segundos y ulteriores gravámenes sobre las cosas muebles registrables—, la aplicación al caso del artículo 695.1. 3.ª LEC es a mi juicio, manifiestamente, indefendible³⁵.

A mi entender, es necesario conciliar ahora el *ius distrahendi* del acreedor con garantía real mobiliaria (que debe subsistir una vez se admitan segundas garantías) con el carácter en principio preferente del derecho del acreedor con garantía hipotecaria *ex* artículo 111.1.º LH. La cosa mueble puede desafectarse del inmueble para su enajenación a un tercero o a favor del acreedor adjudicatario como libre (no puede prolongarse la hipoteca cuando existe desafectación) y el precio puesto a disposición preferente del acreedor hipotecario. Si se cumple con el sistema propuesto de coordinación, de la certificación de subsistencia de la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento emitida por el Registrador de Bienes Muebles en trámites de ejecución puede resultar la existencia de una hipoteca inmobiliaria preferente que debe ser respetada.

Con todo, me resisto a defender la mecánica aplicación de la consabida regla del «prior tempore» en el caso de que la garantía mobiliaria sin desplazamiento de posesión posteriormente inscrita a la inmobiliaria derechamente se constituya para financiar la adquisición del bien cuyo precio no ha sido totalmente satisfecho.

V. LA TESIS QUE SE DEFIENDE AQUÍ DE «INVERSIÓN PREFERENCIAL» EN EL CASO DE GARANTÍAS CONSTITUIDAS PARA FINANCIAR LA ADQUISICIÓN DEL BIEN PERTENENCIAL CUYO PRECIO NO HAYA SIDO INTEGRAMENTE SATISFECHO

1. EL SUPUESTO PARADIGMATICO DE LOS BIENES MUEBLES PERTENENCIALES FINANCIADOS CON RESERVA DE DOMINIO/PROHIBICIÓN DE ENAJENAR

Como es notorio, y hemos explicado antes, no se establece en la Ley de venta a plazos ningún sistema análogo al contemplado en el artículo 75 LHM y PSD para el supuesto de que se constituya e inscriba en el Registro de Bienes Muebles una reserva de dominio, una prohibición de enajenar o un arrendamiento financiero, sobre un bien mueble susceptible de ser luego gravado con hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión del artículo 111.1.º LH.

En el supuesto de que, por ejemplo, una máquina destinada a una finca se venda a plazos con reserva de dominio, no se establece en la Ley Hipotecaria un medio de coordinación inter-registral que permita volcar la situación de afección mobiliaria derivada de la reserva de dominio al Registro de la Propiedad. Algún sector doctrinal ha pedido extender el artículo 75 LHM y PSD a estos supuestos³⁶.

Es muy difícil que resulte al Registrador de Bienes Muebles que tramita la inscripción de las operaciones de venta a plazos, del documento inscribible, la naturaleza pertenencial, actual o en potencia, de los bienes vendidos a plazos o dados en arrendamiento financiero: los contratos sujetos a la LVPBM para que sean inscribibles deben ajustarse a los consabidos modelos y tales modelos no son explícitos sobre el destino que ha de darse al bien adquirido o financiado. En el Derecho de garantías del Article 9 del UCC norteamericano la cuestión se deja a la discreción del acreedor con garantía mobiliaria: si este tiene razones para creer que la cosa mueble se convertirá en «fixture», no se contentará con constituir la garantía en el registro de bienes muebles sino que hará constar su derecho en el Registro de la Propiedad

¿Quid del posible supuesto de adscripción por el comprador a plazos o por el arrendatario financiero de la cosa mueble en cuestión a un inmueble, si la finca de destino estaba, con anterioridad a la venta aplazada o al arrendamiento financiero, gravada con una hipoteca con extensión a pertenencias *ex* artículo 111.1.º LH?

Para simplificar las cosas, vamos a referirnos a derechos inscribibles e inscritos a favor de vendedor o financiador en operaciones sujetas a la LVP. Como es sabido, la inscripción en el RBM es condición imprescindible para la reipersecutoriedad plena del bien frente a terceros (art. 16.3 LVP) y, en general, para la oponibilidad *erga omnes* de la preferencia, concursal y extraconcursal, de los derechos reconocidos en la Ley (cfr. art. 16.5 que se remite a lo dispuesto en los arts. 1.922.2.º y 1926.1.ª CC y al art. 90.1.4.º LC). La tutela sumaria de los derechos por la vía de los arts. 250.1.10.º y 250.1.11.º LEC presupone, también, la inscripción de la reserva de dominio en el RBM.

Empecemos por constatar un hecho que puede causar cierta perplejidad: tratándose de reservas de dominio inscribibles e inscritas sobre bienes muebles vendidos a plazos bajo la LVP pero que luego se adscriben a finca previamente hipotecada con pacto de extensión *ex* artículo 111.1.º LH la doctrina, y al parecer, incluso, la jurisprudencia, suelen entender preferible la reserva de dominio (de inscripción posterior en el RBM) sobre la hipoteca inmobiliaria... *desde posturas radicalmente encontradas acerca de la naturaleza jurídica de la reserva de dominio*³⁷:

Para los partidarios de la tesis clásica —el vendedor es dueño de la cosa sujeta a reserva en la fase de seguridad— la defensa de la preferencia de la reserva de dominio sobre la hipoteca inmobiliaria parece más sencilla. Para estos autores, la reserva de dominio debidamente inscrita excluye la extensión de la hipoteca al bien pertenencial. Bajo esta tesis, el comprador que realiza el acto de adscripción no se reputa dueño hasta que pague totalmente el precio asegurado con la reserva de dominio; hasta ese momento, no sería eficaz la extensión objetiva de la hipoteca respecto al bien mueble sujeto a reserva.

No en vano, el artículo 111.1.º LH, leído a la luz de lo que establece el 112 LH (y los arts. 109, 110), parece presuponer la exigencia de que quien realiza el acto de adscripción del mueble a la finca hipotecada sea dueño de la cosa mueble. De no ser así, ello supondría admitir que se puede hipotecar algo ajeno contra lo que dispone el artículo 138 LH. Las RRDGRN de 16 de noviembre de 1998 así como la de 5 de mayo del 2000, como vimos, establecieron con claridad que la extensión objetiva a muebles incorporados se producía «*siempre que, según se deduce del artículo 112, pertenezcan al hipotecante*». Por otra parte, el propio Código Civil al calificar a ciertos muebles como inmuebles por destino siempre presupone que la adscripción al fundo se realiza por el dueño: cfr. artículos 334.4.º, 334.5.º, 334.6.º del Código Civil.

Por citar solamente dos maestros hipotecaristas partidarios de esta tesis: ROCA SASTRE³⁸, con cita de la vieja STS de 3 de enero de 1905 y GARCÍA GARCÍA³⁹ con la de 30 de junio de 1987 han defendido la no-extensión de la hipoteca precedente a los bienes vendidos bajo reserva de dominio que luego se incorporan al fundo hipotecado. Parece que en esto mismo está pensando el redactor de la nueva Ley de navegación marítima cuando, a pesar de reco-

nocer que la hipoteca sobre buque se extiende sobre pertenencias marítimas, excepciona el caso de que el dominio estuviere inscrito a favor de tercero en el RBM: *vid.* artículo 134.1 que se remite a lo establecido en el artículo 62 de la Ley 14/2014, de 24 de julio.

Nuestra vieja jurisprudencia ha negado la extensión del gravamen hipotecario al bien mueble incorporado a un inmueble cuando la «inmovilización» se realiza por el comprador que soporta reserva de dominio a favor de un tercero, con el discutible argumento de que la afectación sería en ese caso ilícita por haberse realizado por quien aún no es propietario (STS de 26 de marzo de 1984; art. 1857.2.º CC)⁴⁰. Por si fuere poco, el artículo 4 c) de la Ordenanza de Bienes Muebles prohíbe al comprador, *bajo pena de nulidad de pleno derecho*, la constitución de gravámenes sobre la cosa sujeta a reserva de dominio o prohibición de disponer sin consentimiento de acreedor o financiador lo que impediría a aquel hipotecar el bien pertenencial. Esa norma es de discutible legalidad⁴¹.

La STS de 21 de diciembre de 1990 es reveladora de este modo «tradicional» de entender las cosas. Aunque los bienes muebles incorporados a la finca hipotecada se adquirieron con reserva de dominio y aunque al tiempo de constituirse la hipoteca se estuviera pagando el precio aplazado, «el posterior buen fin de la compraventa, consolidó con plenitud de efectos, el definitivo destino de los bienes al mejor servicio de la explotación agrícola». De lo que cabe inferir que si al tiempo de la ejecución el precio del bien no estuviere aún satisfecho habría que entender que la hipoteca no se extiende a tales bienes.

Bajo esta tesis, estamos ante un supuesto de *preferencia excluyente* (la reserva de dominio excluye la extensión de la hipoteca sobre la pertenencia) que puede hacerse valer, incluso, *mediante tercera de dominio*.

Curiosamente, algunos de los que no son, somos, partidarios de la tesis clásica (como los que defienden la tesis de la garantía real, venta en garantía fiduciaria o la de la compra bajo condición resolutoria), llegan a similar conclusión de la preferencia, ahora en rango, de la reserva de dominio sobre la hipoteca anterior y por otras vías de argumentación. Básicamente, en el entendimiento de que al ser la reserva de dominio inscrita anterior al acto de adscripción pertenencial, la hipoteca inmobiliaria se extiende sobre un mueble que estaba ya previamente gravado con la reserva de suerte que los negocios válidos sobre bien pertenencial no quedan menoscabados por la adscripción del mueble al inmueble. Yo mismo he sostenido esta tesis con anterioridad⁴².

Entiendo que, en el caso descrito, vence el acreedor con reserva de dominio o el arrendador financiero sobre el hipotecario inmobiliario, al menos cuando la reserva o el arrendamiento financiero son inscritos en el Registro de Bienes Muebles con anterioridad a la adscripción pertenencial al inmueble; adscripción que por cierto no suele reflejarse en el Registro de la Propiedad. Este tema está muy mal resuelto en nuestro Derecho: la STS de 7 de abril de 2001 da preferencia a una reserva de dominio posterior sobre una hipoteca anterior con

muy pobres argumentos. La hipoteca del artículo 111.1.º LH se extiende al bien pertenencial desde el momento mismo de la constitución fáctica de la relación pertenencial y en la condición física y jurídica en que el mueble se incorpora al inmueble. Si antes de la inmovilización se constituyó un «gravamen mobiliario», la hipoteca inmobiliaria queda postergada en rango en relación con la pertenencia y el gravamen mobiliario «continúa» sobre la pertenencia.

Como es lógico, para los partidarios de alguna de las tesis «no-tradicionales» —en mi opinión, teorías con mejor ajuste a la regulación vigente contenida la LEC y en la LC— *la colisión de la reserva de dominio y la hipoteca sobre el pertenencial debe resolverse en rango (= no existe una preferencia excluyente)*. A saber: la hipoteca debe reputarse postergada en rango a la reserva de dominio sobre los bienes pertenenciales. Para estos autores, el acreedor con reserva de dominio no puede defender extraconcursalmente su derecho mediante tercería de dominio *sino mediante una tercería de mejor derecho* (en contra de la doctrina tradicional del TS que admitía la tercería de dominio por el vendedor *vid.* por ejemplo la STS de 5 de mayo de 2005, que le niega legitimación).

De cualquier manera, parece existir una opinión pacífica en favor de conceder preferencia al acreedor con reserva de dominio adquirida e inscrita antes de la adscripción pertenencial al fundo hipotecado bajo el artículo 111.1.º LH... aunque el contrato de venta/financiación a plazos se hubiere inscrito en el RBM después de que se inscriba la hipoteca con pacto de extensión a pertenencias en el Registro de la Propiedad.

Obsérvese, no obstante: (i) Que tratándose de reservas de dominio inscribibles en el RBM bajo la LVP deben aquellas estar debidamente inscritas porque de lo contrario, sin inscripción, no puede ejercitarse frente a terceros y frente al acreedor hipotecario el derecho de preferencia concursal o extraconcursal: cfr. artículo 16.5 LVP y artículos 90.1.4.º y 90.2 LC; (ii) Que no se establece en la Ley un mecanismo de coordinación interregistral similar al previsto en el artículo 75 LHM y PSD para volcar la afección mobiliaria en el Registro de la Propiedad; (iii) Que no se establece un recomendable «plazo de gracia» similar al previsto en el Derecho norteamericano para que pueda inscribir el acreedor con «garantía mobiliaria» su derecho en el RBM; (iv) Que no creo que las reservas de dominio que operan fuera del marco de la LVP (como la de los destinados a la reventa o la de los bienes no perfectamente identificables), puedan oponerse a terceros sin inscripción en el RBM que sí permite la Ordenanza de Venta a Plazos en relación con las «otras reservas» (art. 4 Orden 19 julio de 1999). No en vano, significativamente, el artículo 10 de la Ley 3/2004 (Ley contra la morosidad) habla de reservas de dominio «*en las relaciones internas entre vendedor y comprador*».

Sobre la inscribibilidad/oponibilidad de las «otras reservas» *vid.* la magnífica RDGRN de 5 de junio de 2012 (reserva de dominio dinámica sobre un stock de vehículos)⁴³ y el proyectado artículo 512-12 del Anteproyecto de Ley

del Código Mercantil en donde puede leerse: «La oponibilidad a terceros de la reserva de dominio exigirá la inscripción del contrato en el Registro de Bienes Muebles (.../...)».

2. LA HIPOTECA MOBILIARIA O PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO POSTERIOR PERO CONSTITUIDA PARA FINANCIAR LA ADQUISICIÓN DEL BIEN PERTENENCIAL

¿Quid de una hipoteca mobiliaria o de una prenda sin desplazamiento que se constituyan precisamente para garantizar el pago del precio aplazado para la adquisición del bien pertenencial?⁴⁴.

En estos supuestos, de un lado, existe la expectativa por parte del acreedor con garantía real inmobiliaria de que la hipoteca sobre bienes futuros se extienda, con efectos retroactivos, una vez estos existan y a medida que se vayan adscribiendo o vinculando al fundo hipotecado. De otro lado, el financiador de la adquisición de la cosa mueble cuyo precio no ha sido totalmente satisfecho, tiene una razonable expectativa a cobrar sobre el bien antes que nadie.

Existen poderosas razones de orden práctico y dogmático para preferir como solución más eficiente y más equitativa una «regla de inversión preferencial» según la cual pasaría antes la garantía mobiliaria de fecha posterior sobre la hipoteca inmobiliaria de fecha anterior cuando el bien pertenencial fue adquirido merced a la financiación suministrada con la garantía mobiliaria («*acquisition financing*»; «*purchase money security interest*»).

El que inscribe una garantía susceptible de extensión a cosa futura naturalmente aspirará a que su preferencia se anticipe temporalmente de modo que arranque desde la originaria inscripción de la garantía. Por lo tanto, antes de la existencia misma de la cosa. El que pacte o tenga derechos a la extensión del gravamen sobre «subrogados» pretenderá, como es lógico, beneficiarse de lo que los americanos denominan gráficamente «continuidad de la perfección».

Téngase en cuenta, en cambio, que, en caso de garantía global, de universalidades o con extensión a bienes futuros, los suministradores de la cosa, cuando el precio no está todavía satisfecho, o los que tienen un crédito por refacción no pueden anticipar sus derechos: los acreedores por precio aplazado o crédito refaccionario solo pueden hacer efectiva su garantía cuando la cosa se venda a crédito o sea objeto de refacción. ¿Esto supone que necesariamente dichos acreedores hayan de resultar siempre postergados (son de peor rango que los de los acreedores que en su día inscribieron)? ¿Es razonable que sean postergados por el mero hecho de la previa existencia de un gravamen con extensión sobre esa cosa futura?

La cuestión ha obsesionado a los redactores de sistemas registrales inspirados en el artículo 9 del UCC norteamericano y se resuelve en una regla de

superprioridad de los denominados «purchase money security interests» (en su lenguaje críptico: PMSI) en contra de la regla de la preferencia según el «prior tempore» («prior filing») de los derechos inscritos. En los sistemas de esta familia, un «security interest» enormemente habitual sobre todos los bienes muebles del deudor, presentes y futuros, aunque la garantía fuese debidamente inscrita y anterior, no se considera preferente respecto del derecho, posterior en el tiempo, de un vendedor a crédito de un bien mueble que inscribe su propio derecho de PMSI dentro del plazo de gracia que se le concede (20 días a contar desde que el deudor adquiere la posesión de la cosa).

La regla de «prioridad invertida» o «superprivilegiada» del PMSI recogida ahora en el complejísimo & 9-324 UCC tiene encontrados opositores y su justificación es controvertida. Con todo, no puede decirse que tal regla sea excepcional en el panorama del Derecho comparado porque un Derecho como el francés, que no pertenece a la misma familia que el americano, llega a similares conclusiones prácticas. Así, en el caso del «nantissement de l'outillage et du matériel» (correspondiente a nuestra hipoteca mobiliaria sobre maquinaria en garantía del pago de su precio), y en el supuesto de incorporación de la maquinaria a un inmueble como bien pertenencial se establece la regla según la cual «*le privilège du créancier nanti (...) subsiste si le bien qui es grevé devient immeuble par destination*» (cfr. art. L.525-8 C.Com). En todo caso, es necesario que la garantía real se inscriba en el registro público (el de Comercio) dentro del plazo legal so pena de nulidad. Regularmente constituida e inscrita la garantía mobiliaria del «nantissement» vence el de esta a la hipoteca inmobiliaria —incluso anterior— con extensión a pertenencias. La doctrina y la jurisprudencia aplican la misma doctrina para resolver el caso de una hipoteca de buques y aeronaves con extensión a las máquinas incorporadas⁴⁵.

Para empezar, parece intuitivamente injusto y social y económicamente ineficiente, postergar los derechos de quien facilita la adquisición de bienes por el deudor: ¿quién financiará la adquisición sabedor de que sobre la cosa adquirida por el deudor pasan antes derechos previamente constituidos con extensión a cosas futuras? En evitar esta situación estaba pensando el legislador cuando prohibió que la hipoteca de establecimiento se extendiera a mercancías, materias primas o maquinaria cuyo precio no estuviera íntegramente satisfecho (cfr. arts. 21 y 22 de la Ley). Amén de lo anterior, es de advertir que la hipoteca se extiende a pertenencias y la pertenencia inmobiliaria existe en el tráfico cuando se produce la adscripción pertenencial ...ERGO, de existir un gravamen anterior a la adscripción pertenencial, no es temerario postular que la cosa queda adscrita ya desde ese momento como cosa gravada. Esa parece ser, por lo demás, la solución que está pensando el legislador de la Ley de Navegación Marítima en su confusísimo artículo 62.2 que está pensando en el caso de una hipoteca naval que se extiende a partes integrantes y pertenencias pero que pasa después sobre ellas en el caso de que un tercero hubiera adquirido derechos por «acto

generador de gravamen» (*vid.* también, en sede de hipoteca naval, el art. 134.1 de la misma Ley).

Creo que esta tesis es defendible por las siguientes razones:

a) Por coherencia con la «lógica» del sistema previsto por el legislador de 1954 que trató de preservar siempre incólume el derecho de quien financia la adquisición del bien mueble respecto del derecho de quien que eventualmente podía estar interesado en extender su garantía mobiliaria sobre cosa futura. El legislador de 1954 tenía bien presente no solo el caso de la venta con reserva de dominio o con condición resolutoria expresa sino el «simple» privilegio del vendedor del artículo 1922.1.º del Código Civil.

Efectivamente, si se prohibió dar en hipoteca o prenda sin desplazamiento bienes cuyo precio no estaba totalmente satisfecho (*vid.* art. 2 de la Ley en la antigua redacción) es porque se trataba de preservar incólume la posición del vendedor/financiador de la operación (sea o no suministrador o vendedor). La cosa pareció obsesionar al redactor de la Ley: se permitió incluso la inscripción del contrato de compraventa con precio aplazado *ex* artículo 13 Reglamento de la Ley para evitar que se «colaran» al Registrador garantías registrales indebidas. Amén de ello, como es sabido, para evitar la colisión de la garantía con el privilegio del vendedor de cosas por precio aplazado en sede de hipoteca de establecimiento existe una regla particular de prohibición de extensión objetiva de la hipoteca a los bienes de propiedad industrial y a maquinaria, así como a las mercaderías y materias primas, cuando su precio de adquisición no estuviere íntegramente satisfecho: artículos 21 y 22 Ley. *Obsérvese que la reforma de 2007 no ha derogado, por algo será, los artículos 21 y 22 LHM y PSD.*

Si después de la reforma de 2007 se contempló como posible la constitución de subsiguientes garantías sobre el bien mueble previamente registrado con ocasión de anterior garantía, *la única forma razonable de cohonestar el diseño y arquitectura legal de la Ley con la nueva realidad lícita de la pluralidad de gravámenes sobre los mismos bienes es postular la existencia de una regla de inversión de prioridad similar a la que existe en Derecho comparado y que recomienda el UNCITRAL*: que pase antes el derecho de quien financia la adquisición y que continúe o se «prolongue» la preferencia mobiliaria ya constituida no obstante la adscripción del mueble a un inmueble ya hipotecado.

b) Por analogía con lo establecido para la financiación de operaciones sujetas a la LVP y que hemos examinado antes, o con lo previsto en el artículo 112 LH (aunque en puridad el acreedor no sea un tercer poseedor la defensa de su posición se justifica por idénticas razones) y, en general, con el sistema previsto en los créditos refaccionarios en cuyo caso también se establece una inversión del orden natural de preferencias. No es ocioso recordar que existe un fundamento similar de inversión preferencial en el caso del artículo 66 LHM y PSD: los créditos por suministro de semillas, gastos de cultivo, etc., pasan antes.

Efectivamente, si se protege en el artículo 112 LH al tercer poseedor del fundo hipotecado frente a una extensión objetivamente indeseable, por inequitativa e ineficiente, de la hipoteca *ex* artículo 111.1.º LH es precisamente porque el tercer poseedor (comprador, arrendatario, superficiario, etc.) costea la mejora de la finca hipotecada y porque es injusto y socialmente ineficiente desincentivar la incorporación de mejoras a cargo de persona distinta del deudor. Lo mismo cabe decir del privilegio del acreedor refaccionario que es primero sobre la parcela de valor en que resulta mejorado el bien previamente gravado como consecuencia de la refacción.

¿Quid del caso en que, incumplida la obligación asegurada con la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento preferentes hubiera de procederse, vigente aún la hipoteca inmobiliaria con extensión a muebles, a la enajenación forzosa, judicial o extrajudicial, del bien mueble pertenencial? Creo que en estos casos habrá que aplicar por analogía lo previsto en el artículo 113 LH en la forma examinada que hemos examinado más arriba (separación del mueble del inmueble y enajenación separada; sobrante a disposición del acreedor hipotecario).

NOTAS

¹ A este tipo de garantías se refiere el artículo 5.1 del Reglamento (CE) Núm. 1346/2000, de 29 de mayo de 2000 del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia cuando se refiere a los «conjuntos constituidos por colecciones de bienes indefinidos que varían de tanto en tanto». La doctrina «tradicional» prefiere emplear el término de universalidad o «universitas facti». El artículo 816 CC italiano define la «universalità di mobili» como la «pluralidad de cosas que perteneciendo a una misma persona tienen un único destino». Y luego añade lo siguiente: «las cosas singulares que componen la universalidad pueden ser objeto de actos separados y de relaciones jurídicas».

² A propósito de un comentario del artículo 346 CC, KARRERA EGIALDE, M. M., (en CANIZARES, A.-DE PABLO.-MORENO, ORDUÑA (dirs.), *Código Civil Comentado*, Aranzadi, 2011, vol. 1, p. 1402) nos ofrece una buena descripción de cómo funciona la «universalidad de cosas» (universitates rerum): «conjunto de objetos que constituyen un universo interrelacionados y que permite que adquiriera individualidad propia en su colectividad, con independencia de la variación (adquisición y transmisión) de los distintos elementos que lo integran en razón de un destino que facultativamente le otorga el titular».

³ Solamente a partir de 1616, los jueces británicos —a partir famoso caso *Grantham v. Hawley* (King's Bench)— atenuaron la original prohibición, típica del Derecho civil inglés, de concertar ventas o garantías válidas sobre cosa futura. A partir de esa decisión se defendió que bastaba una «existencia potencial»: era válida la garantía sobre cosa futura siempre que existiera una probabilidad fuerte de su existencia en el futuro. Por todos: COHEN V.-GERBER, «The after-acquired Property Clause», 87 U. Pa. L. Review, 1939, pp. 635 y sigs. En cambio, en EEUU, el famoso juez Story en su sentencia clásica *Mitchell v. Winslow* —17 Fed Cas. Núm. 9673 (1843)— defendió con energía la validez sin restricciones de las garantías sobre cosa futura. No obstante, en el muy citado caso *Benedict v. Ratner*, 268 US 353 (1925) y en otros muchos, se estableció la doctrina según la cual, una garantía real concebida como «flotante» («floating lien») en que se autorizaba al deudor en la fase de seguridad a libremente disponer de los bienes gravados en el ejercicio de su actividad resultaba nula en puro Derecho civil por cuanto contradecía la naturaleza de la garantía real al concederse un control absoluto al

deudor sobre bienes supuestamente gravados. Como en la práctica comercial, las garantías sobre cosas futuras eran habitualmente «flotantes» (el constituyente de la garantía sustituía con otros bienes de reemplazo los bienes previamente enajenados), muchas de las operaciones quedaban bajo sospecha de nulidad. A pesar de ciertas reticencias y resistencias doctrinales y jurisprudenciales, la consagración definitiva de la tesis favorable triunfó en el artículo 9 UCC en su sección 9-204(1) y & 9-205 en relación con la categoría del «after-acquired collateral».

⁴ La Ley II, del título XIII de la Partida V reza así: «Empeñarse puede toda cosa quier sea nacida o por nascer, asi como el parto de la sierva, el fruto de los ganados, el de los árboles, el de las heredades et todas las otras rendas que los homes han de qual natura quier que sean, tambien las que son corporales como las que no lo son (.../...)». Vid. RUIZ FERNÁNDEZ, E., *El pignus como garantía real en la tradición romanística*, en VV.AA., *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, vol. II, Ramón Areces, 2001, pp. 2135 y sigs. Vid. también: FUENTESECA, M., *Pignus e hypotheca en su evolución histórica*, Andavira, 2013.

⁵ Es fundamental la monografía de MENTXACA, R., *La pignoración de colectividades en el Derecho romano clásico*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1986.

⁶ Sobre la inscribibilidad del precontrato en el Registro de la Propiedad ha escrito recientemente A. PAU en su magnífica monografía, *La prioridad registral: un nuevo enfoque*, 2004, pp. 182-185.

⁷ Fruto de una labor privada de «codificación», el modelo del Uniform Commercial Code norteamericano (de aquí en adelante, «UCC») no solo ha sido acogido por todas las legislaciones de todos los estados de la Unión —incluso en Luisiana, de tradición romanista— sino que goza de una enorme popularidad y una fuerza expansiva internacional que es absurdo negar. No hay año en que no ingresen nuevos estados en el «club». Ya no se trata tan solo de las diversas legislaciones estatales de Canadá (una Personal Property Security Act en cada provincia; especialmente también en la de Québec) o de la legislación australiana (Australia Personal Property Securities Act. 2009) o la de Nueva Zelanda (New Zealand Personal Property Securities Act 1999). En nuestra propia área cultural acaba de aprobarse, en febrero de 2002, por la Organización de los Estados Americanos, una Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias afiliada a este modelo y, cuando esto escribo, las propias Naciones Unidas, a través de una de las comisiones de trabajo de UNCITRAL, está elaborando una Guía legislativa sobre el particular; Guía en que la inspiración en Derecho norteamericano ofrece pocas dudas. No está de más recordar que existen otras iniciativas internacionales similares, como la representada por la Ley Modelo del *European Bank for Reconstruction and Development* para los países de Europa del Este (European Bank's Model on Secured Transactions); por no citar otros casos más exóticos como es el de la Ley uniforme de la *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droits des Affaires* (OHADA).

El artículo 9, que lleva el título de «operaciones garantizadas» («secured transactions»), es el más complejo y probablemente el más estudiado e influyente de cuantos contiene el famoso «Código». La aportación científica fundamental en esta materia es la de Grant GILMORE, cuya obra clásica, en dos volúmenes, *Security interests in Personal Property*, Little, Brown & Company, 1965, aunque desfasada ya, sigue siendo de obligada lectura. La redacción original del famoso «artículo 9» que data de 1962 ha sido objeto de numerosas revisiones. La reciente revisión, que entró en vigor el 1 de julio de 2001, es la que ahora se cita. Con algunas diferencias entre los diferentes estados, el artículo 9 ha sido incorporado al Derecho positivo de todos ellos; aunque no en Puerto Rico. Existe una literatura científica abundantísima. Me parece recomendable por su carácter pedagógico el libro de H. J. BAILEY III - R. B. HAGEDORN, *Secured Transactions*, West Nutshell Series, St. Paul Minn., 2000. En el marco de un comentario general pueden merecer la pena la lectura de: WHITE and SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, 5 ed., Student Ed., West Publishing Co., 2000; STONE, *Uniform Commercial Code in a Nutshell*, 4 ed., West Publishing Co., 1995; HART, F. M. - MARTIN, N., *Secured Transactions*, Emanuel Law Outlines, Wolters Kluwer, 2 ed., 2011 o el de WHITE, J.; SUMMERS, R. S., *Principles of Secured Transactions*, Thomson West, 2007. Para el que tenga paciencia o que quiera experimentar las delicias del método pedagógico

americano de casos puede resultar interesante la lectura del moderadamente fatigoso libro de J. O. HONNOLD-S.L.HARRIS-Ch.W.MOONEY, Jr., *Security interests in Personal Property. Cases, Problems and materials*, 3 ed., University Casebook Series, Foundation Press, New York, 2001. Existe una revista especializada que conviene consultar: la *Uniform Commercial Code Law Journal* en donde se publican artículos especializados sobre la interpretación del «Código». Con todo, la obra fundamental es la «interpretación auténtica» que se contiene en la edición del *Uniform Commercial Code. Official Text and comments*, en donde se contienen comentarios detallados y «oficiales» de las «normas». Tengo la edición de 2003 editada por THOMPSON-WEST. Existe una valiosísima traducción española de todo el UCC en GARRIDO, J. M.^a, *Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos*, Marcial Pons, 2002.

En Derecho comparado, me parecen muy interesantes las monografías dedicadas al examen del sistema del UCC desde otras perspectivas jurídicas; desde los diferentes ordenamientos nacionales, algunos con una muy distinta tradición jurídica. Me limitaré a indicar las siguientes obras: EIGENMANN, A., *L'effectivité des sûretés mobilières*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, en donde se hace un estudio crítico del Derecho suizo a la luz del norteamericano; J.-F., RIFFARD, *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, LGDJ, París, 1997 y A-M, MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, París, 1990, donde se hace lo propio desde la perspectiva del Derecho francés; PAU ALI, *The Law of secured finance. An international Survey of Security Interests over Personal Property*, Oxford University Press, 2002, en que se afronta el examen comparativo de los Derechos del Common Law fuera de EE.UU. (Reino Unido, Australia, Canadá, Nueva Zelanda, Hong Kong, Malasia, Singapur).

La experiencia norteamericana es fundamental en todo el Derecho proyectado internacional de garantías mobiliarias. Aquí, déjese solo citar el número dedicado a las garantías mobiliarias de la *Uniform Law Review. Revue de Droit Uniforme*, Unidroit, vol. VII, año 2002-1, donde se contienen los textos de los más recientes Instrumentos de Derecho uniforme tradicional además de importantes artículos que permiten hacerse una idea del estado de la cuestión en Derecho comparado.

Por último, no quiero dejar de señalar la inmensa labor que están desarrollando las Naciones Unidas a través de su Comisión para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, UNCITRAL). En el portal del organismo (www.uncitral.org) pueden fácilmente localizarse los documentos elaborados por un grupo de trabajo (el «Grupo de Trabajo/Working Group VI») sobre «garantías reales». Me parece fundamental la atenta lectura de los diversos documentos, algunos con varias versiones, de los diversos capítulos del Proyecto de Guía legislativa de operaciones de garantía y cuyos textos pueden encontrarse traducidos al español en el mismo portal. En su primer periodo de sesiones, celebrado en Nueva York, del 20 al 24 de mayo de 2002, el Grupo de Trabajo VI del UNCITRAL tuvo a su disposición un primer anteproyecto de guía legislativa. Todavía se sigue trabajando en él. Se supone que la Guía legislativa servirá de ayuda a los diferentes estados para incorporar un Derecho uniforme de garantías que no oculta la influencia del UCC norteamericano.

⁸ Muy probablemente, la distinción en las cosas complejas entre lo que son «partes integrantes» de un lado y, por otro, las «pertenencias» sea mérito del Derecho alemán: *vid.* & 97 BGB. En todo caso, la hipoteca inmobiliaria se extiende a pertenencias: *cfr.* & 1120 BGB. El Código Civil italiano vigente, en los artículos 817, 818 y 819, admite la clasificación entre elementos integrantes y pertenencias. En el primer artículo se establece que las pertenencias son «las cosas destinadas permanentemente al servicio u ornato de otra cosa. La destinación puede ser efectuada por el propietario de la cosa principal o por el titular del derecho real sobre la misma». El artículo 818 CC admite la posibilidad de que las pertenencias puedan ser objeto de actos y relaciones jurídicas de forma independiente. *Vid.* por todos, ANDREOLI, G., *Le pertinenze*, Padua, 1936; BIONDI, B., *Los bienes*, 2.^a ed., Bosch, pp. 193-222. La doctrina española, al referirse a las pertenencias inmobiliarias emplea indistintamente la nomenclatura germano-italiana o la denominación alternativa, inspirada en la regulación del artículo 334 CC, de «inmuebles por destino». *Vid.* por todos: CLAVERÍA GOSÁLVEZ, «Las pertenencias

en Derecho privado español», *ADC*, 1976, pp. 3-53 y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., *La hipoteca y los bienes inmuebles por destino*, Mc Graw Hill, 1996, passim. Importada la categoría de «pertenencia» o «bien mueble pertenencial» entre nosotros a partir de la reforma hipotecaria de 1909 (insinúa la distinción entre parte integrante y pertenencia la RDGRN de 15 de junio de 1929), la doctrina de la DGRN emplea ya sin empacho el término en su sentido técnico: *vid.* una ilustrativa explicación histórica en las RRDGRN de 19 de noviembre de 1943 y, más recientemente, en la de 5 de mayo de 2000. Acerca del concepto de pertenencia, *vid.* el estudio de BONET al comentar la resolución de 1943 en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1944, núm. 175, I., p. 460. A veces, el propio TS prefiere este término de «pertenencia» al de «inmueble por destino»: cfr. entre otras las SSTs de 3 de julio de 1987 y de 21 de diciembre de 1990. En fin, la Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima, en su artículo 60 distingue con todo rigor en el buque como cosa compleja entre «parte integrante» y «pertenencias».

⁹ Así, con razón: GARCÍA GARCÍA, J. M., en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, artículo 1877, 1991, p. 1910.

¹⁰ A pesar de que la bibliografía sobre la cuestión empieza a ser importante, no se puede decir que exista una doctrina clara. Puede verse entre otros trabajos: BONET, R., Comentario a la Resolución de la DGRN de 19 de noviembre de 1943, *RGLJ*, núm. 175, 1944, pp. 459 y sigs.; BLASCO GASCÓ, F., *Objeto de la hipoteca y ejecución hipotecaria. Doctrina y Jurisprudencia*, Valencia, 1994, pp. 112 y sigs.; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LOPEZ, M., *Tratado de los Derechos de garantía*, Tomo I, Thomson Aranzadi, 2 ed., 2008, pp. 777 y sigs.; CARRASCO PERERA, A., «Tres cuestiones sobre hipotecas e instalaciones fotovoltaicas», *La Ley* núm. 7518, 2010; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., *Extensión objetiva de la Hipoteca Inmobiliaria*, Monografía RdPatrimonial, Aranzadi, 2012, passim; COSSÍO Y CORRAL, El sistema mobiliario registral, Centenario de la Ley del Notariado, vol. II, Madrid, 1962, pp. 464 y sigs.; DORAL GARCÍA DE PABLOS, J. A., *La fase de seguridad en la hipoteca*, Pamplona, 1967, pp. 79 y sigs.; EGEA IBÁÑEZ, R., «Los bienes inmuebles por destino: la maquinaria industrial», *RCDI*, enero-febrero 1973, pp. 23-46; FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El Registro de Bienes Muebles*, Pons, 2004, pp. 157 y sigs., y pp. 215 y sigs.; GARCÍA-RIPOLL MONTIJO, M., Reservas de dominio sobre pertenencias de una finca o establecimiento», en AA.VV., CARRASCO PERERA (dir.), *Tratado de la Compraventa*, Aranzadi, 2013, Capítulo 55, pp. 631 y sigs.; GÓMEZ-ACEBO, «La Hipoteca de establecimiento mercantil, *RDM*, 1995, pp. 139 y sigs.; GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C. J., Comentarios a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, Aranzadi, 1996, pp. 171 y sigs.; GULLÓN BALLESTEROS, A., Cuestiones de preferencia en la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, *ADC*, 1964, pp. 771-796; MONTSERRAT VALERO, A., Comentario a la RDGRN de 21 de noviembre de 1998, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 51, 1999, pp. 931-944; MORO ALMARAZ, M. J., Nulidad de Hipoteca Inmobiliaria. Extensión legal de la hipoteca inmobiliaria ex artículo 111. Extensión convencional, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 56, 2001, pp. 635-654; RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. E., Garantías reales sobre bienes muebles comprados a plazos, *ADC*, núm. 3, vol. 64, 2011, pp. 898-1040; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., Perspectiva actual de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento en relación con la venta a plazos de bienes muebles, *RCDI*, 1967, pp. 677-718; MUÑOZ SECA, J., La hipoteca mobiliaria (hipoteca de maquinaria industrial), *RDN*, 1959, pp. 377 y sigs.; POVEDA MARTÍN, «Interpretación y cumplimiento del artículo 2.º de la ley sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión», *RCDI*, 1961, pp. 937-945; SAAVEDRA MONTERO, E., *El objeto hipotecado y la extensión objetiva de la hipoteca*, Dykinson, 1999, pp. 118 y sigs.; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., *La hipoteca y los bienes inmuebles por destino*, Mac Graw Hill, 1996; VALLET DE GOYTISOLO, «Pignus tabernae», *ADC*, octubre-diciembre, 1953, pp. 783-839; *idem*, La Ley de 16 de diciembre y su reglamento de 17 de junio de 1955 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, *ADC*, 1955, pp. 1227 y sigs.; IDEM, Planteamiento de las cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hi-

poteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión», *RDN*, abril-junio 1955, pp. 80 y sigs.; VIOLA SAURET, J., Los problemas registrales de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento a través de los principios hipotecarios, *AAMN*, Tomo XI, pp. 402 y sigs.

¹¹ *Op. cit.*, p. 118.

¹² Es lugar común en la doctrina y en las RRDGRN la afirmación de que los bienes inmuebles por destino deben pertenecer al propietario: RRDGRN 16 de noviembre de 1998 y 5 de mayo de 2000. Ya en la STS de 7 de julio de 1900 se defendió que los bienes muebles habían de pertenecer al propietario y no, por ejemplo, al arrendatario.

¹³ *Vid.* por todos: BIONDI, B., *Los bienes*, *op. cit.*, pp. 87 y sigs.

¹⁴ Tempranamente, la STS de 1 de diciembre de 1917. Luego, muchas otras y con mayor claridad: así, la STS de 14 de marzo de 1986 al afirmar que no era necesario «para su validez y eficacia que en el mismo (título) se especifiquen los muebles, enseres y utensilios que a título de accesorios, elementos integrantes, pertenencias, etc., sean propios de la industria a cuya explotación o desarrollo se destinan». Lo mismo se infiere de la STS de 6 de abril de 1995 y, más recientemente, de la STS de 28 de mayo de 2007.

¹⁵ Cfr. ROCA SASTRE, R. M.^a, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., y BERNÀ I XIRGO, J., *Derecho hipotecario*, 9.º ed., tomo IX, Bosch, pp. 24 y sigs.; CARRASCO-CORDERO-MARÍN, *Tratado de los Derechos de garantía...*, *op. cit.*, p. 779.

¹⁶ Un sector de la doctrina sostiene que, al menos cuando los bienes muebles estén especificados en el título y en la inscripción, la separación de la cosa mueble del fundo hipotecado no puede venir en perjuicio de los derechos del acreedor hipotecario y en el entendimiento de que la hipoteca sujeta los bienes con independencia de donde estén o de quién los posea. *Vid.* BLASCO GASCÓ, *Objeto de la hipoteca...*, *op. cit.*, pp. 112 y 113; DORAL, *La fase de seguridad...*, *op. cit.*, pp. 79 y sigs.; GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, *Comentarios a la Ley de Hipoteca Mobiliaria...*, *op. cit.*, pp. 178 y sigs.; SAAVEDRA MONTERO, *El objeto hipotecado...*, *op. cit.*, p. 122 o VIOLA SAURET, Los problemas registrales de la hipoteca mobiliaria..., *op. cit.*, pp. 422 y sigs.

¹⁷ CARRASCO-CORDERO-MARÍN, en *Tratado de los Derechos de garantía...*, *op. cit.*, p. 782, parecen ser de esta opinión, si no les entiendo mal.

¹⁸ Tenemos así el tradicional «problema de los tractores» suscitado en su día por Lacruz Berdejo. Los tractores, remolcadores etc. que se emplean en las faenas agrícolas, caso en varias explotaciones, incumplen de seguro alguno de los requisitos para su hipotecabilidad exigidos por los artículos 42 y sigs. Ley para la hipoteca de *maquinaria industrial*. Además, si se emplean exclusivamente dentro de una explotación pueden lícitamente carecer de matrícula conforme a la normativa de tráfico (= no son hipotecables como «vehículo de motor») *ex art.* 12 Segundo en relación con los arts. 34 y sigs. Ley). Aunque Lacruz opta entonces por la solución científicamente coherente de entender a los tractores como bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria (por analogía al supuesto de hecho y en atención a su posible individualización), me parece claro que el legislador sigue el camino de encuadrarlos dentro de la prenda sin desplazamiento agrícola *ex artículo* 52.4 LHM.

La máquina, cualquier máquina, que no sea hipotecable pueda sujetarse como bien perfectamente individualizado a una prenda sin desplazamiento. La doctrina no siempre parece advertir que tanto en la hipoteca de establecimiento con extensión legal a maquinaria *ex artículo* 21 b) LHM y PSD como en la propia prenda sin desplazamiento sobre maquinaria *ex artículo* 53. Primero LHM y PSD son posibles dos formas diferentes de sujeción a gravamen: con individualización/reipersecutoriedad y sin individualización y sin reipersecutoriedad (constitución *sub specie universitatis*). Lo mismo vale para las máquinas de reemplazo: los bienes futuros pueden quererse sujetar como bien específico o con determinación genérica.

Semejante cosa ocurre con los animales o con los bienes de colección que pueden ser pignoralizados en su individualidad específica.

Es bien sabido que animales y bienes de colección pueden darse en prenda sin desplazamiento *ex artículos* 52. Tercero y artículo 54 LHM y PSD, respectivamente. Pues bien, aunque el legislador presupone que los animales se gravan «como género» o formando parte

de un rebaño, piara, yeguada ...o en su conjunto (el viejo *pignus gregis* del Dig 20, 1, 13) y lo mismo pasa con los bienes de colección que son gravables como un todo dinámico, nada parece deba obstar a que las partes quieran sujetar a gravamen el caballo pura sangre «Lucero» o el «Monet» de la colección. Téngase presente que, con el actual estado de la técnica, y muy especialmente con la rigurosa normativa que existe en materia de trazabilidad animal y de productos agro-alimentarios, es posible y hasta obligatorio identificar bienes que el legislador del siglo pasado consideraba de muy difícil/imposible identificación individual. En el extremo, una piara de cerdos o de vacas puede gravarse en su conjunto y sin individualizar la res (como si se dijere, todos los animales que hubiere en tal cuadra, establo, cochiguera ...) o, incluso, bien a bien... por sus crótalos. Porque los crótalos —o el sistema de identificación correspondiente del perro o gato como animal doméstico— funcionan a estos efectos como un número de serie que se inserta de forma indeleble o inseparable en el animal lo que permite excluir su confusión con otros animales de la misma especie aunque estén juntos. Y lo mismo cabe decir de un cierto cuadro, escultura, medalla, etc... que pueden incluso estar catalogados administrativamente.

Además, tratándose de conjuntos de bienes muebles corporales pueden darse en garantía mobiliaria, dentro del mismo conjunto, algunos bienes específicamente y otros en su determinación genérica.

Puede así darse en prenda sin desplazamiento (porque no es posible constituirse sobre el mismo una hipoteca mobiliaria) un conjunto de bienes de los cuales algunos sean identificados *in genere* junto con otros bienes, que formen también parte integrante del mismo conjunto, pero que interesa sujetar individual o específicamente.

Tomemos el supuesto examinado en la RDGRN de 2 de abril de 2013 en que se pretendió constituir una hipoteca mobiliaria de maquinaria industrial sobre ciertos bienes que sí se individualizaban separadamente con los datos correspondientes a cada uno de ellos. Al conjunto de tales máquinas se pretendieron agregar dentro de la misma hipoteca de maquinaria hasta 56 objetos inventariados conjuntamente en una lista y sin la necesaria identificabilidad individual exigible para la hipoteca de maquinaria (se hablaba de escalera doble de seis peldaños, mini amoladora, polipasto eléctrico, etc...). El Centro Directivo desestimó el recurso y dio la razón al Registrador en el entendimiento de que la hipoteca mobiliaria hubiera exigido una singular individualización. En realidad, para solucionar este obstáculo hubieran podido constituirse dos garantías: una hipoteca mobiliaria sobre la máquina y una prenda sin desplazamiento sobre el resto. Pero también, hubiera podido constituirse una sola garantía mobiliaria bajo la forma de la prenda sin desplazamiento sobre todo el conjunto y de suerte que el bien principal estuviese perfectamente individualizado y el resto, con imperfecta identificabilidad.

¹⁹ Coincide con lo defendido en su día por G. ANDREOLI en su obra clásica, *Le pertinenza*, Padova, 1936, pp. 362 y sigs. Parecen seguir a dicho autor, entre nosotros, VALLET DE GOYTISOLO, Planteamientos y cuestiones generales..., *op. cit.*, pp. 80 y sigs. y ROCA SASTRE, Derecho hipotecario..., *op. cit.*, p. 27.

²⁰ El § 1121 del BGB puede traducirse así: «Los productos y otras partes integrantes de la finca, así como las pertenencias, quedan libres de responsabilidad si son enajenadas y separadas de la finca antes de que hayan sido ejecutadas en beneficio del acreedor (...). Si la enajenación se realiza antes de la separación, no puede alegar el adquirente frente al acreedor la circunstancia de su buena fe en relación con la hipoteca. Si el adquirente separa las cosas muebles de la finca, el apremio realizado antes de la separación solo es eficaz frente a aquel si no es de buena fe en el momento de la separación».

²¹ Esta cuestión se examina con detalle, con cita de autores a favor de una y de otra tesis, en la monografía de SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, La hipoteca y los bienes inmuebles por destino, *op. cit.*, pp. 137 y sigs., lo que me exime de un estudio más detallado que ahorro al lector de este trabajo.

²² Que sepa, ni siquiera la LHM y PSDPS es original en este punto; puesto que no faltan antecedentes históricos de su artículo 75. La Ley de prenda industrial de 17 de marzo de 1940, por ejemplo, exigía como requisito de constitución de dicha garantía no solo que la

maquinaria perteneciera en pleno dominio al prestatario, sino, también, la constancia en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la inscripción del inmueble, de la constitución de la garantía sobre un bien —la maquinaria afecta— que el legislador entendía no formaba parte de la finca; contra lo que establecía y establecía todavía el artículo 334 CC (art. 2).

²³ La expresión es de COSSÍO, *op. cit.*, p. 464.

²⁴ *Vid.* el modelo IX de nota marginal haciendo constar la constitución de hipoteca mobiliaria entre los modelos del Anexo del RHM y PSD.

²⁵ Esta situación ya fue advertida por VIOLA SAURET, Los problemas registrales..., p. 437. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA —*La hipoteca y los bienes inmuebles por destino...*, pp. 207 y sigs.—, parece dar por supuesto que la coordinación inter-registral no es posible o que no debe practicarse. No lo creo así; mucho más ahora cuando por mandato de la Ley todos los Registros a cargo de los Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles deben estar interconectados incluso telemáticamente. RÍOS MOSQUERA en: *Suplemento de la RCDI*, núm. 700, 22 de septiembre de 1955, p. 74, ya defendió en su momento la solución consistente en la remisión de un «oficio» por el Registrador de Bienes Muebles (antes, el de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento) a su colega de Propiedad.

²⁶ Así en VALLET, *Planteamiento y cuestiones generales...*, p. 86.

²⁷ Por otra parte, el «perjuicio» de la garantía real mobiliaria que se ha descrito puede suponer dos cosas bien distintas: o la postergación en rango o, incluso, la nulidad radical y absoluta *ex* artículo 2 LHM y PSD de la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento que, no obstante, presentadas antes en el Registro de Bienes Muebles, solo con posterioridad, o nunca, acceden al Registro de la Propiedad y cuando antes se «cuela» una hipoteca inmobiliaria con pacto de extensión. Es mi opinión que tal solución radical resulta inadmisibles: solo —que ya es mucho, soportará una postergación en rango la garantía real mobiliaria. *Vid.* también: VIOLA SAURET, *op. cit.*, pp. 436 y sigs.; GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, *op. cit.*, p. 176; CARRASCO PERERA-CORDERO, LOBATO-MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 777; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *op. cit.*, p. 201.

²⁸ Así en GARCÍA GARCÍA, J. M., *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro mercantil*, 3.ª ed. Civitas, 2001, p. 2300, nota al artículo 75.

²⁹ Existe, además, todavía, una restricción objetiva de gravamen mobiliario sin desplazamiento posesorio para el caso de bienes (muebles registrables) que estuvieren en proindivisión o pertenecieren en usufructo y en nuda propiedad a varios titulares. Según el artículo 1.2 LHM y PSD, tales bienes solo podrán hipotecarse o pignorar en su totalidad y mediante el consentimiento de todos los partícipes. Tal norma carece en absoluto de justificación, es contraria a todo nuestro Derecho civil e hipotecario y por ello debería ser suprimida.

Según la Exposición de Motivos de la Ley, el legislador creyó conveniente no permitir la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento de ciertos bienes que, pudiendo serlo por su naturaleza, se hallaren en «situaciones jurídicas especiales» aún reconociéndose la ausencia de inconvenientes técnicos para ello. Por supuestas y nunca justificadas razones «prácticas», la Ley prohíbe la hipoteca/prenda de cuota indivisa sobre bien registrable y obliga al comunero a hipotecar la totalidad del bien con el consentimiento de todos los demás partícipes; lo que es tanto como decir que se le obliga a conseguir otros tantos hipotecantes aunque no sean deudores. La DGRN ha interpretado incluso que ni siquiera está permitido que el dueño de la totalidad hipoteque una cuota indivisa de su bien; aunque tal supuesto no entre dentro del tenor literal del supuesto de hecho del precepto (*vid.* RDGRN 29 de noviembre de 1995 en el supuesto de una hipoteca de cuota indivisa de marca; a la sazón, la cabecera de un periódico). No es necesario recordar que nuestra legislación hipotecaria —por cierto que invocada como supletoria en la disp. ad. 3.ª LHM y PSD— permite expresamente la hipoteca de cuota, como permite también la hipoteca de usufructo (cfr. arts. 216 y 217 RH; art. 107.1.º LH). El propio Código Civil reconoce expresamente al comunero la legitimación para hipotecar su parte, de suerte que los efectos de la hipoteca queden limitados a la porción que se le adjudique al cesar la comunidad (cfr. art. 399 CC). Por si fuere poco, a menos que se entienda que la Ley crea un supuesto adicional de inembargabilidad no contemplado en la LEC, lo que me parece

ir muy lejos, no hay motivos para entender que es imposible el embargo de cuota indivisa de bien registrable, gravamen inscribible en el Registro de Bienes Muebles *ex* artículos 68 d) LHM y PSD y 34 y 39 RHM y PSD.

³⁰ GULLÓN BALLESTEROS (en «Cuestiones de preferencia...», *op. cit.*, p. 783), escribió en su día que «*hubiera sido un acierto de la LHM el contener unas inscripciones de referencia en el Registro de Hipoteca Mobiliaria cuando al amparo del artículo 111 de la LH se hubieran hipotecado pertenencias susceptibles de hipoteca mobiliaria independiente o prenda sin desplazamiento. De este modo se evitaría, salvo error o negligencia del Registrador, el fenómeno que trata de prohibir el artículo 21 LHM*. En igual sentido, con referencia a la hipoteca de establecimiento: GÓMEZ-ACEBO, *op. cit.*, pp. 139 y sigs. En realidad, el problema se evitaba con buena técnica registral a través de la correcta extensión del deber de calificación del RBM: como revelan las propias RRDGRN, el Registrador de Bienes Muebles consultaba de oficio el Registro de la Propiedad para comprobar si el inmueble estaba hipotecado bajo el pacto del artículo 111.1.º LH.

³¹ En dicho precepto se trata de la colisión entre garantías mobiliarias de la Ley de 1954 y la reserva de dominio de la LVP. El Registrador de Bienes Muebles de quien se solicita una inscripción de hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento debe contrastar la posible existencia de una reserva de dominio sobre los mismos bienes. Una vez inscrita una hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento, si posteriormente llegara a inscribirse una reserva de dominio sobre los mismos bienes previamente gravados, el Registrador de Bienes Muebles ha de hacer constar en la inscripción la sujeción del bien a las garantías anteriormente constituidas.

³² La bibliografía es abundantísima. Déjeseme citar tan solo las siguientes publicaciones: ALI, PAU, *The Law of Secured Finance*, *op. cit.*, pp. 114 y sigs.; GOWER AND DAVIES, 8th ed., *Principles of Modern Company Law*, Thomson, London, 2008, pp. 1196 y sigs.; FERRAN, E., *Company Law and Corporate Finance*, Oxford, 1999, pp. 507 y sigs. Una buena exposición del estado de la cuestión: MOKAL, R., *The Floating Charge. An Elegy, Commercial Law and Commercial Practice*, Sarah Worthington, ed., Oxford: HART, August 2003.

³³ Tesis defendida por la mayoría de los autores. Por todos: GARCÍA GARCÍA, J. M., *Comentario del Código Civil*, *op. cit.*, p. 1910; ROCA SASTRE-ROCA-SASTRE MUNCUNILL-BERNÁ I XIRGO, *Derecho hipotecario...*, *op. cit.*, p. 28; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *Reservas de dominio sobre pertenencias...*, *op. cit.*, p. 634; CARRASCO-CORDERO-MARTÍN, *Tratado de los derechos de garantía*, II, *op. cit.*, p. 498.

³⁴ Por todos: GULLÓN, BALLESTEROS, A., «Cuestiones de preferencia ...», *op. cit.*, pp. 781 y sigs.

³⁵ *Vid.* FERNÁNDEZ CARRÓN, C., *Tercería de mejor derecho*, La Ley, 2010, capítulo 1.1.2. Créditos vinculados a bienes muebles.

³⁶ Así en ZUMALACARREGUI, *El registro de reservas de dominio...*, *op. cit.*, p. 559; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley de venta a plazos...*, *op. cit.*, p. 290.

³⁷ Como es de sobra conocido, bajo la Ley 50/1965 fueron defendidas dos grandes tesis acerca de la naturaleza jurídica de la reserva de dominio. Según la teoría clásica, la reserva de dominio constituía una auténtica reserva de la propiedad a favor del vendedor y el pago del precio se configura como una condición suspensiva de la transmisión del dominio al comprador. Esta interpretación ha sido acogida por el redactor de la Ordenanza del Registro de Bienes Muebles a Plazo (cfr. Orden de 19 de julio de 1999; art. 4) y por gran parte de la doctrina española y de nuestra Jurisprudencia. *Vid.* entre otros: CABANILLAS GALLAS, *Defensa en Cortes del Proyecto de Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos, RCDI*, 1965, pp. 1150; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 111 y sigs.; TORRES LANA, *Notas críticas a la Ley de Ventas de Bienes Muebles a Plazos, RDP*, 1975, p. 631; ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, pp. 363 y sigs.; CANDIL CALVO, *Pactum reservati domini*, Madrid, 1915, pp. 72 y sigs. También la jurisprudencia se ha decantado mayoritariamente por esta tesis (entre otras, las SSTs de 10 de junio de 1958; 19 de octubre de 1982, 11 de

julio de 1983, 19 de mayo de 1989, 23 de febrero de 1995; 12 de julio de 1996 o 28 de abril de 2000).

El Prof. BERCOVITZ formula por primera vez la teoría que concibe a la reserva de dominio como una suerte de garantía real. Vid. *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid, Moneda y Crédito, 1971, pp. 45 y sigs.; IDEM, en *Comentarios a la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos*, Madrid, Montecorvo, 1977, pp. 170 y sigs. Otros autores han seguido esta tesis: BALDO DEL CASTAÑO, *Régimen jurídico de la venta a plazos. Particular estudio de sus garantías*, Madrid, Tecnos, 1974, pp. 188 y sigs.; LOBATO GARCÍA-MIJÁN (*La reserva de dominio en la quiebra*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 33 y sigs., ROJO AJURIA, *Las garantías mobiliarias. Fundamentos del Derecho de garantías mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América*, ADC, 1989, III, pp. 75, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Perspectiva actual de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento en relación con la venta a plazos de bienes muebles*, RCDI, 1967, pp. 698 y sigs.; DE LA CUESTA RUTE, *Aspectos de la protección del vendedor en la compraventa a plazos ante la suspensión de pagos del comprador*, *La Ley*, 1982-4, p. 326), o AMORÓS GUARDIOLA (*El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles*, RCDI, 1972, p. 33).

Se ha defendido en fin que la reserva de dominio opera como una condición resolutoria, en el sentido de que la propiedad del bien se transmite al comprador, pero retornará de nuevo al vendedor si se cumple una determinada condición: el impago de los plazos por el comprador, Vid. la STS de 16 de marzo de 2007 y, entre otros, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, Madrid, Civitas, 1995, p. 786; CASAS VALLÉS, *La reserva de dominio en la venta de inmuebles. Apuntes sobre la naturaleza jurídica a la vista de alguna sentencia del Tribunal Supremo*, RJC, 1986, p. 607.

El tratamiento que la nueva LVP de 1998 hace de la reserva de dominio difiere sustancialmente del que se contenía en la vieja Ley de 1965. Efectivamente, tanto la nueva regulación contenida en la LEC (a propósito de la garantía sumaria de los derechos del acreedor por el procedimiento verbal previsto en los arts. 250.1.10.º y 250.1.11.º) así como la deficiente regulación concursal del «privilegio especial» (según el art. 90. 1.4.º LC) hacen pensar más bien que el legislador considera a estos mecanismos como funcionalmente análogos a una garantía real (el vendedor no es aún dueño en fase de seguridad) o, mejor quizás, una venta en garantía (*fiducia cum creditore*). No obstante, siguen existiendo defensores de la tesis clásica. La doctrina es abundante. Déjeseme citar dos estudios recientes que repasan con detalle la discusión: MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario a la STS de 5 de mayo de 2005. Contrato de financiación a comprador de bienes muebles con reserva de dominio inscrita. Inadmisión de tercera de dominio ejercitada por el financiador. Posibilidad de considerar esa reserva de dominio como un supuesto de venta en garantía», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2006, núm. 70, pp. 427-445; GALICIA AIZPURÚA, G., *Fiducia, leasing y reserva de dominio*, Reus, 2014, esp. pp. 179 y sigs.

³⁸ ROCA SASTRE-ROCA SASTRE MUNCUNILL-BERNÀ I XIRGO, *Derecho hipotecario...*, *op. cit.*, p. 26.

³⁹ En *Comentario al artículo 1.877 del Código Civil*, *op. cit.*, p. 1910.

⁴⁰ En cambio, en la STS de 21 de diciembre de 1990 se admite la extensión objetiva de la hipoteca a un bien que en el momento de la constitución estaba sujeto a reserva de dominio que había sido cancelada por pago completo del precio asegurado cuando se procedió a la ejecución de hipoteca. Vid. OCAÑA RODRÍGUEZ, *Garantía de la venta a plazos...*, *op. cit.*, pp. 97 y sigs.

⁴¹ Por todos: CARRASCO PEREA-CORDERO LOBATO-MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los Derechos de Garantía*, *op. cit.*, p. 519.

⁴² FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El Registro de Bienes Muebles...*, *op. cit.*, pp. 209 y sigs. Ese mismo criterio se sigue por CARRASCO-CORDERO-MARÍN, *Tratado de los Derechos de garantía*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 781 y sigs. En el Tomo II dedicado a las garantías mobiliarias, en el mismo sentido, *vid.* p. 498 con cita del primero.

⁴³ Ciertamente, comparto con CARRASCO PERERA, que la doctrina es «arriesgada». pero, en mi opinión, fundada. En realidad, se presuponen algunas cosas, pero todas sensatas: que existe espacio normativo para la reserva de dominio habilitado por las Leyes 6/1995 (Ley del Comercio Minorista) y 3/2004 (Ley contra la Morosidad), que ello no provoca inconsistencias sistemáticas en la LVPBM y, en fin, que esta atípica reserva goza de los privilegios, concursales y extraconcursales, de la reserva clásica. *Vid.* CARRASCO PERERERA, A., Reservas de dominio sobre universalidades de bienes (stocks de vehículos) destinados a la reventa al público, *La Ley*, núm. 7964, 2012.

⁴⁴ Precisamente, el derogado artículo 2.º LHM y PSD contemplaba una excepción a la prohibición de dar en prenda o hipoteca mobiliaria bien muebles cuyo precio no estaba aún satisfecho en el caso en que la garantía mobiliaria precisamente se constituía para asegurar el pago del precio.

⁴⁵ *Vid.* RIFFARD, J.-F., *Le security interest...*, *op. cit.*, p. 340.

*(Trabajo recibido el 20-1-2015 y aceptado
para su publicación el 6-2-2015)*

Contratos de arrendamiento sujetos al
Decreto 100/1986, de 22 de octubre,
de la Comunidad de Madrid y venta
de promociones de viviendas: una
revisión doctrinal, jurisprudencial
y normativa

*Lease agreements subject to Decree
100/1986, of 22 October, Madrid
Community and sale of promotions
property: a review doctrine,
jurisprudence & Law*

por

DANIEL MONTERO FERREIRA
*Doctorando en Derecho Civil (UNED)**

RESUMEN: En este trabajo se analiza si ciertos contratos de arrendamiento celebrados sobre viviendas de promociones sin calificación de protección pú-

* Agradezco al Departamento de Derecho civil todas las facilidades y apoyo que me han prestado y, en especial, a su Director, el Catedrático de Derecho civil de la UNED, Prof. Carlos LASARTE ÁLVAREZ, así como a sus discípulas las Profesoras M.^a Fernanda MORETÓN

blica y referidos al Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre, por el que se regula la cesión en arrendamiento de las viviendas de Protección Oficial de Promoción Pública, pueden ser interpretados como de duración indefinida. Todo ello, con independencia de los incumplimientos contractuales de cualquiera de las partes y la preexistencia de una habilitación legal para la enajenación de las meritadas promociones.

ABSTRACT: In this investigation we analyze if leasing contracts involved, referring to Decree 100/1986 of 22 October, regulating the assignment lease of housing units of Public Promotion (and date before the law 29/1994, of 24 November, of Urban Leases) on housing developments without public protection rating, can be understood as undefined in terms of duration. Regardless of contractual breaches by either of the parts and the preexistence of legal authorization to dispose of the referred promotions.

PALABRAS CLAVE: Arrendamientos urbanos. Vivienda protegida. Sociedad mercantil local. Enajenación de viviendas por promociones completas.

KEY WORDS: Urban leasing. Protected housing. Local corporation. Housing for sale complete promotions.

SUMARIO: I. NOCIONES PREVIAS: LA VIVIENDA PROTEGIDA Y EL RÉGIMEN DE CESIÓN.—II. FUNDAMENTOS LEGALES DE LA ENAJENACIÓN DE PROMOCIONES DE VIVIENDAS, CON PROTECCIÓN PÚBLICA Y SIN ELLA, EN ARRENDAMIENTO DE MADRID CAPITAL: 1. REFERENCIA A LA VIVIENDA PROTEGIDA. 2. MENCIÓN A LA SOCIEDAD MERCANTIL LOCAL. 3. ENAJENACIÓN DE PROMOCIONES Y CESIÓN DE CONTRATOS. 4. DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE: TANTEO Y RETRACTO. 5. DE LA CONCRETA SOCIEDAD MUNICIPAL ENAJENANTE DE LAS PROMOCIONES.—III. SUPUESTOS DE INAPLICACIÓN DEL DECRETO DE LA CAM 100/1986, DE 22 DE OCTUBRE: 1. DE LA CALIFICACIÓN DE VIVIENDA PROTEGIDA. 2. EL SUPUESTO DE LA «DESCALIFICACIÓN». —IV. ANÁLISIS DE CIERTAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES: 1. LA TEMPORALIDAD DE LOS CONTRATOS ARRENDATICIOS. 2. ANTINOMIA JURÍDICA Y/O CONFLICTO DE LEYES. 3. APLICACIÓN DE LA LEY 29/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE ARRENDAMIENTOS URBANOS. 4. TÁCITA RECONDUCCIÓN.—V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS.

SANZ y Araceli DONADO VARA, Directoras de mi tesis doctoral, por el apoyo, revisiones y observaciones hechas en esta investigación.

I. NOCIONES PREVIAS: LA VIVIENDA PROTEGIDA Y EL RÉGIMEN DE CESIÓN

En general, las viviendas protegidas son aquellas fomentadas desde la Administración para facilitar su acceso a personas de escasos recursos económicos. A su vez, entre las viviendas protegidas, podemos distinguir la *Vivienda de Protección Oficial*, es decir, promovida por el Estado, y la *Vivienda con Protección Pública*, que es la categoría de vivienda protegida creada por la Comunidad Autónoma de Madrid.

En todo caso, adjudicadas las viviendas protegidas por los organismos encargados a sus beneficiarios, dicho disfrute o cesión de la vivienda, fundamentalmente, puede ser en régimen de alquiler o de compra-venta¹.

Recientemente, al redactar estas líneas, han visto la luz algunas notas de prensa donde se afirma que el Ayuntamiento madrileño planeó la enajenación de cinco inmuebles del centro de la ciudad a un fondo de inversión inmobiliaria². Las viviendas que integran tales inmuebles o promociones están, en su mayoría, cedidas en régimen de arrendamiento a inquilinos, y según se afirma, de economías muy precarias. Los contratos de arrendamiento suscritos entre aquellos arrendatarios y su propietario, la sociedad mercantil local encargada de la política municipal en materia de vivienda, están en su clausulado referidos y sometidos —en cierta forma— al Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre, por el que se regula la cesión, en arrendamiento, de las viviendas de Protección Oficial de Promoción Pública.

En efecto, parece que un sector, integrado básicamente por los propios inquilinos, sus asesores legales y asociaciones vecinales, considera que dicho Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre, les convierte en arrendatarios vitalicios, en tanto se mantengan las condiciones económicas por las que accedieron al piso, lo que —a su juicio— les otorga mayor protección frente a cualquier decisión municipal de enajenar dichas viviendas.

Jurídicamente, el supuesto de hecho se circunscribe a la determinación de si los contratos locativos implicados, referidos al Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre³, sobre viviendas de promociones sin calificación de protección pública, pueden entenderse o no de duración indefinida. Todo ello, al margen de los incumplimientos contractuales de cualquiera de las partes y la preexistencia de una habilitación legal para la enajenación de dichas promociones.

Al tiempo, otra de las cuestiones controvertidas se circunscribe a si resulta de aplicación el referido Decreto o, incluso, lo ha derogado la propia Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Dicho Decreto, según se expone en su Preámbulo, en parte, deroga y sustituye al Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de vivienda, estableciéndose ahora las condiciones básicas bajo las cuales los entes públicos titulares de viviendas de promoción pública ceden dichas viviendas en arrendamiento. Por tanto, se trata de cesión de viviendas de promoción

pública orientada, básicamente, hacia el sistema de venta a los adjudicatarios y aplicable, en exclusiva y como no podía ser de otra manera, a la Comunidad de Madrid.

Los contratos de arrendamiento fechados en los años noventa y, en todo caso, suscritos antes de la entrada en vigor de la LAU de 1994, esto es, 1 de enero de 1995, contienen una cláusula relativa a su duración, que establece que la duración del contrato de arrendamiento de la vivienda se prorrogará por periodos «bianuales» (sic)⁴ sucesivos, en el caso que el arrendatario continúe reuniendo el requisito exigido en el artículo 1 del Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre, y no sea titular o posea otra vivienda por compraventa, arrendamiento o cualquier otro título, en la Comunidad de Madrid.

El anterior pacto o cláusula contractual citada es, prácticamente, copia literal del artículo 3 del precitado Decreto, que, a su vez, establece en su primer precepto lo siguiente: 1: «Las viviendas de Protección Oficial de Promoción Pública solamente podrán ser cedidas en arrendamiento a personas cuyos ingresos anuales, unidos a los de los familiares que con ellas conviven, sean inferiores a 2,5 veces el salario mínimo interprofesional anual».

II. FUNDAMENTOS LEGALES DE LA ENAJENACIÓN DE PROMOCIONES DE VIVIENDAS, CON PROTECCIÓN PÚBLICA Y SIN ELLA, EN ARRENDAMIENTO DE MADRID CAPITAL

Respecto a la justificación de las sociedades municipales, en tiempos de crisis económica⁵, de vender parte de su parque inmobiliario⁶ para coadyuvar al saneamiento de sus cuentas, está directamente relacionada con que, en muchos casos, las rentas abonadas por los arrendatarios sean de escasa cuantía⁷.

En este contexto, es discutible que el principio general del Derecho de la buena fe⁸ o principios generales de los contratos, como el de la reciprocidad de las prestaciones contractuales, e intereses⁹, y el carácter conmutativo de los contratos onerosos, permitan sostener que el arrendatario no puede exigir del arrendador acometer reparaciones de carácter auténticamente rehabilitador. En este sentido, no debe aplicarse de forma mecánica, ni automática el artículo 21 de la LAU de 1994, pues en casos como el presente se podrían vulnerar no solamente los preceptos y principios indicados, sino la debida equidad contractual e, incluso, supondría un abuso del derecho y una actuación «inciviliter»¹⁰ del arrendatario, como ha reiterado la jurisprudencia y la jurisprudencia menor¹¹.

1. REFERENCIA A LA VIVIENDA PROTEGIDA

Téngase en cuenta que la protección oficial, estatal —según se haya denominado en cada momento—, a la vivienda, o más acertadamente, la promoción y acceso a

la vivienda, tiene su antecedente legislativo más inmediato en la Ley de 11 de junio de 1911, sobre Habitaciones Baratas, hasta la actualidad de forma ininterrumpida¹².

La fórmula estatal¹³ para incentivar, establecer ayudas o facilidades de acceso mediante compra, cesión o arrendamiento a sus inquilinos, emplea mecanismos más o menos similares. Sin embargo, los fundamentos en que se sustenta esta normativa, desde un punto de vista histórico-jurídico, son sensiblemente distintos. Dichas normas¹⁴ estaban encaminadas a atender necesidades de carácter social, pese a que en aquellos momentos aún no se habían reconocido derechos de carácter social. De modo que obedecía a la tutela singular de los ciudadanos más que al reconocimiento de derechos subjetivos.

Nuestra Carta Magna, en su artículo 47.1 sobre el «derecho a la vivienda» digna y adecuada, establece el deber programático de los poderes públicos para hacer efectivo tal derecho, dirigiendo el uso del suelo al interés general. Así declara: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación»¹⁵.

Baste recordar que los principios rectores de la política social y económica informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos; no pudiéndose exigir su cumplimiento. En este último sentido, las sociedades mercantiles anónimas de ámbito municipal deben procurar, en la medida de lo posible, promover las condiciones necesarias para hacer efectivo ese derecho.

La materialización de dicho principio rector ha sido asumida como competencia propia por muchas Comunidades autónomas, contando con el refrendo legitimador de la Sentencia del Tribunal Constitucional número 170/1989, de 19 de octubre¹⁶. En su virtud, buena parte de las normas reguladoras de la vivienda son de competencia autonómica y, como clarifica la Sentencia del Tribunal Constitucional número 61/1997, de 20 de marzo¹⁷, dictada en sendos recursos de inconstitucionalidad, queda básicamente restringida la potestad normativa del Estado a los principios esenciales del estatuto de la propiedad (inmobiliaria).

Consecuentemente, distintas Comunidades autónomas han aprobado diversas normas sin que entre ellas concurra un mínimo consenso sobre el concepto y calificación de Vivienda Protegida¹⁸.

Los planes estatales y autonómicos relativos a vivienda y suelo establecen unos requisitos determinados para que las edificaciones sean acreedoras de la calificación de Vivienda Protegida¹⁹.

2. MENCIÓN A LA SOCIEDAD MERCANTIL LOCAL

Una vez la vivienda goza de calificación definitiva de «protegida» en el régimen de que se trate²⁰, se le aplicaría la precitada reglamentación²¹, pero las

viviendas afectadas y que centran el objeto de este trabajo, no gozan de calificación alguna, simplemente son bienes inmuebles propiedad de una sociedad anónima con capital íntegro municipal²². Esta sociedad desarrolla la política de vivienda del Ayuntamiento de Madrid desde hace más de treinta años.

La Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la modernización del Gobierno Local, al modificar el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, contempló varios modos de gestión directa puestos a disposición de las corporaciones locales; aunque gestión directa en sentido estricto, evidentemente, es solo «la gestión directa por la propia entidad local». Las otras tres restantes (el organismo autónomo local, la mercantil local, cuyo capital es íntegramente municipal y la entidad pública empresarial local) más bien son formas de gestión instrumental, las cuales, por tanto, se desarrollan no ya por la Corporación local, sino por otro ente con personalidad creado, justamente, para atender la gestión en un ámbito o sector con responsabilidad del Ayuntamiento. O también, en palabras del artículo 85 de la propia Ley, en el ámbito de un servicio público local²³.

Por su parte atendido el contenido del artículo 85 ter²⁴, los Estatutos de dicha Sociedad recogen, que el régimen legal se acomodará íntegramente al «ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y a lo establecido en los presentes Estatutos»²⁵.

Por otro lado, «la Sociedad tendrá por objeto social la competencia municipal de promoción²⁶ y gestión de viviendas dentro de la competencia general establecida en el artículo 25-2.d de la Ley de Bases de Régimen Local, de acuerdo con las directrices municipales y coordinadas por su Consejo de Administración»²⁷.

De modo que, como expresamente estará recogido en los Estatutos de la sociedad mercantil local, forma parte de su objeto social la adquisición o transmisión de dominio sobre bienes inmuebles, dentro de su tráfico mercantil habitual.

Finalmente, respecto a la legislación aplicable al control financiero, se establece que «la Sociedad, en cuanto tal y sus órganos, quedan sujetos a la Normativa Reguladora de las Haciendas Locales, específicamente en lo que se refiere a la inspección de la contabilidad, controles financieros y de eficacia, previsión de ingresos y gastos, y programas anuales de actuación inversiones y financiación. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en la Ley de Sociedades Anónimas y demás disposiciones concordantes». Además, que «la Intervención General del Ayuntamiento de Madrid ejercerá las funciones de inspección, control interno y financiero en la Sociedad de acuerdo con la legislación vigente».

En este punto es también obligada una mención al vetusto Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, en su última redacción dada por el Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, por el que se modifica dicho Reglamento de 1955.

Una vez planteado el marco jurídico de dicha sociedad municipal encargada de la política de vivienda, corresponde, en su caso, la aplicación hermenéutica amplia y analógica. En su virtud, cabría colegir que, pese a que algunas promociones como las que nos ocupan carezcan de calificación de viviendas protegidas²⁸, la titularidad de dicha sociedad municipal autoriza a imputarle una «cuasi-calificación» o «pseudo-calificación» y, por ende, una finalidad social de destino.

Esta interpretación quebradiza y tomada —si se quiere— con hilvanes, no parece conciliar, ni tener acomodo legal, en el reparto competencial que de la Constitución se deriva para las Comunidades autónomas y otras entidades en materia de vivienda.

3. ENAJENACIÓN DE PROMOCIONES Y CESIÓN DE CONTRATOS

En cuanto a la enajenación de promociones de viviendas con protección pública, cedidas en arrendamiento y sitas en Madrid, ha de tenerse en cuenta tanto el artículo 20 del Decreto 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, como el artículo 18 del Decreto 74/2009, de 30 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid²⁹. Su texto establece que las Viviendas con Protección Pública para arrendamientos calificados definitivamente, podrán ser enajenadas por sus promotores, sean públicos o privados, por promociones completas y a precio libre, en cualquier momento del periodo de vinculación a dicho régimen de uso a nuevos titulares. Con todo, se requería la previa autorización³⁰ de la Consejería competente en materia de vivienda. Pero, por sentencia de 8 julio de 2013, el Tribunal Constitucional desestima el conflicto positivo de competencia planteado por la Comunidad de Madrid contra el Real Decreto 14/2008, de 11 de enero, con el que el Gobierno modificó las condiciones fijadas por el Ejecutivo madrileño para la venta de estas viviendas, avalando así la tesis que se defiende en el presente trabajo en favor de la venta de las viviendas protegidas. La norma origen del conflicto modificó el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, que aprueba el Plan Estatal 2005-2008, con el fin de favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda. Para ello, sustituyó el requisito de «autorización previa» para la venta de los inmuebles protegidos para el alquiler por el de mera «notificación» al órgano autonómico competente, en consonancia con la normativa europea y la nacional de transposición, «que tienden a privilegiar las declaraciones responsables o comunicaciones previas frente al sistema clásico de autorización».

Dicha enajenación lleva aparejada la cesión de los contratos de arrendamiento subyacentes, toda vez que los nuevos titulares se subrogan en los derechos y obligaciones del originario arrendador.

En este sentido, siguiendo al Profesor Lasarte (LASARTE ÁLVAREZ, 2011, 133) la cesión de contrato consiste en la transmisión de la íntegra posición contractual que una persona ocupa en un determinado contrato. Por su parte, para O'Callaghan (O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2012, *pássim*), tras admitirse la transmisión del lado pasivo de la obligación, que es la asunción de deudas, y la del lado activo, que es la cesión de créditos, un paso más lo constituye la cesión del contrato, que es figura moderna, aceptada por la práctica negocial, reconocida por la jurisprudencia y admitida por la doctrina. De modo que se transmite una relación contractual en su totalidad, con el conjunto de derechos y obligaciones que contiene, sin necesidad de transmisiones separadas del lado pasivo (asunciones de deuda) y del lado activo (cesiones de crédito). Más que un contrato cedido, se trata de una cesión de los efectos contractuales de una de las partes.

En suma, la esencia de la cesión del contrato es la sustitución de uno de los sujetos obligados y la permanencia objetiva de la relación contractual. Es hacer entrar a un extraño en el rango de parte contratante, en lugar de uno de los contratantes originarios.

Sabido es que la Jurisprudencia ha admitido esta figura y, para ello, baste citar la STS de 6 de noviembre de 2006³¹, que recoge la doctrina de la Sala de lo Civil del TS sobre la cesión de contrato. También ha establecido los requisitos o presupuestos necesarios para que la cesión de contrato sea válida y, por tanto, tenga eficacia jurídica³².

La doctrina civil se ha pronunciado en el mismo sentido que la jurisprudencia, así el Profesor Lasarte³³ indica que existirá la cesión de contrato si se dan los siguientes presupuestos:

- a) Debe darse el acuerdo unánime del cedente, cesionario y parte cedida, entendiendo este acuerdo como un consentimiento de las partes que intervienen en dicha cesión. Cabe precisar que, en nuestro caso, la parte cedida constituida por los inquilinos o arrendatarios, deben recibir una comunicación formal, fehaciente e informativa de la enajenación de la promoción de viviendas arrendadas; y el no prestar aquellos su consentimiento a la cesión de contrato o mencionada enajenación se materializa, por ejemplo, en la solicitud por su parte de la resolución del contrato de arrendamiento, ya que se debe conferir al tercero los derechos de todo contratante³⁴.

Como contrapunto con lo anterior, el tenor literal del artículo 14 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos³⁵, que al regular la enajenación de la vivienda arrendada, establece que el adquirente se subroga en los derechos y obligaciones, en los términos allí establecidos.

- b) Que se trate de un contrato bilateral³⁶.

- c) Que las prestaciones y obligaciones contenidas en ese contrato sinalagmático no hayan sido totalmente ejecutadas. Este presupuesto tiene su fundamento en que si el contrato se ha cumplido no tendrá sentido cederlo, puesto que no quedarían prestaciones pendientes de cumplir.

En consecuencia, la sociedad mercantil local no tendría obstáculo alguno para enajenar las promociones, sin necesidad de esperar a la finalización del plazo de protección de la calificación, fijando libremente el precio de la transmisión.

4. DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE: TANTEO Y RETRACTO

En relación con el derecho de adquisición preferente, esto es, los derechos de tanteo y/o retracto de los arrendatarios, resultaría de aplicación la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos³⁷, cuyo artículo 25, párrafo número 7³⁸, declara que «no habrá lugar a los derechos de tanteo y retracto cuando la vivienda arrendada se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que forman parte de un mismo inmueble ni tampoco cuando se vendan de forma conjunta por distintos propietarios a un mismo comprador la totalidad de los pisos»³⁹.

Llegado este punto, conviene detenernos en el derecho de adquisición preferente, en sus dos vertientes mencionadas⁴⁰. Sabido es que, tanteo y retracto no son dos derechos distintos, sino dos expresiones en fases distintas de un mismo y único derecho de adquisición preferente; dos oportunidades para su ejercicio que en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ha quedado limitado a los supuestos de venta.

El tanteo operará cuando el arrendador ha decidido vender pero la venta no se ha consumado; es decir, debe existir una oferta, precontrato u opción de compra de la finca entre el arrendador y un tercero, o simplemente el propósito de vender aunque aún no exista posible comprador. Mientras que el retracto surge, precisamente, como consecuencia de la consumación de la venta. Cuando se ejerce el derecho de retracto, la venta consumada es válida, solo que ello faculta al arrendatario para subrogarse en el lugar del comprador produciéndose una novación subjetiva (nunca la resolución de la venta). La novación subjetiva se configura como una excepción a la regla general del artículo 1257 del Código Civil, que establece: «Los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a estos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, este podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada».

Respecto a las condiciones y plazos del ejercicio del derecho de adquisición preferente por el arrendatario⁴¹ podemos distinguir:

- a) Derecho de tanteo. Parte de la notificación que el arrendador deberá hacer en forma fehaciente al arrendatario de la decisión de vender la finca arrendada, haciendo constar el precio y demás condiciones esenciales de la transmisión. No se exige ahora que conste el nombre del posible comprador como se hacía en el artículo 47 de la Ley derogada⁴². Los efectos de esta notificación caducarán a los ciento ochenta días naturales. A partir de la notificación, el arrendatario dispondrá de treinta días naturales para ejercitar el derecho de tanteo y adquirir la finca por el mismo precio y condiciones.
- b) Derecho de retracto. En él la venta ya se ha consumado, pero o bien no se ha hecho en tiempo y forma la notificación anteriormente referida, o bien la venta se ha realizado por precio más bajo o condiciones más ventajosas que las que se hicieron llegar al arrendatario. El adquirente de la finca deberá notificar en forma fehaciente al arrendatario las condiciones esenciales de la adquisición, con entrega de copia de la escritura o contrato de compraventa; a partir de esta notificación, el arrendatario podrá ejercitar el derecho de retracto sobre la finca arrendada en el plazo de treinta días naturales⁴³.

El derecho de tanteo y retracto goza de preferencia frente a cualquier otro similar, salvo el retracto reconocido al condueño de la finca y el convencional que hubiera sido inscrito en el Registro de la Propiedad antes de celebrarse el contrato de arrendamiento. Será requisito para inscribir la escritura de venta en el Registro de la Propiedad la justificación de haberse cumplido las notificaciones anteriores. Asimismo y a efectos de inscripción, cuando la finca vendida no esté arrendada deberá declararlo expresamente el vendedor en la escritura, so pena de incurrir en falsedad en documento público, con el fin de que exista la máxima concordancia entre la realidad jurídica y la registral. Si la vivienda se alquiló con elementos accesorios⁴⁴, el derecho de tanteo y retracto deberá ejercitarse sobre el conjunto.

Si la vivienda arrendada forma parte de un edificio que se vende en su conjunto a un mismo comprador, no cabe, como sabemos, derecho de adquisición preferente a favor del arrendatario. En los casos de arrendamiento de vivienda de duración pactada superior a cinco años, el arrendatario podrá disponer de este derecho renunciando al mismo.

Pero hay que señalar que procede la estimación del derecho de retracto arrendaticio en algunos casos de venta en globo y por precio único, en evitación de una posible burla a los derechos del arrendatario. Por tanto, es especialmente relevante el carácter y determinación del inmueble objeto de venta efectuada

por el arrendador, esto es, si el objeto de la venta es un edificio en su totalidad, o, por el contrario, un conjunto de fincas agrupadas. Dada la finalidad de la Ley arrendaticia urbana, el derecho de retracto ha de considerarse aplicable no solamente en los casos en que se venda un solo piso o planta destinados a vivienda o local de negocio, sino también a aquellos otros en que el propietario proceda a la agrupación de dos o más y realice la venta conjunta por un solo precio, en cuya coyuntura se impone la necesidad de reconocer a los inquilinos o arrendatarios la facultad de ejercitar el derecho de retracto, pues, de lo contrario, quedaría a merced de confabulaciones entre propietarios y terceros adquirentes de los bienes arrendados, de manera que los propósitos perseguidos por el Legislador se verían frustrados⁴⁵.

En cuanto a las cuestiones de legitimación de los derechos de adquisición preferente:

- a) Legitimación activa. Se exige ser arrendatario y a la vez ocupante de la finca al tiempo de llevarse a cabo la venta, y no necesariamente al ejercitarse la acción de retracto.
- b) Legitimación pasiva. La demanda debe dirigirse contra el adquirente de la finca arrendada. Según ha establecido la jurisprudencia, no es necesario demandar al vendedor para que la relación procesal quede bien constituida, ya que si prospera el retracto el retrayente se subrogará en el lugar del comprador sin necesidad de otorgar nuevo contrato; es decir, la compraventa no se resuelve sino que se produce una novación subjetiva en la persona del comprador.

Si se hubieren producido sucesivas enajenaciones, la jurisprudencia exige que se ejercite la acción de retracto contra todos los adquirentes conocidos de la finca, y si no se hace en un primer momento cabe la posibilidad de verificarlo mediante ampliación de la demanda. Habrá que ir contra el primer comprador, toda vez que las condiciones de su adquisición son las que ha de asumir el retrayente; contra el último adquirente, como poseedor de la finca, y si tiene éxito la acción de retracto habrá de entregarla; y contra los demás adquirentes intermedios para poder dejar sin efecto sus transmisiones. Frente a esta jurisprudencia, un sector doctrinal⁴⁶ entiende que dicho litisconsorcio pasivo necesario carece de fundamento sólido, pues el retracto no resuelve ninguna transmisión. Por tanto únicamente el último adquirente debe soportar el retracto, sin perjuicio de la evicción que le corresponda contra su transmitente. Si el adquirente estuviere casado en régimen de gananciales y la adquisición tuviere carácter ganancial, habrá que demandar también al cónyuge.

En relación al procedimiento judicial para el ejercicio del derecho de retracto, conforme al artículo 249.1.7.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, las demandas en que se ejercite una acción de retracto de cualquier tipo, se

decidirán en juicio ordinario. Con ello queda resuelta la cuestión suscitada sobre el procedimiento aplicable con la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en la que se omitía toda referencia a un juicio de retracto arrendaticio, ni siquiera por remisión general al juicio de retracto común regulado en la antigua LEC de 1881⁴⁷, a pesar de reconocer este derecho de adquisición preferente en los artículos 25 y 31. Si a ello añadimos que el artículo 39 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos establecía los cauces procesales para resolver los litigios en materias reguladas por dicha Ley, contemplando como procedimiento tipo y general el juicio de cognición, si bien con la controversia de si la acción de retracto debía sustanciarse por los trámites de este procedimiento, o por los del juicio de retracto común.

Los presupuestos que exige el artículo 1518 del Código Civil para el ejercicio del derecho de retracto deberán cumplirse en todo caso, habida cuenta de la remisión expresa del artículo 25 al precepto. Atendido su tenor literal, el ejercicio de la acción de retracto está condicionado al reembolso al comprador del precio de venta, los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta, y los gastos necesarios y útiles de la cosa vendida. En consonancia con ello, el artículo 266.3.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, exige el acompañamiento de la demanda de retracto de los documentos que constituyan un principio⁴⁸ de prueba del título en que se funde, así como el documento acreditativo de haberse consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto, o haberse constituido caución que garantice la consignación si el precio no se conociere⁴⁹. El incumplimiento de este presupuesto procesal dará lugar a la inadmisión de la demanda, en virtud del artículo 403.3 de la Ley de Ritos⁵⁰.

5. DE LA CONCRETA SOCIEDAD MUNICIPAL ENAJENANTE DE LAS PROMOCIONES

Tras haber analizado algunos aspectos del tanteo y retracto arrendaticio y volviendo de nuevo a la venta de promociones, hay que destacar que es necesario configurar, por imperativo legal, como condición fundamental de la transmisión, la obligación de que el adquirente respete las condiciones, plazos y rentas máximas establecidos en los contratos de arrendamiento vigentes, subrogándose en los derechos y obligaciones que ostentare la mercantil local.

Como antes se adelantó, la sociedad mercantil local arrendadora es una sociedad que adoptó la forma de «anónima»⁵¹, siendo su régimen legal según lo dispuesto en el artículo 85 *ter* de la Ley 7/1985 de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, el ordenamiento jurídico privado y sus propios Estatutos; salvo en las cuestiones en que sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, eficacia y contratación, tal y como se desprende del primer precepto de sus Estatutos Sociales.

Como ya hemos esbozado, dicha mercantil municipal anónima tenía como objeto social la competencia municipal en la promoción y gestión de viviendas, dentro de la competencia general establecida en el artículo 25.2d. de la Ley de Bases de Régimen Local 7/1985, de 2 de abril, asumiendo entre otras funciones:

«a) La construcción de viviendas, aplicando al efecto sus fondos propios o cualquiera otros que obtenga para dicha finalidad.

[...]

c) Administrar, conservar, mejorar e inspeccionar, con separación de su régimen financiero respecto de la Administración General del Municipio, las viviendas, fincas, conjuntos urbanísticos o terrenos adquiridos por su cuenta, o que le sean transferidos por el Estado, Comunidad Autónoma, Provincia, o por el propio municipio o por cualquier persona física o jurídica.

d) Llevar a cabo, adquisiciones o transmisiones de dominio sobre bienes inmuebles o derechos reales que se estime preciso establecer para el cumplimiento de esos fines, colaborando al efecto con entidades públicas o privadas de interés general o social».

La repetida empresa tiene un capital cien por cien público, que según lo dispuesto en el artículo 3.1 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, forma parte del sector público encuadrable dentro del punto d)⁵², en cuyo capital social es participada íntegramente por el Ayuntamiento de Madrid.

El artículo 4.1 punto p) de la Ley de Contratos del Sector Público, excluye «los contratos de compraventa, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles», añadiendo en su apartado segundo que tales contratos se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público para resolver lagunas que pudieran presentarse, remitiéndose por tanto a la Ley Patrimonial.

No obstante, las sociedades mercantiles no están incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas⁵³, tal y como se desprende de la lectura de su artículo 2, que expresamente señala:

1. «El régimen jurídico patrimonial de la Administración General del Estado y de los Organismos Públicos vinculados a ella o dependientes de la misma se regirá por esta Ley.
2. Serán de aplicación a las Comunidades autónomas, entidades que integran la Administración Local y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ellas, los artículos o partes de los mismos enumerados en la disposición final segunda».

Por tanto, no serán de aplicación sus disposiciones, y por ende, no estará sujeta, la enajenación de su patrimonio, a los procedimientos, requisitos y condiciones establecidos en el articulado de tal Ley.

De conformidad con la legislación vigente, el hipotético contrato a suscribir se habría de regir, en cuanto a sus efectos y extinción por los artículos 1445 y siguientes del Código Civil y demás de concordante aplicación⁵⁴.

En este sentido, el artículo 18 del Decreto 74/2009, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, indica textualmente: «Las Viviendas con Protección Pública para arrendamiento y para arrendamiento con opción de compra calificadas definitivamente podrán ser enajenadas por sus promotores, sean públicos o privados por promociones completas y a precio libre en cualquier momento del periodo de vinculación a dicho régimen de uso, previa autorización de la Consejería competente en materia de vivienda, a un nuevo titular o titulares, siempre que sean personas jurídicas, incluyendo sociedades o fondos de inversión inmobiliaria, pudiendo retener, si así lo acuerdan, la gestión de las promociones, con la obligación por parte del nuevo o los nuevos titulares, de atenerse a las condiciones, plazos y rentas máximas establecidas, subrogándose en sus derechos y obligaciones».

En consonancia con la actuación de los poderes públicos del artículo 47 de la Constitución, ha de reiterarse que el importe de la enajenación, deberá ser destinado a obtener financiación bastante con la que volver a construir viviendas con protección pública⁵⁵.

Por consiguiente, la promoción que obtuvo calificación definitiva de viviendas con protección pública para arrendamiento según el Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de viviendas de protección oficial, también se puede enajenar. Así y según dispone la Disposición Transitoria Primera del Decreto 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Vivienda de Protección Pública de la Comunidad de Madrid, las Viviendas con Protección Pública calificadas definitivamente al amparo del Real Decreto-Ley 31/1978, quedarán sometidas al régimen de Protección Pública establecido en el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid aprobado por este Decreto⁵⁶. De tal forma, podemos concluir con el artículo 20 del Decreto 11/2005: «las Viviendas con Protección Pública para arrendamiento calificadas definitivamente podrán ser enajenadas por sus promotores, sean públicos o privados, por promociones completas y a precio libre, en cualquier momento del periodo de vinculación a dicho régimen de uso, previa autorización de la Consejería competente en materia de vivienda, a nuevos titulares, incluyendo sociedades o fondos de inversión inmobiliaria, pudiendo retener, si así lo acuerdan, la gestión de la promoción, con la obligación por parte de los nuevos titulares, de atenerse a las condiciones, plazos y rentas máximas establecidos, subrogándose en sus derechos y obligaciones».

En síntesis y de conformidad a los términos de la correspondiente normativa autonómica a la que nos hemos referido, existe habilitación legal suficiente para la enajenación por parte de la sociedad mercantil local de promociones

de viviendas con protección pública, en régimen de arrendamiento y sitas en Madrid.

Por otro lado, no es impedimento como ya hemos visto para la venta de los inmuebles, de forma conjunta, los posibles derechos de tanteo o retracto en favor de los arrendatarios⁵⁷, ya que el artículo 25.7 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos excluye tales derechos «cuando se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador o que formen parte de un mismo inmueble».

Una vez materializada la enajenación a que nos referimos, se produce en la relación jurídica contractual subyacente una suerte de novación subjetiva⁵⁸ del arrendador, que en el caso que nos ocupa, pasaría de ser una sociedad mercantil local a un nuevo titular, siempre que se trate de una persona jurídica, incluidas sociedades o fondos de inversión inmobiliaria.

En efecto y haciendo un símil o analogía con la transmisión de las deudas, suscribo plenamente el criterio de la Profesora Moretón (MORETÓN SANZ, 2008, 275)⁵⁹ de no identificarlo como un supuesto de novación propiamente dicho. Así y siguiendo a la Profesora, dada la triple coexistencia de sistemas que regulan la institución de la expromisión y para cuando la deseada unificación de derechos europeos se materialice, mi propuesta *lege ferenda* es que el legislador también tenga en cuenta figuras análogas como la novación del arrendador mencionada⁶⁰.

III. SUPUESTOS DE INAPLICACIÓN DEL DECRETO DE LA CAM 100/1986, DE 22 DE OCTUBRE

Como sabemos, el Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre, regula la cesión en arrendamiento de las viviendas de Protección Oficial de Promoción Pública.

Por tanto, dicho Decreto establece las condiciones básicas para la cesión en arrendamiento de las viviendas de Promoción Pública, definidas⁶¹ como aquellas viviendas promovidas sin ánimo de lucro por el Estado, a través del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, y por aquellos entes públicos territoriales a quienes expresamente se atribuya esta competencia dentro de sus respectivos ámbitos territoriales.

Considerando que su alcance se circunscribe a los entes públicos titulares de viviendas de promoción pública, debe estimarse que, en definitiva, no afecta a la cesión en arrendamiento de aquellas viviendas de protección oficial de promoción privada.

En el caso concreto de los contratos de arrendamiento afectados, no les resultan de aplicación las disposiciones del Decreto 100/1986, por ser de carácter privado la promoción de dichas viviendas, y ello, porque tanto el suelo

como las edificaciones, figuran inscritas en el Registro de la Propiedad como de dominio privativo de la sociedad municipal correspondiente, no hallándose destinados al uso o servicio público.

La naturaleza privada de los bienes inmuebles⁶² determina, legalmente, que la construcción de las viviendas deba ser considerada de promoción privada y en ningún caso promoción pública.

Dichos bienes inmuebles, como hemos expuesto anteriormente y a diferencia de los bienes de dominio público o demaniales, son perfectamente enajenables. Máxime cuando la enajenación, además, forma parte del tráfico jurídico característico y de la actividad habitual que constituye el propio objeto social de la concreta sociedad mercantil local.

En el presente caso, las viviendas cedidas en arrendamiento no están sujetas a ningún régimen de protección pública, no constando en los archivos públicos correspondientes⁶³, ni de la sociedad municipal propietaria que tengan calificación a tal fin en vigor, siendo por tanto libres.

1. DE LA CALIFICACIÓN DE VIVIENDA PROTEGIDA

Como circunstancia colateral al presente análisis, es necesario tratar la posibilidad de que en un plazo, más o menos largo, viviendas que originariamente tienen limitadas las facultades de disposición debido a su calificación definitiva como viviendas protegidas, pasen a ser viviendas libres. O, en su caso, por haberse tramitado la denominada «descalificación», consistente en la extinción del régimen determinado por las específicas características de la vivienda.

En este punto, las diferentes legislaciones autonómicas vigentes tienen también⁶⁴ normas distintas en relación a la descalificación. Así: el artículo 9 del Decreto 315/2002, de 30 diciembre de régimen de Vivienda de Protección Oficial y medidas financieras en materia de vivienda y suelo de Euskadi, establece que las «viviendas que hayan sido objeto de calificación definitiva con arreglo a lo previsto en el presente Decreto, mantendrán permanentemente la misma, y por lo tanto, su naturaleza de protección oficial»⁶⁵; mientras que en Cataluña, el artículo 78.5 de la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, prohíbe la descalificación por interés del propietario, pero no la excluye «por razones de interés público vinculadas a las necesidades de la vivienda».

El Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid⁶⁶ establece como competencia exclusiva de esta Comunidad la materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. La competencia en materia de vivienda es transferida a la Comunidad de Madrid en virtud del Real Decreto 1115/1984, de 6 de junio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Madrid en materia de patrimonio arquitectónico, control de la calidad de la edificación y vivienda.

La Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid⁶⁷ es el marco normativo vigente en dicha autonomía, que tiene por objeto la ordenación urbanística del suelo en la Comunidad de Madrid. El Título IV regula la intervención en el uso del suelo, en la edificación y en el mercado inmobiliario. El texto de la Ley disciplina la parcelación en las diversas clases de suelo y contempla las distintas modalidades de intervención de la Comunidad de Madrid, distinguiendo las calificaciones urbanísticas y los proyectos de actuación especial. Por otra parte, reglamenta la intervención de los ayuntamientos en actos de uso del suelo, construcción y edificación. Especial consideración merece la previsión que efectúa la Ley en relación con las viviendas sometidas a algún régimen de protección pública. Así, se ha establecido la cautela de exigir, por parte de los entes locales, la calificación provisional en el acto de solicitud de la preceptiva licencia urbanística y de la calificación definitiva en el acto de solicitud de la licencia de primera ocupación⁶⁸.

De igual modo, respecto de este tipo de viviendas, se introduce la posibilidad de que la Comunidad de Madrid pueda ejercer los derechos de tanteo y retracto tanto sobre el suelo cuyo destino, según el planeamiento, sea la construcción de viviendas en régimen de protección, como sobre las propias viviendas sometidas a este régimen.

Las denominadas como Viviendas de Protección Oficial⁶⁹ son, en puridad, las viviendas promovidas al amparo del Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de viviendas de protección oficial. A partir del Reglamento que lo desarrolla⁷⁰, se dictan normas estatales para el fomento de las VPO, a través de planes trienales o cuatrienales, aprobados por decretos. Todos los planes anteriores al vigente en cada momento se derogan, sin perjuicio de las situaciones creadas a su amparo.

Con la publicación del Real Decreto 2190/1995, de 28 de diciembre, sobre Medidas de financiación de actuaciones protegibles en materia de Vivienda y Suelo para el periodo 1996-1999, se determinó que las ayudas reguladas por el Estado fueran gestionadas y ejecutadas por las Comunidades autónomas, es decir, que el reconocimiento del derecho a las ayudas económicas financiadas con fondos estatales debía hacerse por las Comunidades autónomas de acuerdo con su propia normativa.

Por ello, la aplicación y desarrollo de los planes estatales se efectúa mediante convenios de colaboración entre el Ministerio encargado de la competencia en materia de vivienda y las Comunidades autónomas. Estas últimas pueden mejorar y completar, a través de su propia normativa, las condiciones generales que fija el plan.

Mediante el Decreto 74/2009, de 30 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid⁷¹, se regula el concepto y régimen jurídico de la denominada Vivienda con Protección Pública⁷². Así queda desvinculado del sistema

de financiación cualificada de la misma, que pueda establecerse en el marco de cada Plan de vivienda de la Comunidad de Madrid o en cada Plan estatal de vivienda y suelo, que podrá variar⁷³ sin afectar a dicho régimen jurídico.

Por tanto, el Reglamento de viviendas protegidas regula las diferentes tipologías de Vivienda con Protección Pública, estableciendo su régimen jurídico, es decir, sus características, los derechos y obligaciones a los que se ven sometidos los titulares o arrendatarios de este tipo de viviendas en la Comunidad de Madrid. Podemos distinguir en dicho reglamento entre vivienda protegida estatal y vivienda protegida promovida con recursos de la Comunidad de Madrid. Pero, el Decreto 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprobó el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, extiende idéntico régimen jurídico de las Viviendas con Protección Pública a las Viviendas de Protección Oficial, ya sean de promoción privada o de promoción pública, promovidas en la Comunidad de Madrid, así como a las Viviendas con Protección Pública calificadas al amparo de decretos anteriores.

Efectivamente, la Disposición Transitoria Primera del Decreto 11/2005, aún en vigor, somete a las viviendas calificadas por decretos anteriores al régimen de protección pública establecido en el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, sin otras excepciones que el plazo de duración de dichos regímenes, así como el porcentaje a aplicar para la determinación de las rentas máximas iniciales anuales de las viviendas destinadas a arrendamiento⁷⁴.

La duración del régimen legal de protección de las Viviendas con Protección Pública para venta o uso propio, calificadas definitivamente con anterioridad a la entrada en vigor de aquel Decreto, varía en función de la normativa que los regula⁷⁵.

En definitiva, las viviendas protegidas están sometidas a un régimen legal de protección durante un número determinado de años, que variará en función de la tipología de vivienda en cuestión. Durante este plazo, los propietarios no podrán vender o transmitir la vivienda a un precio libre, sin embargo sí podrán hacerlo⁷⁶ si concursa un precio máximo legal de venta.

Dicho precio máximo, de acuerdo al artículo 12 del Decreto 74/2009, será establecido, por metro cuadrado de superficie útil, para cada una de las localidades o ámbitos intraurbanos del territorio de la Comunidad de Madrid, mediante Orden de la Consejería competente en materia de vivienda; con las matizaciones de la Disposición Adicional Segunda, para Viviendas de Protección Oficial de promoción pública.

Los últimos precios máximos de venta de las Viviendas con Protección Pública Básica (VPPB) y de las Viviendas con Protección Pública de Precio Limitado (VPPL) han sido establecidos mediante Orden 116/2008, de 1 de abril de la Consejería de Vivienda, por la que se adecúan y adaptan los precios máximos de venta y arrendamiento de las viviendas con protección pública a

lo dispuesto en el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, y su modificación por Real Decreto 14/2008, de 11 de enero.

Por tanto, las viviendas protegidas en la Comunidad Autónoma de Madrid poseen un régimen legal de protección que se refiere a las características, requisitos y limitaciones a los que han de someterse. En particular:

Están sujetas a unos límites máximos en cuanto a su superficie y precio de venta y de renta.

Se deben destinar a domicilio habitual y permanente, sin que puedan destinarse a segunda residencia o cualquier otro uso.

Para cualquier obra o reforma es necesario solicitar autorización a la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación.

Han de ajustarse a la normativa estatal y autonómica en materia de edificación y, además, debe cumplir con las normas técnicas de diseño y calidad específicas para las Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid.

Los planes de vivienda suponen un conjunto de medidas de apoyo a la ciudadanía en el acceso a una vivienda digna. En este sentido, la actuación de la Administración autonómica en viviendas con protección pública se concreta en: controles técnicos sobre las mismas, estableciendo los requisitos de acceso para los solicitantes, la renta máxima así como el precio máximo legal de venta y otorgando ayudas económicas.

Las viviendas son construidas y comercializadas por los promotores, sean estos públicos o privados. Dichos promotores solicitan a la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación la calificación provisional de las viviendas que promueven como vivienda con protección pública.

La calificación provisional es otorgada por la Consejería de Vivienda a un proyecto de ejecución de vivienda, previo a la terminación de las obras. Momento en que se podrá solicitar y, en su caso, obtener la calificación definitiva, por la que se declara su protección pública y se establece su régimen legal. Por tanto, las viviendas adquieren su condición definitiva con la calificación de idéntico adjetivo (definitiva) de vivienda con protección pública.

Por otro lado, los solicitantes de vivienda con protección pública deberán documentar el cumplimiento de los requisitos de acceso ante los promotores que, a su vez, han de documentarlo ante la Administración autonómica.

Tras la reciente entrada en vigor, el 11 de abril 2013 y al día siguiente de su publicación, del Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016, es preciso destacar, a vuelo de pluma, algunas de sus novedades que atañen a nuestro estudio.

En efecto, los planes estatales que se han ido aprobando en años anteriores, eran continuistas y se centraban en un objetivo: incentivar la promoción y la construcción de viviendas. Este modelo va a ser objeto de cambio con el nuevo Plan estatal, determinando un vuelco absoluto en sus fines. Pasan a ser los ejes

básicos de este Plan el fomento del alquiler y la rehabilitación, renovación y regeneración urbanas. También, incluye un Programa de ayuda al alquiler de vivienda.

Según la Disposición Adicional Cuarta del Plan de vivienda y al objeto de que se puedan comercializar lo antes posible, podrá modificarse la calificación provisional o definitiva de las VPO en venta, «procedentes de promociones de viviendas protegidas acogidas a financiación de los planes estatales de vivienda, como también vivienda protegida en alquiler». Pero dicha recalificación «no legitimará la obtención de nuevas ayudas estatales».

El Plan también permite que, durante el plazo máximo de tres años, se puedan descalificar las viviendas protegidas de nueva construcción o procedentes de la rehabilitación y destinadas a la venta, pero siempre que hayan transcurrido al menos seis meses desde su calificación definitiva, y concurren las siguientes condiciones, sin perjuicio de las que puedan determinar las Comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla:

- a) Que la VPO se haya intentado adjudicar sin éxito y tras quedarse desierto, como mínimo, un ochenta por ciento del total de las viviendas.
- b) Hallarse situadas en un ámbito territorial específico en el que pueda acreditarse con datos objetivos y de manera fehaciente que existen suficientes viviendas procedentes de la promoción libre, de similares características, tamaño y precio, terminadas en los últimos dos años, y sin vender.

Además, este Plan de vivienda posibilita el cambio de calificación de la vivienda protegida en venta a vivienda protegida en alquiler y viceversa.

En cualquier caso, toda VPO «descalificada», tendrá que reintegrar las ayudas económicas estatales percibidas, es decir, ayudas, bonificaciones y exenciones tributarias. Para realizar esta modificación, que deviene en recalificación o descalificación, es necesario comunicarlo al Ministerio de Fomento en el plazo máximo de diez días y al Registro de la Propiedad.

Finalmente, cabe una mención a la andaluza Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, curiosa ley de la función social de la vivienda, en la que un principio rector, el derecho a la vivienda, viene a desplazar el derecho a la propiedad, también porque mezcla medidas de fomento de la vivienda, con procedimiento sancionador y la obligación de las compañías suministradoras a «denunciar» a sus clientes que no consumen.

Además hay que señalar al respecto, que el Tribunal Constitucional por Auto de 22 de octubre de 2013 anuló la medida cautelar acordada de suspensión del también andaluz Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, con motivo de la «desaparición» sobrevenida de objeto del incidente sobre el mantenimiento o levantamiento

de la suspensión», al ser convalidado y tramitado por el Pleno del Parlamento de Andalucía como proyecto de ley, por el procedimiento de urgencia, dando lugar en definitiva a la meritada ley autonómica y a la derogación por el Gobierno autonómico del precitado Decreto. Desaparición del objeto, análoga en la práctica procesal, al artículo 22 LEC relativo a la terminación del proceso por satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida de objeto, cuando por ejemplo se enerva la acción de desahucio o abandonaban voluntariamente la vivienda los demandados.

2. EL SUPUESTO DE LA «DESCALIFICACIÓN»

Como ya adelantamos, por descalificación de una vivienda protegida, ya sea Vivienda con Protección Pública o Vivienda de Protección Oficial de promoción privada, se entiende la extinción del régimen legal de protección pública por el cual se regía la vivienda en lo relativo a sus características, condiciones de uso, conservación y responsabilidades, ayudas económicas y fijación de precios máximos. Tras lo cual las viviendas pasan a ser, a todos los efectos, viviendas libres. Dicha situación se puede obtener por el transcurso del tiempo establecido de duración de su régimen legal o, en determinadas circunstancias, por solicitud del propietario de la vivienda.

La descalificación supone, por tanto, la extinción del régimen legal de protección de las viviendas protegidas, de forma que estas pasan a ser, a todos los efectos, viviendas libres. Se puede producir, además del transcurso de la duración de su régimen legal, por los siguientes motivos:

- Voluntariamente, por solicitud del propietario de la vivienda a la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación, transcurrido un periodo mínimo legalmente establecido, con algunas excepciones: si se trata de viviendas de protección oficial de promoción pública calificadas definitivamente al amparo del Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre o bien, en el caso de viviendas de integración social⁷⁷.
- Como consecuencia de sanción impuesta.

En la extinción voluntaria del régimen legal tenemos que distinguir según se trate de Vivienda con Protección Pública (VPP) y Vivienda de Protección Oficial (VPO) de promoción privada.

Para la descalificación de la vivienda debe haber transcurrido un mínimo de quince años desde la calificación definitiva⁷⁸ o bien cinco años, si se trata de VPO de promoción privada acogida al Decreto 2114/1968, de 24 de julio⁷⁹.

Para ambos tipos de viviendas protegidas habrá de justificarse las circunstancias por las que se insta la descalificación; siendo sus requisitos: que el

préstamo cualificado haya sido amortizado o novado a uno libre, restituir las ayudas económicas y bonificaciones y/o exenciones tributarias⁸⁰ con sus intereses legales correspondientes. La Administración concede la descalificación si no se derivan perjuicios para terceros o el interés social.

Para las viviendas con protección pública, además si se hubiera disfrutado de un derecho de superficie o suelo gratuito, habrá de restituir a la Administración aportante un importe equivalente a la mitad del precio legal de la vivienda en el momento de la descalificación. No podrá ser descalificada la vivienda si está ocupada por un inquilino en régimen de arrendamiento. Tampoco si se hubiera obtenido un préstamo convenido⁸¹, en cuyo caso el régimen legal se extenderá a treinta años, dentro de los cuales no cabrá la descalificación voluntaria.

Por todo lo anteriormente expuesto, como por ejemplo que no gozan de calificación de viviendas protegidas, podemos concluir que no resulta de aplicación, a los contratos de arrendamiento del caso que nos ocupa, el Decreto 100/1986 de la Comunidad de Madrid.

Además, así lo entiende y avala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid⁸², que asevera lo siguiente: «En todo caso, aunque entendiéramos aplicable el Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre, de la Comunidad de Madrid, se ha de tener en cuenta lo establecido en la disposición adicional primera del mismo, al disponer: El presente Decreto, con las particularidades que se señalan en las disposiciones siguientes, será de aplicación a la cesión de las viviendas que se adjudiquen a los titulares de los siguientes grupos de viviendas, transferidas al Patrimonio del Instituto de la Vivienda de Madrid y afectadas por operaciones de renovación o rehabilitación: a) Poblado de absorción de Canillas. b) Poblado de absorción de Caño Roto. c) Poblado de absorción de Comillas. d) Poblado de absorción de Fuencarral A. e) Poblado de absorción de Fuencarral B. f) Poblado de absorción de General Ricardos. g) Poblado de absorción de Villaverde Cruce. h) Poblado de absorción de Viña de Entrevías. i) Cualesquier otros grupos a los que total o parcialmente, previo acuerdo del Consejo de Administración del Instituto de la Vivienda de Madrid, se declare de aplicación. Y no consta que por el Instituto Municipal de la Vivienda de Madrid haya acordado la aplicación del Decreto a la vivienda objeto del presente recurso, o que la misma se encuentre en alguno de los Poblados a los que se refiere la citada disposición adicional, máxime cuando la estipulación décima del contrato de arrendamiento (folio 22 de las actuaciones) solo se remite a las normas de viviendas con Protección Oficial y la LAU de 24 de noviembre de 1994».

Pero, a mayor abundamiento de todo lo dicho sobre la inaplicabilidad al supuesto de hecho en estudio del Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre, se suma con fuerza la doctrina del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso⁸³, que concluye que lo determinante para la aplicabilidad de las normas de dicho Decreto es que se trate de viviendas del patrimonio del IVIMA⁸⁴, todo ello en consonancia con la modificación sufrida por dicha norma⁸⁵.

Así, en el Fundamento de Derecho Segundo, sobre la justificación de la Sentencia recurrida, la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo sostiene lo siguiente⁸⁶: «Por tanto, lo determinante para que proceda la aplicación de esta Disposición Adicional —que conlleva la aplicación de las normas de dicho Decreto con las particularidades indicadas— es que se trate de viviendas que sean del patrimonio del IVIMA⁸⁷ y afectadas por operaciones de renovación y rehabilitación, con independencia de que sean o no viviendas de promoción pública».

Por consiguiente lo que antecede nos determina, aún más si cabe, que el reiterado Decreto no es aplicable a los contratos de arrendamiento implicados⁸⁸ en el supuesto de hecho objeto del presente estudio, por más que se refieran expresamente en su clausulado y literalidad al propio Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre.

IV. ANÁLISIS DE CIERTAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES

En la Estipulación Quinta de los propios contratos de arrendamiento tratados se establece⁸⁹: «Las partes se someten a las disposiciones vigentes en todo momento si son de obligada observancia y en otro caso, a las presentes condiciones...». Si se someten a las disposiciones vigentes de obligada observancia y en todo momento, lo hacen, por tanto, a la Ley de arrendamientos urbanos aplicable, que es de rango superior y ámbito estatal, en detrimento del Decreto 100/1986 de la Comunidad de Madrid.

Pues bien, el artículo 4 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos⁹⁰ establece la normativa general que ordena el sometimiento de todos los arrendamientos a las disposiciones de los Títulos I, IV y V de la mencionada ley. A continuación, el sometimiento de los arrendamientos de viviendas al Título II, por ser normas imperativas. Y finalmente, a los arrendamientos para fines distintos al de vivienda les será de aplicación el Título III, de carácter dispositivo y en defecto de lo establecido por las partes.

A mayor abundamiento, la Estipulación Sexta de los contratos expresa que: «Las partes podrán dar por terminado el presente contrato, avisándose mutuamente con un mes de antelación cuando las Leyes lo permitan». Por consiguiente, se pone una traba en la duración indefinida de los contratos, pues las partes pueden terminarlos, pero cuando las leyes lo permitan, revelando la supremacía de la Ley de arrendamientos urbanos frente a los pactos de las partes contratantes.

No obstante, hay que tener siempre presente a este respecto que tanto en la antigua Ley de arrendamientos urbanos, TRLAU 1964, como en la LAU de 1994 y en la nueva Ley del Gobierno en la materia⁹¹, el propietario tiene un «derecho sustantivo» a recuperar la vivienda.

1. LA TEMPORALIDAD DE LOS CONTRATOS ARRENDATICIOS

Y cabe entender que la precitada estipulación hace referencia al criterio denominado de temporalidad de los contratos de arrendamiento, elemento ventilado por el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de noviembre de 2008, cuya doctrina ha sido reiterada, entre otras por ejemplo, en la de 22 de junio de 2009. Por tanto, a juicio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la temporalidad es una característica esencial del contrato de arrendamiento, por lo que su validez es incompatible con el establecimiento de una duración «indefinida».

Así, el Alto Tribunal al respecto establece en una de sus sentencias⁹² lo siguiente⁹³: «En los contratos de arrendamiento celebrados bajo la vigencia del Real Decreto Ley 2/1985, es necesario que el pacto de prórroga forzosa conste con toda claridad y sin ninguna duda; una de las novedades más importantes introducidas por el Real Decreto-Ley 2/1985, respecto de la legislación arrendaticia anterior, fue precisamente la supresión del régimen de prórroga forzosa, para imperar desde su entrada en vigor, el 9 de mayo de 1985, una plena libertad a la hora de determinar la duración del contrato de arrendamiento urbano, con la desaparición, por tanto, de la renovación temporal automática, que, por imperativo legal, regulaba el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, lo que lógicamente no impide que en virtud del principio de libertad contractual, consagrado en el artículo 1255 del Código Civil, las partes se sometan al referido régimen—. Por ello, se necesita examinar cuál es la intención de las partes, a fin de determinar si lo realmente querido por el arrendador y el arrendatario es someterse, en cuanto a su duración, al mentado sistema de prórroga forzosa y, en el caso que nos ocupa, la cláusula del contrato de arrendamiento referente a su duración, tras calificar esta como indefinida, no hace ninguna referencia a una supuesta prórroga forzosa, sin que sea lo mismo la tácita reconducción prevista en dicho precepto que la prórroga forzosa de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos».

Análogamente, se pronuncia la Sala Primera del TS en esta otra ocasión⁹⁴ y en el año 2009⁹⁵: «Vamos a examinar en primer lugar el motivo segundo del recurso de casación, que el recurrente sustenta en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. La cuestión que se somete a análisis se centra en si la utilización, en los contratos celebrados bajo la vigencia del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, de expresiones tales como «tiempo indefinido» o «por meses», lleva o no a la conclusión de que las partes se han sometido al régimen de prórroga forzosa. Este asunto ya ha sido resuelto por esta Sala, en el sentido de que el uso de las referidas expresiones no supone, en modo alguno, el sometimiento al régimen de prórroga forzosa que aparecía regulado en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964. Es más, el término «indefinido» resulta contrario a la naturaleza del contrato de arrendamiento (SSTS de 26 de febrero de 1992 y 25 de noviembre

de 2008) en tanto la temporalidad es una de sus características esenciales, por lo que, precisamente, la validez de este negocio jurídico es incompatible con el establecimiento de una duración indefinida. Tales razonamientos conducen a la estimación de este motivo del recurso».

El Tribunal Supremo declara, en este otro caso, la resolución del contrato de arrendamiento, suscrito con fecha 1 de agosto de 1987, por expiración del plazo del arrendamiento en un recurso en que el juez *a quo* había desestimado la demanda rectora. De dicha Sentencia⁹⁶ tiene especial interés, recoger aquí, lo siguiente⁹⁷: «Además, en los contratos de arrendamiento celebrados bajo la vigencia del Real Decreto-Ley 2/85 es necesario que el pacto de prórroga forzosa conste con toda claridad y sin ninguna duda. Y es que, como es sabido, una de las novedades más importantes introducidas por el Real Decreto-Ley 2/1985 respecto de la legislación arrendaticia anterior fue precisamente la supresión del régimen de prórroga forzosa, imperando desde su entrada en vigor, el 9 de mayo de 1985, una plena libertad a la hora de determinar la duración del contrato de arrendamiento urbano, desapareciendo por tanto la renovación temporal automática que por imperativo legal regulaba el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, lo que lógicamente no impide que en virtud del principio de libertad contractual consagrado en el artículo 1255 del Código Civil, las partes se sometan al referido régimen. En el mismo sentido se pronuncian las STS de 4 de marzo de 2009, de 29 de diciembre de 2009 (241/2005), y de 7 de julio de 2010. —C) La Audiencia Provincial no ha realizado una interpretación contraria a las normas de hermenéutica—. La interpretación efectuada no solo no contraviene la doctrina jurisprudencial alegada, sino que no es incompatible con la misma, además de seguir fielmente las últimas sentencias dictadas al respecto en procedimientos semejantes».

De acuerdo a la propia mención en los contratos de arrendamiento del Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre, estos se prorrogarían indefinidamente siempre que se dieran las condiciones económicas y no tener el inquilino otra vivienda, cabe recordar la previsión legal del artículo 1255 del vigente Código Civil⁹⁸. Pues ¿no sería contrario al espíritu de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 un contrato de arrendamiento de una duración «indefinida»? Piénsese que el antiguo TRLAU de 1964 limitaba el número de subrogaciones posibles y la LAU de 1994, aplicable al supuesto en estudio, no las limita, precisamente, porque limita la duración de los contratos.

2. ANTINOMIA JURÍDICA Y/O CONFLICTO DE LEYES

Si, como parece, entendemos que se plantea respecto a la duración de los tan repetidos contratos, un cuasi-conflicto de normas entre la aplicación a los mismos del Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre⁹⁹ o la aplicación

de la LAU de 1994 y el Código Civil, recordemos que la Teoría General del Derecho ante el «conflicto normativo»¹⁰⁰ ha propuesto tres criterios sucesivos para la determinación de la norma aplicable¹⁰¹, a saber:

- 1.º La jerarquía: la norma de rango superior prima sobre rango inferior y sin duda, la LAU de 1994 es una ley que tiene mayor rango jerárquico que el Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre.
- 2.º La especialidad: norma especial prima sobre norma general.
- 3.º Y la temporalidad: norma posterior prima sobre norma anterior.

En puridad, debe entenderse por «antinomia jurídica»¹⁰² la incongruencia o contradicción real o aparente de las leyes con el sistema jurídico¹⁰³, o consigo mismas, o respecto de otras leyes o de partes de ellas. Es preciso señalar, que todo ordenamiento jurídico procura tener coherencia interna, es decir, que una norma o dos normas aplicables al mismo caso no den soluciones contradictorias. Cuando esto sucede, se aplica al caso concreto la norma posterior, o la de rango superior o la prevalencia de la especial sobre la general, si tales presupuestos no se dan, ocurre propiamente un «conflicto de leyes».

O como define Norberto Bobbio (BOBBIO, 1960, 216), aquella situación en la que se encuentran dos normas, cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe, o cuando una obliga y la otra permite, o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento.

Así las cosas, uno de los criterios más utilizado para resolver las antinomias jurídicas, es el principio de jerarquía normativa, que establece que la norma superior prevalece sobre la inferior¹⁰⁴. Para Bobbio, cuando se dé el conflicto entre el criterio jerárquico y el cronológico siempre se resolverá a favor del jerárquico¹⁰⁵.

Por otro lado y desde el punto de vista de una antinomia jurídica formal entre dos leyes: la LAU de 1994 y Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal¹⁰⁶, los letrados del IVIMA han defendido —con mal pronóstico— en sede judicial el uso del Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre, para que el Organismo no abone las cuotas comunitarias de las viviendas patrimonio del IVIMA, cedidas en arrendamiento conforme al repetido Decreto. Y la Audiencia Provincial de Madrid¹⁰⁷ determinó, básicamente, que el Decreto de tan repetida mención, ha de ceder en favor de la LPH, de la siguiente forma¹⁰⁸:

«El organismo recurrente insiste en la inexigibilidad de la deuda, por cuanto las disposiciones que invoca [Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre], imponen la obligación de pagar las cuotas comunitarias a los beneficiarios de los arrendamientos sobre dichas viviendas. CUARTO. El recurso es enteramente rechazable, porque en Derecho Privado no se reconoce la transmisión de deudas, ni la subrogación de un deudor por otro, sin cumplir las formalidades y

garantías legalmente exigidas, y, sobre todo, sin conocimiento ni consentimiento del acreedor (art. 1205 CC), que en este caso es la Comunidad de Propietarios».

3. APLICACIÓN DE LA LEY 29/1994, DE 24 DE NOVIEMBRE, DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

Los contratos de arrendamiento celebrados con posterioridad al 9 de mayo de 1985 y antes del 1 de enero de 1995¹⁰⁹ que sigan vigentes en esa fecha, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la LAU de 1994, se regirán por el TRLAU 1964 y por el artículo 9 del Real Decreto Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica, regulando este su duración. Por tanto, durarán el tiempo libremente pactado, no existiendo prórroga forzosa *ex* artículo 57 TRLAU 1964, a menos que se pacte expresamente. Concluido el periodo pactado, si el arrendatario continúa en la ocupación, resultará de aplicación el artículo 1581 en relación con el artículo 1566 del Código Civil, y podrá producirse la tácita reconducción, rigiéndose el arrendamiento renovado por las normas de la LAU de 1994.

Como única diferencia, entre contratos de vivienda y de local, la referida Disposición Transitoria Primera prevé para los primeros (de vivienda), una vez finalizado el plazo contractual, una tácita reconducción por un plazo de tres años, sin perjuicio de la facultad de no renovación del artículo 9. Transcurridos estos tres años, operará la tácita reconducción de acuerdo con los artículos 566 y 1581 del Código Civil¹¹⁰.

Tras un periodo inicial de confusión, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia acerca de la interpretación y alcance del artículo 9 del Real Decreto Ley 2/85, se consolidó la postura jurisprudencial según la cual, los contratos de arrendamiento sometidos a la legislación especial de arrendamientos urbanos y concluidos con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, se encontraban excluidos del beneficio de la prórroga forzosa. Salvo que las partes contratantes pactasen la sumisión a la misma, bien constando esta expresamente en el contrato, bien porque resulte que fue tal la intención de las partes; de tal manera que, en caso de que tal sumisión sea implícita, esta deberá deducirse de actos inequívocos y concluyentes. Así pues, es preciso determinar cuál fue la voluntad de las partes al concluir el contrato, a través de la interpretación de este.

Como ya se expuso, dicho criterio ha sido suscrito por el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de noviembre de 2008, reiterado en la de 22 de junio de 2009. De modo que la temporalidad es una característica esencial del contrato de arrendamiento, incompatible con el establecimiento de una duración «indefinida» o con expresiones similares («por años»). Y sin que quepa reconducir tales expresiones a un supuesto de prórroga forzosa, cuyo pacto, siendo posterior al 9 de mayo de 1985, debería constar con toda claridad y sin ninguna duda.

Indefinido o por años, no puede significar más que —lógicamente, por aquella temporalidad— no definido, a «definir» con la expresa previsión que, para el caso¹¹¹, establece el artículo 1981 Código Civil, es decir será como se fijó el alquiler (anual, mensual, ...). De modo y manera que transcurrido dicho plazo, solo puede continuar por tácita reconducción, salvo denuncia *ex* artículo 1566 del mismo cuerpo legal¹¹².

Si la cuestión es dudosa hay que entender que no existe tal sometimiento a prórroga. Las sentencias de fecha 7 de julio de 2010 (núms. 414/10 y 415/10) van aún más allá y reforzando la STS de 29 de diciembre de 2009, la 415/10, citando a esta última, afirma: «aunque desapareció el sistema de prórroga forzosa, nada impide, según la misma Sentencia, que, “si las partes así lo acuerdan y en virtud del principio de libertad contractual consagrado en el artículo 1255 del Código Civil, los arrendamientos posteriores a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 2/1985 puedan someterse al régimen de prórroga forzosa establecido en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964”. Pero, en tal caso, continúa la misma sentencia “es necesario que exista un acuerdo expreso de sometimiento”, ya que, “en caso contrario, hay que estar a la norma general, a saber, la duración del contrato por el tiempo convenido”». Y concluye: «el referido acuerdo, en general, debe existir en el contrato explícitamente, aunque cabe deducir la existencia de sometimiento del arrendador a la prórroga de modo implícito, que no tácito, de los propios términos del contrato, pero, aún en estos casos, es decir, sin que exista una cláusula específica, la deducción de duración indefinida debe ser clara y terminante».

Por su parte, la STS núm. 414/2010 declara como doctrina jurisprudencial¹¹³ la siguiente:

«1.º Reiterar como doctrina jurisprudencial que la existencia de cláusulas oscuras en contratos de arrendamiento celebrados una vez se produjo la entrada en vigor del Real Decreto Ley 2/1985 no permite considerar que existe pacto expreso de sometimiento al régimen de prórroga forzosa regulado en el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964».

Por último, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado expresa y reiteradamente¹¹⁴ la validez y eficacia de las cláusulas de sumisión expresa a la prórroga forzosa en contratos posteriores al tan repetido RD 2/1985, que se mantiene a la entrada en vigor de la LAU de 1994. En este sentido la primera de las Sentencias del TS citadas declara: «El RDL 2/1985, de 30 abril, y concretamente el artículo 9, no suprime de plano la prórroga forzosa en los arrendamientos. Lo que ha hecho es liberar a los nuevos arrendadores de la restricción que de forma imperativa sujetaba a los contratos arrendaticios a través de la prórroga forzosa para el arrendador y potestativa para el arrendatario, a que venía respondiendo el artículo 57 LAU, más sin impedir su inclusión en el contrato por voluntad expresa de las partes, [...], y ello no es

incompatible con el carácter temporal consustancial a los arrendamientos puesto que su vigencia es la propia de un contrato celebrado al amparo de un sistema normativamente previsto y jurisprudencialmente aceptado en el que lo que se pacta es un tiempo determinado expresamente vinculado a la prórroga, lo cual no supone «perpetuidad» sino sujeción a un periodo cierto condicionado a las causas de resolución legalmente previstas y al cumplimiento de las obligaciones que a cada parte contratante compete, en un sistema que el propio legislador ha respetado y que toma como referencia la unidad del contrato de arrendamiento y la consideración de la totalidad de los derechos y obligaciones que las partes voluntariamente asumieron desde la diversa posición que una y otra tienen dada la particular naturaleza del mismo».

Por consiguiente, esta última consideración nos llevaría a determinar de forma simple el marco temporal configurado por la normativa de aplicación al caso concreto que nos ocupa, siendo la mayoría de los contratos de arrendamiento del año 1990, finalizado su plazo contractual de dos años en 1997¹¹⁵, aunque existió una tácita reconducción de tres años más, hasta el año 2000, renovándose bienalmente¹¹⁶ desde esa fecha.

4. TÁCITA RECONDUCCIÓN

En este punto, conviene aclarar el concepto y alcance de la tácita reconducción. Habida cuenta, que prórroga y tácita reconducción son figuras distintas que implican consecuencias dispares.

La prórroga implica la continuación del anterior contrato. No es un nuevo contrato sino el mismo, por lo que no se altera su clausulado y las garantías prestadas por terceros se mantienen, así como los pactos celebrados entre las partes durante la vigencia del contrato. La prórroga puede tener diversas acepciones en la legislación arrendaticia, según los supuestos que contemple y en mérito de las mismas implicarán plazos diversos: prórroga voluntaria¹¹⁷, prórroga legal forzosa¹¹⁸, prórroga obligatoria¹¹⁹ o prórroga tácita¹²⁰.

Por la tácita reconducción, continúa la relación arrendaticia mediante la aparición de un nuevo arriendo, consentido en forma tácita y con efectos novatorios respecto al primero. En tal supuesto se extinguen, salvo pacto expreso, las garantías de terceros y el nuevo contrato puede estar sometido a un régimen jurídico distinto del inicial¹²¹.

Cabe recordar la ya tratada cuestión de la quiebra, por venta en bloque o en globo, de los derechos de adquisición preferente a favor de los inquilinos. En estrecha conexión con lo anterior y aunque como hemos dicho las repetidas viviendas implicadas no gozan de calificación alguna, la habilitación legal para vender promociones enteras de viviendas protegidas, asunto también tratado.

V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

I. La temporalidad es una característica esencial del contrato de arrendamiento, por lo que su validez es incompatible con el establecimiento de una duración «indefinida». Por tanto, siendo la mayoría de los contratos de arrendamiento estudiados del año 1990, finalizado su plazo contractual de dos años en 1997¹²², existió una tácita reconducción de tres años más, hasta el año 2000, renovándose bienalmente desde esa fecha¹²³. Sin que, por referirse dichos contratos en su clausulado al Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre, podamos colegir, con una interpretación literal y simplista, que son inquilinos vitalicios, mientras se mantengan las condiciones económicas por las que accedieron a la vivienda. Pues lo contrario, primar la duración indefinida basada en el Decreto, pudiera incluso conculcar la previsión legal del artículo 1255 del vigente Código Civil.

II. No es impedimento para la venta de los inmuebles, de forma conjunta, los posibles derechos de tanteo o retracto a favor de los arrendatarios¹²⁴, ya que el artículo 25.7 de la aplicable LAU de 1994 excluye tales derechos: «cuando se venda conjuntamente con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador o que formen parte de un mismo inmueble».

III. La enajenación de promociones de viviendas con protección pública, cedidas en arrendamiento y sitas en Madrid¹²⁵, cuentan con la habilitación legal autonómica tanto del artículo 20 del Decreto 11/2005 de 27 de enero¹²⁶, como del vigente artículo 18 del Decreto 74/2009, de 30 de julio.

IV. La concreta sociedad mercantil local tiene un cien por cien de capital suscrito por el Ayuntamiento de Madrid y su régimen jurídico es, fundamentalmente, el ordenamiento jurídico privado, según el artículo 85 ter de la Ley 7/85 de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local. Además, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su artículo 2, excluye de su ámbito subjetivo de aplicación a las sociedades mercantiles.

V. La alegación del artículo 47 de nuestra Carta Magna, como impedimento a la enajenación lo es a un principio rector de la política social y económica y, por tanto, no es exigible en vía jurisdiccional. En consonancia con la actuación, que de los poderes públicos se predica en dicho precepto, hay de subrayarse que el importe obtenido de la enajenación de promociones habrá de ser destinado por la sociedad mercantil local a obtener financiación bastante con la que volver a construir Viviendas con Protección Pública.

VI. Mas, el artículo 4.1.p) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, excluye expresamente de su ámbito de aplicación los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos. En definitiva, en la potencial enajenación de promociones de viviendas objeto de estudio, rigen los artículos 1445 y siguientes del Código Civil.

VII. Finalmente, el tan reiterado Decreto regula la cesión de Viviendas de Protección Oficial de promoción pública y las viviendas afectadas no tienen dicha calificación; ni pertenecen al patrimonio del IVIMA, para que les sea de aplicación, como ha establecido la jurisprudencia, el Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre.

VIII. A mayor abundamiento, la LAU de 1994 tiene, como es evidente, rango normativo de Ley y creo que debe prevalecer al carácter normativo, pero reglamentario, del Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre. Además, el artículo 4 LAU de 1994 establece la normativa general que ordena el sometimiento de todos los arrendamientos a las disposiciones de los títulos I, IV y V. A continuación el de los arrendamientos de viviendas, al Título II¹²⁷ y de los otros arrendamientos para fines distintos al de vivienda, al Título III¹²⁸. Es decir, el artículo 25¹²⁹ está ubicado en el Título II, capítulo IV¹³⁰ y es, por consiguiente, norma imperativa.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN

- ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.) (2006). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IV, Madrid: Edersa.
- BARRERA VILÉS, F. (2009). Un tipo de organismo público: la entidad pública empresarial local, *Revista Electrónica CEMCI [En línea]*, núm. 2: enero-marzo de 2009, p. 2. www.cemci.org/revista/revista2/documentos. Fecha de consulta: 4 de abril de 2013.
- BLANCO BAREA, J. Á. (2004). *Viviendas de Protección Oficial (VPO): tramitación administrativa y ayudas, normativa estatal y autonómica*, Granada: Comares.
- BOBBIO, N. (1991, traducción). *Teoría General del Derecho*, Madrid: Debate.
- BORRAJO INIESTA, I. (1993). El intento de huir del Derecho Administrativo, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 78. Madrid: Civitas.
- CALAZA LÓPEZ, M. S. (2011). Principios rectores del proceso judicial español, Madrid: *RDUNED*, 8, pp. 49-84.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1925). *Derecho Civil Español, Común y Foral Tomo II, Obligaciones y Contratos*, Madrid: REUS.
- CREMADES MORANT, J. (coord.) (2011). Conclusiones Seminario Arrendamientos Urbanos: Novedades Legislativas. El Desahucio. Madrid, 9, 10 y 11 de febrero de 2011. CGPJ [En línea], pp. 17 y sigs. www.icam.es/docs/observatorio/obs_25266.pdf. Fecha de consulta: 4 de abril de 2013.
- DE MIGUEL MARTÍN, P. J. (2001). Procesos arrendaticios sobre finca urbana en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (BIB 2000\2046), *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, 26/2001.
- DE PAGE, E. (1925). *De l'interpretation des lois*. Lausana.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (2006). El retracto arrendaticio ante la venta en globo del edificio, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol*, (coord.) ABRIL CAMPOY y AMAT LLARI, vol. 1, Valencia: Tirant lo Blanch.

- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2003). *Sistema de Derecho Civil. Vol. III, Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral*, Tanteo y retracto en el arrendamiento urbano, Madrid: Tecnos, 11.^a ed.
- ESTATUTOS SOCIALES DE LA EMPRESA MUNICIPAL DE LA VIVIENDA Y SUELO DE MADRID, S.A., www.emvs.es/. Fecha de consulta: 4 de abril de 2013.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (1984). Las corrientes metodológicas y el Derecho civil, en: *Libro homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 371-418.
- (2011). *Principios de Derecho civil*, Tomo III: *Contratos*, Madrid: Marcial Pons, 15.^a ed.
- (2012). *Compendio de Derechos Reales*, Los derechos de adquisición preferente, Madrid: Marcial Pons.
- (2013). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid: Dykinson. 5.^a ed.
- LLAMAS POMBO, E. (coord.) (2007). *Ley de Arrendamientos Urbanos, comentarios y jurisprudencia doce años después*, Madrid: La Ley, 1.^a ed.
- MORETÓN SANZ, M. F. (2008). Examen Crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXI, Fascículo II, Madrid, abril-junio de 2008.
- (2008b). *La asunción espontánea de deuda*, Valladolid: Lex Nova, 1.^a ed.
- (2010). Vivienda familiar y subrogación hipotecaria en tiempos de crisis: notas sobre los pactos internos entre codeudores solidarios, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 720, pp. 1747-1767.
- O' CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2012), *Compendio de Derecho Civil*, Tomo II, *Derecho de Obligaciones*, Madrid: E. Universitaria Ramón Areces, 1.^a ed.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., et al. (dir.) (1993). *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid: Ministerio de Justicia, p. 14, 2.^a ed.
- ZEGARRA VÍLCHEZ, J. C. (2005). *Aplicación del principio de especialidad en las normas tributarias*, [En línea] www.zyaabogados.com. Fecha de consulta: 4 de abril de 2013.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC de 19 de octubre de 1989
- STC de 20 de marzo de 1997
- STC de 8 de julio de 2013
- Auto de 22 de octubre de 2013

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 10 de febrero de 1998

- STS de 19 de septiembre de 2002
- STS de 6 de noviembre de 2006
- STS de 22 de julio de 2008
- STS de 31 de octubre de 2008
- STS de 31 de octubre de 2008
- STS de 25 de noviembre de 2008
- STS de 25 de noviembre de 2008
- STS de 22 de junio de 2009
- STS de 22 de junio de 2009
- STS de 18 de diciembre de 2009
- STS de 18 de diciembre de 2009
- STS de 29 de diciembre de 2009
- STS de 29 de diciembre de 2009
- STS de 29 de diciembre de 2009
- STS de 10 de marzo de 2010
- STS de 10 de marzo de 2010
- STS de 18 de marzo de 2010
- STS de 18 de marzo de 2010
- SSTs de 7 de julio de 2010
- STS de 11 de noviembre de 2010
- STS (Sala de lo Contencioso) de 17 de noviembre de 2010
- STS de 20 de julio de 2011

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Zaragoza 18 de noviembre de 1999
- SAP Vizcaya 7 de julio de 2000
- SAP Cádiz 14 de octubre de 2002
- SAP Madrid (Sección 12.^a) 5 de junio de 2007
- SAP Madrid (Sección 9.^a) 12 de junio de 2008
- SAP Madrid (Sección 20.^a) 17 de junio de 2009

NOTAS

¹ En cuanto a la tendencia al sistema de propiedad frente al arrendamiento en España, cfr. MORETÓN SANZ, M. F. (2010). Vivienda familiar y subrogación hipotecaria en tiempos de crisis: notas sobre los pactos internos entre codeudores solidarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 720, pp. 1747-1767.

² Cfr. el artículo periodístico titulado Los inquilinos con menos recursos acusan a Ana Botella de querer «deshacerse» de ellos, *El Boletín.com*, año IV, Madrid, jueves 14 de marzo de 2013, sección: Nacional, www.elboletin.com. Fecha de consulta: 4 de abril de 2013.

También GARCÍA GALLO, Bruno, Alquiler difícil, hipoteca imposible: La EMVS [Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A.] mantiene su tira y afloja con 117 familias, a las que ofrece una opción de compra inasequible. Madrid, *El País* [En línea], 2 de abril de 2013: «[...] Dato 3. Los contratos de alquiler de las 117 familias vencen cada dos años, según la EMVS. Las familias creen en cambio que se rigen por el Decreto 100/86, es decir, que la renovación es automática de por vida en las mismas condiciones. La EMVS considera que 24 de esos contratos ya han vencido, y que aproximadamente medio centenar lo hará antes de junio. Por eso, ha dejado de cobrar el alquiler, y ha indicado a esos inquilinos que se dirijan a sus oficinas para formalizar un nuevo contrato. Tendría cinco años de vigencia, con tres de prórroga. El precio sería «en principio» similar al actual. La vivienda, la misma. Las familias deberían demostrar que cumplen los requisitos para beneficiarse del alquiler social. A los ocho años, se renovaría (en caso de seguir cumpliéndolos), aunque no se les asegura que entonces se mantengan las mismas condiciones y la misma vivienda. Los inquilinos se han negado, y han seguido pagando su alquiler en una cuenta de la EMVS de forma irregular. Ese dinero se les devolverá en breve». http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/04/02/madrid/1364932755_420858.html. Fecha de consulta: 4 de abril de 2013.

³ Este Decreto fue publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid del 31 de octubre de 1986 y es una norma vigente, de fecha anterior a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, pero de rango inferior y de ámbito territorial limitado, no estatal.

⁴ A pesar de la errónea literalidad de las cláusulas contractuales, lo que quiere expresarse es que se prorroga cada dos años, es decir, de forma bienal. Así se corrobora con la Estipulación Segunda, párrafo 1, de tales contratos que expresamente recoge: «Las partes comparecientes contratan el arrendamiento de la citada vivienda por el tiempo de dos años...».

⁵ Castigando especialmente al mercado inmobiliario, tras la explosión de la llamada «burbuja inmobiliaria».

⁶ En especial, determinadas promociones que pudieran resultar deficitarias.

⁷ Alrededor de los 3 euros por metro cuadrado útil al mes.

⁸ Artículo 9 Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de arrendamientos urbanos.

⁹ Artículo 1289 Código Civil: «Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquellas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y este fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo».

¹⁰ STS, de 20 de julio de 2011 (Roj: STS 5536/2011), Antecedente Duodécimo: No puede aducirse respecto de la aquí demandante apelada un «inciviliter agere» —o «incivile ac inusitatum»—; no actúa con «abuso de derecho» porque ella no está postulando sino la consecuencia jurídica anudada por el ordenamiento a la resolución unilateral del contrato de arrendamiento efectuada por la parte arrendataria». Por su parte la STS, de 10 de febrero de 1998 recoge la doctrina de la de 5 de junio de 1972, la cual sienta, según ha declarado con reiteración la jurisprudencia de la propia Sala Primera, reflejada, entre otras, en la STS de 28 de noviembre de 1967, que para que el ejercicio de un derecho pueda calificarse de abusivo es menester que en su realización concurren los siguientes elementos esenciales: 1.º uso de un derecho objetivo y externamente legal; 2.º, daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y 3.º, inmoralidad o antisocialidad de este daño, manifestada de forma subjetiva, cuando la actuación de su titular obedezca no a un fin serio y legítimo sino al deseo de producir un perjuicio a un tercero sin obtener beneficios propios (STS, Sala Primera, de 14 de febrero de 1944, 25 de noviembre de 1960, 10 de junio de 1963 y 12 de febrero de 1964, 30 de mayo de 1995, 5 y 15 de marzo, 20 de julio y 25 de septiembre de 1996, 10 de febrero y 30 de junio de 1998), *id est*, a un *animus nocendi* o intención dañosa que carezca

del correlativo a una compensación equivalente (STS, Sala Primera, de 17 de febrero de 1958, 22 de septiembre de 1959, 4 de octubre de 1961, 26 de abril de 1976, 2 de junio y 7 de julio de 1981, 22 de abril de 1983, 25 de junio de 1985, 14 de febrero y 30 de junio de 1986, 9 de septiembre de 1987, 12 de noviembre de 1988, 1 y 27 de febrero de 1990, 5 de marzo y 11 de mayo de 1991, 20 de febrero y 3 de noviembre de 1992, 17 de febrero y 5 de abril de 1993, 6 de mayo, 11 de julio y 2 de diciembre de 1994, 13 de febrero de 1995, 5 de marzo y 25 de septiembre de 1996, 4 de julio y 10 de octubre de 1997), no deduciéndose tal resultado cuando sin traspasar los límites de la equidad y la buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle (SSTS, Sala Primera, de 27 de febrero de 1958, 4 de marzo de 1959 y 7 de junio de 1960), por oponerse a ello la máxima «qui iure suo utitur neminem laedit» (SSTS, Sala Primera, de 17 de abril y 17 de noviembre de 1965 y 12 de febrero de 1966); a salvo, claro está, que el Tribunal Sentenciador hubiera declarado su culpabilidad, estimando la inexistencia de «iusta causa litigantis» (SSTS, Sala Primera, de 4 de abril de 1932, 20 de abril de 1933, 13 de junio de 1942, 14 de febrero de 1944, 17 y 27 de febrero de 1958, 4 de marzo y 22 de septiembre de 1959, 7 de junio y 25 de noviembre de 1960, 4 de octubre de 1961, 10 de junio de 1963, 17 de abril y 17 de noviembre de 1965, 12 de febrero de 1966, 28 de noviembre de 1967 y 5 de junio de 1972, entre otras). Sobre deber acudirse a este expediente solo en casos patentes (SSTS, Sala Primera, de 6 de abril de 1987, 20 de febrero de 1992 y 27 de abril, 11 de julio y 2 de diciembre de 1994), en este caso no concurren los presupuestos determinados en las resoluciones que se acaban de mencionar porque la actora está ejercitando su derecho, con reconocimiento constitucional, a obtener de los órganos judiciales un pronunciamiento, preferiblemente —no exclusivamente— de fondo, sobre la acción que afirma ostentar, con el objetivo —asimismo afirmado— de poner término a una situación jurídica de desconocimiento de los derechos económicos derivados de un contrato de arrendamiento resuelto por la sola voluntad del arrendatario antes del vencimiento del término pactado. Concorre a su favor, por ello, una «iusta causa litigantis» (no «iuxta», como tan errónea como frecuentemente se acostumbra a escribir), que excluye todo abuso de derecho, pues no se ha probado la intención de dañar (SSTS, Sala Primera, de 20 de febrero de 1992, 27 de abril y 11 de julio de 1994, 5 de marzo de 1996 y 9 de febrero y 30 de mayo de 1998), ni la falta de un interés legítimo, ni de una conducta de mala fe o contra la función social del derecho instado, cuyos límites normales aparecen respetados (SSTS, de 27 de mayo de 1988, 15 de junio de 1995, 5 de marzo y 30 de octubre de 1996 y 3 de julio de 1997).

¹¹ SSAAPP de Zaragoza, de 18 de noviembre de 1999, de Vizcaya, de 7 de julio de 2000, de Cádiz, de 14 de octubre de 2002 y de Madrid, Sección 9.ª, de 12 de junio de 2008.

¹² Eso sí, con distinta intensidad y acierto.

¹³ La existencia de un Estado de Derecho capaz de aprobar normas de funcionamiento y normas de regulación de cualquier actividad, permite la utilización de su *imperium* para proteger a sus ciudadanos y regular comportamientos; es el primer estrato existente desde el punto de vista histórico para la concepción actual de Estado que ha ido evolucionando durante las dos últimas centurias hasta conjugar lo que hoy conocemos en la mayoría del mundo occidental como Estado Social y Democrático de Derecho. Estos distintos tipos de «Estado», pueden regular y de hecho así lo han hecho, el derecho al acceso a una vivienda mediante la articulación de mecanismos gubernamentales en función de la naturaleza jurídica y social de cada forma de Estado. Así, el Estado de Derecho permite la posibilidad de emanar normas que ordenen cualquier disciplina, como por ejemplo la materia que nos ocupa, las Viviendas Protegidas, tal y como se ha hecho en España durante prácticamente todo el siglo XX hasta la actual Constitución. BLANCO BAREA, J. A. (2004). *Viviendas de Protección Oficial (VPO): tramitación administrativa y ayudas: normativa estatal y autonómica*. Granada: Comares, p. 8.

¹⁴ En general toda la legislación de la llamada «Vivienda de Protección Oficial» hasta el año 1978.

¹⁵ El moderno constitucionalismo atiende fundamentalmente a la dimensión social de la vivienda y a su consideración de necesidad de índole colectiva, frente a la cual el Estado no

puede mantenerse indiferente y seguir pretendiendo que los ciudadanos deban, con carácter absoluto, autosatisfacer sus necesidades de vivienda conforme a sus posibilidades económicas en el mercado, ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.) (2006). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo IV, Madrid: Edersa, pp. 305-340.

¹⁶ «Respecto a la protección del medio ambiente, la legislación básica posee la característica técnica de normas mínimas de protección que permiten «normas adicionales» o un plus de protección; es decir, la legislación básica del Estado no cumple en este caso una función de uniformidad relativa, sino más bien de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que cada una de las Comunidades Autónomas, con competencia en la materia, establezcan niveles de protección más altos que no entrarían por solo eso en contradicción con la normativa básica del Estado».

¹⁷ En relación precisamente con el derecho a la propiedad que reconoce el artículo 33 CE, hemos señalado que el título del artículo 149.1.1. CE no habilita para establecer una regulación uniforme de la propiedad privada, y su función social ni esa pretendida uniformidad puede servir de pretexto para anular las competencias legislativas que las Comunidades Autónomas tienen sobre todas aquellas materias en las que entre en juego la propiedad (STC 37/1987). Al Estado le corresponde ciertamente establecer la regulación del contenido básico y primario del derecho de propiedad, en la medida en que afecte a las condiciones básicas de su ejercicio, pero el referido título competencial no habilita por sí mismo para que el Estado pueda regular cualquier circunstancia que, de forma más o menos directa, pueda incidir sobre la igualdad en el ejercicio del derecho. El propio tenor literal del precepto deja claro que la igualdad que se persigue no es la identidad de las situaciones jurídicas de todos los ciudadanos en cualquier zona del territorio nacional (lo que por otra parte sería incompatible con la opción por un Estado organizado en la forma establecida en el Título VIII de la Constitución), sino la que queda garantizada con el establecimiento de las condiciones básicas, que, por tanto, establecen un mínimo común denominador y cuya regulación, esta sí, es competencia del Estado.

¹⁸ En el conjunto del Estado existieron básicamente tres opciones en cuanto a la calificación de las Viviendas Protegidas: a) Las Comunidades Autónomas que optaron por la calificación definitiva o cuasi-definitiva. La primera fue la Comunidad Autónoma del País Vasco en el año 2002 y después le siguieron Catalunya (90 años), Extremadura (permanente) y Asturias (vida útil de la vivienda) todas ellas en el año 2004. b) Las Comunidades Autónomas que mantuvieron, para sus propias tipologías autonómicas de Vivienda Protegida, más o menos, en el nivel marcado por el Plan Estatal 2005-2009 para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda (30 años, susceptibles de ampliación por las Comunidades Autónomas). c) Las Comunidades Autónomas que, a través de diferentes tipologías autonómicas de Vivienda Protegida redujeron el periodo de calificación de las mismas. Destacan en este campo las Viviendas de Protección Pública destinadas al alquiler con opción de compra de la Comunidad Autónoma de Madrid descalificable a los 7 años, pero también debemos citar las Viviendas Protegidas autonómica descalificable a los 15 años en Andalucía, Cantabria o Valencia y las Viviendas de Precio Tasado descalificables a los 10 años en las Islas Baleares o Castilla-La Mancha.

¹⁹ Dichos requisitos son por ejemplo: la superficie limitada; el precio tasado; el sorteo como vía de acceso a su titularidad y, finalmente, el control de la Administración sobre su disponibilidad.

²⁰ Para arrendamiento, para venta, para arrendamiento con opción a compra, etc.

²¹ Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de viviendas de protección oficial, o en el caso de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, la Ley 6/1997, de 8 de enero, de protección pública a la vivienda de la Comunidad de Madrid.

²² Cuya razón quizá responda a una Huida del Derecho administrativo. Cfr. BORRAJO INIESTA, I. (1993). El intento de huir del Derecho Administrativo. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 78, Madrid: Civitas, pp. 233-249.

²³ Cfr. BARRERA VILÉS, F. (2009). Un tipo de organismo público: la entidad pública empresarial local, núm. 2, enero-marzo 2009, *Revista Electrónica CEMCI* [En línea], p. 2. www.cemci.org/revista/revista2/documentos. Fecha de consulta: 4 de abril de 2013.

²⁴ El número 2 del artículo 85 ter recientemente modificado según redacción del número veintidós del artículo primero de la Ley 27/2013, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, en el sentido de adaptarse al texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

²⁵ Cfr. Estatutos Sociales de la Empresa Municipal de la Vivienda y Suelo de Madrid, S.A., [En línea] www.emvs.es/. Fecha de consulta: 4 de abril de 2013.

²⁶ Muy recientemente se ha decidido suspender la promoción de viviendas, según las medidas incluidas en el Plan de Viabilidad 2013-2018 de la EMVS, que conllevan la reorientación de su objetivo y, por lo tanto, a sus trabajadores, dejando a un lado la construcción de nuevas viviendas por la rehabilitación, el alquiler o la gestión del patrimonio municipal.

²⁷ A tal efecto asume las funciones de: a) Construir viviendas, aplicando al efecto sus fondos propios o cualesquiera otros que obtenga para dicha finalidad, asumiendo, además, los convenios para la construcción de viviendas que autorice la legislación aplicable. b) Hacerse cargo de las funciones, asumiendo el patrimonio, del antiguo Patronato Municipal de la Vivienda y de la denominada Sección de Viviendas del Departamento de Patrimonio del Suelo de la Gerencia Municipal de Urbanismo. c) Administrar, conservar, mejorar e inspeccionar, con separación de su régimen financiero respecto de la Administración general del Municipio, las viviendas, fincas, conjuntos urbanísticos o terrenos adquiridos por su cuenta o que le sean transferidos por el Estado, Comunidad Autónoma, Provincia o por el propio Municipio o cualquier otra persona física o jurídica. d) Llevar a cabo *adquisiciones o transmisiones de dominio sobre bienes inmuebles* y derechos reales que se estime preciso establecer para el cumplimiento de esos fines, colaborando al efecto con entidades públicas o privadas de interés general o social. e) Desarrollar los acuerdos y Convenios que adopte el Excmo. Ayuntamiento de Madrid, realizando las aportaciones dinerarias o en especie establecidas en los mismos con otras entidades, consorcios u organismos públicos o privados. f) Llevar a cabo las actuaciones de rehabilitación de promoción pública directa, programadas por la Corporación Municipal. g) Fomentar la rehabilitación privada mediante las subvenciones y ayudas establecidas en los Programas y Planes aprobados al efecto. [El uso de subrayado es propio]. h) Colaborar con la Administración Central y Autonómica en la aplicación, en el Municipio de Madrid, de la legislación vigente en materia de rehabilitación de edificios mediante fórmulas concertadas. i) Contribuir a la rehabilitación del Patrimonio Municipal de Viviendas. j) Ejecutar las adjudicaciones de viviendas, locales de negocio, y garajes construidos siguiendo las instrucciones que sean aprobadas por la Corporación».

²⁸ Por no haberse calificado nunca como tales, lo que se refleja en el registro correspondiente de la Comunidad autónoma, con su número de expediente y en el Registro de la Propiedad, o bien porque dicha calificación se haya extinguido por el transcurso del tiempo de duración de su régimen legal.

²⁹ Al regular la transmisión de promoción de Viviendas con Protección Pública para arrendamiento a terceros. Además, hay que tener en cuenta que el TC en su recentísima Sentencia de 8 de julio de 2013 desestima el conflicto positivo de competencia número 3.194-2008 promovido por la Comunidad de Madrid. En efecto, el artículo Único, apartado Uno, número 12 del Real Decreto 14/ 2008, de 11 de enero, por el que se aprobó el Plan Estatal 2005-2008 para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda fue impugnado por la CAM por inconstitucionalidad y extralimitación competencial. Dicho Plan estuvo vigente hasta el 25 de diciembre de 2008. La regulación derogada exigía la autorización administrativa por el órgano autonómico competente, en cambio la nueva regulación solo requiere notificar previamente la enajenación. El Alto Tribunal considera que la notificación es una técnica de intervención administrativa más idónea que la autorización para el propósito de la liberalización del mercado del alquiler de viviendas. En consecuencia al modificar el Plan Estatal «el Estado ha ejercido sus competencias normativas», ya que «puede ejercer actividades de fomento en el mercado inmobiliario por la evidente conexión de este sector con la economía nacional».

³⁰ A modo de ejemplo, bajo el número de expediente: 06-GC-00013.2/1996, la Dirección General de Vivienda y Rehabilitación (Área de Calificaciones) de la CAM autorizó con fecha

22 de octubre de 2010 la transmisión de la promoción de viviendas con Protección Pública para arrendamiento, sita en la PARCELA EBA.26 de Madrid. También, en la misma fecha, con el número de expediente: 06-GP-00149.5/2001, autorizó transmisión de las viviendas con Protección Pública para arrendamiento, sitas en la C/ Martín Muñoz de las Posadas 7, Parcela 1.10, en Madrid.

³¹ STS, Sala Primera, de 6 de noviembre de 2006 (Roj: STS 6776/2006), Fundamento de Derecho Quinto: La cesión de contrato consiste «en el traspaso a un tercero, por parte de un contratante, de la posición íntegra que ocupaba en el contrato cedido», de manera que el cesionario adquiere los derechos que ostentaba el cedente en la relación contractual como si hubiese sido el contratante inicial. Esta figura ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala, al no estar regulada en el del Código Civil, aunque sí lo está en el Código italiano (art. 1406) y en el Fuero Nuevo de Navarra (ley 513.2). La sentencia de 26 de noviembre de 1982 declara que «puede una de las partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones sinalagmáticas si estas no han sido todavía cumplidas y la otra parte prestó consentimiento anterior, coetáneo o posterior al negocio de cesión. Para que la cesión sea efectiva, la jurisprudencia ha exigido que en el negocio jurídico concurren las tres partes, es decir, el contratante cedente de su posición contractual, el nuevo que la adquiere y el co-contratante que va a resultar afectado por el cambio de deudor, (Sentencias de 9 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1999, 21 de diciembre de 2000 y 19 de septiembre de 2002). Sin el consentimiento de este, no existe cesión, o como afirma la sentencia de 9 de diciembre de 1997, la necesidad de mediar consentimiento es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual.

³² Podemos citar la STS de 19 de septiembre de 2002 que reúne la descripción de los requisitos (Roj: STS 5966/2002), Ponente: D. Clemente Auger Liñán, Núm. de Recurso: 1046/1997, Fundamento de Derecho Segundo: En efecto, la cesión de contrato que conocida y consolidada jurisprudencia construye implica la transmisión a un tercero de la relación contractual, en su totalidad unitaria, presumiendo, por ende, la existencia de obligaciones sinalagmáticas que, en su reciprocidad, se mantienen íntegramente vivas para cada una de las partes. La figura jurídica de la cesión del contrato supone un negocio de cesión entre cedente y cesionario de un contrato de prestaciones recíprocas, pues de ser de prestación única se estaría ante una simple cesión de créditos o asunción de deudas. La necesidad de mediar consentimiento es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 12 de julio de 1996, 1 de julio de 1949, 26 de febrero y 26 de noviembre de 1982, 23 de octubre de 1984 y 5 de marzo de 1995...

³³ *Op. cit.*

³⁴ Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Ob. cit.*

³⁵ El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador...

³⁶ Por su parte, CASTÁN TOBEÑAS define al contrato bilateral o sinalagmático como aquel que crea obligaciones recíprocas para ambas partes. Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J. (1925). *Derecho Civil Español, Común y Foral Tomo II, Obligaciones y Contratos*, Madrid: Reus, p. 96.

³⁷ En este sentido, hay que tener en cuenta la recentísima reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos por la Ley de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado de Alquiler de Viviendas, aprobada en el Pleno del Congreso de los Diputados el día 23 de mayo de 2013. El Boletín Oficial del Estado ha publicado el 5 de junio de 2013 dicha Ley, que entra en vigor al día siguiente de su publicación. Tenemos, así, cuatro textos legales que aplicaremos a los arrendamientos de vivienda, dependiendo de la fecha del contrato, a saber: Texto Refundido de la LAU 1964, el RDL 2/1985, la propia LAU 29/1994 antes de la reforma, y la LAU ahora reformada por la Ley 4/2013, de 4 de junio. La reforma debía haber agrupado todos los preceptos para que confluyeran en una única Ley, que contemplara todos los contratos. Por consiguiente nos encontramos ante una vorágine arrendaticia, pues, dependiendo de la fecha del contrato, aplicaremos normas totalmente diferentes. El Preámbulo de la nueva Ley 4/2013 dice textualmente que su intención es «reforzar la libertad de pactos dando prioridad

a la voluntad de las partes» Sus características más destacables son: La reducción de la duración obligatoria a la sola decisión del arrendatario, cualquiera que sea la duración pactada, desde los cinco años actuales hasta los tres de la reforma. La posibilidad de desistimiento en cualquier momento, una vez transcurridos seis meses de contrato, por parte del arrendatario con tan solo 30 días de preaviso, pues la LAU de 1994 garantizaba la permanencia por la anualidad en curso. La falta de inscripción del contrato en el Registro de la Propiedad, significa la posibilidad de extinción del arrendamiento si el piso cambia de propietario. La eliminación de los llamados *arrendamientos suntuarios* (aunque a efectos prácticos poco cambia: sigue rigiendo para estos y otros arrendamientos, salvo en lo expresamente autorizado, el Título II de la Ley) y exclusión del *arrendamiento por temporadas* de la Ley arrendaticia. La posibilidad de suspender el pago de la renta del contrato cuando el arrendatario acometa obras, por el tiempo que pacten. Libertad para pactar la actualización de la renta. Agilización de plazos en casos de impago, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y creación de un registro de sentencias firmes de impagos de rentas de alquiler.

³⁸ Al regular las condiciones de ejercicio del derecho de adquisición preferente del arrendatario en caso de venta de la vivienda arrendada.

³⁹ Lo regulado en este inciso primero parece estar pensado para el supuesto de un arrendatario que pretendiese ejercitar su derecho de adquisición preferente sobre su parte arrendada, y por eso se le prohíbe; porque en caso contrario, puede que la venta conjunta se frustrara con el consiguiente perjuicio para el propietario. LLAMAS POMBO, E. (coord.) (2007). *Ley de Arrendamientos Urbanos, comentarios y jurisprudencia doce años después*, Madrid: La Ley, p. 650, 1.^a ed.

⁴⁰ El Profesor LASARTE indica que bajo el título de derechos de adquisición preferente es habitual exponer ciertos derechos que tienen como nota común otorgar a su titular la facultad de adquirir, con preferencia frente a cualquier otra persona, la propiedad de una determinada cosa en caso de que su propietario decida enajenarla. Tales derechos, sucintamente enunciados, son el tanteo, el retracto y la opción. Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C. (2012). *Compendio de Derechos Reales*, Los derechos de adquisición preferente, Madrid: MARCIAL PONS, pp. 265 y sigs.

⁴¹ Artículo 25 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

⁴² Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de arrendamientos urbanos.

⁴³ Plazo de caducidad.

⁴⁴ Garaje, trastero, etc.

⁴⁵ Cfr. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G. (2006). El retracto arrendaticio ante la venta en globo del edificio, en *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol* (coord.) ABRIL CAMPOY, Juan Manuel y AMAT LLARI, María Eulalia, vol. 1, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1063-1086.

⁴⁶ Cfr. Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2003). *Sistema de Derecho Civil, Volumen III, Derecho de cosas y Derecho inmobiliario registral*, Tanteo y retracto en el arrendamiento urbano, Madrid: Tecnos, pp. 602-604, 11.^a ed.

⁴⁷ Real Decreto de Promulgación de 3 de febrero de 1881, artículos 1618 y sigs.

⁴⁸ Cfr. CALAZA LÓPEZ, M. S. (2011). Principios rectores del proceso judicial español, *RDUNED*, 8, pp. 49-84.

⁴⁹ De forma similar a las exigencias procesales del artículo 1618.2.º de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil —Real Decreto de Promulgación de 3 de febrero de 1881— de consignar el precio si es conocido, o de dar fianza de consignarlo luego que lo fuere.

⁵⁰ En todo este apartado, Cfr. DE MIGUEL MARTÍN, P. J. (2001), Procesos arrendaticios sobre finca urbana en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (BIB 2000/2046), *Boletín Aranzadi Civil-Mercantil*, 26/2001.

⁵¹ Con el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se supera la tradicional regulación separada de las formas o tipos sociales designadas con esa genérica expresión, que ahora, al ascender a título de la ley, alcanza rango definidor.

⁵² Una sociedad de carácter mercantil.

⁵³ En su última actualización, dada por el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público.

⁵⁴ El artículo 1445 del CC establece: Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.

⁵⁵ No debiendo eludir que una de las fórmulas para obtener financiación viene recogida en el artículo 25-2 d. de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que habilita al municipio, en definitiva, a la promoción y gestión de viviendas y por ende a la sociedad mercantil local a llevar a cabo, transmisiones de dominio sobre bienes inmuebles o derechos reales que se estima preciso establecer para el cumplimiento de sus fines.

⁵⁶ Sin otras excepciones que el plazo de duración de dichos regímenes, así como el porcentaje a aplicar para la determinación de las rentas máximas iniciales anuales de las viviendas destinadas a arrendamiento, que serán los establecidos de acuerdo con lo dispuesto en la normativa indicada.

⁵⁷ Incluso *ex* Decreto 100/1986.

⁵⁸ Cfr. MORETÓN SANZ, M. F. (2008). Examen Crítico de los fundamentos dogmáticos y jurisprudenciales de la expromisión y del artículo 1205 del Código Civil español, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXI, Fascículo II, Madrid, abril-junio de 2008, pp. 622-719.

⁵⁹ Cfr. MORETÓN SANZ, M. F. (2008). *La asunción espontánea de deuda*, Valladolid: Lex Nova, junio de 2008, pp. 275-285, 1.^a ed.

⁶⁰ Capaces de modificar con secuencias modificativas o acumulativas, fielmente a la tradición del sistema italiano que las contempla. Cfr. *supra*, *ob. cit.* p. 285.

⁶¹ Por el artículo 38 del Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de vivienda.

⁶² Que no son, en modo alguno, bienes demaniales.

⁶³ Dirección General de Vivienda de la Comunidad Autónoma de Madrid o Registro de la Propiedad.

⁶⁴ Al igual que ocurre con la definición del concepto de las viviendas objeto de protección.

⁶⁵ Contemplando un régimen transitorio en la Disposición transitoria primera, punto 2, para las viviendas construidas con anterioridad al Decreto.

⁶⁶ Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, modificada por Ley Orgánica 5/1998, de 7 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 3/1983.

⁶⁷ Modificada por Ley 2/2005, de 12 de abril, de modificación de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

⁶⁸ LPO.

⁶⁹ VPO.

⁷⁰ Aprobado por Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, por el que se desarrolla el Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre política de vivienda.

⁷¹ Deroga al Decreto 11/2005, de 27 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de la Comunidad de Madrid, a excepción de lo dispuesto en la disposición transitoria primera del mismo.

⁷² VPP.

⁷³ Incluso significativamente, en años sucesivos.

⁷⁴ Que serán los establecidos en las respectivas calificaciones de acuerdo con lo dispuesto en la normativa indicada.

⁷⁵ Así, por ejemplo: Decreto 43/1997, 13 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de las ayudas en materia de viviendas con protección pública y rehabilitación con protección pública del plan de vivienda de la Comunidad de Madrid 1997-2000: Treinta años desde su calificación definitiva. Si se hubiera obtenido un Préstamo Cualificado, la duración será de quince años. a) Decreto 228/1998, de 30 de diciembre, por el que se regula el régimen

jurídico de las ayudas en materia de viviendas con protección pública y rehabilitación con protección pública del Plan de Vivienda de la Comunidad de Madrid 1997-2000: Treinta años desde su calificación definitiva. Si se hubiera obtenido un Préstamo Cualificado, la duración será de veinte años. b) Decreto 11/2001, de 25 de enero, de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo Y Transportes sobre financiación cualificada a actuaciones protegidas en materia de vivienda y su régimen jurídico para el periodo 2001-2004: Veinticinco años desde su calificación definitiva. Si se hubiera obtenido un Préstamo Cualificado, la duración será de veinte años. c) La duración del régimen legal de protección de las Viviendas con Protección Pública para Arrendamiento (VPPA), las Viviendas con Protección Pública para Jóvenes y Mayores (VPPJYM) y las Viviendas de Integración Social (VIS) cualquiera que sea el Decreto al amparo del cual se calificaron es el siguiente: Veinticinco años desde su calificación definitiva. Si se hubiera obtenido un Préstamo Cualificado, la duración será de diez años. d) La duración del régimen legal de protección pública de las Viviendas de Protección Oficial, calificadas definitivamente al amparo del Real Decreto Ley 31/1978, de 31 de octubre, o a las que este les sea de aplicación, es treinta años desde su calificación definitiva. d) La duración del régimen legal de protección pública de las Viviendas de Protección Oficial para arrendamiento, calificadas definitivamente al amparo del Real Decreto Ley 31/1978, de 31 de octubre, o a las que este les sea de aplicación, es treinta años desde su calificación definitiva, si obtuvo la misma con anterioridad al 1 de enero de 1995, o veinticinco años, si fue a posteriori. Si hubiese obtenido préstamo cualificado, será la misma que la del plazo inicial de amortización del préstamo, a contar desde la fecha de calificación definitiva. e) La duración del régimen legal de protección pública de las viviendas de Protección Oficial, calificadas definitivamente al amparo del Real Decreto 2114/1968 de 24 de julio de 1968, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, texto refundido aprobado por Decretos 2131/1963, de 24 de julio y 3964/1964 de 3 de diciembre, es cincuenta años desde su calificación definitiva. Estas viviendas han quedado liberalizadas de precio de venta y alquiler, en virtud del artículo 1 del Real Decreto 727/1993, de 14 de mayo, sobre precio de las viviendas de protección oficial de promoción privada.

⁷⁶ Con la correspondiente autorización.

⁷⁷ Vivienda de integración social o VIS Plan de vivienda 2005-08.

⁷⁸ Artículo 8 Reglamento de viviendas con protección pública, Decreto 11/2005.

⁷⁹ Debemos tener en cuenta que estas VPO han quedado liberalizadas de precio de venta y alquiler por Real Decreto 727/1993, de 14 de mayo.

⁸⁰ Actos Jurídicos Documentados e IVA o Trasmisiones Patrimoniales. Cfr. Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (últimas actualizaciones para ambas leyes de 28 de diciembre de 2012).

⁸¹ Previsto en el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda.

⁸² Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20), en su Sentencia núm. 381/2009 de 17 de junio (Roj: SAP M 6714/2009), en materia de arrendamientos urbanos (Jurisdicción Civil), Recurso de Apelación núm. 119/2009, ponente: D^a Sagrario Arroyo García, Fundamento de Derecho Tercero, 2.º párrafo [El uso de negrita es propio].

⁸³ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso (Roj: STS 5956/2010), de fecha 17 de noviembre de 2010, Núm. de Recurso: 1383/2008, ponente: D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

⁸⁴ Instituto de la Vivienda de Madrid.

⁸⁵ Por el Decreto 44/1990, de 17 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se modifica el Decreto 100/1986, de 22 de octubre, que regula la cesión en arrendamiento de las viviendas de protección oficial de promoción pública.

⁸⁶ «El Acuerdo impugnado, de fecha 24 de febrero de 2003, fue dictado por el Consejo de Administración del IVIMA al amparo de la Disposición Adicional Primera del Decreto

100/1986, de 22 de octubre, por el que se regula la cesión en arrendamiento de las viviendas de promoción pública, modificada por el Decreto 44/1990, de 17 de mayo, en cuya virtud: El presente Decreto, con las particularidades que se señalan en las disposiciones siguientes, será de aplicación a la cesión de las viviendas que se adjudiquen a los titulares de los siguientes grupos de viviendas, transferidas al Patrimonio del Instituto de la Vivienda de Madrid y afectadas por operaciones de renovación y rehabilitación. a) Poblado de absorción de Canillas. b) Poblado de absorción de Caño Roto. c) Poblado de absorción de Comillas. d) Poblado de absorción de Fuencarral A. e) Poblado de absorción de Fuencarral B. f) Poblado de absorción de General Ricardos. g) Poblado de absorción de Villaverde Cruce. h) Poblado de absorción de Viña de Entrevías. i) Cualesquier otros grupos a los que total o parcialmente, previo acuerdo del Consejo de Administración del Instituto de la Vivienda de Madrid, se declare de aplicación. Así pues, aunque el Decreto tiene por finalidad regular, como su propio enunciado indica, «la cesión en arrendamiento de las viviendas de promoción pública», sin embargo, en la Disposición Adicional Primera del mismo se prevé que estas normas del citado Decreto se apliquen, también —con las particularidades que se reflejan en los siguientes apartados de dicha Disposición Adicional Primera—, a la cesión de las viviendas que se adjudiquen a los titulares de los grupos de viviendas que se indican, entre los que se encuentran cualesquiera grupos de viviendas a los que por acuerdo del Consejo de Administración del IVIMA se declare de aplicación (apartado i), siempre que se trate de viviendas «transferidas al patrimonio del IVIMA y afectadas por operaciones de renovación y rehabilitación. [...] En este caso, el edificio en el que se encuentran las viviendas y locales de los recurrentes, sito en la CALLE000 núm. NUM000 de Madrid, es propiedad del IVIMA, aunque no tenga la calificación de protección oficial o promoción pública, y es esta condición de ser propiedad del IVIMA y formar, por tanto, parte de su patrimonio lo que permite que pueda acogerse a cuanto en esta Disposición Adicional se establece, Disposición esta que se refiere, tanto a viviendas, como se desprende de su apartado primero, como a locales comerciales, como se infiere de su apartado séptimo. Nada cabe, por tanto, objetar, desde esta perspectiva, al Acuerdo impugnado que tiene su sustento en la citada Disposición Adicional Primera, pues se trata de viviendas y locales que forman parte del patrimonio del IVIMA, aunque no sean de protección oficial o promoción pública, habiéndose dictado el pertinente acuerdo por su Consejo de Administración (el Acuerdo impugnado) para su inclusión en dicho ámbito de aplicación.

⁸⁷ El uso del subrayado es propio y no del texto original.

⁸⁸ De fecha anterior a la LAU de 1994 y sobre viviendas de promociones sin calificación de protección pública.

⁸⁹ Sic.

⁹⁰ Vid. nota 36.

⁹¹ Ley de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado de Alquiler de Viviendas, publicada en el Boletín Oficial del Estado el 5 de junio de 2013, que entra en vigor al día siguiente de su publicación.

⁹² STS, Sala de lo Civil, de 18 de diciembre de 2009 (Roj: STS 7443/2009), Ponente: D. Román García Varela, Núm. de Recurso: 1530/2005, Fundamento de Derecho Quinto.

⁹³ El motivo primero de este recurso censura la interpretación del artículo 1285 del Código Civil por la Sentencia de la Audiencia en relación a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, al no considerar sujeto a la prórroga forzosa el contrato de 20 de enero de 1986, pese del contenido de sus cláusulas y de su duración indefinida pactada por las partes, contenida, entre otras, en las SSTs 20 de abril de 1993, 4 de febrero de 1992 y 14 de junio de 1994. El motivo se desestima. Plantea la recurrente el alcance que debe darse a la expresión «duración indefinida», contenida en el clausulado del contrato litigioso, que, a su juicio, permite inferir que la voluntad de las partes era la de someterse, en cuanto a su duración, al régimen de prórroga forzosa regulado en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, con sustento de su argumentación casacional en la existencia de jurisprudencia contradictoria de SSTs sobre la materia. Esta Sala ha tenido ya ocasión de reiterar (entre otras, en STS de 25 de noviembre de 2008 y 10 de junio de 2009), que la temporalidad es una característica esencial

del contrato de arrendamiento, por lo que la validez de este negocio jurídico es incompatible con el establecimiento de una duración indefinida. Resulta, por tanto, plenamente rechazable la argumentación del recurrente, según la cual, en el presente caso, la Sala de instancia no ha interpretado el contrato como un conjunto orgánico, sino que ha concluido que el contrato no se encontraba sujeto a prórroga forzosa para lo que ha puesto solo en relación el pacto de duración indefinida y el que la renta se determinara anualmente, sin embargo las partes pactaron otras cláusulas de las que se reproducen las que para la finalidad del presente recurso se consideran de interés: [...] 48, la renta establecida en el presente contrato, se entiende por valor en el año 1986, por ello de común acuerdo cada año, se fijará el nuevo importe con valor desde el 1 de enero (según el IPC del INE); y 68, los gastos e impuestos, serán por cuenta del arrendatario. Las alegaciones recién expuestas no alteran los razonamientos de la Sentencia de instancia.

⁹⁴ STS, Sala de lo Civil, de 29 de diciembre de 2009 (Roj: STS 7973/2009), Fto. de Derecho Segundo.

⁹⁵ [...] TERCERO. En cuanto a la alegación de oposición de la Sentencia recurrida a la jurisprudencia de esta Sala, que se efectúa en el primer motivo, plantea la recurrente la cuestión de si la calificación de una cláusula como oscura resulta compatible con la exigencia mantenida por esta misma Sala, a través de la Sentencias que cita, de que el pacto de sometimiento a prórroga forzosa debe constar de manera expresa. Este motivo ha de ser igualmente estimado. Tras la publicación del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, los contratos de arrendamiento de viviendas o locales de negocio celebrados bajo su vigencia tendrán la duración que libremente estipulen las partes. Resulta ser esta una de las novedades más importantes que aportó el Real Decreto-Ley citado, al volverse a un sistema en el que los arrendamientos urbanos son concebidos como contratos de duración limitada a los concretos términos fijados por las partes o, en su caso, establecer su duración de acuerdo con el régimen general regulado por el Código Civil. Desapareció así el sistema de prórroga forzosa por el que los contratos de esta naturaleza se prorrogaban por imperativo legal (art. 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964). No obstante, nada impide que, si las partes así lo acuerdan y en virtud del principio de libertad contractual consagrado en el artículo 1255 del Código Civil, los arrendamientos posteriores a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 2/1985 puedan someterse al régimen de prórroga forzosa establecido en el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964. Pero, en tal caso, es necesario que exista un acuerdo expreso de sometimiento, como razonan las Sentencias de esta Sala que cita la parte recurrente para fundamentar el recurso, ya que, en caso contrario, hay que estar a la norma general, a saber, la duración del contrato por el tiempo convenido. El referido acuerdo, en general, debe existir en el contrato explícitamente, aunque cabe deducir la existencia de sometimiento del arrendador a la prórroga de modo implícito, que no tácito, de los propios términos del contrato, pero, aún en estos casos, es decir, sin que exista una cláusula específica, la deducción de duración indefinida debe ser clara y terminante. En definitiva, si la cuestión relativa al sometimiento o no al régimen de prórroga forzosa es dudosa, debe entenderse que no existe el acuerdo que permita la aplicación del mismo. Y, en el presente caso, resulta que la propia Sentencia recurrida reconoce la oscuridad de la estipulación relativa a la duración del arrendamiento, al exponer que la misma permite justificar las diversas interpretaciones ofrecidas por los litigantes la mantenida por el arrendatario actor y por la Sentencia apelada y la que sostiene la entidad arrendadora. Esta falta de claridad permite concluir que en el contrato no aparece una voluntad implícita de sometimiento al régimen de prórroga forzosa, por lo que, como ya se adelantaba, el motivo debe ser estimado.

⁹⁶ STS, Sala de lo Civil, de 11 de noviembre de 2010 (Roj: STS 5886/2010), Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos, Núm. de Recurso: 602/2007, Antecedente de Hecho Cuarto y Fto. de Derecho Séptimo.

⁹⁷ En los fundamentos de Derecho de la Sentencia, en cuanto interesa para el presente recurso, se declara, en síntesis: 1. La Jurisprudencia afirma que la entrada en vigor del RDL 2/1985 se crearon dos regímenes jurídicos: los anteriores al RDL 2/1985, sujetos a prórroga

forzosa, y los posteriores, sujetos a la aplicación del artículo 1566 CC, a no ser, en este caso, que los contratantes hubiesen convenido explícita o implícitamente, el sometimiento al régimen de prórroga forzosa (SSTS 20 de abril de 1993 y 23 de mayo de 1995). 2. Las dudas o la ambigüedad que puedan existir en el contrato de arrendamiento respecto al sometimiento o no a la prórroga forzosa, ha de ser resuelta a favor de la libertad de pacto, es decir, a favor de la inexistencia de prórroga forzosa. 3. Los argumentos en los que se había basado el juzgador de instancia para entender que existía un pacto de sometimiento a la prórroga forzosa, no eran suficientes para considerar acreditada su existencia. 4. El que exista cláusula de actualización de renta no implica que se quiera someter el contrato al régimen de prórroga forzosa, puesto que la tácita reconducción puede llevar a la duración temporal del contrato más allá del plazo inicialmente pactado. 5. El hecho de que el inquilino se hiciera cargo de diferentes gastos (impuestos, obras de conservación y reparación y responsabilidad del inquilino en daños ocasionados a terceros) no determinan la necesidad de que existiera prórroga forzosa. La tácita reconducción permite la duración del contrato más allá del año inicialmente pactado, por lo que la asunción de los gastos por el inquilino se hace conciliable con la tácita reconducción.

6. El mantenimiento de la vigencia del contrato a lo largo del tiempo por la anterior arrendadora, madre del actor, no es un acto contrario a la aplicación del artículo 9 RDL 2/1985. Este precepto permite que el contrato pueda prorrogarse en virtud de la tácita reconducción. La extensión de la duración del contrato más allá de lo inicialmente pactado no lo convierte en un contrato de duración indefinida. QUINTO. En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Miguel Ángel se formulan los siguientes motivos, todos ellos al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 LEC: Motivo primero. La Sentencia de alzada se opone frontalmente con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, por infringir y vulnerar el párrafo segundo del artículo 1281, del Código Civil, el artículo 1282, así como el artículo 1285 del mismo cuerpo legal, revocando la interpretación dada por el Juzgador de instancia». Se fundamenta este motivo, en síntesis, en las siguientes alegaciones: El contrato de arrendamiento no es lo suficientemente claro y preciso para atenerse a la literalidad de sus términos. La Audiencia Provincial declara en la Sentencia que las cláusulas del contrato permiten «albergar dudas» respecto a la duración. Sin embargo, aplica y toma en consideración una única e individual cláusula contractual en un sentido estrictamente literal y gramatical. La interpretación literal de la cláusula ha llevado a la Audiencia Provincial una errónea conclusión de lo que fue la intención de las partes contratantes. Se alega la oposición a la doctrina jurisprudencial contenida en las SSTs de 4 de febrero de 1992, 12 de junio de 1990, 13 de noviembre de 1985, 7 de julio de 1986, 18 de mayo de 2005, 30 de noviembre de 2005, 15 de diciembre de 1992, 21 de abril de 1993, entre otras muchas. Se concluye afirmando la interpretación del clausulado del contrato debería responder a la lógica sistemática y no a la literalidad. [...] SÉPTIMO. Consideraciones generales sobre la interpretación del artículo 9 RDL 2/1985. Con la entrada en vigor del RDL 2/1985, el legislador pretendió acabar con el régimen de prórroga forzosa que obligaba a los arrendadores, por la sola voluntad de los arrendatarios, permanecer en el contrato de arrendamiento indefinidamente, contraviniendo los principios generales del Derecho civil que dotan a las obligaciones y contratos de la naturaleza de la temporalidad y del mutuo acuerdo. Dicha regulación se impuso no obstante la voluntad de las partes, que podían, si así lo deseaban, someterse voluntariamente al régimen del artículo 57 LAU 1964. Ahora bien, el citado sometimiento al régimen de prórroga forzosa ha de ser inequívoco, bien por así ser expresado en el contrato, bien por, de forma implícita, extraerse sin ningún género de dudas del articulado (SSTS 9 de septiembre de 2009 y de 7 de julio de 2010). OCTAVO. Inexistencia de interés casacional. A) En las SSTs de 4 de febrero de 1992 (RC núm. 2837/1989) y de 20 de abril de 1993 (RC núm. 2821/1990) no se fija doctrina jurisprudencial en el sentido pretendido por la parte porque (i) se refieren ambas a arrendamientos de local de negocio, supuesto de hecho distinto del actual y (ii) dan respuesta a dos situaciones de hecho concretas. Las propias sentencias establecen la necesidad de examinar cada contrato individualizadamente. B) La STS de 22 de junio de 2006 (RC núm. 1/2005), en un caso semejante, estableció que:

Esta Sala ha tenido ya ocasión de reiterar (entre otras, en la sentencia de 25 de noviembre de 2008) que la temporalidad es una característica esencial del contrato de arrendamiento, por lo que la validez de este negocio jurídico es incompatible con el establecimiento de una duración indefinida.

⁹⁸ Al expresar: Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público (el uso de negrita es propio).

⁹⁹ Ex Estipulación Tercera.

¹⁰⁰ Esto es, cuando dos o más normas regulan simultáneamente el mismo supuesto de hecho, de modo incompatible entre sí, siendo el problema central la selección de la norma aplicable: ¿cuál se escoge y por qué?

¹⁰¹ Se han escrito verdaderos ríos de tinta en torno a los conflictos normativos, me refiero brevemente y por su simplicidad, que responde bien a la necesidad del presente artículo, al trabajo de ZEGARRA VÍLCHEZ, J. C. (2005). Aplicación del principio de especialidad en las normas tributarias, en www.zyaabogados.com [En línea]. Fecha de consulta: 4 de abril de 2013.

¹⁰² El profesor LASARTE refleja una antinomia, más bien testimonial, existente en el ordenamiento jurídico español entre la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de asociaciones y el artículo 22 de la Constitución existente hasta el 26 de mayo de 2002. Cfr. LASARTE ALVÁREZ, C. (2003). *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid: Dykinson, p. 314.

¹⁰³ El profesor LASARTE, en un antiguo trabajo, se hace eco de las palabras del belga Enrique DE PAGE en su obra *De l'interprétation des lois* (Lausana, 1925) relativas a que la existencia de dos puntos de vista que se compenetran dentro del campo del Derecho: uno estático (la ley) y otro dinámico, que viene representado por la evolución. DE PAGE trata de salvar la antinomia mediante una armonización que conduce, según él, al verdadero concepto del «droit vivant» [LASARTE ALVÁREZ, C. (1984). «Las corrientes metodológicas y el Derecho Civil» en *Libro homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, p. 396. Apud. DE PAGE, Enrique, *De l'interprétation des lois*)].

¹⁰⁴ Es el brocado «Lex superior derogat legi inferiori», se complementa con el artículo 2.2 del Código Civil: «Las leyes solo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que esta hubiere derogado». PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. (*et alia*, dir.; 1993) *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid: Ministerio de Justicia, p. 14, 2.ª ed., se recoge al respecto: Un tanto impropriamente se usa la expresión *derogación tácita* (RDGR 21-X-85) para referirse a la que produce una ley respecto de las normas o disposiciones anteriores de rango igual o inferior que tienen un contenido incompatible con ella, derogación por incompatibilidad) o que regulan parcialmente la materia reglada con pretensiones de globalidad por la nueva ley (derogación por absorción) (VIVER, Forma, p. 176, críticamente). Lo cual es plenamente aplicable respecto de la antinomia jurídica entre el Decreto de la CAM 100/1986, de 22 de octubre y la LAU de 1994.

¹⁰⁵ Por tanto, será aplicable la norma superior.

¹⁰⁶ Con sus correspondientes modificaciones, LPH.

¹⁰⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12.ª, de fecha 5 de junio de 2007 (Roj: SAP M 6904/2007), Ponente: D. José Vicente Zapater Ferrer, Núm. de Recurso: 436/2006.

¹⁰⁸ «TERCERO. En la alegación Segunda se denuncia la infracción por falta de aplicación del Decreto 100/1986 de 22 de octubre, por el que se regula la cesión en arrendamiento de las viviendas de protección y oficial y promoción pública, y, en la Tercera, la infracción por interpretación errónea del artículo 5 del Decreto 1007/1986 de 22 de octubre del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se regula la cesión en arrendamiento de las viviendas de protección oficial y promoción pública. [...] Es innegable que en el ámbito

del Derecho Público y en materia tan específica y socialmente sensible como la vivienda, son frecuentes condicionamientos como los que invoca el recurrente, que tampoco son desconocidos en Derecho Privado, cuando se produce el arrendamiento, o cesión por otros títulos, de las viviendas en régimen de propiedad horizontal, y el arrendatario o cesionario asume el pago de las cuotas comunitarias. Pero en uno ni otro caso, la Comunidad no queda obligada por lo pactado entre los interesados, ni siquiera para exigir el pago periódico al privadamente obligado, respondiendo en todo caso el titular de la vivienda, y, en último caso, la vivienda misma, porque, precisamente, está gravada con el importe de la cuota cualquiera que fuese su titular. QUINTO. El artículo 9.1 e) de la LPH impone a cada propietario la obligación de contribuir, con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización; precepto que se completa en el artículo 21 cuando dispone que las obligaciones a que se refiere artículo 9 e) serán cumplidas por el que tenga la titularidad del piso o local, en el tiempo y forma determinados por la Junta. Como consecuencia, el deudor de esa obligación personal, es quien ostenta la propiedad del piso o local al tiempo en que deba cumplirse o sea exigible el pago, por lo que tal obligación se viene calificando de ambulatoria o «propter rem», puesto que el deudor lo es en función de una titularidad dominical. No deberían plantearse, por tanto, cuestiones de legitimación con relación al pago de cuotas. En el ámbito de la propiedad horizontal existe una vinculación de la titularidad del piso o local con el cumplimiento de dicha obligación, que viene legalmente establecida. Además, la LPH establece una garantía especial para asegurar el cumplimiento de aquella obligación de pago, que es la afección del piso o local al pago de los gastos comunes, producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente, lo que supone una afección real que viene dada por la propia existencia de la propiedad horizontal, sin precisar de una publicidad registral específica (DGRN, Resolución de 1 de junio de 1989, entre otras), pero deudor personal sigue siendo el titular del piso o local. Para los efectos de este recurso lo fundamental es destacar que, conforme establece el artículo 21 de la misma ley citada aplicable al caso, las obligaciones a que se refiere el artículo 9 e) serán cumplidas en el tiempo y forma determinados por la Junta por el que tenga la titularidad del piso o local. Esto significa, primero, que es única la obligación principalísima de contribuir. Segundo, que legalmente viene establecida la legitimación pasiva para el pago, señalando para ello a quien tenga la titularidad del piso o local. Y, tercero, que es un privilegio concedido a la comunidad la afección del inmueble por tiempo determinado, cuya limitación temporal afecta al privilegio como tal, pero no a la obligación que garantiza ni a la acción para hacerla efectiva, que se rige, en exclusiva, por lo dispuesto en el artículo 21.

¹⁰⁹ Fecha en que entró en vigor la LAU de 1994.

¹¹⁰ En este apartado, cfr. CREMADES MORANT, J. (Coord.) (2011). Conclusiones Seminario Arrendamientos Urbanos: Novedades Legislativas. El Desahucio. Madrid, 9, 10 y 11 de febrero de 2011, Relatora: Ángels Gomis Masqué, CGPJ [En línea]. https://www.icam.es/docs/observatorio/obs_25266.pdf

¹¹¹ No se ha fijado el término, o se ha establecido por «años» o «meses», etc.

¹¹² En el mismo sentido las SSTs de 22 de julio de 2008, 31 de octubre de 2008, 25 de noviembre de 2008, 22 de junio de 2009, 18 de diciembre de 2009, 29 de diciembre de 2009, 10 de marzo de 2010, 18 de marzo de 2010 y 7 de julio de 2010.

¹¹³ Doctrina jurisprudencial declarada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de julio de 2010 (ROJ 3519/2010), Ponente: D. Román García Varela.

¹¹⁴ SSTs de 31 de octubre de 2008, 10 de marzo de 2010 y 18 de marzo de 2010.

¹¹⁵ A partir de la entrada en vigor de la LAU el 1 de enero de 1995.

¹¹⁶ Al estar fijado el plazo del arrendamiento por dos años en el contrato.

¹¹⁷ Es la convenida por las partes.

¹¹⁸ Cfr. artículo 57 TRLAU.

¹¹⁹ Cfr. artículo 9 LAU de 1994.

¹²⁰ Cfr. artículo 10 LAU de 1994.

- ¹²¹ Así la D.T. 1.^a (1. y 2., *in fine*) LAU de 1994.
¹²² A partir de la entrada en vigor de la LAU en 1995.
¹²³ Al estar fijado el plazo del arrendamiento por dos años en el contrato.
¹²⁴ Incluso *ex* Decreto 100/1986.
¹²⁵ A pesar de los recelos de los menos doctos en la materia, como podemos comprobar de las «informaciones» aparecidas en los medios de comunicación.
¹²⁶ Como ya hemos advertimos, derogado excepto para las situaciones creadas a su amparo.
¹²⁷ Normas imperativas.
¹²⁸ Normas dispositivas en defecto de las partes.
¹²⁹ Sobre derecho de adquisición preferente.
¹³⁰ De los derechos y obligaciones de las partes.

*(Trabajo enviado el 28-1-2014 y aceptado
para su publicación el 20-2-2014)*

DICTÁMENES Y NOTAS

El refuerzo de la curatela como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención ONU sobre derechos de personas con discapacidad al Ordenamiento jurídico español

Boosting guardianship as an appropriate means to align article 12 of the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities with the spanish legal system

por

PEDRO BOTELLO HERMOSA
Doctorando en Derecho. Universidad de Sevilla

RESUMEN: Todo hace indicar que el cercano proyecto de ley de reforma legislativa para adaptar el artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento jurídico, en cuanto al ejercicio de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, tendrá como eje central, contra la voluntad de gran parte de la sociedad, a la institución de la curatela. Particularmente entendemos que la curatela es la figura idónea para adaptar el referido artículo de la Convención a nuestro Ordenamiento por varios motivos, como la gran similitud de la curatela con el administrador de apoyo italiano

(que es la figura que fijan como modelo a seguir para adaptar la Convención los sectores contrarios al actual sistema de incapacitación); o porque la propia Convención reconoce la figura de la tutela en diversos Estados Parte sin obligarles a eliminarla; o por el hecho de que la curatela se pueda aplicar tanto en el ámbito personal como en el patrimonial de la persona que pueda necesitarla; o por último, la reciente jurisprudencia al respecto de nuestro Tribunal Supremo.

ABSTRACT: Everything indicates that the upcoming legislative reform bill to align article 12 of the Convention with our legal system, regarding the exercise of legal personality of persons with disabilities on an equal footing with others, will focus on instituting guardianship — against the will of a large portion of the society. For several reasons, we believe that guardianship is especially the appropriate legal concept for carrying on the alignment of the above mentioned article of the convention with our legal system: because of the great similarity of conservatorship with the support trustee in the italian legal system (the legal concept which has been set as a model for adapting the convention to the sectors disagreeing with the current system of disability); because the Convention recognize the institution of guardianship in many states party without compelling them to eliminate it; because guardianship may apply both in the personal scope and in matters relating to property rights of the person who may require it; finally, because of the recent case law regarding our Supreme Court.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad. Naciones Unidas. Procedimientos en materia de capacidad de las personas. Medidas de apoyo y asistencia. Curatela.

KEY WORDS: *Disability. United Nations. Incapacitation procedures. Measures of support and assistance. Guardianship.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DIFÍCIL ADAPTACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.—III. SEGURIDAD JURÍDICA QUE OFRECE NUESTRO ACTUAL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—IV. RAZONES POR LAS QUE INCLINARNOS POR LA CURATELA COMO MEDIO DE ADAPTACIÓN DEL ARTÍCULO 12 A NUESTRO ORDENAMIENTO: 1. GRAN SIMILITUD ENTRE LA FIGURA DE LA CURATELA Y LA DEL ADMINISTRADOR DE APOYO ITALIANO. 2. POSIBILIDAD DE APLICAR LA CURATELA TANTO EN EL ÁMBITO PERSONAL COMO EN EL ÁMBITO PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS NECESITADAS DE PROTECCIÓN. 3. RECONOCIMIENTO Y ACEPTACIÓN DE LA FIGURA DE LA TUTELA POR LA CONVENCIÓN EN SU ARTÍCULO 23.2. 4. SENTENCIA

DEL TRIBUNAL SUPREMO 228/2009, SALA PRIMERA, DE LO CIVIL. 5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 421/2013, SALA PRIMERA, DE LO CIVIL.—V. ALGUNAS MODIFICACIONES NECESARIAS EN EL ACTUAL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

El momento más importante en el Ordenamiento jurídico español en cuanto a derechos de personas con discapacidad se refiere, es la ratificación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención), y de su Protocolo Facultativo, Convención que fue aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y ratificada por España el 23 de noviembre de 2007¹, entrando definitivamente en vigor el 3 de mayo de 2008.

La importancia de la Convención se refleja en los principios que la constituyen, como son el respeto a la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual (incluida la libertad para tomar las propias decisiones), la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas.

Su ratificación supuso para nuestro Estado el compromiso de asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna, adoptando todas las medidas legislativas, administrativas, y de otra índole que fuesen pertinentes para ello. Y es que desde su entrada en vigor, la Convención forma parte, a todos los efectos, del Ordenamiento jurídico español, en virtud de lo dispuesto en los artículos 10.2² y 96.1³ de la Constitución Española, así como de lo recogido en el artículo 1.5⁴ de nuestro Código Civil, por lo que dicha incorporación formal a nuestro Ordenamiento ha de tener un importante impacto en las diferentes ramas de nuestro sistema jurídico, obligando a la adaptación y modificación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que en la misma se recogen.

Prueba de ello fue la aprobación del *Real Decreto 422/2011, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales*, con el que se intenta cumplir, por parte del Estado español, con lo recogido en el artículo 29 de la Convención⁵; o la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, mediante la cual se modifican una serie de Leyes⁶ con la misma intención. Precisamente, en su Disposición

Final segunda, la Ley 26/2011 recogía un mandato que obligaba al Gobierno a refundir ciertas leyes sobre discapacidad⁷, lo cual se llevó a cabo con la publicación del reciente *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*.

Si bien es cierto que hay que reconocer el esfuerzo legislativo que está haciendo el Gobierno español para adaptar la Convención en los últimos años mediante la aprobación de diversas leyes al respecto, también lo es que la reforma legislativa más esperada por los organismos relacionados con el mundo de la discapacidad aún no se ha producido. Nos referimos a la aprobación del proyecto de ley que conlleve la adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento, para que todas las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, es decir, se vean apoyadas o asistidas por otra persona en aquellos actos que lo necesiten sin que en ningún caso les sea por ello privada su capacidad. Y es que, al menos por nuestra parte así lo entendemos, mediante el artículo 12 de la Convención lo que se busca es que dejemos de preguntarnos hasta qué grado hemos de modificar la capacidad de la persona que lo necesite, y empecemos a cuestionarnos qué nivel de apoyo o asistencia necesita esa misma persona para desarrollar su vida con total normalidad.

Dicho esto, hoy en día debemos ser optimistas y pensar que no debe faltar mucho para que el legislador español dé forma al ansiado proyecto de ley.

Y es que nuestro optimismo lo basamos en diversos motivos, como, por ejemplo, que hasta en dos ocasiones el Gobierno haya anunciado el compromiso de elaborar dicho proyecto de ley. La primera de ellas fue al año siguiente de la entrada en vigor de la Convención en nuestro país, mediante la Ley 1/2009, de 25 de marzo⁸, cuya Disposición Final primera ordenaba «*al Gobierno remitir a las Cortes Generales en el plazo máximo de seis meses un proyecto de ley 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*». Al no cumplir con dichos plazos, el mandato se retoma en la Disposición Adicional séptima de la Ley 26/2011, de 1 de agosto⁹, en la que se recoge que: «*El Gobierno, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen*». Si bien es cierto que el plazo concedido en esta última ocasión

para remitir el proyecto de ley expiró hace más de dos años (agosto de 2012), no por ello hemos de entender que ya no hay posibilidad de aprobación por el Gobierno, dado que en la misma Ley 26/2011 se le otorgó exactamente el mismo plazo de un año para la aprobación de una norma que refundiese algunas leyes protectoras de las personas con discapacidad, y, aunque habiendo expirado con creces el plazo concedido para ello, finalmente se llevó a cabo mediante el *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*. En el mismo sentido, hemos de tener en cuenta que en septiembre de 2011, desde el Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención) en sus Observaciones al Informe presentado por España en cuanto a la adaptación de la Convención, concretamente en el epígrafe 33¹⁰, se avisaba al Gobierno español de que desde dicho órgano se tenía conocimiento del plazo de un año que la Ley 26/2011 había otorgado para presentar un proyecto de ley que regularizase el alcance y la interpretación del artículo 12 de la Convención.

También nos hace pensar que la ansiada reforma legislativa no puede demorarse mucho más en el tiempo, el hecho de que en noviembre de 2012 y mediante respuesta escrita a pregunta de un diputado de Izquierda Unida¹¹ referente a la situación del proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención, el Gobierno afirmase que «*cuenta con un borrador cuya tramitación comenzará en breve y que aquilatará tanto las normas civiles como procesales para lograr un mejor ajuste con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*».

Pero el motivo más reciente que encontramos para apostar por la cercanía de la reforma legislativa es, que en el *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, última norma aprobada en relación con las personas con discapacidad y la adaptación de la Convención, no se haga ninguna referencia al proyecto de ley mencionado, ni se otorgue nuevo plazo al Gobierno para que lo remita a las Cortes Generales, por lo que la única conclusión que podemos sacar al respecto es, precisamente, su más que cercana publicación.

II. LA DIFÍCIL ADAPTACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Por nuestra parte consideramos que el artículo 12¹² es el más importante de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con

Discapacidad, ya que mediante el mismo se exige a los Estados Parte que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto de personas, es decir, que puedan adoptar libremente todo tipo de decisiones en cualquier ámbito de su vida, siendo apoyados en aquellos casos que lo necesiten.

El tema de la capacidad jurídica a la que hace referencia la Convención suscitó grandes discusiones entre los Estados Parte¹³, por un lado, entre los países occidentales de América y Europa, y, por el otro, con China, Rusia y los países islámicos. Tal fueron estas diferencias de entendimiento que, incluso, se llegó a temer por la ruptura de la adopción del texto final de la Convención, si bien todo quedó superado con la redacción actual del articulado.

La *capacidad jurídica* a la que hace referencia la Convención engloba tanto el concepto de capacidad jurídica de nuestro sistema como el de capacidad de obrar¹⁴. En el Derecho español se entiende por *capacidad jurídica* la aptitud estática del sujeto, a quien, por el mero hecho de ser persona y por su dignidad como tal, el ordenamiento jurídico le atribuye derechos y obligaciones, tanto en la esfera personal como en la patrimonial; mientras que por *capacidad de obrar* se entiende la aptitud de poner en movimiento por sí mismo los poderes y facultades que surgen de sus propios derechos, y en general, para desenvolverse con autonomía en la vida jurídica.

Bajo nuestro parecer, de los cinco apartados que conforman el artículo 12 de la Convención el de mayor relevancia es el tercero, ya que recoge que los Estados Parte deberán adoptar todas las medidas necesarias para facilitar a las personas con discapacidad el apoyo necesario para ejercer su capacidad jurídica, y en nuestro Ordenamiento, cuando se habla de apoyo o asistencia en la capacidad de obrar de las personas estamos haciendo referencia al modelo de protección que en la actualidad sigue vigente, es decir, el de la incapacitación.

Desde diversos sectores de nuestra sociedad, así como desde la mayoría de organismos que representan a las personas con discapacidad y parte de la doctrina, se considera que el procedimiento de incapacitación es una institución contraria al espíritu de la Convención, debido a que mediante este se priva a la persona de su capacidad de obrar, vulnerándose por tanto la dignidad de la persona incapacitada y su derecho a la igualdad. Por ello, desde estos sectores se viene abogando por una profunda reforma legislativa de nuestro actual procedimiento de incapacitación, que conlleve al cambio de título del procedimiento, la eliminación de las figuras jurídicas que actualmente la componen (la tutela, la curatela, patria potestad prorrogada, el defensor judicial, e incluso la guarda de hecho) y la introducción al mismo tiempo en nuestro sistema de nuevas medidas de apoyo a favor de las personas con discapacidad que sean más acordes a lo exigido en el artículo 12 de la Convención, tomándose siempre como ejemplo a seguir el de la figura del administrador de apoyo italiano.

En tal sentido expone el Informe elaborado por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid¹⁵ sobre el impacto de la Convención en nuestro Ordenamiento jurídico y la aplicación de su artículo 12, que *«el cambio que se busca desde la Convención con el artículo 12 puede ser denominado como el paso del modelo de “sustitución en la toma de decisiones”, que sería el modelo actual, al modelo de “apoyo o asistencia en la toma de decisiones”. Se trata, sin duda, del mayor desafío que presenta la Convención, ya que el mismo integra dentro del concepto de capacidad jurídica a la capacidad de obrar, esto es, a la facultad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe, e incluso podríamos decir que prohíbe, el instrumento de la incapacitación (en el caso de que este sea entendido como mecanismo de anulación de la capacidad de obrar y, por tanto, ahora también de la capacidad jurídica) (...). De este modo, el instrumento internacional analizado exige modificar la concepción actual del proceso de incapacitación en la legislación española y, desde luego, su aplicación práctica. La discapacidad por sí misma no puede ser un motivo para limitar o restringir la capacidad para ejercer libremente los derechos fundamentales. No se puede imposibilitar o limitar a priori el ejercicio de derechos fundamentales a sujetos que estén, realmente, en condiciones adecuadas para realizarlo y esas condiciones tendrán que valorarse en cada situación (...).»*

En base a la redacción dada en este punto, del Informe se podría llegar a la conclusión de que, en España, cuando una persona sufre algún tipo de discapacidad es automáticamente incapacitada, cuando, en realidad, en nuestro sistema para poder incapacitar a una persona, total o parcialmente, es necesario que la misma sufra *«deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que le impidan gobernarse por sí misma»*, por lo que no sería una simple discapacidad el motivo para limitar o restringir la capacidad de la persona como se recoge en el Informe, sino que tiene que ser un tipo de discapacidad persistente que impida a la persona autogobernarse, pretendiéndose en todo momento con dichas medidas adoptadas por el juez la guarda y protección de la persona que lo necesite. Igualmente, hemos de reflejar que mediante el procedimiento de incapacitación existe la posibilidad de que el juez, debido al grado de discapacidad que sufra la persona a incapacitar, crea oportuno proceder a su incapacitación parcial, no total, nombrando en dicho supuesto a un curador para que apoye o asista a la persona que lo necesite solo en los actos que el juez fije en la sentencia. Y, por último, en referencia al contenido del Informe mencionado, entendemos oportuno dejar expuesto que la incapacitación de una persona, ya sea total o parcial, no conlleva per se la privación de derechos fundamentales del incapacitado, tal y como expuso la Sentencia del Tribunal Supremo 228/2009¹⁶, la cual analizaremos más adelante.

Por nuestra parte, si bien es cierto que no compartimos la necesidad de eliminar las instituciones jurídicas que componen la incapacitación por entender

que mediante estas las personas con discapacidad están protegidas en armonía con lo expuesto por la Convención en cuanto al ejercicio libre de su capacidad jurídica y de obrar, sí coincidimos en cambio con el pensamiento de dichos sectores en cuanto a la necesidad de sustituir el título del procedimiento actual de incapacitación por otro que fuese más acorde al espíritu de la Convención, como por ejemplo podría ser: *Procedimiento de Graduación de la Capacidad de Jurídica de las Personas*, o *Procedimiento de Modificación de la Capacidad de Jurídica de las Personas*¹⁷. Con ello se conseguiría que los familiares de las personas con discapacidad que necesitasen ser incapacitadas, viesen el nuevo procedimiento como la oportunidad de regular o modificar la capacidad jurídica del familiar mediante el apoyo o asistencia, si fuese necesario, del tutor o el curador correspondiente, dejando entonces de promover, como pasa con la terminología actual, un procedimiento cuya finalidad es que su familiar deje de ser capaz en todos los ámbitos de su vida.

III. SEGURIDAD JURÍDICA QUE OFRECE NUESTRO ACTUAL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La incapacitación es el procedimiento legal existente en nuestro Ordenamiento jurídico para proteger a las personas con discapacidad. El procedimiento de incapacitación tiene por finalidad declarar, mediante sentencia, que una persona padece una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impide gobernar su persona y bienes, o solamente su persona, o sus bienes, determinando, además, el régimen de guarda al que haya de quedar sometida dicha persona.

En la actualidad, desde los sectores de familiares llamados a promover la declaración judicial de incapacitación de quien carece de aptitud de autogobierno, se considera el proceso de incapacitación como vejatorio, cuando, en realidad, es todo lo contrario¹⁸, aunque entendemos que no debe ser agradable para nadie verse abocado a dirigir una demanda contra un familiar, y a seguir contra él un proceso contencioso y contradictorio que tiene por objeto restringir la capacidad de obrar del demandado.

Y es que, desde estas corrientes que abogan por la eliminación del actual procedimiento de incapacitación y su sustitución por nuevas medidas de apoyo para cumplir con el artículo 12 de la Convención, se entiende el procedimiento de incapacitación como la herramienta a través de la cual, el juez priva a una persona con discapacidad totalmente de su capacidad de obrar, designando a un tercero que le sustituya a la hora de decidir, vulnerando, con ello, sus derechos fundamentales.

Por nuestra parte, en cambio, consideramos que el procedimiento de incapacitación actual es el medio de protección de las personas que habiendo

disminuido o perdido la capacidad de entender y querer el contenido y las consecuencias de sus actos, pudiesen tomar por sí mismas o bajo la influencia de terceros, decisiones que por acción u omisión les irrogasen un perjuicio. En este sentido, se recoge en el artículo 215 del Código Civil que: *«La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante la tutela, curatela o el defensor judicial»*.

Si bien es cierto que mediante la incapacitación se produce una privación, total o parcial, de la capacidad de obrar de una persona física hasta ese momento capaz, esta privación solo puede hacerse por su bien, y *«por sentencia judicial»*, tal y como establece el artículo 199 del Código Civil, lo cual es una garantía y seguridad para la sociedad en general (no olvidemos que en cualquier momento todos podemos pasar a formar parte del grupo de personas que necesitan protección o apoyo), ya que antes de fijarse cualquier decisión en cuanto nuestra capacidad de obrar se habrá de pasar por un proceso declarativo.

Otra garantía de gran importancia a favor de las personas que necesitan ser asistidos o apoyados en ciertos aspectos de su vida, es la que recoge el artículo 232 del Código Civil, el cual establece que: *«La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado»*. No se nos ocurre una mayor garantía para la persona a favor de la cual se ha designado un tutor o curador, el hecho de que este sea controlado en sus actuaciones por el Ministerio Fiscal, el cual debe actuar tanto de oficio, como a instancias de cualquier interesado.

Pero, desde nuestro punto de vista, la garantía fundamental del actual procedimiento de incapacitación es que la sentencia ha de estipular si la incapacitación que se fija es total o parcial, tal como dispone el artículo 760.¹⁹ de la LEC; y, en consecuencia, si se le nombra un tutor o un curador, o, en su caso, la patria potestad prorrogada o rehabilitada. Asimismo, para que se llegue al momento de la sentencia, se tienen que dar una serie de causas. La última parte del artículo 199 del Código Civil se refiere a las causas que pueden llevar a incapacitar a una persona: *«la privación de capacidad por sentencia solo cabe, en virtud de las causas establecidas en la Ley»*. En este sentido, recoge, desde 1983, el artículo 200 del Código Civil que *«son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma»*. Entendemos que al incluir las enfermedades persistentes de carácter físico como causa de incapacitación, el legislador buscaba proteger a aquellas personas que sufriesen algún tipo de discapacidad física que les impidiese comunicarse con el resto de personas, si bien en la actualidad, debido a los avances técnicos, así como a los avances de formación o auxilio, es más que improbable que exista esa imposibilidad de comunicación por parte de las personas que sufran algún tipo de discapacidad física²⁰. Por ello, a día de hoy la única causa que puede conllevar la incapacitación, bien parcial o total

de la persona, es la existencia de una enfermedad psíquica que excluya o limite la capacidad natural de querer o entender del sujeto.

Englobando todas las garantías anteriormente expuestas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002, de 9 de octubre del mismo año, determinó que: *«En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la Constitución Española). En consecuencia, la declaración de incapacitación de la persona solo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 del CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 del Código Civil (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 de la LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presente incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 CC)».*

Con posterioridad a esta Sentencia se publicó 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, LPPD), la cual introdujo nuevas garantías de protección a favor de personas que pudiesen necesitarlo mediante la modificación del artículo 223.2 del Código Civil²¹, que supuso que una persona todavía en plenitud de sus facultades mentales, pueda otorgar escritura pública notarial para designar quién o quiénes desea que se encargue de su protección en caso de ser en un futuro declarada incapaz, pudiendo establecer además las directrices que ordenarán las formas de ejercicio y control de dicha guarda. Esta figura introducida por la LPPD recibe el nombre de *autotutela*²², cuya introducción en nuestro Código supuso al mismo tiempo la modificación del artículo 234 del Código Civil, en el sentido de que, en todo caso, el nombramiento del tutor o curador deberá realizarlo el juez atendiendo al siguiente orden de preferencia: 1. Al designado por el propio tutelado. 2. Al cónyuge que conviva con el tutelado. 3. A los padres. 4. A la persona o personas designadas por estos en sus disposiciones de última voluntad. 5. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez.

No obstante, el citado artículo permite al juez que, excepcionalmente y en resolución motivada, pueda alterar el orden de los llamamientos establecidos anteriormente o prescindir de todas las personas en él mencionadas cuando

así convenga al beneficio o interés del incapacitado²³. Por todo ello, se trate de un tutor o de un curador, por regla general, quien vele por sus intereses y le proteja será alguien muy próximo a la persona que necesite protección, teniendo prioridad la persona elegida por él o alguien del entorno familiar, lo cual siempre es otra garantía.

Por nuestra parte, no comprendemos cómo el legislador de 2003 no incluyó en el artículo 234 del Código Civil como posible tutor o curador a favor de la persona con discapacidad la organización o centro que se haya venido encargando de su tratamiento a lo largo de su vida, ya que nadie mejor que tales profesionales saben qué necesita esa persona y cómo actuar en su interés, si bien es cierto, como acabamos de exponer, que el Juez está facultado para nombrar como tutor o curador a favor de la persona con discapacidad a alguien que no sea de su entorno familiar, y por ello alguien ajeno a los supuestos recogidos en el referido, por lo que pueden englobarse ahí como posibles protectores de las personas con discapacidad las organizaciones o centros que se hayan venido encargando de su salud, aunque no queden literalmente incluidos por el Código como posibles protectores.

Y es precisamente por todas estas garantías que venimos recogiendo en el presente apartado a favor de las personas con discapacidad que necesiten una especial protección, por lo que consideramos que el actual procedimiento de incapacitación que rige en nuestro Ordenamiento jurídico debe ser el medio de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro sistema. Eso sí, somos conscientes de que el futuro proyecto de ley que se apruebe con dicha finalidad deberá introducir una serie de modificaciones en el actual procedimiento sin las cuales no se podría llevar a cabo la adaptación plena y eficaz de lo exigido en la norma internacional.

IV. RAZONES POR LAS QUE INCLINARNOS POR LA CURATELA COMO MEDIO DE ADAPTACIÓN DEL ARTÍCULO 12 A NUESTRO ORDENAMIENTO

Dentro del procedimiento de incapacitación actual, llegamos a la conclusión de que será la curatela el eje central del proyecto de ley que sirva para llevar a cabo la adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento.

Cuando nos referimos a la curatela, lo hacemos a una institución de protección a favor de personas que han de ser asistidas o apoyadas parcialmente. SANCHEZ REBULLIDA²⁴ la define como «*un órgano estable pero de actuación intermitente que se caracteriza porque su función no es representar, suplir o sustituir la capacidad de obrar de quien carece de ella, sino asistir, completar la capacidad de quien, poseyéndola legalmente, necesita para determinados actos de esta adicción o concurrencia por mor de asesoramiento o consejo*».

La importancia de la curatela en nuestro Ordenamiento jurídico es tal, que el hecho de haber prescindido de ella en la redacción originaria de nuestro Código Civil²⁵ supuso la coincidencia unánime de doctrina y jurisprudencia de la época a la hora de exigir su restablecimiento, consiguiéndolo en 1983 mediante la *Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma de la tutela*. Y es que, hasta entonces, la única institución encargada de proteger a las personas con cualquier tipo de discapacidad era la tutela, que englobaba la protección desde personas que tuviesen una discapacidad psíquica tal que realmente le hiciese necesitar un tutor, hasta los pródigos, o, simplemente, las personas con una mínima demencia. Por ello, al no haber una regulación de diferentes grados de discapacidad, únicamente existían dos alternativas, o incapacitar a la persona privándole totalmente de su capacidad de obrar aunque tuviese un tipo de discapacidad psíquica mínima, o no protegerla de ninguna forma por entenderse que el grado de discapacidad psíquica que sufría no era tan importante como para incapacitarla.

Y es por ello por lo que se restableció la curatela, para que, junto a la posibilidad de representación de la persona (privándola de su capacidad de obrar mediante la tutela), existiese otra institución de apoyo o asistencia para completar la capacidad de obrar de las personas que únicamente necesitaban eso, ser asistidos o apoyados en determinados actos, sin que por ello su voluntad haya de ser sustituida.

De ahí que mediante la Ley 13/1983 se diese una nueva redacción a los artículos 286 a 293 del Código Civil, estableciendo como criterio determinante de la curatela el grado de discernimiento de la persona sometida al cargo de guarda, con la función clara de asistencia o complemento de capacidad y no de representación²⁶. Al mismo tiempo, mediante la reforma se obligaba al juzgador a fijar en la sentencia los límites de la incapacitación, es decir, que adaptase mediante la sentencia y en base a las necesidades de cada persona los límites que la misma requiriese (tutela para unos, diferentes tipo de curatela para otros).

Si bien era este el espíritu de la Ley 13/1983, lo cierto es que desde su entrada en vigor hasta nuestros días el mismo no se ha respetado²⁷, ya que, generalmente, se ha seguido nombrando tutores a las personas a cuyo favor se instase un procedimiento de incapacitación, en lugar de tener en cuenta también e incluso dar preferencia, a la curatela, lo cual puede deberse a varios factores, como pueden ser las actuaciones profesionales poco exhaustivas debido a la carga de trabajo judicial, o la falta de recursos personales cualificados que permitiesen mejores valoraciones de cada caso, así como de las necesidades concretas de la persona.

Lo que resulta evidente es que por no haberse cumplido con el espíritu de la Ley 13/1983, o dicho de otra forma, por seguir dándose carácter preferencial, y casi único, a la tutela frente a la curatela como se hacía antes de la reforma de

1983, es por lo que desde diversas corrientes se entiende necesario la eliminación de las actuales instituciones de protección existentes en nuestro Ordenamiento.

Desde dichas corrientes, se pone siempre como ejemplo a tener en cuenta por parte del legislador español a la hora de nombrar nuevas medidas de apoyo, la figura del administrador de apoyo italiano, la cual está en perfecta armonía con lo exigido por el artículo 12 de la Convención en cuanto al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de personas.

A diferencia de autores como CABELLO DE ALBA JURADO²⁸ que considera que la curatela aún reuniendo los requisitos adecuados para adaptar la Convención, no es el medio de apoyo ideal para ello, nosotros sí entendemos que mediante la regulación actual de la curatela, con algunas modificaciones de menor impacto que supongan el cumplimiento efectivo, esta vez sí, del espíritu de la Ley 13/1983, la Convención puede quedar adaptada perfectamente a nuestro Ordenamiento²⁹, y ello en base principalmente a los siguientes argumentos.

1. GRAN SIMILITUD EXISTENTE ENTRE LA FIGURA DE LA CURATELA Y LA DEL ADMINISTRADOR DE APOYO ITALIANO

La figura del *amministratore di sostegno* o administrador de apoyo italiano, es el resultado de una reforma de gran envergadura llevada a cabo en el Código Civil de dicho país a través de la Ley núm. 6/2004³⁰, mediante la cual, la incapacidad e inhabilitación adquirieron un carácter totalmente residual en Italia, al ser el objeto de la Ley el de «*tutelar con la menor limitación posible la capacidad de actuar, a las personas privadas total o parcialmente de autonomía en la realización de las funciones de la vida cotidiana, mediante intervenciones de apoyo temporal o permanente*».

Por ello en Italia primará siempre el nombramiento de un administrador de apoyo frente a las figuras de la incapacidad y la inhabilitación, las cuales quedan exclusivamente reservadas a situaciones excepcionales que las conviertan en las únicas medidas de protección idóneas para la persona.

Avisamos con antelación de que a lo largo del presente apartado haremos referencia a curador y curatela en diferentes artículos del Código Civil español cuando en realidad en estos únicamente se nombra al tutor, si bien, entendemos necesaria, y posible, para la comparación de ambas figuras esta sustitución terminológica en base a la remisión legal que se hace en el artículo 291 del Código Civil mediante el cual son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores.

Bajo nuestro punto de vista, la figura de la curatela española y la tan anhelada del administrador de apoyo italiano son muy similares tanto en su función, como en su regulación y objeto.

a) *Similitud en cuanto a su función*

La función del administrador de apoyo es, tal y como recoge el artículo 404³¹ del Código Civil italiano (en adelante, *Codice Civile*), intentar proteger, con la menor limitación posible, las personas que por cualquier enfermedad o deficiencia física o psíquica, se encuentran imposibilitadas, bien de forma parcial o temporal, a la hora de gestionar sus propios intereses. Mientras que la figura del curador español (la cual se dirige a las mismas personas a las que en Italia se nombra un administrador de apoyo, es decir, a aquellas que por cualquier enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico no pueda autogobernarse) tendrá como función, en base al artículo 289 del Código Civil, la asistencia al curatelado en aquellos actos que expresamente imponga la sentencia.

Por tanto, llegamos a la conclusión de que el curador español se limita a ejercer una labor puramente asistencial, es decir, debe asistir-apoyar al curatelado, pero nunca sustituir su voluntad, por lo que coincide plenamente con la función encomendada al administrador de apoyo italiano.

b) *Similitud en cuanto a su regulación*

A la hora de estudiar la regulación legal de una y otra figura, apreciamos la existencia de artículos de los Códigos Civiles de cada país muy similares en cuanto a su redacción. Así, por ejemplo, el artículo 410 del *Codice Civile* recoge que «*el administrador de apoyo tiene que desarrollar su cometido teniendo en cuenta las necesidades y aspiraciones del beneficiario*»; mientras que en el artículo 216 de nuestro Código Civil se establece que «*las funciones tutelares se ejercerán en beneficio del curatelado*», y, en el mismo sentido, el artículo 269 de nuestro mismo Cuerpo legal estipula en su punto 3.º que «*el curador está obligado a velar por el curatelado y a promover la adquisición o recuperación de la capacidad de este y su mejor inserción en la sociedad*».

Por otra parte, en Italia, la persona con discapacidad puede instar ella misma el procedimiento para que se le nombre un administrador de apoyo (art. 406 del *Codice Civile*) o solicitar la sustitución de este (art. 413), mientras que en nuestro país, tras la reforma introducida por la LPPD, hoy el artículo 757.1 LEC establece que la declaración de incapacidad puede establecerla, entre otros, el presunto incapaz, y el artículo 248 del Código Civil dispone que el curatelado puede solicitar la remoción del curador, y una vez declarada esta judicialmente se procederá al nombramiento de un nuevo curador.

También coinciden en que en ambos sistemas, una persona en aras de una posible discapacidad-incapacidad futura, puede designar quién quiere que sea su administrador o curador y cómo habrá de actuar este. De hecho el artículo 408 del *Codice Civile* expone que el propio interesado en previsión de una futura dis-

capacidad, puede designar el que será su administrador de apoyo mediante acto público o documento privado protocolizado. A falta de dicha designación personal, o en presencia de motivos graves, el juez podrá designar otro administrador distinto cuando así lo crea oportuno y motive. En la elección, el juez tutelar deberá regirse, cuando sea posible, por el siguiente orden: al cónyuge no separado legalmente, la persona que conviva con el discapacitado establemente, el padre, la madre, el hijo, el hermano o la hermana, el pariente hasta el 4.º grado o el sujeto designado por el progenitor supérstite por testamento, acto público o documento privado autenticado.

En cuanto a nuestro Ordenamiento, además de coincidir con el italiano en cuanto al hecho de que cualquier persona capaz puede determinar quién será su tutor-curador en caso de ser necesario en un futuro mediante la figura de la autotutela (art. 223 del Código Civil), es muy similar también el orden de preferencia al que ha de atenerse el juez a la hora de fijar al tutor-curador correspondiente, ya que establece el artículo 234 de nuestro Código Civil que para el nombramiento del curador se preferirá: al designado por el propio curatelado, al cónyuge que conviva con el curatelado, a los padres, a la persona o personas designadas por estos en sus disposiciones de última voluntad, al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez. Excepcionalmente, el juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficiario del menor o del incapacitado así lo exigiere.

También son muy similares los arts. 412 del *Codice civile* italiano y el 293 del Código Civil español en cuanto a la ineficacia de los actos realizados sin el consentimiento necesario, ya que, mientras el artículo italiano recoge que, los actos llevados a cabo bien por el administrador de apoyo, bien por el propio beneficiario, en infracción de normas o de las disposiciones contenidas en el decreto que instituye la administración de apoyo, son anulables a instancia del administrador de apoyo, del Ministerio Fiscal, del beneficiario o de sus herederos, y que las acciones prescriben a los 5 años, a contar desde el cese del estado de sujeción a la administración de apoyo; el precepto español estipula que los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando esta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1301 (la acción de nulidad solo durará 4 años cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados desde que salieron de tutela) y siguientes del Código Civil.

c) Similitud en cuanto al objeto de ambas figuras

Pero, sin ninguna duda, la similitud más importante entre ambas figuras, en cuanto a la adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento se refiere, es la existente en cuanto al objeto de las mismas.

Establece el artículo 409 del *Codice civile* que el beneficiario del administrador de apoyo conserva la capacidad de obrar para todos los actos que no requieran la representación exclusiva o la asistencia necesaria de este. El beneficiario de la administración de apoyo puede en todo caso cumplir los actos necesarios para satisfacer las exigencias de la propia vida cotidiana.

Mientras que nuestro artículo 289 del Código Civil expone que la curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia, y el artículo 293 de la misma norma recoge que «*los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando esta sea preceptiva (...)*», por lo que se está afirmando que existen actos (de hecho deberían ser la mayoría) en los que el incapacitado seguirá actuando sin necesidad de la asistencia o apoyo del curador, al igual que sucede en Italia con la figura del administrador de apoyo.

Prueba de la similitud entre el objeto de una y otra figura, es la *sentencia de 27 de abril de 2010 del Juzgado de Primera Instancia 15 de Las Palmas de Gran Canaria*, en la cual se acaba optando por la figura del curador como medio de protección de una persona cuyas necesidades en Italia hubiese supuesto el nombramiento a su favor de un administrador de apoyo. La sentencia resuelve un procedimiento en el que se solicitaba se declarase a la demandada como incapacitada y se le nombrara un tutor, si bien, la Magistrada, desde el primer momento esgrime que el nombramiento de un tutor, curador o defensor judicial en la actualidad debe interpretarse a la luz de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, haciendo hincapié en el artículo 12 de la Convención y la necesidad en base al mismo del cambio del «modelo de sustitución en la toma de decisiones» al «modelo de apoyo o asistencia en la toma de decisiones», por lo que tras elaborar un estudio exhaustivo de la persona objeto del procedimiento incapacitador, entiende que no se apreciaba ningún déficit en la demandada en cuanto a sus aspectos más básicos (aseo, comer, deambular por la calle, usar el transporte, telefonar, respuesta ante la necesidad de ayuda, realizar pequeñas compras...), incluso tampoco presentaba déficits para desarrollar un trabajo remunerado (era jardinera del ayuntamiento) ni conducir vehículos (tenía carnet desde hacía 12 años), pero en cambio sí se apreciaban déficits en cuanto a la posibilidad de vivir sola, cambiar su lugar de residencia o viajar al extranjero, toma de decisiones y consentimiento informado para temas médicos, realizar actuaciones complejas o de administración de su patrimonio, otorgar testamento...

Y es por todo ello, por lo que la Magistrada expuso en su Fundamento Jurídico Tercero lo siguiente:

«Así las cosas, desde la situación fáctica comentada, de acuerdo con los razonamientos antes expuestos, no procede declarar la incapacidad total de la demandada tal y como y como se dejó interesado en la demanda; antes bien lo procedente es modificar parcialmente la capacidad de obrar de doña Teresita,

para actuar por sí sola y de forma autónoma a la hora de tomar las decisiones, ya referidas: 1. Toma de decisiones y otorgar consentimiento informado válido para cualquier intervención o tratamiento médico, con especial atención al tratamiento necesario para su esquizofrenia paranoide; 2. Cambiar de domicilio o salir al extranjero; 3. Realizar actuaciones complejas o de administración de su patrimonio, seguimiento efectivo de sus cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos, etc., otorgar testamento y, otorgar consentimiento válido en contratos o negocios jurídicos que afecten a su persona o a su patrimonio u otorgar poderes a terceros y; 4. No puede entablar acciones judiciales.

En cuanto al derecho de sufragio, cuya privación se interesó en la demanda, no resulta procedente. La interpretación de Ley General Electoral de acuerdo con el espíritu de la Convención, exige respetar, en la mayor medida posible, la autonomía y los derechos fundamentales de la persona con capacidad modificada, de modo que no podrá privársele del derecho de sufragio activo con carácter general, salvo casos excepcionales, en cuanto que ello supondría un retroceso en la necesaria integración social que se propugna al respecto. En el concreto supuesto enjuiciado no se ha acreditado esa especial incapacidad de doña Teresita para poder elegir una determinada opción y ejercitar su derecho al voto, pues dicho ejercicio solo requiere una manifestación de voluntad, para la que resulta necesaria no tanto un determinado nivel de raciocinio o de conocimiento, sino la expresión de una opinión o decisión personal sobre las diversas ofertas electorales, en función de la formación cultural de cada persona».

En términos muy similares a los expuestos en la sentencia anterior, pero más de tres años después, se dictó la importantísima sentencia del Tribunal Supremo 421/2013, de 24 de junio de 2013, si bien, debido a su importancia, dedicaremos un epígrafe completo al estudio de la misma en el siguiente capítulo.

2. POSIBILIDAD DE APLICAR LA CURATELA TANTO EN EL ÁMBITO PERSONAL COMO EN EL ÁMBITO PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS NECESITADAS DE PROTECCIÓN

Una vez expuestas las grandes similitudes existentes entre la curatela y el administrador de apoyo italiano, nos centramos ahora en el estudio de la posibilidad, o no, de aplicar la curatela en el ámbito personal de la persona que necesite ser incapacitada, o si, por el contrario, como se usa desde diversos sectores para desechar la opción de la curatela como ideal de adaptación del artículo 12 de la Convención, la figura de la curatela únicamente podrá establecerse en el ámbito patrimonial de la persona a incapacitar.

Nos referimos por tanto a la curatela que puede darse a favor de la persona que necesite ser incapacitada debido a su enfermedad, no a la curatela a la que pueden someterse los emancipados cuyos padres quedaren impedidos o fallecie-

ren, o los que obtuvieron el beneficio de la mayoría de edad, o los declarados pródigos, ya que en estos casos el papel de la curatela sí tendrá exclusivamente un contenido patrimonial.

Pero en cuanto a la figura de la curatela que en el presente artículo nos interesa, la que puede darse a favor de personas que necesitan ser incapacitadas, coincidiendo con las posiciones del CERMI o de la Fundación Aequitas, se pronunció el Informe del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, reflejando, entre otras cosas, que *«además, la praxis judicial, en lugar de establecer la limitación de la capacidad, como exige la ley, solo en la medida que sea necesaria para proteger los intereses de la persona y atendiendo a sus circunstancias y necesidades concretas, se ha limitado a crear dos grados de incapacidad: 1) la incapacidad absoluta o total, que conlleva el sometimiento a tutela del incapacitado, supone por regla general que este queda privado de su «capacidad de obrar» tanto en su esfera patrimonial como en su esfera personal, pudiendo quedar impedido incluso para ejercitar sus derechos fundamentales y adoptar decisiones en ese ámbito, y 2) el sometimiento a curatela del incapacitado, entendiéndose habitualmente que el curador deberá asistir al incapacitado en la realización de la generalidad de actos de disposición de carácter patrimonial»*. Termina exponiendo el Informe acto seguido que *«como se ha señalado antes, habitualmente se entiende que el curador asiste al incapacitado exclusivamente en la realización de negocios de carácter patrimonial. Su aplicación a aquellas decisiones que afectan al ejercicio de los derechos fundamentales puede estar enfrentada a la Convención por lo que en este ámbito deberían articularse otras medidas de apoyo y asistencia»*.

Nos encontramos aquí ante un tema de gran importancia, ya que del alcance exacto del ámbito al que puede aplicarse la curatela, dependerá la posibilidad, o no, de apostar por el actual sistema de incapacidad como medio ideal de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento. Y es que no podemos obviar, que en caso de que el único ámbito de aplicación posible a la hora de instaurar la curatela a favor de una persona que lo necesitase debido a su enfermedad fuese el patrimonial, nuestro procedimiento de incapacidad actual no sería suficiente para llevar a cabo la adaptación por la que venimos apostando, por ser precisamente, como queda recogido en el articulado de la norma internacional, el ámbito personal de la persona con discapacidad el que ha de verse reforzado mediante apoyos o asistencia.

Llegados a este punto hemos de plantearnos cuáles son los argumentos para entender que la curatela no podrá aplicarse al ámbito personal de las personas que lo necesiten, ya que lo único cierto e irrefutable en dicho sentido es que no existe ninguna norma que excluya, o permita, dicha posibilidad de forma expresa.

Así, mientras la doctrina resulta enfrentada al respecto³², es de destacar como la mayoría de autores que se oponen a que la curatela pueda alcanzar el ámbito

personal de las personas con discapacidad, reconocen, como no puede ser de otra forma, la total libertad del juez a la hora de fijar los actos sobre los que el curador deberá asistir o apoyar al curatelado. Entonces, ¿en base a qué hemos de entender que los jueces españoles deberán fijar el ámbito de actuación de la curatela únicamente en la esfera patrimonial de las personas que necesiten dicha figura como medida de apoyo o asistencia? Particularmente no compartimos dicha teoría, basándonos para ello, entre otros argumentos, en la literalidad de ciertos artículos del Código Civil, como son:

a) El artículo 215: *«La guarda y protección de las personas y bienes o solamente de las personas o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1.º La tutela. 2.º La curatela y 3.º El defensor judicial».*

Ateniéndonos a las palabras que hemos marcado en cursiva, el artículo literalmente establece que la guarda y protección exclusiva de las personas incapacitadas se realizará mediante la curatela.

b) El artículo 289: *«La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido».* Es decir, mediante el presente artículo el legislador fijó como ámbito de aplicación de la curatela los actos en sentido general que el juez estimase necesarios, por lo que no se refiere concretamente ni a los actos referidos al ámbito personal de la persona ni a los del ámbito patrimonial, sino a actos en sentido general, dependiendo por tanto únicamente del juez el tipo de apoyo o asistencia, y el ámbito de la misma, que deberá fijar a favor de una persona en base a sus necesidades.

Como reflejo práctico de este artículo nos permitimos nuevamente traer a colación un extracto de la anteriormente referida *sentencia de 27 de abril de 2010, del Juzgado de Primera Instancia 15 de Las Palmas de Gran Canaria*, en la que la Magistrada establece expresamente la curatela para ciertos actos personales de la persona que necesita asistencia y apoyo. Así expone en el Fundamento Jurídico Cuarto:

«En atención a las circunstancias fácticas antes reseñadas, resulta procedente constituir en este supuesto un régimen de curatela, bastando la protección de apoyo en el ámbito en que realmente incide la deficiencia (SSTS 31 de diciembre de 1991 y 30 de junio de 2004). Por lo que al curador se refiere, no suple la voluntad de la afectada, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino de asistencia y protección en cuanto presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser de naturaleza exclusivamente patrimonial».

En el mismo sentido, expone la sentencia del Tribunal Supremo, 995/1991, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de diciembre de 1991, que el curador:

«no suple la voluntad del afectado sino que la refuerza, controla y encauza, completando la deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial».

O por último, traemos a colación la importantísima, y anteriormente mencionada, sentencia del Tribunal Supremo, 421/2013, de 24 de junio de 2013, en cuyo Fundamento de Derecho Segundo recoge que:

«estos hechos, que son en breve síntesis los que resultan de la valoración de la prueba de la sentencia, conducen a estimar la necesidad de una supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona que garantizan su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, y para ello resulta determinante que se aplique la curatela y no la tutela».

c) El artículo 290: *«Si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que esta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial».* Los actos para los que los tutores necesitan autorización judicial son los recogidos en los artículos 271 y 272 del Código Civil entre los cuales se engloban actos del ámbito personal de la persona sobre la que se ejerza la tutela, como por ejemplo apoyar al curatelado a la hora de decidir si le conviene internarse en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial, o renunciar a derechos, o entablar demandas, por lo que el presente artículo otorga también la posibilidad de que la asistencia o el apoyo del curador quede fijado en el ámbito personal de las personas³³.

3. RECONOCIMIENTO Y ACEPTACIÓN DE LA FIGURA DE LA TUTELA POR LA CONVENCIÓN EN SU ARTÍCULO 23.2

Otro de los motivos por los que consideramos la curatela como medio ideal de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento es que la propia Convención, concretamente en su artículo 23.2³⁴, reconoce la existencia de la figura de la tutela en diversos Estados Partes, sin exigirles a estos su eliminación, sino que la respeta y acepta. Y es que el hecho de que la Convención sea Derecho interno no significa que derogue el sistema de incapacitación actual, sino que nuestros legisladores están obligados a adaptar el contenido de la Convención a nuestro Ordenamiento.

4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 228/2009, SALA PRIMERA, DE LO CIVIL, DE 29 DE ABRIL DE 2009

Otro de los argumentos esgrimidos por nuestra parte para rechazar el planteamiento de la necesidad de eliminación de nuestras medidas tuitivas actuales sustituyéndolas por unas nuevas, es la sentencia del Tribunal Supremo 282/2009 (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), de 29 de abril de 2009, por ser la primera de nuestro Tribunal Supremo en enfrentarse directamente a la aplicación de la Convención.

En ella, el problema planteado en el recurso de casación y en la impugnación del Ministerio Fiscal se centra en determinar si como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención en nuestro ordenamiento, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces. Ante lo que el Tribunal Supremo consideró, en su Fundamento Jurídico 5.º, que: *«No es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, el Código Civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad»*.

Esta Sentencia del Tribunal Supremo acredita que las instituciones de protección existentes actualmente en nuestro ordenamiento, no son contrarias a los principios de la Convención, ya que la persona declarada incapaz mantiene la titularidad de todos sus derechos fundamentales, aunque tiene determinada su forma de ejercicio, entendiéndose por incapacitación una forma de protección.

Dicho lo cual, y tomándola, por nuestra parte, como uno de los referentes a la hora de apoyar la idoneidad del procedimiento de incapacitación actual con ciertas modificaciones como medio de adaptación del artículo 12 de la Convención, entendemos justo dejar expuesto en el presente artículo que, desde nuestro punto de vista, la sentencia aquí expuesta designa para la persona incapacitada un tutor cuando el medio de protección ideal en este supuesto era el nombramiento de un curador que asistiese o apoyase a la persona en los actos que el juez considerase oportuno. A tal conclusión llegamos en base

a varios motivos que se desprenden todos ellos de la propia literalidad de la Sentencia, como son:

A) Los que argumentó el Juez de Primera Instancia para incapacitar a la señora, el cual expuso que: *«solo cabe limitarla en los supuestos como el que nos ocupa porque a Doña V., por sí sola, le es imposible participar libremente en los distintos aspectos de la vida, personales (vestir, pasear, etc.), familiares (llevar la casa, comprar, etc.), o sociales (visitas relaciones, etc.) —no puede estar presente en estas actuaciones— e incluso aquellas otras que vienen impuestas por la administración del patrimonio que posee (ha conferido poder general), por lo que necesita protección, vigilancia o representación de otras personas, que sustituyan o complementen aquella cualidad o estado de la que carece...»*. No llegamos a entender cuál de los supuestos arriba mencionados conlleva la necesidad de privar a una persona totalmente de su capacidad de obrar. ¿Tal vez haber otorgado un poder? ¿O no poder comprar, llevar la casa o recibir visitas? Tomar cualquiera de estas razones para nombrar un tutor a favor de una persona, entendemos sería contrario al espíritu de la Convención.

B) Pero es que, el mismo Juez, y tras su inspección personal a la señora, recogió que: *«Se trata de una persona de avanzada edad, afectada por una enfermedad visible de Parkinson, que se orienta bien en el tiempo y en el espacio, conoce sus circunstancias personales, a su familia y a su entorno, pudiendo afirmar que puede realizar actos propios de la vida cotidiana, no así complejos como sería la administración de sus bienes»*. Después de estas afirmaciones, ¿acaso no parece claro que lo que necesitaba la persona en cuestión era un curador que le apoyase en su ámbito patrimonial?

C) A todo esto hay que sumarle el contenido del informe del médico forense que actuó en primera instancia, el cual reflejó que: *«aunque los diagnósticos de las enfermedades que padece no son incapacitantes por sí mismos... ante la complejidad de sus bienes, y ante la situación socio-familiar, podría llevarle a sufrir engaños por terceras personas...»*. Es decir, que el médico forense entendía que los diagnósticos de las enfermedades que padecía la señora no eran incapacitantes por sí mismos, pero que sí podía sufrir esta engaños por terceras personas.

Por todo ello, nos reafirmamos en nuestra postura de que en el supuesto estudiado, y en base a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, la única medida de protección que se debía haber establecido a favor de la persona necesitada de ayuda o asistencia era la del nombramiento de un curador que le apoyase o asistiese en todos sus actos patrimoniales, dejando dicho al mismo tiempo que no nos cabe duda de que en la actualidad sería la posición que venimos defendiendo la adoptada por nuestro Tribunal Supremo, tal y como se refleja en el siguiente punto.

5. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 421/2013, SALA PRIMERA, DE LO CIVIL, 24 DE JUNIO DE 2013

Nos encontramos aquí ante una Sentencia aún más importante que la anterior, visto su interés casacional.

En este supuesto, la sentencia de primera instancia declaró incapacitado al demandado, tanto para regir su persona y bienes, incluida la privación del derecho activo, como su patrimonio, y nombró tutor a una entidad pública.

El demandado interpuso recurso de apelación que fue desestimado, como también fue desestimada la solicitud del Ministerio Fiscal de que fuera sometido a curatela, interesado en la vista celebrada en la alzada, *«porque las limitaciones que padece el demandado exigen acudir a la curatela»*.

Como antecedentes de interés para la resolución del recurso, la sentencia de la Audiencia Provincial señaló los siguientes: *«por Resolución de la Delegación Provincial de la Consellería de Asuntos Sociales, empleo y relaciones laborales, el demandado tiene reconocido un grado de minusvalía del 65% desde el 8 de mayo de 2003 por enfermedad mental crónica. Se le diagnosticó esquizofrenia paranoide en informe del psiquiatra doctor Íñigo de 19 de abril de 2004 que también hace constar la falta de conciencia de enfermedad, la negativa a recibir tratamiento psicofarmacológico y la asistencia desde el 13 de noviembre de 1990 por la unidad de salud mental del hospital comarcal Valdeorras, a petición de sus familiares, por graves alteraciones psíquicas. En un primer informe médico forense de 17 de septiembre de 2009, acompañado a la demanda, se mantienen idénticas conclusiones en orden al diagnóstico, falta de conciencia de enfermedad y negativa a tratamiento y se añade que no tiene capacidad plena y duradera para administrar su persona y bienes. En informe fechado el 16 de junio de 2009, la trabajadora social del Ayuntamiento de A Rúa de Valdeorras pone de relieve el serio deterioro que sufre en su vida profesional, laboral y socio-familiar, el descuido en sus necesidades más básicas, la falta de control para administrar su dinero y patrimonio y conflictos con sus hermanos»*.

Añade, además, lo siguiente: *«Es verdad que el último de dichos informes contiene afirmaciones que pudieran apoyar la tesis de la parte apelante pero su lectura pausada revela contradicciones importantes en los extremos sobre los que incide el recurso. Así, mientras reconoce al demandado capacidad para conocer las consecuencias del procedimiento, considera que es muy vaga su habilidad para conocer el objeto del procedimiento; admite su capacidad contractual y para tomar decisiones económicas, sin embargo, califica de paranoide su capacidad para otorgar poderes a terceros y para realizar disposiciones testamentarias entre las que obviamente existen las de contenido patrimonial. Además de ello, considera al demandado incapaz para consentir tratamientos, escasas sus habilidades para el autocuidado de su salud para el seguimiento de pautas alimenticias y para el manejo de medicamentos, lo cual revela la necesidad de*

que sea sometido a un control que proteja su persona y bienes. Esta conclusión se ha reforzado con las pruebas practicadas en esta alzada, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 759 LEC, singularmente con el examen del presunto incapaz, acreditativo de un discurso incoherente, alejado de la realidad, y con el resultado de la pericial rendida en juicio por el médico forense autor del informe de 16 de noviembre de 2011, donde quedaron aclaradas las divergencias que pudieran resultar de su confrontación con el antes señalado de 30 de septiembre de 2009 e igualmente el alcance de la incapacidad. En efecto, el primero de dichos informes alude a una limitación parcial para administrar persona y bienes, pero en las aclaraciones al mismo, su autor vino a admitir la necesidad de supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en los que afectan a la persona del demandado, en concreto para una adecuada alimentación y para la sumisión a tratamiento, indispensable para un adecuado control de su enfermedad a fin de conseguir su integración en la sociedad en la forma más plena posible».

La Sentencia fue recurrida en casación tanto por el demandado como por el propio Ministerio Fiscal, citando como infringida la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, y los artículos 199, 200 y 287 del Código Civil, puestos en relación con los artículos 10, 14, 23 y 96 de la Constitución Española. Considera que existe una clara desproporcionalidad en la medida adoptada en la Sentencia, lo que también comparte el Ministerio Fiscal, una vez practicada la prueba en segunda instancia, por lo que solicitó la instauración de una curatela, ya que en los informes periciales no hablan de limitación total, único caso en el que procedería la incapacitación total, que es la que, finalmente, se ha adoptado en contra de la proporcionalidad y adaptación a las circunstancias de la persona exigidas ambas por el artículo 12 del Convenio, privándole, incluso, de derechos fundamentales, como el de sufragio, cuando no existe ninguna referencia a la supuesta pérdida de las habilidades para que se vea privado del derecho de voto, o incluso, de la posibilidad de gobernarse por sí mismo, cuando siempre lo ha hecho para atender sus propios asuntos. El Tribunal Supremo casó la sentencia.

Señala la Sentencia en su Fundamento Jurídico 2.º, que no se discute que la incapacitación de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta. Lo que se cuestiona en este caso es de qué manera se encuentra afectado don Camilo para adoptar la medida que sea más favorable a su interés y como puede evitarse una posible disfunción en la aplicación de la Convención de Nueva York, según propone el Ministerio Fiscal, que tenga en cuenta, como principio fundamental, la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal y familiar, que le permitan hacer una vida independiente, pueda cuidar de su salud, de su economía y sea consciente de los valores jurídicos y administrativos,

reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, más allá de la simple rutina protocolar, evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención.

Sin duda, una situación como esta no permite mantener un mismo status del que se disfruta en un régimen de absoluta normalidad, pero tampoco lo anula. Lo que procede es instaurar los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones, a los que con reiteración se refiere la Convención, para, en palabras de la misma, proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás permitiéndole el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se planteen, siempre en el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen, como precisa el artículo 12.

Asimismo, dentro del mismo Fundamento Jurídico 2.º, como punto 4 establece la Sentencia que estos hechos, que son en breve síntesis los que resultan de la valoración de la prueba de la sentencia, conducen a estimar la necesidad de una supervisión tanto en los aspectos patrimoniales como en aquellos que afectan a la persona, que garanticen su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, y para ello resulta determinante que se aplique la curatela y no la tutela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad (SSTS 29 de abril y 11 de octubre de 2009). Una solución distinta, como dice el Ministerio Fiscal, *«no va a repercutir en mejorar su modo de vida, puede apagar su arte y no garantizará la toma de la medicación que precisa no teniendo sentido hacerlo de forma coactiva»*, sino mediante un simple apoyo del curador.

En la esfera personal requerirá la intervención del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y autocuidado, el cual decidirá también, en su caso, la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. En lo que se refiere a su patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, completando su incapacidad. Controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo).

La sentencia se va a mantener en lo demás, con la única precisión de que el curador deberá informar cada seis meses, o antes si fuera necesario, sobre la situación personal del incapacitado y rendir cuentas anuales de su gestión a fecha 31 de diciembre de cada anualidad. Dicha rendición consistirá en una relación detallada de los gastos e ingresos acaecidos en su patrimonio, relación que habrá de ir acompañada de documentos originales; justificativos de los mismos y se hará entrega en el Juzgado que ha conocido de este asunto.

Aparte de la enorme repercusión de la presente sentencia tanto por su interés casacional anteriormente referido, como por la elección de la curatela como medio de protección ideal, tanto en el ámbito patrimonial como personal, de la persona con discapacidad psíquica, lo es por lo recogido en el punto 6 siempre del mismo Fundamento de Derecho, en el que respecto al sufragio pasivo recoge que en ningún caso queda afectado el derecho de sufragio del que se le priva sin justificación alguna. El artículo 29 de la Convención garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones y como corolario lógico ejercer el derecho de voto que se considera conveniente y beneficioso, mientras que el artículo 3.1 b y 2 de la Ley 5/85, de 19 de julio, del Régimen Electoral General, señala que los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme quedarán privados del derecho de sufragio, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para su ejercicio, debiendo los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente. Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal. Nada se argumenta en la sentencia de que no pueda hacerlo, de que no pueda discernir el sentido de su voto o que lo ponga en riesgo mediante la actuación de terceros, antes al contrario, su habilidad para tomar una decisión de esta clase no ha sido cuestionada y parece además conveniente que así lo haga de forma libre, como medida terapéutica para el tratamiento de su enfermedad, que puede verse afectada por el rechazo que se deriva de su estado.

V. ALGUNAS MODIFICACIONES NECESARIAS EN EL ACTUAL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN

Para concluir el presente trabajo en el que venimos defendiendo la figura de la curatela como medio de adaptación ideal del artículo 12 de la Convención, debemos dejar expuesto que para que se cumpla con plenitud dicha idoneidad, el futuro proyecto de ley de adaptación deberá reflejar una serie de modificaciones en nuestro procedimiento de incapacitación actual, siendo, bajo nuestro modesto punto de vista, las modificaciones sin las cuales no se puede concebir el nuevo procedimiento de incapacitación, las siguientes:

1. OTORGARLE UN NUEVO TÍTULO AL PROCEDIMIENTO DE INCAPACITACIÓN ACTUAL QUE SEA MÁS ACORDE CON LA CONVENCIÓN, COMO POR EJEMPLO ALGO SIMILAR A PROCEDIMIENTO DE GRADUACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS, O PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS.

En el nuevo título del procedimiento, si definitivamente fuese el término capacidad jurídica el que se emplease en concordancia con el de la Convención (que como sabemos incluye los términos de capacidad jurídica y capacidad de obrar españolas), correspondería al legislador español aclarar tal extremo en el propio proyecto de ley.

Con un nuevo título del procedimiento como el que proponemos, entendemos que la persona (o sus familiares) que necesitasen el apoyo o asistencia de un curador a la hora de realizar determinados actos, ya sean personales o patrimoniales, no se vería frente a la sociedad como un *no capaz* (incapacitado), sino como una persona que necesita el apoyo de otra para ciertas actividades.

2. ATRIBUIRLE UN CARÁCTER TOTALMENTE PREFERENCIAL A LA CURATELA SOBRE LA TUTELA.

Esta novedad sería incluso más importante que la anterior, ya que mediante la misma los jueces españoles quedarían obligados a intentar nombrar en todo momento a un curador en los actos que la persona lo necesitase, quedando reservado el nombramiento de un tutor a los casos en los que, debido al nivel de la imposibilidad de autogobierno de la persona, fuese la única solución.

3. ADOPTAR TODAS LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA AGILIZAR EL PROCEDIMIENTO.

Aquí sí tomamos como ejemplo el sistema italiano, en el que desde que una persona solicita al juzgado un administrador de apoyo hasta que el juez lo nombra pueden pasar un máximo de 60 días, mientras que en España, los procedimientos de incapacitación oscilan entre año y año y medio, como mínimo.

4. CREACIÓN DE JUZGADOS ESPECIALIZADOS EN LA MATERIA Y FORMACIÓN DE SUS PROFESIONALES, ASÍ COMO DE TODOS LOS ACTORES IMPLICADOS.

La nueva Ley ha de implementar en nuestro sistema Juzgados específicos de la materia, como existen por ejemplo los de violencia de género, así como una formación específica de todos los funcionarios (Fiscales, Médicos Forenses,

Oficiales, Trabajadores Sociales...), tal y como recomendó el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas mediante la observación número 34 de septiembre de 2011. Con ello se conseguiría, en primer lugar, que los procedimientos fuesen mucho más rápidos. Pero sobre todo, y lo que es más importante, se conseguiría que especialistas en la materia valorasen el grado específico de apoyo o asistencia que cada persona necesita individualmente.

E, igualmente, sería de gran importancia que se exigiese una formación obligatoria para aquellas personas que ejerzan o vayan a ejercer cargos tutelares fuera del ámbito de la tutela familiar, como, por ejemplo, se introdujo en Francia mediante la Ley de 5 de marzo de 2007.

Y es que, de seguir las mismas estructuras que regulan el actual sistema de incapacitación (jueces sobrecargados de trabajo y sin especialización en la materia, así como fiscales, médicos forenses, etc., en el mismo sentido), por mucho que se refuerce la curatela, esta fracasaría, tal y como lo hizo en el sistema vigente tras la reforma del Código Civil mediante la Ley 13/1983 en el mismo sentido.

5. OBLIGACIÓN DE LOS JUECES DE FIJAR EN LA SENTENCIA REVISIONES Y EVALUACIONES PERIÓDICAS DE LA PERSONA A LA QUE SE LE HAYA ASIGNADO UN CURADOR-TUTOR CADA CIERTO TIEMPO.

Hemos de tener en cuenta que el grado de enfermedad que suponga el nombramiento de un curador (también, pero menos, en el caso de enfermedades que supongan el nombramiento de un tutor) a favor de una persona con discapacidad puede aumentar o disminuir de forma considerable en el tiempo dependiendo de diversos factores (tratamiento, edad), por lo que entendemos necesario se fijen en la sentencia de incapacitación los plazos en los que ha de llevarse a cabo una revisión del estado de salud del curatelado para ver si subsiste, o ha aumentado o disminuido la necesidad de apoyo o asistencia que este necesitaba en el momento de la sentencia.

VI. CONCLUSIONES

I. Desde el momento de su ratificación, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad forma parte a todos los efectos de nuestro Ordenamiento jurídico, por lo que, al igual que el resto de Estados Parte, España queda obligada a la adaptación y modificación de diversas normas para hacer efectivos los derechos que en la misma se recogen a favor de las personas con discapacidad.

II. Sin duda, la adaptación de mayor trascendencia al respecto sigue a día de hoy sin producirse. Nos referimos, como no puede ser de otra forma, a la problemática adaptación del artículo 12 de la Convención, la cual obliga a los Estados Partes a que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica (la capacidad jurídica de la Convención engloba tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar española) en igualdad de condiciones que el resto de personas, es decir, que todas las personas con discapacidad que lo necesiten, se vean apoyadas o asistidas por otra persona sin que en ningún caso les sea por ello privada su capacidad jurídica ni su capacidad de obrar.

III. Por nuestra parte entendemos que el proyecto de ley de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento jurídico no va a demorarse mucho más en el tiempo. A dicha conclusión llegamos por diversos motivos, como por ejemplo, el hecho de que el Gobierno español haya anunciado su compromiso al respecto hasta en dos ocasiones, primero mediante la Ley 1/2009, de 25 de marzo, y después, a través de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, mediante la cual se otorgaba al Gobierno el plazo de un año para remitir a las Cortes Generales el proyecto de ley de adaptación normativa del artículo 12, advirtiéndose en septiembre de 2011 por parte del Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas del conocimiento de dicho plazo.

Por otra parte, el Gobierno afirmó en noviembre de 2012 por escrito en el Congreso de los Diputados, que cuenta con un borrador cuya tramitación comenzaría en breve y que aquilataría tanto las normas civiles como procesales para lograr un mejor ajuste con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Y el último motivo para apostar por la cercanía de la reforma legislativa en tal sentido lo encontramos en el contenido del reciente Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Concretamente, más que en su contenido lo encontramos en el «olvido» que se produce en dicho Real Decreto (ninguna mención) respecto al proyecto de ley, por lo que la única explicación lógica que encontramos a ello es la cercanía de su publicación, ya que no se nos ocurre ningún otro motivo por el que el legislador no haya fijado un nuevo plazo al Gobierno para publicar el proyecto de ley que debería haberse aprobado hace más de dos años.

IV. Todo hace indicar que, en contra de la voluntad de gran parte de la doctrina, así como de los organismos representantes de las personas con discapacidad, el proyecto de ley de adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento conllevará la reestructuración de las medidas tuitivas que componen nuestro actual procedimiento de incapacitación. Así,

ya en noviembre de 2012, el Gobierno mediante escrito presentado en el Congreso de los Diputados argumentaba que: *El Gobierno cuenta con un borrador cuya tramitación comenzará en breve y que aquilatará tanto las normas civiles como procesales para lograr un mejor ajuste con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, teniendo en cuenta que, como afirmó el Tribunal Supremo, el ordenamiento español en relación con estas cuestiones se ajusta a los requerimientos de la Convención*. Se refiere concretamente a la Sentencia del Tribunal Supremo 228/2009, mediante la que se establece que el Código Civil español (y por ende, el procedimiento de incapacitación que en él se recoge) no es contrario a los valores de la Convención. Es decir, que desde el Gobierno se anunció ya a finales de 2012 que nuestras instituciones de protección actuales se ajustan a los requerimientos de la Convención, por lo hemos de entender que en torno a las mismas girará el futuro proyecto de ley.

V. Por nuestra parte coincidimos totalmente con la idea de apostar por la reforma de nuestro actual procedimiento de incapacitación para la adaptación del artículo 12 a nuestro Ordenamiento, si bien, yendo un poco más allá, nos atrevemos a apostar que será la figura de la curatela reforzada el eje central del proyecto de ley que conlleve la igualdad entre personas con discapacidad y el resto de personas a la hora de ejercer su capacidad jurídica y su capacidad de obrar; o dicho de otro modo, apostamos por el refuerzo de la curatela como medio de adaptación ideal del artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento.

A tal conclusión llegamos por diversos argumentos, como son: la gran similitud existente entre la curatela y el administrador de apoyo italiano, que es la figura por la que apuestan para adaptar la Convención los detractores del actual procedimiento de incapacitación; o el reconocimiento y la aceptación que la Convención hace de la figura de la tutela en su artículo 23.3 sin exigirle a los Estados Partes que la supriman por ser contraria a sus principios; o la posible aplicación de la curatela no solo en el ámbito patrimonial de las personas que lo necesiten (como se argumenta desde diversos sectores para no apostar por ella como medio idóneo de adaptación), sino también en su ámbito personal; siendo el último de los motivos que esgrimimos a favor de la curatela como figura ideal para adaptar el artículo 12 de la Convención a nuestro Ordenamiento la propia jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, destacando, visto su interés casacional y por ser la más reciente, la Sentencia del Tribunal Supremo 421/2013, en la que se nombra un curador a favor de una persona con discapacidad para apoyarla en determinados actos personales y patrimoniales de su vida, otorgándole un carácter preferencial nuestro Tribunal Supremo a la curatela frente a la tutela para cumplir con el espíritu de la Convención.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- CABELLO DE ALBA JURADO, F. (2013). *La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la Convención*. L Jornadas Aequitas/Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia. [En línea]. Disponible en http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=609aaadc-27f7-4054-8acf-c24d370662b5&groupId=10228
- DE COUTO GÁLVEZ, R. M.^a (2000). Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil. En: J. Rams Albesa y R. M.^a Moreno Flores (coords.), *Comentarios al Código Civil, Tomo II, vol. 2.º* Barcelona: Bosch.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (2010). La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Comentario a la sentencia de 29 de abril de 2009. En: M. Yzquierdo Tolsada (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*. Madrid: Dykinson, pp. 532-579.
- GARCÍA CANTERO, G. (1984). Notas sobre la curatela. *Revista de Derecho Privado*, núm. 9, pp. 787-802.
- GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- GETE ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1992). *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*. Madrid: Civitas.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (1997). *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*. Madrid: McGraw Hill.
- LETE DEL RÍO, J. M. (1985). De la tutela, de la curatela y de la guardia de menores e incapacitados. Comentario a los artículos 286 a 289 del Código Civil. En M. Albadalejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. IV*. Madrid: Edersa.
- MAJADA PLANALLES, A. (1985). *La incapacitación, la tutela y sus formularios*. Barcelona: Bosch.
- MARÍN CALERO, C. (2005). Comentarios a la Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, en relación con el patrimonio protegido de las personas con discapacidad. En: M. A. Rueda Pérez (coord), *Jornadas sobre la nueva ley de protección patrimonial de discapacitados*. Valencia: Instituto Valenciano de Estudios Notariales, pp. 39-62.
- RAMS ALBESA, J. (2011) Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, pp. 211-296.
- SANCHO REBULLIDA, F. (1984). *El nuevo régimen de la familia III. Tutela e instituciones afines*. Madrid, Civitas.
- SERRANO GARCÍA, I. (2008). *Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003. Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*. Madrid: Iustel.
- VIVAS TESÓN, I. (2012). *Más allá de la capacidad de entender y querer*. Badajoz: Futuex.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002, de 9 de octubre de 2002

- Sentencia del Tribunal Supremo 995/1991, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de diciembre de 1991
- Sentencia del Tribunal Supremo 228/2009, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de abril de 2009
- Sentencia del Tribunal Supremo 421/2013, Sala Primera, de lo Civil, 24 de junio de 2013
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Las Palmas de Gran Canaria, de 27 de abril de 2010

NOTAS

¹ Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 96, de 21 de abril de 2008.

² El artículo 10.2 de la Constitución Española establece que: Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

³ Expresa el artículo 91.1 de nuestra Constitución: Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

⁴ El Código Civil expone en su artículo 1.5 que: Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el *Boletín Oficial del Estado*.

⁵ El artículo 29 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad dispone: Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás.

⁶ Las leyes que se modifican para su adaptación a la Convención de la ONU son las que, a continuación, se relacionan: 1) Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. 2) Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. 3) Modificación del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. 4) Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. 5) Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. 6) Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. 7) 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. 8) Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. 9) Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. 10) Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. 11) Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. 12) Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil. 13) Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación Internacional para el Desarrollo. 14) Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. 15) Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal. 16) Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. 17) Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la carrera militar. 18) Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. 19) Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos.

⁷ La Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

⁸ Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitación, cargos tutelares y administradores de patrimonios.

⁹ Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹⁰ Se recoge literalmente en el párrafo 33 de las Observaciones Finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad emitidas del 19 al 23 de septiembre de 2011 tras el examen del Informe presentado por España en virtud del artículo 35 de la Convención, que: El Comité observa que la Ley núm. 26/2011 establece un plazo de un año desde su entrada en vigor para la presentación de un proyecto de ley que regule el alcance y la interpretación del artículo 12 de la Convención. Preocupa al Comité que no se hayan tomado medidas para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica.

¹¹ Respuesta escrita por el Gobierno, con fecha 14 de noviembre de 2012, a la pregunta escrita elaborada por el Diputado de Izquierda Unida Gaspar Llamazares Trigo el 11 de junio del mismo año.

¹² Dispone el artículo 12 de la Convención: 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 (...); 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.

¹³ GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, Colección Por más Señas. p. 43, considera que: La discusión se centró en la distinción, ya clásica por otra parte, entre capacidad jurídica y capacidad de obrar: mientras algunos países defendían el pleno reconocimiento y garantía tanto de una como de otra para las personas con discapacidad, otro grupo de países abogaban por una referencia exclusivamente a la capacidad jurídica sin ninguna mención a la capacidad de obrar.

¹⁴ GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español*, op. cit. pp. 46 y 47, recoge que: Los dos primeros apartados se refieren al reconocimiento de la capacidad jurídica de estas personas en condiciones de igualdad con los demás en todos los aspectos de la vida. A su vez, el apartado último, el quinto, también se refiere a la capacidad (...) Los apartados tercero y cuarto, seguramente los más polémicos de la Convención, hacen referencia a la capacidad de obrar, aunque sin mencionarla con ese nombre, pero no otra cosa es «el ejercicio de la capacidad jurídica», para el cual los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes que proporcionen a las personas con discapacidad el necesario apoyo (apartado tercero).

¹⁵ Informe: El tiempo de los Derechos, núm. 1, elaborado por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, y que lleva por

título: El impacto general de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español, marzo 2009, pp. 14 y 16.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 228/2009, Sala de lo civil, Sección 1.ª, 29 de abril de 2009.

¹⁷ Por supuesto, al hacer referencia a la capacidad jurídica de las personas estamos haciendo referencia a la capacidad jurídica de la Convención, es decir, que en la misma quedan englobadas la capacidad jurídica y la capacidad de obrar españolas.

¹⁸ En este mismo sentido se expresan diversos autores, entre los que destaca MARÍN CALERO, C. (2005). Comentarios a la Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, en relación con el patrimonio protegido de las personas con discapacidad. En: M. A. Rueda Pérez (coord), *Jornadas sobre la nueva ley de protección patrimonial de discapacitados*. Valencia: Instituto Valenciano de Estudios Notariales (pp. 39-62), cuando en su página 42 expone: Al contrario, antes de esta Ley he dedicado muchas palabras y muchos viajes a convencer a padres y familiares de lo contrario, a disipar sus miedos y recelos sobre la figura de la incapacitación y a ponerles crudamente de manifiesto las negativas consecuencias de desamparo y desprotección en que dejan a sus hijos, si no lo hacen; consecuencias negativas solo en el ámbito del Derecho Privado, insisto, pero importantes en la esfera patrimonial y concretamente en relación a las 2 cuestiones que más suelen preocuparles: la tutela y la herencia.

¹⁹ Establece el artículo 760.1 de la LEC: La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763.

²⁰ Imaginemos el caso de Stephen Hawking. Una de las personas más inteligentes de la Historia, pero que, debido a una enfermedad degenerativa, no puede valerse por sí mismo. ¿Habría que incapacitarlo para nombrarle aunque fuese un curador? Obviamente no, ya que no necesita el apoyo o asistencia de nadie para tomar sus propias decisiones, si bien sí que necesita la asistencia de personas para poder realizar todas sus actividades diarias, desde que se despierta hasta que se duerme, pero, en este caso, hablamos de otro tipo de asistencia que nada tiene que ver con el que se ofrece mediante el procedimiento de incapacitación, mediante el que se hace referencia a la asistencia o apoyo que necesita una persona a la hora de tomar decisiones.

²¹ Dispone el artículo 223.2.º del Código Civil: Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

²² En cuanto a la autotutela, considera SERRANO GARCÍA, I. (2008). *Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003. Protección Patrimonial de las personas con discapacidad*. Madrid: Lustel, en su p. 200, que: Es un nuevo mecanismo por medio del cual se reconoce al sujeto que conserve capacidad suficiente para la designación de quien sea tutor, a través de la expresa manifestación, en testamento o en escritura pública, del propio sujeto, antes de llegar al grado de no poderse gobernar por sí mismo (la llamada autotutela).

²³ Se refiere a supuestos que por desgracia se dan con más frecuencia de la que se piensa, como por ejemplo a aquellos en los que los familiares intentan aprovecharse del tutelado o curatelado.

²⁴ SANCHO REBULLIDA, F. (1984). El nuevo régimen de la familia. III. Tutela e instituciones afines. Madrid, Civitas, p. 62.

²⁵ Aunque en la redacción originaria de nuestro Código Civil se hacía referencia a la curatela en su artículo 1764, el cual disponía: Si una persona capaz de contratar acepta el depósito hecho por otra incapaz, queda sujeta a todas las obligaciones del depositario, y puede ser obligada a la devolución, por el tutor, curador o suministrador de la persona que hizo el depósito, o por esta misma, si llega a tener capacidad, así como en las Disposiciones Transitorias séptima a la décima que trataban de la tutela.

²⁶ DE COUTO GÁLVEZ, R. M.ª (2000). Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil. En: J. Rams Albasa y R. M.ª Moreno Flores (coords.), *Comentarios al Código Civil, Tomo II, Volumen 2.º* Barcelona: Bosch, p. 2027.

²⁷ Del mismo modo lo entiende VIVAS TESÓN, I. (2012). *Más allá de la capacidad de entender y querer*. Badajoz: Futuex, pp. 25 y 26, donde argumenta: Si bien la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que adaptaba nuestro viejo Código Civil a los principios constitucionales, introdujo un sistema en el cual la incapacidad judicial debía adecuarse a las concretas exigencias de la persona enferma (la sentencia de incapacidad debe fijar la extensión y límites), permitiéndole, en su caso, realizar actos personalísimos (p. ej. matrimonio, reconocimiento de un hijo natural, otorgar testamento o el derecho al sufragio activo), en su aplicación práctica, ha persistido (o, al menos, esa es mi impresión, tal vez equivocada) una predominante visión económica y patrimonial de la institución jurídica, dejando poco espacio a la consideración de la personalidad y libertad del individuo.

²⁸ CABELLO DE ALBA JURADO, F. (2013). *La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la Convención*, L. Jornadas Aequitas/Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, p. 11, expone que: (...) Del tenor de este precepto resultaría claramente que la curatela sí es una institución que podría encajar en las denominadas por la Convención de «apoyo o asistencia». En la práctica por el contrario, además de ser una institución a la que se recurre en muy contadas ocasiones, quizá por sus antecedentes históricos remotos en el derecho romano o por la redacción original del Código Civil, que seguía otras directrices, o por la referencia explícita que la limita a los incapacitados, la curatela es una institución cuyo naturaleza está «viciada». Se utiliza para aquellos supuestos en que la sentencia de incapacidad limita la sustitución del incapacitado a determinados ámbitos de su interés, generalmente solo patrimoniales. Queda por tanto en eso: una tutela limitada a algunos aspectos de la actuación del curatelado, pero no a la función de apoyo que podría desempeñar.

²⁹ Coincidimos por nuestra parte con el pensamiento de, entre muchos autores, RAMS ALBESA, J. (2011), *Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, 211-296, p. 253, donde refleja: Creo yo que la adhesión y ratificación de la Convención, que aquí se examina, daño evidente no hace, pero no era ni conveniente ni necesaria. Nuestro sistema de apoyo y suplencia de la capacidad de obrar, desaparecidas las limitaciones absurdas debidas al sexo, al estado civil y a la condición social de las personas, se puede calificar de adecuado, suficiente y de sumamente respetuoso para con los derechos humanos y sus garantías, así como con los derechos constitucionales de las personas y sus libertades públicas.

Por su parte, DE PABLO CONTRERAS, P. (2010). *La incapacidad en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Comentario a la Sentencia de 29 de abril de 2009*. En: M. Yzquierdo Tolsada (coord.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*. Madrid: Dykinson, p. 575, entiende que: Nuestro vigente sistema no vulnera en sí, pues, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: lo que puede vulnerar esta es, en cambio, su incorrecto entendimiento y aplicación en la práctica.

³⁰ Reforma que supuso el cambio de nombre del Título XII del Libro I del *Codice Civile*, pasando a sustituirse el anterior: De la enfermedad, la incapacidad y la inhabilitación, por el nuevo: De las medidas de protección de las personas privadas total o parcialmente de autonomía, dividiéndose este nuevo Título en 2 capítulos, el Capítulo I: De la administración de apoyo, y el Capítulo II: De la incapacidad, la inhabilitación y la discapacidad natural.

³¹ El artículo 404 CC italiano establece literalmente que: La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio.

³² Entre los autores que sí consideran posible la extensión de la curatela al ámbito personal del incapacitado nos encontramos, entre otros, con GARCÍA CANTERO, G. (1984). *Notas sobre la curatela. Revista de Derecho Privado*, núm. 9, 787-802, donde expone que la curatela de los incapacitados ha de comportar alguna intervención en el ámbito de la esfera

personal; o GETE ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1992). *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*. Madrid: Civitas, cuando comenta en la p. 244, que: aunque lo normal es que el curador solo intervenga en el ámbito patrimonial, no se excluye su intervención en el ámbito personal. Igualmente, DE COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, Comentario a los artículos 286 a 293 del Código Civil, *op. cit.*, p. 2029, argumenta que: La curatela de los menores y de los pródigos tiene un contenido exclusivamente patrimonial, mientras que la protección de los incapacitados puede extenderse a la guarda de la persona, además de al ámbito patrimonial.

En el otro sentido, el de considerar que la curatela únicamente alcanzará el ámbito patrimonial de las personas con discapacidad que lo necesiten, nos encontramos, entre otros autores, con la opinión de LETE DEL RÍO, J. M. (1985). De la tutela, de la curatela y de la guardia de menores e incapacitados. Comentario a los artículos 286 a 289 del Código Civil. En M. Albadalejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. IV*. Madrid: Edersa, p. 238, que expone que: la curatela es una asistencia de protección con ámbito limitado a la esfera patrimonial concreta que haya señalado la Ley o la sentencia, por lo que puede decirse que la función del curador es de tuición patrimonial; o GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (1997). *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*. Madrid: McGraw Hill, p. 113, define a la curatela como «aquella institución tutelar de carácter estable pero de actuación intermitente que se constituye para integrar la capacidad de quienes pueden actuar por sí mismos, pero no por sí solos, proveyéndoles, a tal efecto, de un curador que complementará su capacidad deficiente en la esfera patrimonial determinada en la ley o sentencia; o VIVAS TESÓN, I. *Más allá de la capacidad de entender y querer*, *op. cit.*, p. 26, donde argumenta que: A mayor abundamiento, el curador no tiene deberes de cuidado personal del curatelado, sino solo funciones de asistencia en el cumplimiento de actos patrimoniales de extraordinaria administración.

³³ En este sentido MAJADA PLANALLES, A. (1985), *La incapacitación, la tutela y sus formularios*. Barcelona: Bosch, pp. 150-151, expone que: aparte de la necesaria intervención del curador en determinados actos o contratos, especificados o no, está obligado en general a velar por el incapacitado, y pese a que la sentencia o resolución judicial no lo diga, deberá promover en cuanto esté a su alcance todo lo necesario para su completa salud mental o inserción social, dando cuenta inmediata al juez de cualesquiera circunstancias o anomalías relacionadas con la persona sometida a curatela, sin que ni legal ni moralmente haya de desatenderse de este deber con la inconsciente alegación de que no ostenta el cargo de tutor de la persona y bienes, o el de tutor de la persona, y sí únicamente el de curador.

³⁴ Literalmente dispone el artículo 23.2 de la Convención que: Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.

*(Trabajo recibido el 20-10-2014 y aceptado
para su publicación el 27-10-2014)*

DERECHO COMPARADO

La aceptación como fase del proceso
de formación del contrato
(Análisis de los problemas que suscita
con apoyo en textos internacionales y
europeos de Derecho contractual)*

*Acceptance of the contract
as a stage of its formation
(Analysis of the problems involved
based on International and European
Contract Law texts)*

por

M.^a TERESA ALONSO PÉREZ
Profesora Titular Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN: La aceptación del contrato plantea numerosos problemas y en este trabajo se analiza el modo en que se resuelven en diferentes Códigos

* Trabajo realizado durante una estancia de investigación en la Université Paris II (Panthéon-Assas), en la Université Paris I (Sorbonne-Panthéon) y en el Institut de Droit Comparé, en París, financiada por una beca del Programa Europa de la CAI y del Gobierno de Aragón.

europeos y en numerosos textos de Derecho contractual (Convención de Viena, Principios UNIDROIT, Principios de Derecho contractual europeo, Marco Común de Referencia, Código de Pavía, Propuestas de modificación del Código Civil y del Código de Comercio). *En lo atinente a los requisitos formales*, se sostiene que el oferente no puede imponer una forma determinada para la eficacia de la aceptación. En cuanto al papel del silencio, argumentamos que la mejor forma de regularlo es la fórmula lacónica según la cual el silencio por sí solo no implica aceptación. En cuanto a los *requisitos materiales de la aceptación* se considera adecuado que las modificaciones que el aceptante proponga al contenido de la oferta sean tratadas como una contraoferta, explicando la razón que lleva a algunos textos a contemplar la posibilidad de que la aceptación que modifica los términos de la oferta pueda llegar a ser eficaz. Por último, se analizan todos los problemas relacionados con la *tempestividad de la aceptación* como, entre otros, el plazo de duración de la oferta o el de la aceptación tardía.

ABSTRACT: The acceptance of contract shows some problems and, in this study, we analyze how they are solved by some Contract Laws of European countries, by texts of European and International Contract Law (CISG, Unidroit, PECL, DCFR, Pavia) and, finally, by the Proposals of modification of the Civil Code and the Commercial Code in Spain. The objective is to suggest lines that could to serve as guide for a future reform of the Spanish Law in this subject. In order to the form of the acceptance, we hold that the offeror can't impose particular requirements for its efficacy. We think the better regulation of the silence with regard to the acceptance is the classical principle according to which the silence or inactivity does not in itself amount to acceptance. With regard to the substantive conditions, we consider appropriate that the modifications introduce by the offeree in the offert must be considered as a counter-offer and we explain because some texts takes into account the possibility of the acceptance with modifications can be effective. At last, we examine the term of the offer, and the problem of the late acceptance.

PALABRAS CLAVE: Formación del contrato. Aceptación. Silencio.

KEY WORDS: *Formation of the contract. Acceptance. Silence.*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. PRELIMINAR: CONCEPTO DE ACEPTACIÓN.—I. FORMA DE LA ACEPTACIÓN: 1. PRINCIPIOS BÁSICOS. 2. ANÁLISIS DE SI PUEDE EL OFERENTE ESTABLECER REQUISITOS FORMALES PARA LA EFICACIA DE LA ACEPTACIÓN. 3. ACEPTACIÓN TÁCITA.—II. EL SILENCIO O LA INACTIVI-

DAD COMO ACEPTACIÓN: 1. PRINCIPIO GENERAL: EL SILENCIO Y LA INACTIVIDAD NO IMPLICAN ACEPTACIÓN. 2. EXCEPCIONES: EL SILENCIO CIRCUNSTANCIADO EQUIVALE A ACEPTACIÓN: A) *Excepciones no discutidas*. B) *Fluidez de las relaciones entre las partes*. C) *Supuesto más controvertido: oferta hecha en beneficio del destinatario*. 3. SUPUESTOS EN QUE, EN PRINCIPIO, EL SILENCIO NO EQUIVALE A ACEPTACIÓN. EN PARTICULAR, EL ENVÍO DE MERCANCÍAS NO SOLICITADAS. 4. CONCLUSIÓN SOBRE LA MEJOR FORMA DE NORMAR EL PAPEL DEL SILENCIO EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO: A) *Sobre la norma de principio*. B) *Sobre la conveniencia de incluir una lista de supuestos de silencio que equivalen a aceptación*. C) *Sobre la conveniencia de incluir una lista negativa y su posible formulación*.—III. LOS REQUISITOS DE CONTENIDO DE LA ACEPTACIÓN: LA CONFORMIDAD DE LA ACEPTACIÓN A LA OFERTA: 1. PRINCIPIO GENERAL: *THE MIRROR IMAGE RULE*. 2. ACEPTACIÓN CON MODIFICACIONES DESDE LA VISIÓN ESTÁTICA DE FORMACIÓN DEL CONTRATO: CONTRAOFERTA. 3. ACEPTACIÓN CON MODIFICACIONES DESDE LA VISIÓN DINÁMICA DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO: A) *Aceptación modificada o contraoferta en función de la entidad de las modificaciones propuestas*. B) *Criterios para calificar de esenciales las modificaciones propuestas por el aceptante*. C) *Excepciones a la consecuencia jurídica prevista para cuando las modificaciones no son esenciales*: a) Las excepciones. b) Las excepciones eliminan la aparente diversidad de consecuencias jurídicas previstas. c) El momento de perfección del contrato queda incierto. d) Las excepciones incorporan un posible supuesto de aceptación por silencio. 4. EL SENTIDO DE LOS TEXTOS QUE CONTEMPLAN LA ACEPTACIÓN MODIFICADA. 5. ¿LA CONTRAOFERTA DETERMINA LA INEFICACIA DE LA OFERTA ORIGINARIA? —IV. LA TEMPESTIVIDAD DE LA ACEPTACIÓN: 1. DURACIÓN DEL PLAZO. A) *El plazo fijado por el oferente: libertad de fijación del plazo por el oferente*. B) *En defecto de determinación voluntaria por el oferente*. a) Oferta verbal o entre presentes. b) Duración razonable. 2. *DIES A QUO*. CÓMPUTO DEL PLAZO. 3. ACEPTACIÓN TARDÍA. A) *La aceptación se emite fuera de plazo*. B) *La aceptación se emite en plazo pero llega al oferente con retraso*.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN¹

Los Códigos civiles decimonónicos, como el español, atienden normativamente el contrato desde que existe, despreocupándose del proceso que desemboca en su perfección y, por lo tanto, de la aceptación —que es el objeto de este estudio— como fase del mismo. Sin embargo, la preocupación por regular esta fase de la vida del contrato va aumentando progresivamente en intensidad. La creciente atención al periodo precontractual se aprecia en códigos no decimonónicos como el Código Civil italiano o el código suizo de las obligaciones también se percibe en la Convención de Viena sobre compraventa internacional

de mercaderías de 1980 o en los principios UNIDROIT. Pero han sido fundamentalmente el desarrollo del Derecho del consumo y la implantación de nuevas formas de contratación —como la realizada a través de medios electrónicos— las causas que han provocado definitivamente un enorme desarrollo de las normas reguladoras del periodo de formación del contrato y, en particular, de la aceptación que va a ser objeto de este estudio. Para constatar esta realidad basta mencionar el ingente conjunto de normas arbitrado para regular las obligaciones legales de información precontractual, no solo en el TRLGDCU sino en normas sectoriales como las que abordan la regulación de los servicios financieros, la compraventa de viviendas, etc.

La importancia que en la actualidad se está dando a la regulación del periodo de formación del acuerdo contractual y, en particular y como consecuencia de ello a la aceptación, hace que en los textos en que se proponen modificaciones del derecho de obligaciones y contratos tanto a nivel nacional como internacional aparezcan reglas relativas a los diferentes problemas que puede suscitar la aceptación.

Concretamente en la Propuesta de Código Mercantil se regula en los artículos 413-1, 5, 6 y en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos se refieren específicamente a la aceptación los artículos 1250 a 1254; estos últimos están muy marcados por lo previsto al efecto en CISG, PICC, PECL o DCFR.

En este trabajo nos proponemos analizar la adecuación o inadecuación de las soluciones que se proponen en los textos a los que acabamos de hacer referencia (también en CESL, Acquis Principles o el Código de Pavía) para solucionar los principales problemas que suscita la aceptación.

PRELIMINAR. CONCEPTO DE ACEPTACIÓN

La aceptación es una declaración de voluntad por la que un sujeto manifiesta su voluntad de vincularse contractualmente con quien le ha remitido una oferta². Su eficacia se traduce en la perfección del contrato y requiere respetar ciertas reglas de forma, de contenido y de tiempo, siendo el análisis de estos tres aspectos los que nos sirven para estructurar este estudio.

La aceptación es siempre una respuesta positiva a una oferta y viene provocada por la misma. Ahora bien puede haber manifestaciones favorables a la oferta emitidas por su receptor que, vinculadas causalmente a la misma, no impliquen aceptación³. Díez-Picazo ejemplifica con los meros acuses de recibo, la expresión del interés que dicha aceptación ha despertado en el receptor de la oferta o una comunicación que indique que está abierto el periodo de negociación⁴. En ninguno de estos casos hay asentimiento a la oferta, pese a que son manifestaciones provocadas por ella y favorables a la misma. La aceptación

es, por tanto, una respuesta positiva a una oferta que, además, manifiesta la voluntad de quedar vinculado contractualmente.

I. FORMA DE LA ACEPTACIÓN

1. PRINCIPIOS BÁSICOS

La voluntad de vincularse contractualmente es susceptible de aflorar y evidenciarse de muy variadas formas, pudiendo manifestarse expresamente o mediante la realización de actos concluyentes que la revelen de manera inequívoca.

La aceptación, en principio, no está sometida a ninguna forma específica. En este sentido se pronuncian, con redacción prácticamente idéntica, los artículos 2:204 (1) PECL y 4:204 (1) DCFR, conforme a los cuales cualquier declaración o conducta es aceptación si implica asentimiento a la oferta. Lo mismo aparecía ya recogido en el artículo 18 CISG y en el artículo 2.1.6. (1) PICC. Esta misma regla aparece en el artículo 1250 de la PMCC, en el artículo 34.1 CESL y, por último, en el artículo 413-1.3 de la Propuesta de Código Mercantil.

Se viene considerando —lo cual es coherente con la libertad formal que para la aceptación recogen los textos referidos— que *no es necesario que el modo de aflorar la manifestación de voluntad que es la aceptación coincida con el de la oferta*: puede recaer aceptación verbal de una oferta hecha por escrito.

No obstante lo dicho, *la ley puede establecer ciertos requisitos formales para dotar a la aceptación de eficacia* (art. 633 Código Civil español, o L-312-10 Código de consumo francés), siendo conveniente distinguir estos supuestos de aquellos otros en los que se exige por ley la formalización del contrato de un determinado modo (cfr. art. 98.6 del TRLGDCU)⁵.

2. ANÁLISIS DE SI PUEDE EL OFERENTE ESTABLECER REQUISITOS FORMALES PARA LA EFICACIA DE LA ACEPTACIÓN

*Se suele afirmar que en la oferta puede establecerse algún condicionamiento formal para la eficacia de la aceptación*⁶. Sin embargo, los textos tomados como referencia para el presente estudio no resuelven específicamente esta cuestión, y es muy forzado entenderla contemplada en las reglas que se apuntan como alusivas, siquiera indirectamente, a la misma⁷:

- Los artículos 2:103 PECL y II. 4. 103 (2) DCFR disponen que mientras una de las partes se niegue a concluir un contrato en tanto en cuanto no haya acuerdo sobre una cuestión concreta, el contrato no existirá. No se

alude aquí al medio y modo en que debe emitirse la aceptación sino a otros aspectos como el contenido del contrato.

- Hay otros artículos similares a los referidos que, sin embargo, al aludir a esta misma cuestión hacen una referencia a la «forma». Así, el artículo 2:13 PICC dice que cuando una de las partes insiste en que el contrato no se entenderá perfeccionado hasta lograr un acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular, el contrato no se considerará perfeccionado.

En esta última regla se alude a la forma del contrato, de modo que puede entenderse contemplada la cuestión de la forma, medio o modo en que debe emitirse la aceptación. Sin embargo, hay que distinguir la manera de plasmar la voluntad contractual de la forma en qué debe emitirse la aceptación. En este precepto se alude a lo primero, no a la segundo: se está contemplando el supuesto en que se supedita la eficacia de la voluntad contractual a que se formalice de un determinado modo, en cuyo caso hemos de entender que no hay verdadera oferta si dicha formalización la requiere el oferente⁸, ni verdadera aceptación si la exige el receptor de oferta. En cualquiera de estos casos, así como en aquel en el que es la ley quien exige dicha formalización, el contrato se perfecciona cuando se cumplimenta el documento conteniendo la voluntad de las partes de obligarse contractualmente. Y a este supuesto entiendo que se refieren estas reglas y no al supuesto en el que el oferente exige una determinada forma de emitirse la aceptación⁹.

Por su parte, la formulación literal del artículo 1242.2 de la PMCC puede resultar más problemática que la de los textos citados¹⁰. Dice este artículo que si, en el curso de las negociaciones, una de las partes manifiesta que no se entenderá celebrado el contrato hasta que se suscriba un documento, el contrato no estará formado mientras no se cumplan tales requisitos. Es dudoso que se haya querido hacer referencia a la forma en que debe plasmarse la aceptación; probablemente se le haya querido dar el mismo sentido que a los textos más arriba referidos y aludir a la documentación de la voluntad contractual y no de la aceptación. No obstante, la literalidad del texto propuesto puede inducir a confusión.

De lo dicho, se deduce que nos encontramos ante *una cuestión que no está contemplada específica y concretamente* en los textos consultados y, sin embargo, alguna de sus formulaciones literales —concretamente la del artículo 1242 PMCC— puede permitir entender que el oferente está legitimado para imponer la forma en que debe manifestarse la aceptación. Veamos cuál es la solución más oportuna a mi modo de ver para esta cuestión.

En este orden de cosas, se viene considerando que el oferente no puede establecer que el silencio del receptor de la oferta implica aceptación porque sería contrario a la buena fe¹¹; tampoco puede disponer que, si no hay rechazo

expreso, hay aceptación. Además, se conviene también en que el oferente puede exigir una aceptación expresa, no siendo, en tal caso, válida una aceptación tácita o el silencio¹². Se ha considerado también por parte de algunos autores que la exigencia de aceptación expresa está implícita cuando el oferente establece que su oferta está vigente durante un plazo¹³; sin embargo, no creo que, de la existencia de un plazo, quepa derivar necesariamente que hay obligación de aceptar de manera expresa.

No obstante, si bien se admite generalmente que el oferente puede exigir una aceptación expresa, es dudoso que pueda requerir una forma determinada para que esa voluntad se manifieste. Podemos preguntarnos si puede exigir que la aceptación se realice por carta escrita de puño y letra del aceptante o si puede, en base a dicha exigencia, entender que no hay aceptación cuando la respuesta positiva se ha enviado por medios electrónicos habiéndose escrito mecánicamente.

A favor de la legitimidad de la imposición del medio, modo o forma de emisión de la aceptación por parte del oferente, puede argüirse que sí se le permite imponer un plazo para la aceptación, lo que, podría llevarnos a admitir que puede establecer otro tipo de condicionamientos como la forma de emitirse de manera expresa la aceptación. Sin embargo, hay una diferencia que podría ser relevante y es que, cuando el oferente fija un plazo para la aceptación, establece límites a la eficacia de su propia declaración de voluntad, mientras que, cuando establece un medio, modo o forma de emitirse la aceptación, condiciona la eficacia de una declaración de voluntad ajena.

Los argumentos para negar legitimidad al oferente en orden a señalar cómo la aceptación debe expresarse y evidenciarse pesan —entendiendo— más que los que permiten afirmarla.

De entrada, puede argumentarse en contra de su legitimidad que, reconocerle esta posibilidad, sería contradictorio con lo que se prevé en artículo 2:101 PECL, II.4.103 DCFR, 2.1.1 PICC, conforme a los cuales el contrato se perfecciona desde que las partes alcanzan un acuerdo suficiente, lo que acontecerá, o no, al margen de los medios, modos o forma usados para la emisión de la aceptación.

Sin embargo y a diferencia de estos textos, el artículo 1255 de la PMCC prevé que el contrato se perfecciona cuando la aceptación es efectiva. Lo cual, sumado a la formulación literal del artículo 1242.2 de la misma propuesta más arriba citado, podría llevarnos a entender que se ha querido otorgar la posibilidad al oferente de fijar la forma en que debe evidenciarse la aceptación. Sin embargo, no creo que se haya pretendido esto. Es más, deberían despejarse dudas al respecto, pues considero más adecuado no permitir al oferente fijar la forma en que debe manifestarse la aceptación expresa.

Para apoyar esta consideración, podemos interrogarnos acerca de qué es lo que ocurre cuando el oferente impone que la aceptación debe ser expresa e indica una forma concreta por la que debe emitirse y el receptor la emite de otro

modo: ¿debemos entender que se ha perfeccionado el contrato? Planteándolo en otros términos: ¿el incumplimiento de los presupuestos formales para emitir de manera expresa la aceptación conlleva la inexistencia del convenio contractual siendo que hay acuerdo en lo esencial? Si se considera que la respuesta debe ser negativa, los requisitos de emisión de la aceptación fijados por el oferente podrían trastocarse en obligaciones contractuales, negándoles así la consideración de presupuestos que condicionen la eficacia del acuerdo, y concibiéndolas como obligaciones exigibles por las partes en base al acuerdo ya alcanzado.

Por lo dicho, cabría considerar, quizás no la posibilidad de introducir una norma que niegue al oferente la posibilidad de imponer la forma de emisión de la aceptación, pero sí mejorar la redacción del artículo 1242.2 de la PMCC aclarando que se refiere a la suscripción del documento en que conste la voluntad contractual. Esto despejaría las dudas que la redacción actual suscita en relación a la cuestión que acabamos de abordar.

3. ACEPTACIÓN TÁCITA

La aceptación puede manifestarse tácitamente, es decir, derivarse de actos concluyentes realizados por el receptor de la oferta, de los que se deduzca indubitadamente la voluntad de vincularse contractualmente. Así se establece en los siguientes textos: artículo II. 2:204 (1) PECL, artículo 4:204 (1) DCFR, artículo 18 CISG, el artículo 2.1.6 (1) PICC y artículo 34.1 CESL, conforme a los cuales la aceptación es no solo una declaración que implique voluntad de vincularse contractualmente sino también cualquier conducta que la evidencie. También el artículo 1250 de la PMCC indica que cualquier acto que revele conformidad con la oferta es aceptación. Por su parte el artículo 413-1-3 de la Propuesta de Código de Comercio se refiere a cualquier acto que suponga asentimiento.

Se suele hablar, en estos casos, de aceptación tácita o de aceptación por conducta. En ocasiones la propia ley, en relación a la regulación de un contrato específico, reconoce la posibilidad de aceptación tácita como en el caso del mandato (art. 1710 Código Civil español y art. 1985 del Código Civil francés).

No obstante, la aceptación tácita no cabe en algunos casos, como cuando legalmente se requiere formalización solemne del convenio contractual —donación de inmuebles—, o cuando la ley exige que la aceptación revista ciertos requisitos formales. Normalmente, como hemos dicho en el apartado precedente se viene entendiendo que tampoco cabe aceptar tácitamente cuando el oferente exige que se haga de manera expresa¹⁴ (otra cosa, como hemos dicho, es que pueda exigir una concreta forma para la eficacia de la aceptación expresa).

El mayor problema que suscita la aceptación tácita es la determinación de qué comportamientos podemos entender que la implican. Nos encontramos con varios textos que pueden servir de apoyo. De entrada, el artículo 18.3 CISG, ejemplifica con la posibilidad de que esos actos que implican aceptación sean ejecuciones del contrato y alude explícitamente a la expedición de mercaderías o al pago del precio. De tal manera que, entre los actos concluyentes que pueden llevar a entender que ha recaído aceptación, se encuentran los que implican ejecución de las prestaciones del contrato¹⁵.

Por lo tanto, es claro que un modo de aceptar la oferta es proceder al cumplimiento de las prestaciones del contrato, incluyendo las ejecuciones parciales¹⁶. AUBERT señala que es la forma más pura de aceptación tácita, en cuanto que está, por naturaleza, desprovista de equívoco¹⁷. En este sentido hay consenso: se entiende que hay aceptación tácita cuando, aun quedando algún fleco del contrato pendiente de negociación, este se empieza a ejecutar¹⁸. En este orden de cosas puede citarse la SAP Asturias de 28.02.2012 (AC 2012/713) que entiende que ha habido consentimiento tácito para la prórroga de un contrato porque, entre otras razones, la parte que alegaba que el contrato no se había prorrogado, había pedido a la otra parte —después de haber transcurrido el plazo de vigencia del contrato— el cumplimiento de ciertas obligaciones contractuales.

Sin embargo, la aceptación tácita por ejecución del contrato suscita la duda del momento en que la misma deviene eficaz, lo cual suele entenderse que se produce cuando el oferente conoce la conducta que equivale a aceptación (art. 35.2 CESL). No obstante, si está previsto en la propia oferta o existen usos comerciales o prácticas entre las partes, la mera conducta implicaría aceptación (Cfr art. 2:205 (3) PECL, art. II.-4:205(3) DCFR, art. 18 (3) CISG y, más claramente, art. 35.3 CESL).

El artículo 413-1.3 de la Propuesta de Código mercantil no se refiere específicamente a la aceptación —y, por tanto, a la perfección del contrato— como consecuencia de la ejecución del contrato. Por su parte, el artículo 1250.5 de la PMCC —muy marcado por lo previsto en el artículo 18 del CISG—, recoge todo lo previsto en los textos anteriormente referidos. Además de regular que la ejecución del contrato implica aceptación, se ocupa de precisar el momento en que, en tal caso, deviene eficaz y perfecciona el contrato, concretando que acontece cuando comienza a darse cumplimiento al contrato, siempre y cuando los usos comerciales, las prácticas entre las partes o la propia oferta autoricen a prescindir de la comunicación al oferente. En caso de que no exista esa autorización, se aplicaría la regla general prevista en el artículo 1250. 2 PMCC, que exige que la comunicación de la aceptación llegue al oferente para la perfección del contrato¹⁹.

El otro supuesto de aceptación tácita es la aceptación por silencio, pero debido a su entidad, lo abordamos en un apartado independiente.

II. EL SILENCIO O LA INACTIVIDAD COMO ACEPTACIÓN

Uno de los principales problemas que suscita la aceptación es cómo interpretar la voluntad del destinatario de una oferta que, habiéndola recibido, permanece pasivo y en silencio. Encontramos varios modelos que, al contemplar este supuesto de hecho, no difieren sustancialmente en las consecuencias jurídicas, pero sí en su formulación.

En líneas generales se considera que, en estos casos, no debe entenderse que concurra asentimiento a la oferta, y hay bastante consenso a la hora de concretar los supuestos que conforman excepciones a la norma general.

1. PRINCIPIO GENERAL: EL SILENCIO Y LA INACTIVIDAD NO IMPLICAN ACEPTACIÓN

Los textos consultados recogen todos un principio general muy asentado, conforme al cual, por sí mismos, ni el silencio ni la inactividad implican aceptación (Cfr. art. II.4:204 DCFR, art. 18 CISG, art. 2.1.6.(1) PICC, art. II.2.204 (2) PECL, art. 34.2 CESL, art. 1250 de la PMCC, art. 413-1.2 Propuesta Código de Comercio)²⁰.

La ley podría alterar la regla referida²¹; pero no puede hacerlo el oferente disponiendo que el silencio o pasividad del destinatario de la oferta equivalga a aceptación porque sería contrario a la buena fe²².

2. EXCEPCIONES: EL SILENCIO CIRCUNSTANCIADO EQUIVALE A ACEPTACIÓN

En la medida en que algunos textos dicen que *por sí solos* estos comportamientos pasivos u omisivos no implican aceptación, es evidente que se concibe que, en determinadas ocasiones, sí la conllevan²³. Hay supuestos en los que las circunstancias que acompañan el silencio o la inactividad dotan a estos comportamientos del significado de la aceptación; se suele hablar de «silencio circunstanciado». Es complicado hacer generalizaciones en relación a esta cuestión²⁴; sin embargo, hay bastante consenso al precisar qué circunstancias dotan al silencio del significado de la aceptación²⁵.

A) *Excepciones no discutidas*

Los casos con respecto a los que unánimemente se acepta que el silencio implica aceptación son los siguientes²⁶:

- a) Invitación a formular una oferta. Se entiende que, cuando se recibe una oferta que previamente ha sido solicitada, no se puede guardar silencio sin que este comportamiento implique la aceptación de la oferta que se ha remitido respondiendo a dicha invitación²⁷.

- b) Cuando existe un acuerdo de las partes en ese sentido²⁸.
- c) Las partes suelen comportarse habitualmente otorgando a la inactividad o al silencio el valor de asentimiento a la oferta.
- d) Existencia de usos profesionales o comerciales en ese sector del tráfico²⁹. Ahora bien, equivaldrá a aceptación, siempre y cuando no medie rechazo expreso sin demora injustificada por parte del oferente.
- e) Cartas de confirmación (art. 2:12 PICC, art. 2:210 PECL, II.4:210 DCFR, art. 1252.2 PMCC). Si en el curso de negociaciones precontractuales entre empresas o profesionales y después de haber llegado a un acuerdo, una de las partes envía a la otra un documento en que se especifica el contenido del contrato conforme a lo que se ha podido deducir de las conversaciones, ha de entenderse que el silencio del destinatario ha de ser interpretado como aceptación salvo que dicho sujeto objete sin demora³⁰; ahora bien, el contrato no se perfecciona si el contenido ha sido erróneamente reproducido.

B) Fluidez de las relaciones entre las partes

Cuando el silencio o la inacción se producen en el seno de *relaciones habituales y fluidas entre los protagonistas de la negociación*, parece que no rechazar expresamente una oferta recibida ha de entenderse como aceptación³¹. Normalmente este supuesto suele ir referido a contratación entre profesionales³².

En este mismo sentido se pronuncian la doctrina belga y la francesa, precisando que debe tratarse de relaciones comerciales efectivas y no de simples relaciones personales, las cuales son insuficientes para conferir al silencio del destinatario de la oferta un carácter circunstanciado³³. Matiza acertadamente TERRÉ que esta regla no se aplica cuando hay un contrato en curso y la oferta se hace para modificar dicho contrato; en tal caso, el silencio no equivale a aceptación³⁴.

C) Supuesto más controvertido: oferta hecha en beneficio del destinatario

Por último, entre los supuestos en los que se plantea si la inacción o el silencio equivalen a aceptación o no, se encuentra aquel en el que *la oferta se hace en beneficio del destinatario de la misma*, debiéndose distinguir según la ventaja se ofrezca gratuita u onerosamente³⁵.

En el segundo caso, nos encontramos ante una oferta de contrato oneroso pero beneficioso para el destinatario de la oferta, que comporta obligaciones para él, aunque objetivamente le resulte ventajoso. Es evidente que el silencio y la inacción no pueden interpretarse como aceptación por el mero hecho de que el

contrato cuya celebración se ofrece sea ventajoso para él, pues únicamente el receptor de la oferta debe juzgar y decidir si le conviene aceptar tal contrato³⁶. En este caso, la circunstancia del beneficio que pudiera obtener este sujeto no es suficiente por sí sola para entender que su pasividad significa que ha aceptado; no es un factor que permita dotar al silencio del significado de aceptación.

El primer caso —oferta de contrato gratuito— es distinto, puesto que, de recaer asentimiento a la oferta, nos encontraríamos ante un contrato gratuito en el que el aceptante no tendría que realizar ninguna prestación a favor del oferente. Este supuesto debe ser matizado para un adecuado tratamiento normativo y debe tenerse en cuenta que, incluso los contratos gratuitos pueden implicar cargas u obligaciones para el beneficiario, en cuyo caso es más adecuado no interpretar el silencio como aceptación, pero, acaso, sí habría que presumir que concurre aceptación cuando no las conlleva³⁷. Más que a la cortesía referida por algún autor para sentar una presunción de aceptación³⁸, debe invocarse la buena fe, para fundarla. No obstante en contra de esta consideración hay que advertir que nuestro Código Civil exige la aceptación expresa para la donación en los artículos 632 y 633.

3. SUPUESTOS EN QUE, EN PRINCIPIO, EL SILENCIO NO EQUIVALE A ACEPTACIÓN. EN PARTICULAR, EL ENVÍO DE MERCANCÍAS NO SOLICITADAS

La ley puede expresamente disponer que el silencio o la inactividad no equivalen a aceptación (cfr. 101.1 del TRLGDCU sobre contratación a distancia y fuera de establecimiento mercantil en relaciones de consumo). El oferente no puede disponer válidamente que el silencio equivalga a aceptación³⁹. Además, el silencio tampoco puede interpretarse en ningún caso como aceptación cuando *la oferta recibida contiene cláusulas abusivas*⁴⁰.

Más problemático resulta decidir si el silencio o la inactividad deben entenderse como aceptación cuando la oferta consiste en una ejecución del contrato. *Se trata del caso en el que el receptor guarda silencio o permanece inactivo ante la entrega de bienes o servicios no demandados*⁴¹. Cabe preguntarse si la circunstancia de haberlos recibido es suficiente para entender que el silencio o la inacción equivalen a aceptación.

En España, los artículos 101.2 y 66 quáter del TRLGDCU prohíben los envíos no solicitados, pero solo cuando implican la pretensión de pagos, de modo que, sí pueden enviarse mercancías que no conlleven tal pretensión de pago⁴². El consumidor no tiene obligación de devolver, ni puede exigírsele el pago de la mercancía; tampoco debe indemnizar por los desperfectos del producto si decide devolverlo. Esta normativa es consecuencia de la incorporación al Derecho español de la

Directiva 2011/83, de 25 de octubre, de derechos de los consumidores cuyo artículo 27 indica que la falta de respuesta del consumidor a un suministro no solicitado no se considerará consentimiento.

En Francia el envío de mercancías no solicitadas está prohibido por el artículo R 635-2 del Código penal.

El artículo 6.a del Código suizo de las obligaciones dispone que este tipo de envíos no se considera oferta y que el destinatario no tiene obligación de devolver los bienes ni de conservarlos; solo si es evidente que el envío es un error, el destinatario debe informar de ello a quien ha expedido las mercancías.

Además, el artículo 4:106 de los Acquis Principles indica que ninguna obligación se desprende de la falta de respuesta del consumidor ante el suministro de bienes y servicios no solicitados. Se interpreta en el sentido de que, ante el envío de mercancías no solicitadas, el consumidor no tiene ninguna obligación (ni de contestar, ni de conservar los bienes) y, además, tampoco se perfecciona el contrato⁴³.

El artículo II. 3:401 DCFR, previene que ningún comportamiento del consumidor implica aceptación y que ninguna obligación se deriva para el consumidor que recibe dichos bienes de rechazarlos, devolverlos, o usarlos. No obstante, prevé que esa ausencia de obligaciones no rige cuando estamos ante un error o ante la gestión benevolente de negocios ajenos. Esta regla se complementa con el artículo VIII.-2:304 DCFR que resuelve la cuestión de la propiedad de los bienes.

Es claro que cuando nos encontramos ante relaciones de consumo este tipo de prácticas no deben llevar a entender que hay aceptación cuando el consumidor se mantiene inactivo o en silencio, ni tampoco cabe imponer al receptor de dicha oferta la carga de devolver las mercancías recibidas, ni de manifestarse contrario a la perfección del contrato. Cuando el profesional o comerciante realiza una práctica de este tipo asume el riesgo de la pérdida que comporta la no devolución de las mercancías o el coste de su retirada en el lugar en que las ha entregado.

Tampoco ha de hacerse recaer sobre el destinatario la carga de responder rechazando la oferta. Esto es claro en aquellos casos en los que esa respuesta implica costes para el receptor, o cuando resulta complicado conocer los datos de quien envía los bienes, pero, en otros casos, tampoco debe exigírsele un rechazo al destinatario.

Entiendo que la mejor formulación de este supuesto es la que contiene el artículo 4:106 Acquis Principles, puesto que al decir que ninguna obligación se deriva para el consumidor, establece claramente que no debe contestar, ni conservar los bienes que se le hayan podido enviar, ni devolver las mercancías.

Ha de valorarse si conviene regular en esta sede el supuesto que consiste en que resulte evidente al receptor de los productos que hay un error. En este sentido, las opciones normativas vienen representadas por el artículo 6.1 del Código suizo de las obligaciones, conforme al cual el destinatario debe advertir de ello al sujeto que las ha enviado. Por otro lado, puede servir de referencia la redacción anterior del artículo 100.2 del TRLGDCU —que regulaba esta cuestión— que consideraba que en tal caso no se aplica el párrafo segundo del apartado anterior, conforme al cual el consumidor no tiene obligación de devolver los productos, ni se le puede reclamar el precio (De manera similar en el art. II. 3:401 DCFR). De modo que, tratándose de un error, el consumidor tenía la obligación de devolverlos o, incluso, podría exigírsele el precio.

En este orden de cosas, entiendo que, cuando un producto es recibido por un sujeto distinto a aquel a quien iba destinado, no estamos propiamente ante el supuesto de envío de mercancías no solicitadas. Para que exista la obligación de advertir del error no es preciso que se formule en una norma relativa a la formación del contrato, basta con la buena fe y la regulación del tipo penal de apropiación de lo indebido (art. 254 del Código penal español obliga a devolver lo recibido por error cuando su cuantía exceda de 400 euros). Por otro lado, la posibilidad de exigirle el precio si no lo devuelve, puede basarse en la existencia de un enriquecimiento injusto o sin causa. Una norma relativa a esta cuestión en esta sede acaso no sea necesaria. Por ello me parece un acierto que haya desaparecido del vigente artículo 66 quáter que ahora regula esta cuestión en el TRLGDCU.

No obstante, estas reflexiones que tienen pleno sentido referidas a las relaciones de consumo y entre particulares pueden no ser predicables para resolver el mismo problema en las relaciones entre profesionales; en tal caso, la existencia de contactos habituales y fluidos, podría llevar a pensar que el envío de mercancías no solicitadas sí conforma una oferta que debe responderse afirmativa o negativamente y que, en caso de no ser atendida, podría llevar a plantear —en determinadas circunstancias— que ha concurrido aceptación.

4. CONCLUSIÓN SOBRE LA MEJOR FORMA DE NORMAR EL PAPEL DEL SILENCIO EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

Tras el análisis de todos los problemas que suscita el hecho de que el destinatario de la oferta se mantenga en silencio e inactivo cuando la recibe, podemos distinguir dos modelos distintos entre los textos analizados. Por un lado, el que opta por la expresión lacónica de una norma de principio conforme a la cual este tipo de comportamientos *por sí solos* no implican aceptación (PECL, DCFR, PMCC, CESL, Propuesta de Código de Comercio). El segundo modelo sería el que prescinde del inciso *por sí solos* y acompaña una lista de

supuestos en los que, al silencio y a la inacción, debe otorgárseles el significado de aceptación. Este segundo modelo se podría asimilar al primero cuando en la lista se incluye un supuesto abierto (cfr. art. 16.3 del Código de Pavía). Veamos cuál resulta ser la formulación más adecuada.

A) *Sobre la norma de principio*

Entiendo acertada la formulación de la norma de principio en el sentido de que el silencio o la inacción no deben entenderse como aceptación⁴⁴. También juzgo oportuno que se incluya, mediante la expresión *por sí solos*, la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, dichos comportamientos pasivos u omisivos puedan implicar aceptación⁴⁵.

La expresión de que el silencio y la inacción no equivalen a aceptación unido a la expresión *por sí solos*, si bien puede considerarse una formulación lacónica, es suficiente como para, por un lado, negar, como norma de principio, la posibilidad de que el silencio o la inactividad puedan considerarse como aceptación y, además, por otro lado, permitir que puedan serlo en determinadas circunstancias. Es importante que la norma de principio niegue con alcance general el valor del silencio o la inacción como aceptación, pero que, al mismo tiempo, contemple la posibilidad de excepciones a dicha regla con un cierto halo de generalidad. De donde se deduce que acaso la fórmula más adecuada sea la más comúnmente usada por los textos consultados: *El silencio o la inacción, por sí solos, no equivalen a aceptación*. Esta es la expresión que recoge la PMCC español, cuyo artículo 1250 reza en su primer párrafo: *Toda declaración o acto del destinatario que revele conformidad con la oferta constituirá aceptación; pero no el silencio o la inacción por sí solos*. También el artículo 413-1.2 de la Propuesta de Código de Comercio se pronuncia en términos similares.

Como hemos dicho, hay una formulación alternativa a la anterior: algunos modelos o propuestas normativas prescinden de la expresión *por sí solos* (art. 16.3 del Código de la Academia de Pavía, artículo 1105-6 proyecto Catalá de reforma del CC francés), incluyendo, en contrapartida, una lista ejemplificativa⁴⁶. Este modelo podría presentar el inconveniente de que impide interpretar que el silencio y la inacción sean aceptación en otros casos distintos de los enumerados en las listas, desventaja que se supera incorporando enumeraciones ejemplificativas o abiertas (El Código de Pavía alude genéricamente a *circunstancias*, el proyecto Catalá de reforma del CC francés alude a *otras circunstancias específicas*). Si no se solventa de este modo, pueden producirse problemas en una materia tan casuística y circunstancial como es la interpretación de la voluntad de las partes.

Veamos ahora la conveniencia o no de incluir una lista.

B) Sobre la conveniencia de incluir una lista de supuestos de silencio que equivalen a aceptación

Incluyen una lista de estos supuestos el artículo 1105-6 del Proyecto de reforma del Código Civil francés —rapport Catalá— y el artículo 16.3 del Código de la Academia de Pavía, el cual alude a la previsión de las partes, la existencia de relaciones entre ellas, las circunstancias y la costumbre. Por el contrario, no incorporan lista ni la PMCC —tampoco la Propuesta de Código de Comercio—, ni PECL, ni DCFR, ni CISG, ni el artículo 2.6.2.1 PICC, tampoco en CESL se contiene tal lista.

De entrada, la incorporación de una lista, en una regla que regule el sentido del silencio en orden a la perfección del contrato, si bien, puede parecer que añade seguridad jurídica, puede suscitar varios problemas.

¿Todos los casos de la lista equivalen siempre a aceptación? Enumerados los supuestos, el problema es el de, si en todos los casos contemplados en la lista, sería indubitable que nos encontramos ante una aceptación. Puede ocurrir, por ejemplo, que, en un caso de oferta solicitada, no sea conveniente entender que el silencio es aceptación porque, por ejemplo, el envío de la oferta se demoró en el tiempo más de lo conveniente.

El problema sugerido se podría solventar estableciendo una mera *presunción iuris tantum*, de modo que, en esos casos, la inacción se presumiera aceptación; pero, claro, dicho mecanismo no es adecuado para cuando el valor del silencio como aceptación deriva de la ley, del acuerdo de los negociadores o, incluso, de los usos comerciales —supuestos estos que necesariamente deberían incluirse en la lista—. Pudiéndose plantear, entonces, si deben excluirse esos supuestos de la enumeración, lo cual sería difícilmente justificable en una norma de este tenor. La fórmula de la presunción *iuris tantum* parece, por ello, difícil de articular eficazmente.

¿Solo los casos de silencio contemplados en la lista equivaldrían a aceptación? Para evitar que solo los supuestos de silencio contemplados en la lista pudieran ser considerados como aceptación, habida cuenta de que hay casos dudosos, habría que configurar la lista como abierta o ejemplificativa. Tratándose de normas que regulan la interpretación de la voluntad de las partes, es conveniente no cerrar la enumeración de circunstancias que puedan ser susceptibles de tener que ser valoradas en un determinado caso.

Diferenciación de supuestos según tipo de relación. Si se adopta una lista, hay que ver si hay que diferenciar los supuestos en función del tipo de relación. En este sentido, el artículo 101.1 TRLGDCU español dispone que cuando se trata de contratación a distancia —o fuera de establecimiento mercantil— en relaciones de consumo no debe aceptarse en ningún caso el silencio o la inactividad como aceptación. En cuanto al resto de relaciones (entre particulares y entre profesionales), todas las excepciones a la norma general (cfr. epígrafe

2 de este capítulo) les son referibles, salvo la existencia de usos o prácticas habituales en un concreto sector del tráfico, que solo serviría para las relaciones entre profesionales. No sería necesario ni matizarlo en la regla: bastaría con aludir a las prácticas o usos propios de un sector del tráfico.

Por lo tanto, si bien el segundo y el tercer problema referidos podrían solucionarse sin demasiadas complicaciones, entiendo que el primer problema y la dificultad de solventarlo aconsejan no explicitar la lista de supuestos en los que ha de entenderse que el silencio o la inacción equivalen a aceptación. Esto permite que, en caso de conflicto, sea el juez quien decida atendiendo las circunstancias concurrentes, entre ellas el tipo de relación en función de la cualidad —profesional o particular— de los sujetos implicados.

C) Sobre la conveniencia de incluir una lista negativa y su posible formulación

Se ha valorado la oportunidad de dejar claro que el silencio y la inacción no son aceptación en el caso de contratación a distancia o fuera de establecimiento mercantiles en las relaciones de consumo —artículo 101.1 TRLGDCU— y en el supuesto de envío de mercancías y servicios no solicitados a consumidores —artículo 66 quáter—, pero podemos interrogarnos acerca de si conviene ampliar la lista al caso en que la propia oferta determina que el silencio o la inactividad del receptor de la misma deviene aceptación.

Valoremos la inclusión de una norma que —con un alcance general— disponga que el silencio o la pasividad no son aceptación aunque en la oferta se disponga lo contrario. El problema que se suscitaría sería el de cómo resolver el supuesto en el que el destinatario de la oferta en la que se señala que el silencio o la inacción equivalen a aceptación, confiando en que va a ser así interpretado, se mantiene pasivo porque le interesa concluir el contrato. Podría el oferente, ante la exigencia de cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del aceptante, pretender que no ha habido aceptación en base a este hipotético precepto. Podría salvarse este inconveniente incluyendo un inciso que estableciera que, «salvo que quien invoque la no conclusión del contrato sea el oferente».

No obstante lo dicho, la inclusión de una norma general en sede de formación del contrato que niegue valor de aceptación al silencio o a la inactividad en determinados supuestos, podría provocar que interpretándola, *a sensu contrario*, se entienda que, en el resto de supuestos, la inacción sí equivale a aceptación. Lo cual, entiendo, podría llevar a considerar más adecuada la forma en que se viene operando consistente en establecer dicha norma cuando se regulan las relaciones específicas y concretas en que se entiende oportuno especificarlo —como en el caso de contratación a distancia o fuera de establecimientos mercantiles por consumidores—.

Conforme a lo dicho, la formulación más conveniente para esta cuestión parece la más lacónica: *el silencio y la inacción por sí solos no implican aceptación*. Siendo acaso más oportuno no incluir listas, ni en sentido positivo, ni negativo, con la salvedad que acabamos de hacer.

III. LOS REQUISITOS DE CONTENIDO DE LA ACEPTACIÓN: LA CONFORMIDAD DE LA ACEPTACIÓN A LA OFERTA

Para analizar los problemas que suscita el tratamiento de los requisitos de contenido que debe revestir la aceptación será eficaz contraponer las dos perspectivas desde las que abordar el fenómeno de la formación del contrato, a las que se refiere en un trabajo muy sugerente FONTAINE⁴⁷. Por un lado, nos encontramos con la *visión clásica* que este autor califica como *estática* y, por otro, una perspectiva distinta que toma en consideración el *dinamismo del proceso de formación del contrato* al que se suele aludir con la expresión de *processus*. Esta segunda visión toma en consideración la dificultad de reconducir todas las declaraciones de voluntad que se entremezclan e interfieren durante las negociaciones a la oferta y a la aceptación como los dos únicos estratos o estadios del periodo previo a la perfección del contrato.

Estas dos visiones que, en relación a otros problemas que se suscitan en torno a la aceptación apenas provocan diferencias notables en las normas existentes y en las propuestas de regulación, en este tema — requisitos de contenido de la aceptación — sí las generan⁴⁸. Basta, para percatarnos de ello, con contraponer lo que al respecto prevén, por un lado, la propuesta española de modificación del Código Civil en materia de obligaciones y contratos (en adelante PMCC español) que, en esta cuestión, se deja llevar por la visión dinámica⁴⁹, y, por otro lado, la propuesta —rapport Catalá— de modificación del Código Civil francés⁵⁰, para la cual los autores han optado conscientemente por una visión clásica o estática⁵¹. Mientras la segunda se limita a decir que cualquier aceptación no conforme a la oferta es una nueva oferta, la primera permite que, en ciertos casos, sea eficaz una aceptación que introduce modificaciones al contenido de la oferta originaria. Las diferencias entre lo proyectado por una y otra propuesta, como vamos a tener ocasión de comprobar, son notables.

Se trata, en este estudio, de analizar y contrastar las soluciones propuestas desde cada una de estas dos perspectivas, para extraer las conclusiones pertinentes⁵².

1. PRINCIPIO GENERAL: *THE MIRROR IMAGE RULE*

Con independencia de cuál sea la visión acogida, se parte de un principio común y es que las voluntades deben converger, deben coincidir en un

determinado contenido. Es decir, el contrato solo se perfecciona si la oferta y la aceptación coinciden en el contenido que debe tener el contrato. Es la *mirror image rule*, que se formula diciendo que *debe existir una identidad perfecta entre la oferta y la aceptación*⁵³. Otros, expresan esta idea diciendo que la aceptación debe suponer un asentimiento incondicional a la oferta⁵⁴.

De modo que, conforme a este principio, la aceptación debe ser un «sí» a la oferta. Pero puede ocurrir que el receptor de la misma acepte introduciendo algunas variaciones y es, precisamente, en relación a este supuesto, cuando se arbitran o proponen soluciones diferentes desde una y otra perspectiva. Analicémoslas.

2. ACEPTACIÓN CON MODIFICACIONES DESDE LA VISIÓN ESTÁTICA DE FORMACIÓN DEL CONTRATO: CONTRAOFERTA

La visión estática que ha sido adoptada por la propuesta francesa —*rapport Catalá*—, coincide con el tratamiento doctrinal que se ha hecho del Código Civil español, que, al igual que el francés, no regula específicamente la fase previa a la perfección del contrato.

Según esta perspectiva, aplicando a rajatabla la *mirror image rule*, cuando en la aceptación se proponen modificaciones al contenido de la oferta, debemos entender, en principio, que dicha oferta se ha rechazado. Se considera, según la visión estática, que se produce una alteración de los roles de los negociadores, en el sentido de que el receptor de una oferta que propone al emisor de la misma un contenido del contrato distinto al que se deriva de la policitud recibida, pasa a ser oferente: estaría formulando una contraoferta que, en su caso, correspondería aceptar al que emitió la oferta originaria⁵⁵.

No obstante, hay que tener en cuenta que la aplicación de este modo de entender las cosas no se hace de manera excesivamente rígida cuando se analiza la cuestión desde la visión estática. Así, se matiza o flexibiliza la *mirror image rule* cuando la divergencia solo es de detalle, como, por ejemplo, la fecha de envío de un anticipo convenido, o cuando el aceptante se refiere a una regla jurídica que el oferente no hubiera descartado expresamente⁵⁶. Tampoco se entiende que haya alteraciones del contenido diseñado en la oferta cuando, al aceptar, se recuerda una norma jurídica aplicable en cualquier caso o cuando se precisa el objeto del contrato sin modificarlo⁵⁷.

La visión clásica, que responde a la *mirror image rule*, se queda ahí, en lo que acabamos de exponer, y eso, por ejemplo, es lo único que se propone en el Anteproyecto francés —*rapport Catalá*— como norma que regule esta cuestión.

3. ACEPTACIÓN CON MODIFICACIONES DESDE LA VISIÓN DINÁMICA DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO

Es la visión dinámica la que parece más moderna o actual puesto que impera en las codificaciones no decimonónicas (cfr. artículo 6:225 del Código Civil holandés⁵⁸, artículo 2 Código suizo de las obligaciones⁵⁹), en las propuestas de regulación tendentes a la unificación del Derecho contractual europeo (art. 2:208 PECL⁶⁰, art. II. 4:208: DCFR⁶¹, art. 16. 6 del Código de Pavía⁶²); también en la Convención de Viena (art. 19 CISG⁶³), en los Principios UNIDROIT 2010 (art. 2.1.11-2⁶⁴) y en el artículo 38 CESL⁶⁵. Por último, es la opción acogida por la Propuesta española de modificación del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, mientras la propuesta del Código de Comercio no hace especificación alguna sobre esta cuestión.

A) *Aceptación modificada o contraoferta en función de la entidad de las modificaciones propuestas*

Las reglamentaciones y propuestas que atienden el dinamismo del proceso de formación del contrato diversifican las consecuencias jurídicas derivadas de que el receptor de la oferta proponga una conformación del contenido del contrato distinta a la propuesta en la oferta en función de la entidad de las alteraciones propuestas.

Desde esta perspectiva, se considera que la conclusión de un contrato no requiere un acuerdo sobre todos sus elementos, priorizando la tutela de la buena fe que debe regir las relaciones precontractuales sobre la idea de seguridad jurídica que ampara la *mirror image rule* o el principio de perfecto acoplamiento de la oferta y de la aceptación⁶⁶. Se considera que toda divergencia entre la peticitación y la respuesta de su destinatario no debe forzosamente conducir al reconocimiento de una contraoferta⁶⁷.

Dentro de esta línea, se distingue entre modificaciones sustanciales y alteraciones irrelevantes del contenido de la oferta.

Cuando las modificaciones propuestas implican un cambio sustancial con respecto a la propuesta ofrecida, la solución adoptada por los textos inspirados en la idea de la perfección del contrato como *processus* coincide con la ofrecida desde la visión estática: de modo que nos encontraríamos ante una contraoferta que provoca una alteración de los roles de los sujetos implicados en la negociación (sin ánimo de exhaustividad pueden citarse artículo 18.1 CISG, artículo 6:225 Código holandés)⁶⁸.

Las diferencias entre las dos visiones surgen, por tanto, en torno a las soluciones propuestas para cuando las modificaciones propuestas en la aceptación se refieren a aspectos que *no son sustanciales* en el contrato: en este caso, la

declaración de voluntad podrá ser eficaz como tal aceptación y desplegar los efectos que le son propios. Si las alteraciones propuestas no son relevantes, el efecto previsto es que, no solo hay aceptación, sino que las alteraciones propuestas pasan a formar parte del contenido del contrato. De manera clara se establece así en el artículo 38.3 CESL y en el artículo 1251.1 de la PMCC español.

B) Criterios para calificar de esenciales las modificaciones propuestas por el aceptante

Consecuentemente, habrá de precisarse cuándo las modificaciones propuestas en la aceptación son sustanciales o no.

Incorporan una lista de circunstancias que deben considerarse esenciales el artículo 19 CISG y el artículo 38.2 CESL que aluden al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la vía de solución de las controversias. Dicha lista se considera que tiene carácter presuntivo y que establece criterios para interpretar la voluntad de las partes⁶⁹. Y es que, en efecto, nos encontramos ante un problema cuya solución debe ser casuística debiendo atenderse a las circunstancias concretas de cada caso⁷⁰. Tan es así que en PECL y en DCFR se prescinde de la lista porque se considera que tal enumeración solo podría ser ilustrativa y los comentaristas vienen a decir que sería sustancial una alteración si el destinatario de la oferta sabía, o cualquier persona razonable que se hallara en su misma situación hubiera debido saber, que iba a influir en la decisión del oferente de celebrar el contrato o de aceptar los términos del mismo⁷¹.

En este sentido, DÍEZ-PICAZO señala que, para definir este aspecto, debe atenderse a criterios subjetivos y objetivos: en el primer caso, la voluntad —expresa o implícita— de las partes puede establecer el carácter sustancial o no de un aspecto del contrato⁷²; desde el punto de vista objetivo, ha de atenderse a la trascendencia de los elementos en relación a la economía del mismo⁷³. Por su parte, los revisores franceses de los PECL consideran que la modificación será esencial cuando impone una carga o una nueva obligación al cocontratante⁷⁴. El carácter no esencial se deriva también del hecho de que se empiece a ejecutar el contrato pese a haber algunos puntos pendientes de negociación, los cuales, serán, en consecuencia no esenciales⁷⁵.

En este orden de cosas, acaso habría que tener en cuenta la circunstancia de que la modificación puede ser esencial para el aceptante y no para el oferente, o viceversa; también puede ser importante si el oferente conoce o no la relevancia que para el aceptante que modifica la propuesta originaria tiene dicha alteración⁷⁶.

C) *Excepciones a la consecuencia jurídica prevista para cuando las modificaciones no son esenciales*

Ahora bien, los textos referidos no establecen como absoluta la consecuencia jurídica de que la aceptación con modificaciones no sustanciales valga como aceptación y contribuya a conformar el contenido del contrato, sino que contemplan determinadas excepciones.

a) Las excepciones

En lo atinente a la concreción de las excepciones, se observa alguna falta de sintonía entre los textos analizados, que, en ningún caso, implica la existencia de diferencias radicales entre ellos. Así, las formulaciones más específicas son las contenidas en el artículo 2:208 (1) y (2) PECL, en el artículo II.-4:208 (3) DCFR y en el artículo 38. 4 CESL, los cuales enumeran los supuestos en que, pese a que las modificaciones propuestas por el destinatario de la oferta no sean sustanciales, no cabe entender que haya recaído aceptación. Esto ocurre cuando:

- a) La oferta expresamente limita la aceptación a los términos en que fue formulada.
- b) El emisor de la oferta objeta las modificaciones en un plazo razonable.
- c) Quien acepta modificando la oferta recibida señala expresamente que condiciona su asentimiento a la incorporación de dichas modificaciones y no recibe confirmación del oferente en un plazo razonable.

Los artículos 19.2 CISG y el artículo 2.1. 11 (2) PU solo se refieren al segundo de los supuestos. Y la PMCC española en su artículo 1251.1 alude al primero y al segundo diciendo que, *salvo que el oferente hubiera exigido expresamente una aceptación pura y simple o manifieste sin demora su disconformidad*.

b) Las excepciones eliminan la aparente diversidad de consecuencias jurídicas previstas

Si se analizan los supuestos en que se excepciona la regla de que hay aceptación pese a la irrelevancia de las modificaciones, se aprecia fácilmente que lo que se dispone es que se deja a la voluntad del oferente la eficacia de la aceptación modificada como tal aceptación, es decir, se deja a la voluntad del oferente la perfección del contrato.

De lo dicho, se puede deducir que, pese a que, aparentemente, la consecuencia jurídica que se propone para cuando las modificaciones aportadas a la oferta no son sustanciales es diferente a la que se dispone para cuando sí lo son, la introducción de estas tres excepciones, determina que, en el fondo, tal diversificación de consecuencias jurídicas es solo aparente. Y ello porque, en última instancia, es la voluntad del oferente originario la que puede determinar si el contrato se perfecciona o no incorporando las modificaciones propuestas por el aceptante, por irrelevantes que estas sean.

A mi modo de ver, el oferente se encuentra en la misma situación en que se encontraría si entendiéramos que, al introducir modificaciones a la oferta, nos hallamos ante una contraoferta. De donde, la aceptación que introduce modificaciones no sustanciales en la oferta viene a ser tratada por los textos que tienen una visión dinámica, en cierto modo, como una contraoferta⁷⁷, es decir, como se aborda desde la visión estática de formación del contrato.

Y digo, en cierto modo, porque existen algunas diferencias entre una solución y otra que deben ser puestas de relieve.

c) El momento de perfección del contrato queda incierto

Una de las diferencias entre articular la cuestión a través de la contraoferta o de la aceptación modificada radica en la determinación del momento en que se perfecciona el contrato. Si nos encontramos ante una contraoferta, es evidente que no puede plantearse la perfección del contrato hasta que no concurre respuesta positiva a la misma. Sin embargo, como acertadamente pone de manifiesto DESHAYES al analizar el artículo 38 del CESL, la otra vía implica que *laisse incertain le statut du contrat pendant le délais raisonnable de reset de l'acceptation... en effet le contrat est à la fois formé dès la reception de l'acceptation modificative ..mais il n'est pas formé si l'offrant rejette l'offre dans un délai raisonnable*⁷⁸.

d) Las excepciones incorporan un posible supuesto de aceptación por silencio.

Otro matiz importante que cabe derivar de la formulación de estas tres excepciones se concreta en que, en este caso, si el originario oferente no objeta (no rechaza las modificaciones), se entiende que ha aceptado; es decir, se contempla un supuesto de aceptación de la contraoferta por silencio⁷⁹. Esta posibilidad solo cabe cuando no había hecho constar que no aceptaba modificaciones, porque, si lo había hecho, su aceptación de la contraoferta debe ser expresa.

Conviene señalar que, como hemos dicho, el silencio, en principio, no debe considerarse como aceptación, salvo en determinadas circunstancias (silencio circunstanciado).

Por otra parte, si nos encontramos ante el tercer supuesto, el destinatario de la oferta puede exigir una confirmación expresa de que se aceptan las modificaciones que ha incorporado en su respuesta a la oferta originaria. De modo que se está regulando un supuesto concreto en el que el aceptante que propone modificaciones al contenido de la oferta exige una respuesta expresa.

Hay que indicar que estos inconvenientes que acabamos de poner de relieve en los apartados c) y d) no existen si, en lugar de hablar de aceptación modificada, optamos por configurar el supuesto como contraoferta.

4. EL SENTIDO DE LOS TEXTOS QUE CONTEMPLAN LA ACEPTACIÓN MODIFICADA

Por lo tanto, puede convenirse en que en los textos que acogen la posibilidad de la eficacia de una aceptación que introduzca modificaciones en el contenido del contrato diseñado en la oferta, la perfección del contrato queda en manos de la voluntad del originario oferente, lo cual permite equiparar —teniendo en cuenta las matizaciones hechas en c) y d)— esta solución a la que se propone desde la visión clásica o estática que solo precisa del concepto de contraoferta.

Gráficamente podría representarse la idea expuesta diciendo que los textos que han contemplado la aceptación modificada suponen un camino en círculo para llegar al punto de partida. Por lo tanto, acaso deba aceptarse que la Propuesta francesa de modificación del Código Civil —rapport Catalá—, que se limita a determinar que toda modificación de la oferta debe ser considerada una contraoferta, sea lo más sencillo y adecuado a la hora de formular una regulación del supuesto que nos ocupa. Esta vía, además, tiene como ventajas adicionales que, por un lado, evita la incertidumbre sobre el momento de perfección del contrato y, por otro, impide un supuesto en el que el silencio interviene en dicha perfección.

Ahora bien, no podemos dejar de interrogarnos acerca del sentido de todas esas reglas que atendiendo al dinamismo del proceso de perfección del contrato recurren al concepto de aceptación modificada. Si todo ese *circunloquio* ha sido para llegar al punto de partida, acaso sea mejor evitarlo como hace la mencionada propuesta francesa de modificación del Código Civil. Pero, todo ese entramado normativo está evidenciando la necesidad de ir más allá, lo que ocurre es que tal y como se formulan las soluciones, estas no lo permiten o, al menos, no con la determinación suficiente.

La barrera que se quiere superar es un tanto evidente: conforme a lo dispuesto en los textos que contemplan las excepciones a que nos venimos refiriendo se está amparando a quien se incorpora al mercado ofreciendo la celebración de un

contrato, solo él es quien tiene facultad, una vez hecha la oferta, de configurar el contenido del contrato; es decir, se prima la iniciativa de acceso al mercado a través de la formulación de una oferta. Este mismo interés es el que ampara la visión clásica de esta materia que ve una contraoferta en cada modificación sugerida por el destinatario de la oferta.

Y cabe preguntarse si es adecuado proteger o primar el interés de quien se incorpora al mercado haciendo una oferta sobre el interés del destinatario de la misma. Quizás no, o quizás no en todos los casos. Debe plantearse si es conveniente proteger de una manera tan intensa al oferente supeditando, en todo caso, la eficacia del contrato y su contenido a su exclusiva y única voluntad incluso cuando las modificaciones que el receptor de la oferta quiere introducir al contrato sean irrelevantes en el conjunto del mismo⁸⁰. Los intereses y expectativas de quienes en el mercado reciben ofertas de contrato o proposiciones de contratar acaso deban ser merecedoras de atención y amparo desde el punto de vista normativo y eso es lo que creo que pone de relieve la posibilidad de aceptación modificada en aquellos textos que resuelven desde una visión dinámica el problema del contenido de la aceptación. En este sentido y para el Derecho belga, STAROSSELETS entiende que la falta de acuerdo sobre puntos accesorios no debería poner en peligro el acuerdo; el contrato sería así salvaguardado incluso si el oferente originario no estuviera de acuerdo sobre las precisiones aportadas⁸¹.

En cuanto a la necesidad de proteger, a la hora de regular el proceso de formación del contrato, las expectativas razonables que la oferta haya podido generar en el receptor de la misma, puede traerse a colación lo previsto, por ejemplo, en el artículo 2:202(3) PECL conforme al cual se establece que la revocación de la oferta será ineficaz cuando suscite expectativas razonables en el destinatario acerca de la irrevocabilidad de la misma y el destinatario de la oferta haya actuado confiando en la oferta.

Se puede apreciar cómo en este artículo no se deja en manos del oferente la posibilidad de revocar la oferta cuando la misma ha despertado unas expectativas en el destinatario de la misma que actúa en atención a la confianza que la oferta le ha inspirado. Es como si, en cierta medida y muy limitadamente, se tuvieran en cuenta las expectativas que esta declaración de voluntad genera a los que participan en el mercado desde una posición pasiva. Esta es la idea que precisamente queremos poner de relieve: las expectativas de contratar que en el destinatario puede generar la oferta acaso deben ser también atendidas.

Las soluciones normativas que proponen o acogen la posibilidad de la eficacia de la aceptación modificada tienen la intención de atender el interés descrito: quieren amparar las expectativas de contrato que la oferta ha podido suscitar en el receptor de la misma favoreciendo la perfección del contrato cuando los desacuerdos son irrelevantes. Ahora bien, las reticencias a llevar hasta las últimas consecuencias este planteamiento determinan la incorporación de una

serie de excepciones que frustran el objetivo de amparar las expectativas del destinatario de la oferta originaria.

Debe abordarse, desde un punto de vista de política legislativa, la decisión de si es conveniente supeditar la eficacia de la aceptación modificativa a la voluntad de quien hizo la primera oferta incluso si las alteraciones propuestas por el destinatario de la misma son irrelevantes. Si la respuesta es negativa bastaría con eliminar las excepciones, o al menos las dos últimas.

Ahora bien, *valoremos los riesgos* que implicaría eliminar las excepciones a la regla de que la aceptación con modificaciones irrelevantes es eficaz como tal aceptación y contribuye a conformar el contenido del contrato en orden a amparar o proteger las expectativas que haya podido albergar el receptor de la oferta originaria.

El riesgo que se corre es que podría ocurrir que determinados elementos del contrato cuya configuración siempre hemos entendido que debe quedar en manos del oferente que tiene la iniciativa contractual, como el precio, el producto o servicio, puedan, en determinadas circunstancias, considerarse no esenciales, pudiendo contribuir a su delimitación el destinatario de la oferta.

Si no estamos dispuestos a aceptar que esto ocurra o, por lo menos, no por el momento, lo que habrá que hacer es precisar muy claramente qué tipo de modificaciones son sustanciales o no lo son, ya que la determinación de si una modificación propuesta por el aceptante es relevante o no lo es, es cuestión harto difícil de precisar.

Lo que no tiene sentido es intentar proteger el interés de quienes en el mercado ocupan la posición de receptores de ofertas, contemplando la aceptación modificada, para, después, otorgar al oferente la posibilidad de oponerse a las modificaciones que se propongan desde esta posición por irrelevantes que estas sean.

Y no tiene sentido, porque, en tal caso, entiendo que es mejor recurrir al concepto clásico de contraoferta, que, además, elimina el inconveniente que planteaba la aceptación modificada de dejar incierto el momento de perfección del contrato —a la espera de que pase un plazo razonable en el que puede objetar el originario oferente— y evita un posible supuesto de perfección del contrato por silencio, siempre problemático.

5. ¿LA CONTRAOFERTA DETERMINA LA INEFICACIA DE LA OFERTA ORIGINARIA?

Cuando nos encontramos ante una contraoferta o para el caso de que se acepte introduciendo modificaciones o alteraciones a la oferta originaria, se plantea la duda si la oferta originaria se extingue o pervive, para el caso de que el oferente no acepte las modificaciones que sugiere la aceptación. Frente a la opinión de quienes consideran que esto implica la extinción de la oferta originaria⁸², parece más acertada la tesis que sostiene que no se extingue y,

salvo que el oferente inicial la revoque o haya caducado mientras tanto, puede ser aceptada en los términos iniciales⁸³. Esta solución es clara cuando quien propone modificaciones se reserva la posibilidad de aceptar la oferta originaria, de modo que esta mantendría su eficacia⁸⁴, perdiéndola cuando expresamente rechaza la oferta inicial al proponer las alteraciones⁸⁵.

IV. LA TEMPESTIVIDAD DE LA ACEPTACIÓN

La evolución de la forma en que se ha venido regulando el presupuesto de la tempestividad de la aceptación se detiene a partir de lo previsto en CISG en 1980. La regulación que contiene este texto se recoge después en PICC 2004 y en las propuestas posteriores analizadas (PECL, PICC 2010, DCFR, CESL). Únicamente cabe reseñar, como diferencia notable, que los textos con vocación de aplicarse solo a relaciones entre comerciantes o profesionales incorporan un inciso relativo al cómputo del plazo que no está presente en el resto de textos.

1. DURACIÓN DEL PLAZO

A) El plazo fijado por el oferente: libertad de fijación del plazo

La duración del plazo en el que la aceptación debe producirse para ser eficaz se entiende que depende de la exclusiva voluntad del oferente y así se establece expresamente en algunos textos consultados (art. 3 Código suizo de las obligaciones, art. 6:219 Código holandés, par. 148 BGB, art. 18.2 y 20 CISG, art. 36.1 CESL, art. 2:206 (1) PECL y 4:206(1) DCFR, art. 2.1.8 PICC 2010). En este mismo sentido, el artículo 1250.3 primer inciso de la PMCC. Por su parte, el artículo 413-5.2 de la propuesta de Código de Comercio alude a la posibilidad de que el oferente fije un plazo para la aceptación.

B) En defecto de determinación voluntaria por el oferente

a) Oferta verbal o entre presentes

*Algunos textos regulan el supuesto de oferta realizada verbalmente o estando presentes los negociadores, estableciendo que, en tales casos, la aceptación —de producirse— debe ser inmediata, lo que determina la inexistencia de plazo*⁸⁶. Así se establece en el artículo 6:221 del Código Civil holandés, de modo que, consecuentemente, la posibilidad de que, no habiéndose fijado plazo, este se extienda un periodo razonable de tiempo solo existe en Derecho holandés para

otro tipo de ofertas. Por su parte, el artículo 4 del Código suizo de las obligaciones y el par. 147. 1 del BGB se refieren a oferta hecha entre presentes, aplicando también la consecuencia jurídica de inexistencia de plazo al supuesto de oferta hecha a través del teléfono. En el artículo 11.1 del Código de Pavia también se establece que la oferta verbal debe ser aceptada inmediatamente.

Obviamente, se trata de normas o propuestas con carácter dispositivo y nada impide al oferente señalar un plazo para la aceptación (cfr. parágrafo 148 BGB). No obstante, debe tenerse en cuenta que, en caso de que no se haya señalado plazo para la aceptación, los artículos 5.2 Código suizo de las obligaciones y 6:222 (1) del holandés permiten al oferente refrendar una aceptación tardía; el par 150 BGB trata esa aceptación tardía como una nueva oferta. De tal modo que estas normas vienen a significar que, no aceptada la oferta en el mismo acto en que se emite cuando se hace verbalmente —conforme al Derecho holandés— o entre presentes —según los códigos suizo y alemán— no es que desaparezca el plazo bilateralmente para las dos partes de la negociación, sino que únicamente se ve afectado el receptor/destinatario de la oferta y no el oferente, el cual puede replantearse la perfección del contrato al recibir una aceptación tardía —en el caso del Derecho alemán esa aceptación tardía se concibe como una nueva oferta—.

La referencia a la necesidad de aceptación inmediata de la oferta verbal o entre presentes no aparece en el resto de textos consultados. Lo cual parece acertado, pues el carácter razonable del plazo depende de tantas circunstancias que no parece adecuado derivar la ausencia del mismo del mero hecho de hacer el ofrecimiento verbalmente o por estar los negociadores presentes, sobre todo, cuando, como he dicho, esto se traduce en que la inexistencia de plazo solo regiría para el destinatario de la oferta.

Más matizada todavía es la regulación que, al respecto, contienen el artículo 18.2 CISG y el artículo 2.1.7 PICC 2010, conforme a los cuales, una oferta verbal debe ser aceptada inmediatamente a menos que las circunstancias indiquen lo contrario; es decir, que, ciertos factores pueden llevar a entender que existe plazo, pudiendo acogerse a ello también el destinatario de la oferta⁸⁷. Esta es la solución adoptada en el artículo 1250.4 de la PMCC, conforme al cual: «La aceptación de una oferta verbal deberá realizarse en el acto, a menos que de ella o de las circunstancias se infiera otra cosa».

A mi modo de ver, las soluciones más adecuadas son, por un lado la que se propone en PICC 2010 y CISG (que es, como digo, la que sigue la PMCC), o bien no regular esta cuestión, como en PECL, DCFR o CESL, dando cabida a la posible existencia de circunstancias que aconsejen entender que existe plazo pese a tratarse de una oferta verbal o entre presentes.

Quizás no regular este problema permita atender mejor todos los problemas que pueden suscitarse en los diferentes niveles de relaciones. Me explico: en las relaciones entre profesionales acaso haya que considerar que las oportunidades

de negocio del oferente no pueden verse mermadas por el hecho de haber entablado negociaciones verbales o en presencia con otro comerciante que no las acepta inmediatamente; no creo que hayan de ampararse las expectativas de negocio del receptor de la oferta que no acepta inmediatamente y acaso deba prevalecer la posibilidad de cerrar otro contrato por el empresario o profesional oferente.

Si no existe referencia normativa explícita a esta cuestión, serán los jueces, en caso de conflicto, los que podrán valorar las circunstancias concretas que en cada caso determinan si existe o no plazo cuando la oferta que se efectúa entre presentes no lo señala.

b) Duración razonable

Cuando la oferta no fija expresamente un plazo, se suele establecer que al mismo debe dársele una duración razonable. Se utiliza esta expresión en el artículo 2:206 (2) de los PECL y el artículo II.-4:206 (2) DCFR⁸⁸. También el artículo 1250.3 de la PMCC usa el adjetivo «razonable».

No suelen establecerse criterios que permitan concretar el plazo (PECL, DCFR, CESL). Únicamente, el artículo 2.1.7 PICC 2010 y el artículo 18.2 CISG dicen que ha de tenerse en cuenta la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente. Es decir, se entiende que el plazo para la aceptación se encuentra en función de la rapidez del medio de comunicación empleado para hacer la oferta. De tal modo que, a mayor inmediatez en el contacto, menor plazo de aceptación. También el artículo 1250.3 de la PMCC alude a las *características de los medios de comunicación empleados por el oferente*.

Es de advertir que, de nuevo, la duración del plazo depende de la voluntad del oferente: es él quien elige el medio y, en consecuencia, quien proporciona el criterio para decidir la extensión del plazo. Lo cual parece adecuado para relaciones entre profesionales, pero no para las de consumo, porque, si atribuimos roles fijos en la negociación contractual, debería tenerse en cuenta la accesibilidad del consumidor cuando es aceptante al medio de comunicación empleado por el comerciante cuando es oferente y creo que debe ser atendida también la posibilidad de acceder a dicho medio en función de las circunstancias particulares del consumidor. Además suele considerarse que no es obligatorio aceptar por la misma vía de comunicación usada por el oferente, de modo que, acaso, lo relevante, para determinar si el plazo es razonable o no, sea no tanto el medio usado por el oferente, como el que sea accesible para el aceptante, cuando este es un consumidor.

No obstante, el artículo 18.2 CISG, el artículo 2.1.7 PICC 2010 y el artículo 1250.3 PMCC aluden también a las circunstancias de la negociación, lo cual permitiría tener en cuenta los factores indicados, siendo, en consecuencia valorada positivamente dicha solución. Mejor redacción me parece la del parágrafo 147 (2) del BGB conforme al cual puede recaer aceptación solo hasta el momento en que el oferente pueda esperar recibir la respuesta en circunstancias ordinarias.

2. *DIES A QUO*. CÓMPUTO DEL PLAZO

La fijación del día en que el plazo debe comenzarse a contar está en función de la concreción del momento en que la oferta es eficaz. Sobre este particular, pueden traerse a colación:

El artículo 20.1 CISG: «El plazo de aceptación fijado por el oferente en un telegrama o en una carta comenzará a correr desde el momento en que el telegrama sea entregado para su expedición o desde la fecha de la carta o, si no se hubiere indicado ninguna, desde la fecha que figure en el sobre. El plazo de aceptación fijado por el oferente por teléfono, télex u otros medios de comunicación instantánea comenzará a correr desde el momento en que la oferta llegue al destinatario».

También el artículo 2.1.8 PICC establece una regla de estas características señalando que el plazo de aceptación comienza a correr desde el momento de la expedición de la oferta. Y, salvo que las circunstancias indiquen otra cosa, dicha fecha es la que figura en la oferta.

Por su parte, también se dispone, en el artículo 20.2 CISG, que no se excluyen del cómputo del plazo los días feriados oficiales o no laborales; aunque si el día de vencimiento del plazo es día festivo en el lugar de recepción y, por ese motivo, no puede ser entregada la oferta el plazo se prorroga hasta el primer día laborable siguiente. La razón de esta norma se encuentra en que el oferente no tiene por qué conocer los días festivos del lugar en que se encuentra el receptor de la oferta; sin embargo, esta misma regla no se aplica en relación a la recepción de la aceptación por parte del oferente, pues se entiende que él sí debe conocer los festivos de su ubicación geográfica⁸⁹.

La PMCC no dispone específicamente nada al respecto, pero entiendo que de la combinación de los artículos 1247, conforme al cual la oferta tiene efectividad cuando llega al destinatario, y de lo previsto en el artículo 1257 que dispone que llega al destinatario cuando lo hace al lugar que tenga designado para ello o a su domicilio, puede deducirse que el plazo para la aceptación comienza a correr desde que la comunicación llega a la ubicación indicada por el destinatario de la oferta o al domicilio del mismo.

Sin embargo se establece un criterio distinto en el artículo 413-5.2 de la Propuesta de Código de Comercio conforme al cual el plazo para la aceptación comienza a correr desde que la oferta es enviada, presumiéndose que *la oferta se envía en la fecha señalada como fecha de emisión en el documento. Si tal fecha no constara, el cómputo del plazo se iniciará en el momento en que el documento haya llegado a su destinatario.*

3. ACEPTACIÓN TARDÍA

Con el término aceptación tardía se hace referencia a los supuestos en los que la declaración de voluntad que es la aceptación llega al oferente tras haber transcurrido el plazo previsto⁹⁰. Tal situación puede deberse a que se ha emitido con posterioridad al transcurso del plazo, o bien puede ocurrir que, habiéndose enviado a tiempo, llegue tarde, diversificándose normalmente las consecuencias jurídicas anudadas a cada uno de estos dos supuestos⁹¹.

A) La aceptación se emite fuera de plazo

Cuando el retraso en la aceptación se debe a que el aceptante la emitió tarde, esta es ineficaz, pero se ofrece al oferente la oportunidad de otorgarle eficacia. Para ello, se le impone la carga de notificar al aceptante que su declaración de voluntad es eficaz. Además, en todos los textos —salvo en el artículo 21.1 CISG— se insiste en que la notificación al aceptante de la eficacia de su declaración de voluntad tardía en orden a la perfección del contrato debe hacerse inmediatamente —cfr. artículo 6:223 (1) del Código Civil holandés—, o sin demora —artículo 2:206 PECL y II. 4:207 (1) DCFR, artículo 37.1 CESL—. En el artículo 1253 de la PMCC también se incide en la premura de la comunicación⁹².

Hay quien entiende que se está regulando este supuesto como si la aceptación tardía fuera una contraoferta que debe aceptar el oferente⁹³ y esta es la opción normativa del par. 150 del BGB que, acaso, ofrezca mayor seguridad jurídica. Otros autores, sin embargo, no comparten tal lectura⁹⁴. Las consecuencias de entenderlo de una u otra manera son importantes: si es contraoferta, solo cabe la perfección del contrato cuando la declaración de voluntad del originario oferente aceptando llega a quien ha formulado la contraoferta⁹⁵; si no lo es, el contrato se perfecciona cuando la aceptación tardía llega al oferente. Dentro de esta segunda línea de pensamiento, se entiende que la perfección se ha producido aunque el aviso comunicando la eficacia de la aceptación tardía llegue tarde o incluso se pierda⁹⁶.

B) La aceptación se emite en plazo pero llega al oferente con retraso

En este caso, se suele entender que, en principio y como regla general, la aceptación debe ser eficaz, pero el oferente puede hacerla ineficaz enviando una comunicación avisando de la caducidad de la oferta.

La regulación de esta cuestión es bastante similar en los textos consultados y es la que se plasma en el artículo 1253.2 de la PMCC, el cual —siguiendo lo previsto en el artículo 21.2 CISG— contempla, no tanto el caso en que el retraso

es imputable a los medios de comunicación empleados o a las circunstancias que los rodean, sino el supuesto en que la aceptación se emite con antelación suficiente como para que llegue al oferente dentro del plazo en función del medio de comunicación utilizado y, pese a todo, llega tarde. En tal caso, se dispone que la aceptación es efectiva, salvo que el oferente que la recibe remita sin demora una comunicación advirtiendo de la caducidad de la oferta. Lo mismo y casi con idéntica redacción, se establece en el artículo 2:207(2) PECL, II.-4:207(2) DCFR y en el artículo 37.2 CESL. En sentido similar se pronuncia el parágrafo 149 del BGB.

En definitiva, la eficacia o ineficacia de la aceptación tardía reside —una vez más— en la voluntad del oferente. En el primer caso —aceptación emitida tardíamente—, se entiende que el contrato no se perfecciona, salvo que el oferente quiera dotarle de eficacia, en cuyo caso, tiene la carga de comunicar su decisión. En el segundo, se entiende que el contrato se perfecciona, pero si el oferente ha entendido que la oferta había caducado tiene la carga de comunicar al aceptante dicha circunstancia para que sepa que el contrato no se ha perfeccionado.

Creo que hay situaciones en que debería limitarse de algún modo el poder del oferente cuando media una aceptación tardía en orden a entender perfeccionado o no el contrato. Por ejemplo, cuando el retraso en la recepción se debe a circunstancias no imputables al aceptante, o si el retraso no es relevante (unas horas o incluso minutos) y no se perjudica al oferente entendiendo que media aceptación. Creo que esta solución puede ser más acorde a la buena fe que debe regir las relaciones precontractuales.

CONCLUSIONES

I. Desde el punto de vista de la forma de la aceptación, se entiende que la misma no debe cumplir requisitos formales para su eficacia. En determinados casos concretos la ley puede fijar algunos requerimientos formales (por ejemplo, en la contratación a distancia y, en particular, en la celebrada por medios electrónicos). El oferente, por su parte, puede exigir que la aceptación sea expresa, pero es más adecuado entender que el oferente no puede hacer depender la eficacia de la aceptación del cumplimiento de presupuestos de forma no fijados en la ley.

II. En cuanto al papel del silencio en relación a la aceptación consideramos adecuada la fórmula lacónica y tradicional según la cual el silencio por sí solo no implica aceptación, planteando menos problemas aquellos textos que no incluyen listas de supuestos en los que el silencio o la inactividad se consideran, o no, aceptación. Esto permite que, en caso de litigio, el juez pueda valorar todas las circunstancias concretas del caso para llegar a interpretar de una manera adecuada el significado que en cada caso particular pueden revestir el silencio o la inactividad.

III. Se considera que la aceptación debe coincidir completamente con el contenido de la oferta. En este sentido hay textos que admiten la eficacia de la aceptación que introduce modificaciones al contenido de la oferta. Mientras no se esté dispuesto a llevar hasta las últimas consecuencias esta posibilidad es mejor tratar cualquier modificación que de la oferta realice el aceptante como contraoferta, es decir, como se ha venido entendiendo. Consideramos que esta solución normativa ofrece mayor seguridad jurídica y no presenta algunos inconvenientes de la aceptación modificada.

IV. El plazo para la aceptación, si no viene fijado por ley, hay que entender adecuado que pueda fijarlo el oferente. Si el oferente no fija plazo para la aceptación acaso sea mejor que los textos no regulen la cuestión, pues los que la contemplan lo hacen para decretar que no existe plazo cuando la oferta se hace verbalmente o entre presentes; esta última solución puede ser adecuada para la contratación entre profesionales o comerciantes, pero acaso no lo sea para la contratación entre particulares y, por otro lado, esto no permite admitir en ningún caso la existencia de plazo en caso de oferta verbal o entre presentes, siendo que, concurriendo ciertas circunstancias puede ser más oportuno considerar que dicho plazo existe.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M.^a T. (2014). Contre-offre *versus* acceptance modifiée, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2014, núm. 1, pp. 53-66.
- ARROYO I AMAYUELAS, E. (2003). Formación y perfección del contrato, en *Derecho Privado Europeo*, edit. Colex, Madrid.
- (2011). Comentario a los artículos 99 y 100 del TRLGDCU, en *Comentarios a las normas de protección de consumidores*, edit. Colex, Madrid, pp. 992-998.
- ACQUIS PRINCIPLES, *Principles of the Existing EC Contract Law*, Contract II. General Provisions, Delivery of goods, Package Travel and payment services, edit. Sellier, 2009. CHAPTER 4: Formation, pp. 181 y sigs.
- AUBERT, J.-L. (1970). *Notions et roles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, París.
- AUZERO, G. (2008). Chapitre 2. Formation, en *Projet de Cadre Commun de reference. Principes contractuels communs*, edit Société de Legislation Comparé, colección Droit Prive Compare et européen, vol. 7, París, pp. 215-283.
- CHRISTANDL, G. (2011). The dying offer Rule in European Contract Law, en *ERCL* 2011, vol. 7, núm. 4, pp. 463-489.
- CUADRADO PÉREZ, C. (2003). *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.
- (2014). La formación del contrato en la propuesta de modernización del Código Civil, en *VVAA, Negociación y perfección de los contratos*, edit. aranzadi, Cizur Menor, pp. 199-263.
- DELEBECQUE, Philippe et MAZEAUD, D., Exposé de motifs. Formation du contrat (art. 1104-1107), en *Avant-Projet de reforme du droit des obligations et du la pres-*

- cription, pp. 16 y sigs. En internet: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCA-TALASEPTEMBRE2005.pdf.
- DAGORNE-LABBE, Y. (2001). *La formation du contrat*, edit. Ellipses, París.
- DESHAYES, O. (2012). La formation du contrat, en *Le droit commun européenne de la vente*. Examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011, edit. Societe de Legislation Comparée, París, pp. 95-125.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1995). La formación del contrato, en *Anuario de Derecho Civil*, pp. 5-31.
- (2011). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, *Introducción Teoría del contrato*, editorial Aranzadi, Madrid.
- (1997). *La compraventa internacional de mercaderías: comentario de la Convención de Viena*, Civitas, Madrid.
- DURANY PICH, S. (1992). Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto, en *Anuario de Derecho Civil*, 1992, núm. 3, pp. 1011-1096.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R. (2011). La formación del contrato en la Propuesta para la modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, mayo de 2011, núm. 2131. <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198381857/Publicacion/1288775044027/Detalle.html>
- FONTAINE, M. (2000). Offer et acceptation. Approche dépassée du processus de formation des contrats, en *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, edit bruylant, Bruxelles, pp. 115-133.
- FORRAY, V. (2012). L'offre et l'acceptation dans le projets de réforme du droit français des contrats (Remarques sur l'écriture doctrinale du droit des contrats), *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 2012, núm. 2, avril-juin, pp. 231-249.
- FRANÇOIS, G. (2007). *Consentement et objectivation. L'apport des principes du droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007.
- GHESTIN, J., y DESCHÉ, B. (1990). *Traité des contrats. La vente*, LGDJ, París.
- ILLMER, M. (2012). Contract (Formation), en *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, por BASEDOW, HOPT, ZIMMERMANN, STIER, vol. I, Oxford University Press, 2012, pp. 378-383.
- KÖTZ, H. (1997). Formation, Validity and Content of Contracts; Contracts and Third Parties, vol. 1 de KÖTZ, H. y FLESSNER, A., *European Contract Law*, Oxford, 1997, (Traducción del alemán de WEIR T.).
- LARA AGUADO, Á. (2009). La oferta y la aceptación contractuales, en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, edit. Civitas, Cizur Menor, pp. 23-92.
- MALAUURIE, P., AYNÉS, L., y STOFFEL-MUNCK, P. (2011). *Droit civil, Les obligations*, edit. Defrenois, París.
- MALO VALENZUELA, M. Á. (2006). Tempestividad y congruencia de la aceptación de la oferta en el Derecho español y en el Derecho uniforme, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2006, núm. 698 noviembre-diciembre, pp. 2243-2280.
- MARTÍNEZ GALLEGÓ, E. M. (2000). *La formación del contrato a través del contrato y de la aceptación*, edit. Marcial Pons, Madrid.
- MAZEAUD, D. (2004). La periode precontractuelle en Droits positif et prospective français, européen et international: comparaisons, en *L'avant contrat. Actualité du*

- processus de formation des contrats*, dir. por Deshayes, Olivier, Presses Universitaires Françaises, pp. 13-31.
- MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., MAZEAUD, J., y CHABAS, F. (1998). *Leçons de Droit Civil*, Tome II, Premier volume, *Obligations. Théorie générale*, edit. Montchrestien, París, 1998.
- NOLAN, D. (2010). Offer and acceptance in the Electronic Age, en BURROWS, Andrew y PEEL, Edwin, *Contract Formation and Parties*, Oxford University Press, pp. 61-87.
- OWSIA (1991). Silence: Efficacy on contract formation. A comparative review of French and English Law, en *International Comparative Law Quarterly*, núm. 40, pp. 784-806.
- PERALES VISCASILLAS, M.^a P. (1996). *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia.
- PICOD, Y., y DAVO, H. (2010). *Droit de la consommation*, edit. Sirey Dalloz.
- PIEDELIEVRE, S. (2008). *Droit de la consommation*, edit. Economica, París.
- PRINCIPES D' UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, publié par UNIDROIT, Rome, 2010. <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-f.pdf>
- Principios de Derecho Contractual europeo* (edición española). Consejo General del Notariado, Madrid, 2003.
- Principles, Definition and Model Rules of European Private Law, DCFR Full edition*, edit. Sellier, 2009.
- RACINE, J.-B., SAUTONIE-LAGUIONIE, L., TENENBAUM, A., y WICKER, G. (2008). *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, edited by Fauvarque-Cosson, Benedicte et Mazeaud, Denis, edit. Sellier, European law publishers.
- ROGEL VIDE, C. (2014). *Aceptación y contraoferta*, edit. Reus, Madrid.
- SACCO, R. (2011). Formation of contracts, en HARTKAMP, Arthur, HESSELINK, Martijn, HONDIUS, Ewoud, MAK, Chantal, DU PERRON, Edgar, *Towards a European Civil Code*, The Hague, Wolters-Kluwers, 4th edition.
- STAROSSELETS, T. (2004). Offre et acceptance: principes et quelques questions spéciales, en *Le processus de formation du contrat*, edit. Larcier, Bruxelles.
- SCHLECHTRIEM, P., WITZ, C. (2008). *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, edit. Dalloz, París.
- SCHLESINGER, R. B. (1968). *Formation of contracts (A study of the Common Core of Legal Systems)*, N.Y. USA, London, Dos volúmenes.
- SCHULZE, R. (2009). Artículo 4:106 Acquis Principles Unsolicited goods and services, en *Principles of the existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract II. Gral Provisions, Delivery of goods, package travel and payment services*, Research Group on the existing EC private Law (Acquis Group), edit. Sellier, Munich.
- TERRÉ, F., SIMLER, P., y LEQUETTE, Y. (2009). *Droit civil. Les obligations*, edit. Dalloz, 10.^o ed.
- TOUVEREY, L. (2005-2006). Les conditions de fond de formation du contrat de vente: etude comparée France-Etats Unis, memoire de Master de recherche de Droit Comparé Université de París 2. Institut de Droit Comparé, Université de Harvard- Etats Unis.

NOTAS

¹ Abreviaturas utilizadas en este estudio: CESL: Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea. CISG: Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena 1980). DCFR: Draft Commn Frame of Reference. Marco Común de Referencia. TRLGDCU: 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. PMCC: Propuesta de Modernización del Código Civil español en materia de obligaciones y contratos. PECL: Principles European Contract Law. PICC. Principios Unidroit 1994, 2004 y 2010 relativos a los contratos de comercio internacional. PRCC: Anteproyecto de ley de Código mercantil.

² Cfr. STS 26.2.1994 (RJ 1994/1198): *Dicha aceptación ha de ser, con independencia de la forma en que se manifiesta, en todo caso, concluyente y definitiva para exteriorizar de forma inequívoca la voluntad de aceptar.*

³ FONTAINE, M. (2000). *Offre et acceptation. Approche dépassée du processus de formation des contrats*, en *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, edit bruylant, Bruxelles, p. 123.

⁴ DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, editorial Aranzadi, Madrid, p. 353.

⁵ Artículo 98.6 del TRLGDCU relativo a la contratación a distancia: 6. *En aquellos casos en que sea el empresario el que se ponga en contacto telefónicamente con un consumidor y usuario para llevar a cabo la celebración de un contrato a distancia, deberá confirmar la oferta al consumidor y usuario por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera. El consumidor y usuario solo quedará vinculado una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito, que, entre otros medios, podrá llevarse a cabo mediante papel, correo electrónico, fax o sms.*

En los casos en los que las partes deben dejar constancia de su común voluntad de contratar en un mismo documento puede resultar muy difícil precisar quién ofrece y quien acepta. En este sentido, KÖTZ, H. (1997), *Formation, Validity and Content of Contracts; Contracts and Third Parties*, vol. 1 de H. KÖTZ y A. FLESSNER, *European Contract Law*, Oxford, (traducción de WEIR T.), pp. 16 y 17, al referirse a contratos redactados por notarios para ser firmados simultáneamente por las dos partes, se pregunta qué parte ofrece y qué parte acepta.

⁶ DÍEZ-PICAZO, L. (2007), *Fundamentos...* p. 353; DÍEZ-PICAZO, L. (1997), *La compraventa internacional...*, p. 181; ARROYO I AMAYUELAS, E. (2003), *Formación y perfección del contrato*, en *Derecho Privado Europeo*, edit. Colex, Madrid, p. 357; PERALES VISCASILLAS, M.^a P. (1996), *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 124. En Derecho francés: DAGORNE-LABBE, Y. (2001), *La formation du contrat*, París, p. 37.

⁷ ARROYO I AMAYUELAS, E. (2003), *Formación y perfección*, cit., p. 357 cita los artículos 2:103 PECL y el artículo 2:13 PICC.

⁸ En este sentido DÍEZ-PICAZO, L., (2007), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 330: *Tampoco hay oferta si, según la voluntad de las partes, el contrato solo quedará formado cuando ambas partes suscriban un documento público o privado.*

⁹ A la formalización del contrato y no de la aceptación se refieren también otros preceptos como, por ejemplo y sin ánimo de exhaustividad: El artículo 16 Ley 16/2011, de 24 de junio de crédito al consumo conforme al cual: *Los contratos de crédito sometidos a la presente Ley se harán constar por escrito en papel o en otro soporte duradero y se redactarán con una letra que resulte legible y con un contraste de impresión adecuado.* También el artículo 98.7 del TRLGDCU para contratos celebrados a distancia, conforme al cual: 7. *El empresario deberá facilitar al consumidor y usuario la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración del contrato a distancia, a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio.* También el artículo 99.2 TRLGDCU para contratos celebrados fuera de establecimiento co-

mercial: 2. *El empresario deberá facilitar al consumidor y usuario una copia del contrato firmado o la confirmación del mismo en papel.*

¹⁰ También puede resultar en este sentido un tanto equívoca la dicción del artículo 413-1.3 de la Propuesta de Código de Comercio conforme al cual: *Se considerará que existe aceptación de la oferta en el momento en que el destinatario realice algún acto que suponga asentimiento como consecuencia del contenido de la oferta.* Es como si en la oferta pudiera establecerse un comportamiento que significara la aceptación de la misma, ahora bien el que en la oferta puedan fijarse algunos actos que serán interpretados como aceptación no excluye el que puedan ser entendidos como tal otros comportamientos no directamente aludidos.

¹¹ DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, cit., p. 355; TERRÉ, F., SIMLER, P., LEQUETTE, Y., (2009), *Droit civil. Les obligations*, edit. Dalloz, 10.^o ed. p. 139, núm. 124; STAROSSELETS, T., (2004), *Offre et acceptation: principes et quelques questions spéciales*, en *Le processus de formation du contrat*, edit. Larcier, Bruxelles, p. 38.

¹² Sobre la aceptación tácita cfr. AUBERT, J-L, (1970), *Notions et roles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, París, p. 281. KÖTZ, H., (1997), *Formation, Validity and Content of Contracts; Contracts and Third Parties*, vol. 1 de H. KÖTZ y A. FLESSNER, *European Contract Law*, Oxford, (Traducción del alemán de T. WEIR), p. 27.

¹³ STAROSSELETS, T. (2004), *Offre et acceptation: principes et quelques questions spéciales*, en *Le processus de formation du contrat*, edit. Larcier, Bruxelles, p. 38.

¹⁴ AUBERT, J-L. (1970), *Notion et role*, cit., p. 281, menciona la posibilidad de que la aceptación no pueda ser tácita porque el oferente exija que sea expresa. H. KÖTZ, *European Contract Law*, cit., p. 27, señala que, a menos que el oferente insista en que la aceptación debe ser explícita y comunicada, una conducta que evidencie la intención de aceptar puede ser suficiente. También STAROSSELETS, T., (2004) cit., p. 38.

¹⁵ Sobre esta cuestión vid. PERALES VISCASILLAS, M.^a P., (1996) *La formación*, cit., pp. 478 y sigs.

¹⁶ SCHLECHTRIEM, P., WITZ, C., (2008), *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, edit. Dalloz, París, p. 99, núm. 138. En el caso Magellan international Corp. V. Salzgitter Handels GmbH US District Court (N.D. Illinois) 07/12/1999 CISG-online, núm. 614 el Tribunal considera que el envío de una carta de crédito a la contraparte en orden al pago del precio debe entenderse como aceptación. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/991207u1.html>.

¹⁷ AUBERT, J-L., Observaciones a la Com. 25 juin 191, *Juris, Data IV*, núm. 234.

¹⁸ FONTAINE, M., cit., p. 124. KÖTZ, H., cit., p. 27. STAROSSELETS, T., cit., p. 34.

¹⁹ KÖTZ, H., *European Contract Law*, cit., p. 28, entiende que no habrá necesidad de comunicar la aceptación al oferente cuando este no necesita ni se preocupa de saber si el contrato está ya ejecutándose.

²⁰ SCHLESINGER, R. B., (1968), *Formation of contracts (A study of the Common Core of Legal Systems)*, N.Y. USA, London, vol. 1, pp. 131 y 132.

²¹ En este sentido el artículo L 112.2-5 del Código francés de los seguros, considera aceptada la propuesta hecha por carta certificada de prolongar o modificar un contrato o de poner en vigor un contrato suspendido, si el asegurado no rechaza esta proposición en el plazo de 10 días desde que la recibe.

²² KÖTZ, H., *Formation, Validity ...*, cit., p. 28., OWSIA (1991), *Silence: Efficacy on contract formation. A comparative review of French and English Law*, en *ICLQ*, núm. 40.

²³ SCHLESINGER, R. B. (1968), *Formation of contracts (A study of the Common Core of Legal Systems)*, N.Y. USA, London, p. 132.

²⁴ SCHLESINGER, R. B., *Formation*, cit., p. 100.

²⁵ ILLMER, M. (2012), *Contract (Formation)*, en *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, edit. por BASEDOW, HOPT, ZIMMERMANN, STIER, vol. I, Oxford University Press, p. 381.

²⁶ El artículo 413-1-3 de la Propuesta de Código de Comercio alude, justo después de haber dispuesto que el silencio o la inacción por sí solos no implican aceptación en el artículo 413-

1.2, que implica aceptación cualquier acto que suponga asentimiento como consecuencia del contenido de la oferta, de las prácticas habituales entre las partes o de los usos.

²⁷ *Principios de Derecho Contractual europeo* (edición española), Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, p. 238; *DCFR Full edition*, p. 310.

²⁸ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*, cit., p. 356. CUADRADO PÉREZ, C. (2003), *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, p. 231, entiende que, cuando hay acuerdo entre las partes para que el contrato se perfeccione por la conducta pasiva del destinatario, estamos ante una declaración de voluntad expresa.

²⁹ DAGORNE-LABBE, Y. (2001), *La formation ...*, cit., p. 39.

³⁰ TERRÉ, F., cit., núm. 124, p. 140, refiere cómo la jurisprudencia francesa entiende que, cuando un comerciante envía a otro una carta de confirmación en la que se recapitulan todos los acuerdos que se han alcanzado en la negociación, el silencio equivale a aceptación.

³¹ En este sentido cfr. PÉREZ, C. (2003), cit., p. 234. KÖTZ, H., cit., pp. 28 y 29, dice que, en las relaciones comerciales, el silencio debe tratarse como aceptación cuando la buena fe exige el rechazo explícito a la oferta.

³² Pueden citarse algunas decisiones que resuelven litigios entre empresas a cuya solución se ha aplicado el CISG, y en los que parece estar en la base de las decisiones la idea de que la fluidez o habitualidad de las relaciones entre las partes pueden favorecer que ciertos comportamientos pasivos sean considerados como aceptación (*vid.* Filanto, s.p.A v: Chilewich International Corp, supra núm. 107 y también OLG Köln, 22 de febrero de 1994 CISG-online núm. 127).

³³ Para la doctrina belga cfr. STAROSSELETS, T., cit., p. 40; en la doctrina francesa cfr. DAGORNE-LABBE, Y. (2001), *La formation ...*, cit., p. 39.

³⁴ TERRE, F., cit., p. 140, núm. 134. En esta misma idea se insiste en MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., MAZEAUD, J. et CHABAS, F. (1998), *Leçons de Droit Civil*, Tome II, Premier volume, *Obligations. Théorie générale*, edit. Montchrestien, París, p. 135, núm. 137, diciendo que, a partir del momento en que el contrato ha sido concluido, todas las demás cláusulas accesorias sobre las que las partes no han expresado su voluntad se encuentran absolutamente fijadas por la ley supletoria.

³⁵ STAROSSELETS, T., cit., p. 40-41.

³⁶ STAROSSELETS, T., cit., p. 28.

³⁷ En este sentido el artículo 1333 del Codice civile italiano, establece que si el destinatario de una oferta de la que solo derivan obligaciones para el oferente no la rechaza en el plazo adecuado a la naturaleza del negocio o a los usos, el contrato se entiende concluido. Yendo más lejos la Academia de Iusprivatistas de Pavía ha entendido que la oferta, por sí sola, perfecciona un contrato del que deriven obligaciones únicamente para su autor (art. 16.3 y 4 del Código europeo de contratos).

³⁸ STAROSSELETS, T., cit., p. 41.

³⁹ En España, puede consultarse DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos*..., p. 353.

⁴⁰ *Vid.* STAROSSELETS, T. cit., p. 40.

⁴¹ *Vid.* SCHLECHTRIEM, cit., p. 100.

⁴² Obsérvese que el hecho de que puedan enviarse mercancías no solicitadas cuando no comportan la pretensión de un pago, podría suponer que se admite que, en este ámbito, el silencio equivalga a aceptación cuando la oferta consiste en ejecución del contrato y solo implica ventajas para el destinatario.

⁴³ SCHULZE, R. (2009). Artículo 4:106 *Acquis Principles Unsolicited goods and services*, en *Principles of the existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract II. Gral Provisions, Delivery of goods, package travel and payment services*, Research Group on the existing EC private Law (Acquis Group), edit. Sellier, Munich.

⁴⁴ En contra *vid.* CUADRADO PÉREZ, C. (2014), La formación del contrato en la propuesta de modernización del Código Civil, en VVAA, *Negociación y perfección de los contratos*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 257 y sigs.

⁴⁵ Similar a este modelo, aunque con formulación diversa, puede considerarse lo dispuesto en el Código Civil suizo de las obligaciones, conforme al cual: Artículo 6. *Lorsque l'auteur*

de l'offre ne devait pas, en raison soit de la nature spéciale de l'affaire, soit des circonstances, s'attendre à une acceptation expresse, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable. Según este precepto, hay determinadas circunstancias en las que no es esperable una aceptación expresa, de modo que hay situaciones en las que puede esperarse una aceptación tácita que puede incluir el silencio. Creo que puede ser el mismo modelo que el de los textos que establecen que el silencio en determinadas circunstancias equivale a aceptación.

⁴⁶ En RACINE, J.-B., SAUTONIE-LAGUIONIE, L., TENENBAUM, A., y WICKER, G., *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, edited by FAUVARQUE-COSSON, B., et MAZEAUD, D. (2008), Sellier European Law Publishers, p. 578, se propone la siguiente redacción: *Silence or inaction does not amount to acceptance, except in the case where: a) The parties have provided by contract for it. b) The legal provisions or usages applicable to the contract contain provisions to this effect; c) The offer has been made in the sole interest of the offeree.*

⁴⁷ FONTAINE, M., cit., pp. 115-133.

⁴⁸ ILLMER, M. (2012), Contract (Formation), en *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, por BASEDOW, HOPT, ZIMMERMANN, STIER, vol. I, Oxford University Press, p. 378.

⁴⁹ Propuesta de modernización del Código Civil español (accesible en http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198250496/Estructura_C/1215198250781/Detalle.html): Artículo 1251: 1. *La respuesta a una oferta que contenga adiciones, limitaciones o modificaciones de esta, se considerará como rechazo de la oferta y constituirá contraoferta. No obstante, la respuesta que contenga adiciones o modificaciones que no alteren significativamente los términos de la oferta constituirá aceptación, salvo que el oferente hubiera exigido expresamente una aceptación pura y simple o manifieste sin demora su disconformidad. 2. Si se hubiera alcanzado entre comerciantes o profesionales en el ámbito de su común actividad un acuerdo aún no definitivamente documentado y una de las partes hubiera enviado a la otra en un tiempo razonable un escrito de confirmación que contenga adiciones o modificaciones que no alteren significativamente los términos del acuerdo, estas se integrarán en el contrato, a menos que el destinatario manifieste sin demora justificada su disconformidad.*

⁵⁰ Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription —rapport Catalá— (http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALESEPTEMBRE2005.pdf): Artículo 1105-5 *L'acceptation est un acte unilatéral par lequel son auteur exprime la volonté d'être lié dans les termes de l'offre. Une acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle.*

⁵¹ DELEBECQUE, P., MAZEAUD, D., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription —rapport Catalá—* p. 16: *les rédacteurs se démarquant ainsi des textes élaborés au niveau européen et international qui visent à harmoniser ou à codifier le droit des contrats, ont délibérément opté pour des règles générales destinées à charpenter la rencontre des volontés et ont renoncé à réglementer avec moult précisions le processus de formation du contrat, étant entendu que dans ce domaine la liberté des futurs contractants doit pouvoir se déployer le plus largement possible et qu'une certaine marge d'appréciation doit être laissée au juge saisi de l'existence d'un contrat.*

⁵² Sobre esta misma cuestión cfr. ALONSO PÉREZ, M.^a T. (2014), *Contre-offre versus acceptation modifiée*, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2014-1, pp. 53-66.

⁵³ DURANY PICH, S., *Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1992, núm. 3, p. 1014.

⁵⁴ ILLMER, M. (2012), Contract (Formation), en *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, par BASEDOW, HOPT, ZIMMERMANN, STIER, vol. I, Oxford University Press, p. 380.

⁵⁵ En España, se muestra partidario de que cualquier modificación debe entenderse contraoferta: ROGEL VIDE, C. (2014), *Aceptación y contraoferta*, edit. Reus, Madrid, pp. 27-42.

⁵⁶ DAGORNE-LABBE, Y. (2001), *La formation...*, cit., pp. 35-36.

⁵⁷ TERRÉ, F., SIMLER, P., y LEQUETTE, Y. (2009), *Droit civil. Les obligations*, edit. Dalloz, 10.^o ed., p. 134, núm. 121.

⁵⁸ Article 6:225 du Code civil hollandais: *An acceptance which differs from the offer ('Battle of Forms')*. 1. *The acceptance of an offer, made under different or additional conditions, is regarded as a new offer and as a rejection of the original offer.* 2. *Where a reply, that is intended as an acceptance, only differs from the offer on secondary issues, it will be a valid acceptance, which will form a binding agreement in accordance with the content of this acceptance, unless the offeror immediately objects against the differences.* 3. *Where offer and acceptance refer to the application of different standard terms and conditions, the second reference is without effect if it does not explicitly rejects the application of the standard terms and conditions to which was referred firstly.*

⁵⁹ Article 2 du Code suisse des obligations: 1. *Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés.* 2. *A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire.* 3. *Sont réservées les dispositions qui régissent la forme des contrats.*

⁶⁰ Article 2:208 des Principes European Contract Law — PECL — . Article 2:208: Modified Acceptance. 1. *A reply by the offeree which states or implies additional or different terms which would materially alter the terms of the offer is a rejection and a new offer.* 2. *A reply which gives a definite assent to an offer operates as an acceptance even if it states or implies additional or different terms, provided these do not materially alter the terms of the offer. The additional or different terms then become part of the contract.* 3. *However, such a reply will be treated as a rejection of the offer if: a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer; or b) the offeror objects to the additional or different terms without delay; or c) the offeree makes its acceptance conditional upon the offeror's assent to the additional or different terms, and the assent does not reach the offeree within a reasonable time.*

⁶¹ Draft Common Frame of Reference — DCFR — : Article II. 4:208: Modified acceptance: 1. *A reply by the offeree which states or implies additional or different terms which materially alter the terms of the offer is a rejection and a new offer.* 2. *A reply which gives a definite assent to an offer operates as an acceptance even if it states or implies additional or different terms, provided these do not materially alter the terms of the offer. The additional or different terms then become part of the contract.* 3. *However, such a reply is treated as a rejection of the offer if: a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer; b) the offeror objects to the additional or different terms without undue delay; or c) the offeree makes the acceptance conditional upon the offeror's assent to the additional or different terms, and the assent does not reach the offeree within a reasonable time.*

⁶² Artículo 16 del Code Européenne des contrats de l'Accademia de Pavia: 6. *Une acceptation non conforme à l'offre équivaut à un refus et constitue une nouvelle offre, sauf ce qui est prévu à l'alinéa suivant.* 7. *Si l'acceptation contient des clauses différentes, mais qui n'apportent pas de modification substantielle à l'offre dans la mesure où elles concernent des aspects marginaux du rapport, et si l'auteur de l'offre ne communique pas promptement son désaccord à propos de telles modifications, le contrat est réputé conclu dans un sens conforme à l'acceptation.*

⁶³ Artículo 19 Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CISG): 1. *Une réponse qui tend à être l'acceptation d'une offre, mais qui contient des additions, des limitations ou autres modifications, est un rejet de l'offre et constitue une contre-offre.* 2. *Cependant, une réponse qui tend à être l'acceptation d'une offre, mais qui contient des éléments complémentaires ou différents n'altérant pas substantiellement les termes de l'offre, constitue une acceptation, à moins que l'auteur de l'offre, sans retard injustifié, n'en relève les différences verbalement ou n'adresse un avis à cet effet. S'il ne le fait pas, les termes du contrat sont ceux de l'offre, avec les modifications comprises dans l'acceptation.* 3. *Des éléments complémentaires ou différents relatifs notamment au prix, au paiement, à la qualité et à la quantité des marchandises, au lieu et au moment de la livraison.*

son, à l'étendue de la responsabilité d'une partie à l'égard de l'autre ou au règlement des différends, sont considérés comme altérant substantiellement les termes de l'offre.

⁶⁴ Principes Unidroit 2010. Article 2.1.11. (Modification de l'acceptation): 1. La réponse à une offre qui se veut acceptation de cette offre, mais qui contient des additions, des limitations ou d'autres modifications, vaut rejet de l'offre et constitue une contre-proposition. 2. Toutefois, la réponse qui se veut acceptation, mais qui contient des éléments complémentaires ou différents n'altérant pas substantiellement les termes de l'offre, constitue une acceptation, à moins que l'auteur de l'offre, sans retard indu, n'exprime son désaccord sur ces éléments. S'il ne le fait pas, les termes du contrat sont ceux de l'offre avec les modifications énoncées dans l'acceptation.

⁶⁵ Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente —CESL—. Article 38. Modification de l'acceptation: 1. La réponse du destinataire qui énonce ou implique des adjonctions ou modifications qui altèrent substantiellement les termes de l'offre constitue un rejet de l'offre et une offre nouvelle. 2. Des adjonctions ou modifications relatives, notamment, au prix, au paiement, à la qualité et à la quantité des biens, au lieu, à la date et à l'heure de livraison, à l'étendue de la responsabilité de l'une des parties envers son cocontractant ou au règlement des litiges sont présumées altérer substantiellement les termes de l'offre. 3. La réponse dont il est certain qu'elle acquiesce à l'offre mais qui énonce ou implique des adjonctions ou modifications à celle-ci n'en vaut pas moins acceptation, à condition que ces adjonctions ou modifications n'altèrent pas substantiellement les termes de l'offre. Les adjonctions ou modifications font alors partie intégrante du contrat. 4. La réponse qui énonce ou implique des adjonctions ou modifications constitue toujours un rejet de l'offre si: a) l'offre restreint expressément l'acceptation à ses termes mêmes; b) l'offrant s'oppose sans retard excessif à ces adjonctions ou modifications; ou c) le destinataire subordonne son acceptation à l'agrément par l'offrant des adjonctions ou modifications et si cet agrément ne lui parvient pas dans un délai raisonnable.

⁶⁶ DURANY PICH, S. (1992), Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto, en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, pp. 1011-1096, p. 1019.

⁶⁷ FRANÇOIS, G. (2007), *Consentement et objectivation. L'apport des principes du droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, p. 144.

⁶⁸ Vid. por todos KÖTZ, H. (1997), *Formation, Validity and Content of Contracts; Contracts and Third Parties*, vol. 1 de KÖTZ, H. y FLESSNER, A., *European Contract Law*, Oxford, (Traducción par WEIR T.), p. 31.

⁶⁹ DIEZ PICAZO, L. (2011), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, *Introducción Teoría del contrato*, editorial Aranzadi, Madrid, page 360. SCHLECHTRIEM, P., WITZ, C., (2008), *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, edit. Dalloz, París, p. 103, núm. 144.

⁷⁰ *Principios de Derecho Contractual europeo* (edición española) Consejo General del Notariado, Madrid, 2003, p. 350. *Principles, Definition and Model Rules of European Private Law, DCFR Full edition*, edit. Sellier, 2009, Book II. Chapter 4. *Formation*, p. 324.

⁷¹ *DCFR Full edition Book II, Chapter 4. Formation, cit.*, p. 324.

⁷² STAROSSELETS, T. (2004), Offre et acceptation: principes et quelques questions spéciales, dans *Le processus de formation du contrat*, edit. Larcier, Bruxelles, 2004, p. 46 y 49.

⁷³ DIEZ-PICAZO, L. (2011), *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, *Introducción Teoría del contrato*, editorial Aranzadi, Madrid, p. 360.

⁷⁴ AUZERO, G. (2008), Chapitre 2. Formation, en *Projet de Cadre Commun de référence. Principes contractuels communs*, edit Société de Legislation Comparée, colección Droit Prive Compare et européen, vol. 7, París, p. 257.

⁷⁵ STAROSSELETS, T., *cit.*, pp. 46-47.

⁷⁶ DAGORNE-LABBE, Y. (2001), *La formation...*, *cit.*, p. 36.

⁷⁷ Por eso DURANY PICH, S., *cit.*, p. 1088 viene a decir que el artículo 19 CISG responde a la visión tradicional o la regla del espejo. Apoyándose en este autor y en el mismo sentido CUADRADO PÉREZ, C., (2003), *Oferta y aceptación...*, *cit.*, Bolonia, p. 181.

⁷⁸ DESHAYES, O. (2012), La formation du contrat, en *Le droit commun européenne la vente. Examen de la proposition de règlement du 11 octobre 2011*, edit. Societe de Legislation Comparée, París, p. 109.

⁷⁹ FRANÇOIS, G. (2007), *Consentement et objectivation. L'apport des principes du droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, p. 146. CUADRADO PEREZ, C. (2003), *Oferta y aceptación...*, cit., p. 187.

⁸⁰ FRANÇOIS, G. (2007), *Consentement et objectivation. L'apport des principes du droit européen du contrat à l'étude du consentement contractuel*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, p. 151.

⁸¹ STAROSSELETS, T. (2004), Offre et acceptation: principes et quelques questions spéciales, en *Le processus de formation du contrat*, edit. Larcier, Bruxelles, p. 48, núm. 35.

⁸² Vid. en Francia MALAURIE, P., AYNÉS, L., y STOFFEL-MUNCK, P. (2011), *Droit civil, Les obligations*, edit. Defrenois, París, núm. 388, MAZEAUD, cit., núm. 135 y TERRÉ, cit., núm. 11. En España CUADRADO PÉREZ, C., (2003), *Oferta y aceptación...*, cit., p. 190, aunque este autor matiza que, cuando las modificaciones sugeridas no son esenciales, puede entenderse que la oferta mantiene su eficacia. También mantiene esta postura ROGEL VIDE, C., *Aceptación y contraoferta*, edit. Reus, Madrid, 2014, p. 93 que considera que la oferta se extingue por voluntad del destinatario contraria a la misma.

⁸³ En este sentido GHESTIN, J., DESCHÉ, B., (1990) *Traité des contrats. La vente*, LGDJ, París, núm. 118, pp. 128 y sigs. Por su parte, Díez-Picazo, L., cit., p. 361: *La objeción del oferente a las desviaciones o modificaciones no cambia la calificación de la respuesta del destinatario de la oferta. Por consiguiente, no transforma dicha respuesta en rechazo a la oferta. Y tampoco constituye revocación o caducidad de la oferta. Salvo que, con la objeción, se manifieste expresamente una voluntad revocatoria, el destinatario de la oferta puede todavía aceptarla, renunciando a las modificaciones por él introducidas o pretendidas.*

⁸⁴ KÖTZ, H., cit., *Formation, Validity ...*, cit., p. 31.

⁸⁵ DAGORNE-LABBE, Y. (2001), *La formation ...*, cit., p. 37. Este autor entiende que, cuando se produce una aceptación que es ineficaz en orden a la perfección del contrato, el hecho de que el oferente no retire la oferta inmediatamente autoriza a pensar que la misma aún subsiste y es susceptible de una nueva aceptación válida, salvo que haya expirado el plazo de aceptación entre la primera y la segunda aceptación, o cuando el autor de la contraoferta da a entender que rechaza definitivamente la oferta tal cual le ha sido presentada.

⁸⁶ Esta solución es criticada por ROGEL VIDE, C., (2014), *Aceptación y contraoferta*, ed. Reus, Madrid, p. 24: *Con todo y aunque el oferente no haya fijado plazo, se entiende que uno prudencial procede en todo caso.*

⁸⁷ Los comentarios oficiales al artículo 2.1.7 de los PICC 2010 dicen que se entiende como oferta verbal no solo aquella que se haga en presencia del destinatario, sino los casos en que el destinatario de la oferta pueda responder inmediatamente, ejemplificando con una oferta hecha telefónicamente o por medios electrónicos en tiempo real.

⁸⁸ Por su parte, el artículo 5.1 del Código Civil suizo de las obligaciones viene a decir, en lo que parece una referencia al carácter razonable del plazo, que: *l'auteur de l'offre reste lié jusqu'au moment où il peut s'attendre à l'arrivée d'une réponse expédiée à temps et régulièrement*,

⁸⁹ SCHLECHTRIEM, cit., p. 101, núm. 142.

⁹⁰ El Código Civil suizo no habla de aceptación tardía sino de recepción tardía (cfr. art. 5.2 Código suizo de las obligaciones).

⁹¹ No se procede a distinguir los dos supuestos referidos en el texto en el artículo 5.2 del Código suizo de las obligaciones que, simplemente, reconoce al oferente el derecho a admitir que la oferta se ha recibido en plazo, con independencia de que se emitiera o no dentro del mismo; tampoco el artículo 413-6 de la Propuesta de Código de Comercio realiza esa matización disponiendo, sin más diferenciación, que la aceptación tardía surtirá efecto como aceptación si el oferente, sin demora, se lo comunica al destinatario.

⁹² KÖTZ, H., *cit.*, p. 33, matiza, en este orden de cosas, que no parecería justo que el oferente pudiera dar eficacia a una aceptación muy tardía, sobre todo cuando las condiciones del mercado corren en contra de los intereses del aceptante.

⁹³ RACINE, J.-B., SAUTONIE-LAGUIONIE, L., TENENBAUM, A. y WICKER, G., (2008), *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, edited by FAUVARQUE-COSSON, B. et MAZEAUD, D., ed. Sellier, European law publishers, p. 255.

⁹⁴ Niega que, en este caso, nos encontremos ante una contraoferta que sea aceptada SCHLECHTRIEM, *cit.*, p. 102 núm. 143.

⁹⁵ KÖTZ, H., *cit.*, p. 33.

⁹⁶ SCHLECHTRIEM, en relación al Convenio de Viena, p. 102, núm. 143.

*(Trabajo recibido el 23-1-2015 y aceptado
para su publicación el 6-2-2015)*

El derecho de tiempo compartido en el nuevo Código Civil argentino

The timeshare right in the new Civil Code for Argentina

por

JERÓNIMO A. GIL DI PAOLA*

Director del Colegio de Abogados y Procuradores de Mendoza

RESUMEN: La presente investigación tiene como objeto analizar el nuevo Código Civil argentino, el cual contiene novedades de gran importancia en el ámbito de los Derechos Reales. Se observa una ampliación en su objeto, en las categorías (sobre cosa propia o sobre cosa ajena) y en su contenido. Puntualmente en materia de tiempo compartido, se supera la reglamentación impuesta por la normativa especial que primeramente lo reguló. Se presenta ahora como un sistema ordenado de protección estandarizada de los titulares, quienes contarán con la oponibilidad propia de los derechos reales. Los emprendedores gozan de garantías para encarar los desarrollos, limitados por los principios de buena fe y debida diligencia.

ABSTRACT: *This research aims to analyze the new Civil Code for Argentina, which contains new developments of great importance in the field of Real Rights. An expansion in its object, in the categories (on own thing or*

* Abogado Especialista en Derecho Inmobiliario, Urbanístico y de la Construcción. Doctorando de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza. Profesor Jefe de Trabajos Prácticos, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Universidad del Aconcagua, Mendoza.

another's) and its content is observed. Specifically regarding timeshare, the original regulation that addressed the institution has been improved. It is now presented as an ordered system of standardized holders, who will have the very enforceability of property rights protection. Entrepreneurs enjoy guarantees to address the developments, limited by the principles of good faith and due diligence.

PALABRAS CLAVE: Derecho civil y comercial. Argentina. Tiempo compartido. Consumidor. Emprendimientos. Turismo

KEY WORDS: Civil and Commercial Right. Argentina. Timeshare. Consumer. Entrepreneurship. Tourism

SUMARIO: I. EL DERECHO DE TIEMPO COMPARTIDO EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL: 1. EL RECONOCIMIENTO DEL TIEMPO COMPARTIDO EN EL DERECHO ARGENTINO. 2. LAS DIFERENTES REGULACIONES NORMATIVAS. 3. EL OBJETO DE LOS DERECHOS REALES Y LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS. 4. LA INCORPORACIÓN DE DERECHOS REALES «*IN FACIENDO*». 5. EL NUEVO DERECHO REAL ADOPTADO EN EL CÓDIGO. 6. EL DERECHO REAL DE TIEMPO COMPARTIDO COMO DERECHO SOBRE LA COSA PROPIA Y EJERCITABLE POR LA POSESIÓN.—II. LA ESTRUCTURA DEL TIEMPO COMPARTIDO: 1. EL CONCEPTO DE TIEMPO COMPARTIDO. 2. NATURALEZA JURÍDICA. 3. EL OBJETO DEL DERECHO. 4. CONTENIDO DEL DERECHO. 5. AFECTACIÓN. 6. REQUISITOS PARA LA AFECTACIÓN. 7. EFECTOS DE LA AFECTACIÓN. 8. CONSTITUCIÓN DE DERECHO REAL. *A. Título y modo suficientes. B. Usucapión. C. Justo título y boleto de compraventa.* 9. LA ADQUISICIÓN DE DERECHOS PERSONALES.—III. LA DINÁMICA DEL DERECHO DE TIEMPO COMPARTIDO: 1. SUJETOS DEL TIEMPO COMPARTIDO. 2. EL ROL DEL EMPRENDEDOR. 3. LA ADMINISTRACIÓN. 4. DEBERES DEL ADMINISTRADOR. 5. DEBERES DE LOS USUARIOS DEL TIEMPO COMPARTIDO. 6. LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS.—IV. EXTINCIÓN, RENUNCIA Y REGLAS DE INTERPRETACIÓN DEL TIEMPO COMPARTIDO: 1. EXTINCIÓN DEL TIEMPO COMPARTIDO. 2. LA RENUNCIA O ABANDONO DEL TITULAR. 3. RELACIÓN DE CONSUMO. 4. DERECHO REAL DEL ADQUIRENTE DE TIEMPO COMPARTIDO. 5. RESERVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA ESPECIAL.

I. EL DERECHO DE TIEMPO COMPARTIDO EN LA SISTEMÁTICA DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL

1. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE TIEMPO COMPARTIDO EN EL DERECHO ARGENTINO

La doctrina jurídica argentina desde las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Comisión 4, Bs. As., 1987) y el VI Congreso Nacional de Derecho Registral (Posadas, 1986), viene expresando preocupación sobre el fenómeno de las nuevas formas de propiedad y en particular de la, por entonces, llamada «multipropiedad».

Los clubes de campo, los cementerios privados y el tiempo compartido desafiaban los moldes jurídicos preexistentes, porque adjudican derechos a perpetuidad o muy extendidos en el tiempo, hallándose entrelazados con un complejo de obligaciones inherentes a su desenvolvimiento. Estas situaciones no eran contempladas por la legislación civil hasta hoy vigente.

También estos nuevos negocios jurídicos plantean cuestiones polémicas al interrogar al concepto mismo de dominio y porque la incorporación de nuevos derechos reales genera renuencias en pos de conservar la cantidad limitada y reducida de estos (principio de *numerus clausus*, recogido en el art. 1884 del nuevo ordenamiento).

Siguiendo una línea restrictiva, los anteriores intentos de unificación de legislación civil y comercial preveían la inclusión de la multipropiedad o tiempo compartido como una especie de condominio con indivisión forzosa o como un derecho personal (art. 2715, Proyecto Código Civil y Comercial, año 1987; art. 3160 Proyecto Comisión Federal, año 1992; art. 2030, Proyecto de Unificación, año 1998).

La Ley 26356 reguló, finalmente, al tiempo compartido con fines turísticos, recibiendo unánimes críticas de la doctrina (XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión núm. 5, Derechos Reales, Conclusiones, pto. II) (PUERTA DE CHACÓN, 2009, 1159).

El nuevo Código Civil argentino, sancionado por Ley 26994 del año 2014 decididamente sistematiza en forma general al tiempo compartido¹ (en adelante el Código).

Los «Fundamentos del anteproyecto» elaborados por la comisión redactora del Código ponen de manifiesto que la regulación parcializada y específica efectuada en materia de tiempo compartido lo torna ajeno a «los principios generales clásicos y de difícil interpretación y aplicación práctica», agregando que el crecimiento de este tipo de propiedad surge en tanto se «brinda mayor aprovechamiento de los recursos al utilizarse en común» (pto. VII. Libro cuarto, Capítulo 1. Principios comunes).

El Código admite la organización del negocio en el marco tanto de los derechos reales como personales, brindando reglas claras en orden a la creación,

operación y extinción del tiempo compartido. Ello incentivará el desarrollo de un negocio que moviliza grandes sumas de dinero y genera importantes fuentes de trabajo. También la penetración del negocio en los sectores mayoritarios de la población sostiene la protección legal acordada².

Finalmente, precisamos que por razones metodológicas no ingresaremos en el estudio de las posibilidades de intercambio vacacional que son usuales en la operatoria. No solo porque la norma prescinde de su referencia, sino también porque resultaría necesario incorporar al análisis elementos de derecho internacional privado, lo cual excedería el marco de la presente investigación.

2. LAS DIFERENTES REGULACIONES NORMATIVAS

Desde que surgió esta novedosa forma de explotación empresarial fueron sucediéndose diferentes iniciativas legislativas tendentes a contenerla. Así fue que durante el año 2008 se modificó el artículo 1.º de la ley 26361 (Ley de Defensa del Consumidor) incorporando como relación de consumo a la adquisición de derechos en tiempo compartido. A su vez la ley 26356 (Ley de Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido, STTC), intentó una regulación del tema en la operatoria turística.

Hoy en día el derecho de tiempo compartido se suma a la regulación que efectúa la normativa referenciada.

En este orden de cosas, debe destacarse que el Código ha derogado parcialmente la Ley 26356. Así, los Capítulos III (referente a la constitución de STTC), IV (aspectos contractuales), V (administración del emprendimiento) y IX (relativo a la extinción) quedan sin vigencia [art. 3 inc. g), Ley 26994].

Vale preguntarse si podría darse un tiempo compartido sin la necesaria observancia de las Leyes 26356 y 26361. En abstracto, la respuesta es afirmativa, puesto que es admisible una organización cerrada o privada de uso discontinuo de bienes; asimismo ante la reventa de derechos, efectuada por el usuario titular, en principio dichas normas no serían de aplicación a ese negocio jurídico.

Otro interrogante referido a la pluralidad de regulaciones surge en relación a eventuales superposiciones normativas, v. gr. el plazo que se fija a los fines de la revocación o desistimiento de la aceptación del contrato (art. 34, Ley 26361). Según el Código debe primar la *norma indisponible* establecida por la ley especial y por el código (art. 963)³. Es posible que deban tenerse en cuenta los principios de *favor debilis* o norma más favorable al consumidor (arg. art. 2100), como también priorizar la interpretación que no altere al derecho real como tal (art. 1884, parte final).

En derecho comparado existen normas que aclaran la división de materias en este aspecto. Así el Código Civil de Cataluña (art. 554) regula al tiempo compar-

tido como supuesto especial de copropiedad, y establece que queda fuera de su regulación la que se pudiera configurar sobre inmuebles con destino turístico⁴.

En nuestro sistema se advierte que el Código tiene vocación para regular la generalidad de los casos y las leyes especiales lo complementan, salvo derogaciones expresas (conf. art. 75 inc. 12, Constitución Argentina). Si se concuerda con ello, cuando se trate de emprendimientos con fines de turismo, la operatoria deberá conformarse en primer término al Código y en segundo al régimen especial vigente (Ley 26356).

3. EL OBJETO DE LOS DERECHOS REALES Y LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS

La teoría clásica enseñaba que el objeto de los derechos reales solo podía estar constituido por cosas y donde su titular ejercía un poder legal directo e inmediato (XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 4, Conclusiones). Esta noción parece evolucionar notablemente en el Código. La redacción del artículo 1883 establece que *el derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa. El objeto también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley*.

Los Fundamentos del anteproyecto refieren que el objeto de los derechos reales «puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley, pensando en casos... de derechos complejos como el tiempo compartido» (pto. VII. Libro cuarto, Capítulo 1. Principios comunes). Se observa entonces un corrimiento del objeto de los derechos reales hacia bienes que no son cosas, producto de la complejidad que implica asumir que el elemento «tiempo» juega un papel central en la estructura misma del derecho real.

Se ha criticado la primera parte de la disposición en el sentido que no resulta convincente insistir en la ambigua noción de «parte indivisa», pues si está en juego una idealidad, connotarla con la mención de «parte» hace pensar en una materialidad absolutamente impropia para expresar la proporción del derecho de cada condómino sobre el objeto (ALTERINI, 2012, 898).

No obstante ello y a partir de la literalidad de la norma citada, podrían inferirse del Código al menos cuatro categorías de derechos reales:

- a) *Derechos que recaen sobre la totalidad del objeto, integralmente*. Aquí el régimen de derechos reales se aplica a la totalidad del objeto, sin admitir subdivisiones. Ingresarían a esta categoría los derechos reales de dominio (arts. 1941 y sigs.), la superficie (art. 2114), usufructo (arts. 2129 y sigs.), el uso (arts. 2154 y sigs.), la habitación (art. 2158), la servidumbre (art. 2163), la hipoteca (art. 2205), la anticresis (art. 2212) y prenda (art. 2219).

- b) *Derechos sobre la totalidad del objeto, por una parte, cuota o porción indivisa.* El régimen recae sobre la totalidad del objeto, admitiendo subdivisiones ideales. Este objeto es propio del condominio clásico (art. 1983 y sigs.). Pueden asimilarse a ellos los derechos derivados de la indivisión postcomunitaria (art. 481 y sigs.) e indivisión hereditaria (art. 2280 y conc.). Se admitiría en el usufructo⁵, el uso (art. 2154), y la hipoteca sobre parte indivisa (art. 2207).
- c) *Derecho sobre una parte material (parcialidad) del objeto, integralmente.* Aquí es esencial la discriminación de partes exclusivas y ajenas o parcialmente ajenas; sobre estas, las facultades pueden ser de variado corte —desde interdependientes no escindibles, hasta independientes—. Conforman este grupo, la Propiedad Horizontal (art. 2037), los conjuntos inmobiliarios (art. 2074), el tiempo compartido (art. 2087), el cementerio privado (art. 2103), el usufructo (art. 2130), la superficie (art. 2114) y las servidumbres (art. 2163).
- d) *Derecho sobre una parte material (parcialidad) del objeto, por una cuota o porción indivisa.* El caso abarca los supuestos de subdivisiones ideales de cosas materialmente divididas (c-), v. gr. condominio sobre sepultura en cementerio privado.

Entonces, bien entendido, «parte material» es la referencia del Código a lo «parcial»⁶. Esa parcialidad puede darse en sentido material y en sentido formal o ideal. La sistemática podría quedar conformada por los binomios «integralidad-proporcionalidad (indivisibilidad)» y «totalidad-parcialidad (divisibilidad)».

Cuando se constituyan derechos de los del tipo a) y b) la protección jurídica de la *indivisibilidad* tiene proyección a la totalidad de la cosa, mientras que en derechos circunscriptos a partes materiales no existe tal proyección (v. gr. legitimación activa del condómino en la acción reivindicatoria, art. 2251).

Cuando la dinámica del derecho se produce en c) y d) hablamos de derechos en los cuales toman relevancia estructural la cooperación social en el ejercicio de los mismos (por ej. *administración de los conjuntos inmobiliarios, expensas, etc.*). Los Fundamentos del anteproyecto establecen la necesidad de incorporación de los *derechos colectivos y participados*, lo cual se justifica en la comprensión de la complejidad a partir de la originalidad que resulta de las nuevas categorías (pto. VII. Libro cuarto, Capítulo 1. Principios comunes).

Nótese que en el condominio la *parcialidad* normalmente es ideal, pero en el tiempo compartido esa *parcialidad* no se ofrece tan clara, porque no resulta claro ni eficiente a primera vista fraccionar unidades habitacionales, días o semanas del año y de allí expresar porcentuales ideales. Mejor aparece la opción relativa a que cada titular cuente con un derecho independiente y separado del resto, debidamente identificado en el título causal y ajustado por efecto del reglamento o escritura reguladora (parcialidad material).

De igual forma el condominio es apreciado tradicionalmente como *derecho sobre cosa propia*, no encuadrando en la categoría de cosa *parcialmente propia*, en tanto que las facultades son ejercitables sobre la totalidad de la misma, encontrándose fragmentado tan solo idealmente el derecho entre varias personas (arts. 2676, 2684, Código Civil)⁷.

ABELLA y MARIANI DE VIDAL (2013, 2) entienden que el tiempo compartido será una suerte de condominio en el cual regirá el artículo 1987 del código, que admite el uso y goce alternativo de la cosa común.

Esta posición conserva la regulación efectuada por los proyectos de unificación previos, ya comentados, respecto a los cuales parte de la doctrina afirmaba que el derecho reviste características demasiado particulares como para ser considerada una mera causa de indivisión (HIGHTON, ÁLVAREZ JULIÁ, LAMBOIS, WIERZBA, DE HOZ; 1993, 274; VENTURA, 1988, 603).

Ahora bien, parece claro que la sistemática del código innova en este aspecto con relación a sus antecedentes (HIGHTON, 2012, 592).

Tal innovación admite el fraccionamiento material del derecho sobre la cosa propia (parcialmente propia), lo cual implicaría la adopción en nuestro derecho de las «comunidades *pro diviso*».

Esta cuestión sería verdaderamente novedosa con relación a la sistemática del antiguo Código Civil argentino.

Atentos a una tesis doctoral española (MOLINARI VILCHEZ, 2002, 50), podemos afirmar que la comunidad *pro diviso* consiste en una distribución de las facultades del dominio atribuidas a diferentes propietarios de una misma cosa (ALBALADEJO, 1994, 448; CASTÁN TOBEÑAS, 1992, 478; LACRUZ BERDEJO, 1988, 26).

No hay aquí un derecho de propiedad sobre algunas potestades y otro derecho de mayor importancia que lo pueda restringir o acortar, sino varias propiedades sobre diferentes aprovechamientos que la cosa puede brindar.

Tampoco existe una copropiedad *pro indiviso* por la que se distribuya el derecho de propiedad a través de cuotas abstractas sobre toda la cosa.

Los porcentajes de titularidad que reconocen un derecho exclusivo del condómino, carecen de sentido en las comunidades *pro diviso*, porque en su lugar cada titular ejerce distintas facultades sobre el bien.

Existen entonces varias titularidades distintas sobre un mismo objeto mediato (que puede ser un inmueble, un mueble (cosas) e incluso una licencia (bienes), entre otros). Dichas titularidades recaen directamente o de forma inmediata sobre los distintos aprovechamientos que puede ofrecer la cosa o el bien (objeto inmediato).

Esa confluencia de titularidades, cualitativamente diferentes, exige la adopción de un criterio para solucionar la *concurrency de derechos*, problema fundamental a resolver en estas copropiedades.

Cuando la utilidad de la cosa implica fraccionar su uso en el tiempo y en sectores o espacios, sería forzoso reconocer una subdivisión entre comunidades *pro diviso* en un aspecto material y en un aspecto temporal.

El aprovechamiento de la cosa (la ocupación) se dividirá en periodos (semanales, mensuales), dentro de uno más amplio (anual), para la utilización periódica por parte de sus titulares. Aquellos periodos se consideran derechos de propiedad diferenciados por la temporalidad del disfrute. No se individualizan facultades cualitativamente diferentes, sino tiempos de utilización.

Esta conclusión sustenta y da fuerza a la idea de complejidad entendida como una evolución en las categorías utilizadas para la comprensión de los derechos reales.

4. LA INCORPORACIÓN DE DERECHOS REALES «IN FACIENDO»

Es relevante establecer si la incorporación del tiempo compartido implica una innovación teórica al sistema argentino de derechos reales.

En los Fundamentos del anteproyecto se lee con claridad que *la proximidad del vecino y la comunidad de intereses requiere una adaptación de la normativa a aspectos impensados en tiempos del codificador. A tal punto es así en el Código Civil que el principio de la accesión según el cual todo lo edificado y plantado pertenece al dueño del suelo, está ínsito en las bases del régimen; y la comunidad en el condominio tiene como nota más típica su tendencia hacia la partición, principios impensables para estos derechos compartidos*» (pto. VII. Libro cuarto, Capítulo 1. Principios comunes).

En el sistema de VÉLEZ SARSFIELD los derechos reales *in faciendo* no podían tener cabida, en tanto que «no hay obligación que corresponda a los derechos reales (art. 497 CC)» (ALTERINI, 2011, 52). Lo cierto es que no existe norma semejante en el nuevo Código y la causa de las obligaciones se amplía a «*todo hecho idóneo para producirla*» (art. 726). Es decir que en esta inteligencia no existe óbice legal para introducir en el nuevo cuerpo normativo la noción de «derechos reales *in faciendo*».

La referencia como categoría independiente es reforzada por lo taxativo del concepto de carga o gravamen real, que el Código establece como «el significado para el dueño de la cosa de los derechos reales sobre cosa ajena constituidos sobre ella» (art. 1888, 2.º párrafo).

En el tiempo compartido la prestación de servicios es de la estructura misma del derecho real. Prueba de ello es que un usuario indirecto (v. gr. quien adquirió el derecho a utilizar un solo periodo de manos del titular), podría exigir el cumplimiento de los servicios complementarios por parte del administrador (MOLINARI VILCHEZ, 2002, 473)⁸.

En el derecho español, Díez-PICAZO y GULLÓN se plantean si resulta posible la existencia de un derecho real que no implique la satisfacción del

interés de su titular mediante un señorío directo sobre la cosa, sino mediante la realización de una prestación positiva a cargo de tercero (DÍEZ-PICAZO, GULLÓN, 1997, 40).

Con arreglo a la teoría clásica del derecho real no es posible, pues la conducta de los terceros (especialmente la del propietario gravado con un derecho real) es básicamente negativa: abstenerse, tolerar, sufrir el señorío del titular.

Si para la satisfacción de su interés este titular requiere la cooperación de un tercero de tal modo que sin ella quedaría frustrado, saldríamos de la órbita del derecho real para entrar en el derecho de obligaciones.

Una primera lectura del artículo 1882 parecería continuar con esta tesitura cuando afirma que el derecho real es «el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma...».

También los Fundamentos del anteproyecto hablan que «El marco legal de los conjuntos inmobiliarios, cuando se configuren derechos reales, es el de propiedad horizontal, aunque pueden existir conjuntos inmobiliarios en los que se establezcan los derechos como personales o en los que coexistan derechos reales y derechos personales» (pto. VII. Libro cuarto, Título VII. «Conjuntos Inmobiliarios»).

En este sentido el *poder jurídico* del titular de tiempo compartido está restringido a la «ocupación» o «uso conforme a su destino» del bien que se trate.

Pero no puede perderse de vista que la efectiva *prestación de servicios* es consustancial a la existencia del derecho, especialmente cuando se trata de establecimientos turísticos.

Es decir que si la unidad está en malas condiciones de mantenimiento, faltan los servicios comprometidos, etc., ello obsta al disfrute o ejercicio mismo del derecho real y se abre la posibilidad de revocación del derecho con sus consecuencias indemnizatorias.

Aquí se torna relevante la noción de «*inherencia o sujeción*» sobre la cosa en la cual se ejercerán los derechos. Más adelante veremos cómo se desenvuelven los atributos que como derecho real corresponderían.

El «desarrollador» tiene el «deber jurídico» de garantizar el adecuado ejercicio del derecho de los titulares, pero esa función se justifica por el marco jurídico establecido de los derechos reales, y no por un vínculo individual asumido por efecto de una obligación (sin perjuicio de la aplicación subsidiaria de lo establecido para las obligaciones de hacer, arts. 773 y sigs.).

Se advierte entonces en el derecho real *in faciendo* una forma particular de vincular a los terceros sin alterar la estructura del derecho real.

El emprendedor o el propietario del inmueble afectado a tiempo compartido no deben ser considerados simplemente como terceros cualificados, es decir, alguien que dentro del inmenso campo de los terceros que han de respetar el derecho real se destaca con más relieve que los demás, sino que es sujeto de una auténtica conducta, de una auténtica prestación de hacer.

No debe existir, por tanto, inconveniente en que esa misma conducta sea positiva, consista en un hacer para que aquel titular consiga la satisfacción de su interés.

Esta inteligencia se corrobora en la corriente de opinión que propugnaba la creación del derecho real autónomo de tiempo compartido, afirmando que la recepción de los servicios implícitos a la titularidad deben estar acompañados de un «cuasicontrato» que regule los derechos y obligaciones existentes entre los integrantes del sistema y los terceros, como en el caso de la propiedad horizontal, el condominio y el usufructo (ÁLVAREZ JULIÁ, 2002, 66; MOLINARIO, 1965, 133).

En conclusión, la interpretación favorable hacia los derechos reales *in faciendo* se ve justificada cuando se conceptualiza al derecho real atribuyendo a su titular todas las facultades previstas en el Código (art. 1882).

5. EL NUEVO DERECHO REAL ADOPTADO EN EL CÓDIGO

Decididamente el Código enumera como derecho real autónomo el «tiempo compartido» como una especie del género conjuntos inmobiliarios (art. 1887, inc. f). El Título VI del Libro Cuarto así lo indica.

No obstante, también podría hablarse de conjuntos inmobiliarios estrictamente considerados, por cuanto han sido regulados como derechos reales en forma autónoma (art. 1886 inc. e). Abarca la noción a los denominados *emprendimientos urbanísticos* (barrios cerrados, clubes de campo, parques industriales, etc.).

Esta cuestión da lugar a disquisiciones en orden a si el derecho está previsto exclusivamente para ser ejercido sobre inmuebles, o bien admite que se organice sobre cosas muebles o derechos intelectuales. Más adelante será objeto de análisis el punto.

El tiempo compartido está regulado en el Libro Cuarto del Código Civil y Comercial, Título VI «Conjuntos Inmobiliarios», Capítulo 2.

Con relación a la terminología empleada, tiempo compartido parece una designación un tanto equívoca, al menos desde una primera aproximación. La doctrina ha indicado que el nombre proviene de la denominación comercial de la operatoria (*time sharing*)⁹. La normativa de la Unión Europea emplea la terminología *Timeshare Directive* para identificarla. Por tanto el nombre aparece como una traducción literal del apelativo anglosajón del instituto.

Semánticamente podría interpretarse que la denominación es ambigua, puesto que el objeto del derecho (lo compartido) es «la cosa» o el «bien de disfrute» y no específicamente «el tiempo» (PUERTA DE CHACÓN, 2012, 466).

Sin perjuicio de lo observado, puede afirmarse que se trata de un *nombre de ficción* sin mayor referencia a la estructura del derecho que se regula. Así debe ser tomado el nombre «tiempo compartido» en sentido de «denominación

distintiva» del derecho real y no como indicador de sus propiedades intrínsecas¹⁰. También se ha sostenido que la terminología empleada se encontraría arraigada en el lenguaje jurídico y popular (ÁLVAREZ JULIÁ, 2002, 64)¹¹.

Finalmente, tiempo compartido ofrece menos inconvenientes que el de multipropiedad, como lo hicieron notar la XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil y las ponencias que se refirieron al fenómeno (KEMELMAJER DE CARLUCCI, PUERTA DE CHACÓN, 1987).

6. EL DERECHO REAL DE TIEMPO COMPARTIDO COMO DERECHO SOBRE LA COSA PROPIA Y EJERCITABLE POR LA POSESIÓN

El Código establece que el derecho real de tiempo compartido debe entenderse como un derecho sobre cosa *parcialmente propia* (conf. art. 1888).

Hechas las aclaraciones de los apartados anteriores, corresponde aquí señalar que la norma se aleja un tanto de la tendencia que marca el Derecho Europeo, orientada a evitar confusiones en los usuarios-consumidores. Concretamente, en España, la Ley 4/2012 establece la prohibición de vincular el sistema a una cuota indivisa de la propiedad, ni denominarse multipropiedad, ni de cualquier otra manera que contenga la palabra propiedad (art. 23 inc. 4). Esta previsión coloca al instituto dentro de los derechos reales sobre cosa ajena porque de otro modo se favorecería la publicidad engañosa.

Asimismo el artículo 1891 no deja lugar a dudas en que el derecho en ciernes se ejerce por la posesión.

Para el titular del derecho real de tiempo compartido la facultad de disfrute implica un poder directo e inmediato, concretado por la ocupación de la cosa, la cual se produce en forma discontinuada. En lo que respecta al derecho considerado en sí mismo, estará siempre presente formando parte del patrimonio del titular.

La ocupación está circunscripta por el periodo dispuesto (*v. gr.* una semana) y durante el número de años por el cual se lo haya constituido. Puede aclararse que el tiempo compartido puede tener tanto una duración definida como indefinida, atento a que se trata de un derecho sobre cosa propia.

Si bien tiene cierta similitud con el condominio en tanto que ambos derechos admiten el uso alternado y por periodos de la cosa, la diferencia sustancial radica en la existencia de servicios complementarios consustanciales al tiempo compartido.

Asimismo el hecho de ser regulado como derecho sobre la cosa propia permite la duración indefinida del derecho, la patrimonialidad del derecho que permite su sucesión a título particular o universal, y resulta prenda común de los acreedores de los titulares del derecho. Tales cuestiones que en el marco de los derechos reales sobre cosa ajena quedan limitadas por efecto de la temporalidad, de la intransferibilidad o de la personalidad atribuida a esos derechos.

II. LA ESTRUCTURA DEL TIEMPO COMPARTIDO

1. EL CONCEPTO DE TIEMPO COMPARTIDO

El artículo 2087 considera que existe tiempo compartido si *uno o más bienes* están afectados a su *uso periódico y por turnos*, para *alojamiento, hospedaje, comercio, turismo, industria u otros fines* y para brindar las *prestaciones compatibles* con su destino.

El tiempo compartido, dada su definición, estaría caracterizado por tres elementos diferenciadores: ocupación, turno y prestaciones compatibles.

También se lo ha identificado como el disfrute alternativo, discontinuo y en el cual los bienes afectados, necesariamente, permanecen indivisos mientras perdura el sistema (ABELLA, MARIANI DE VIDAL; 2013, 2).

Ese periodo de disfrute puede estar definido en el año calendario —tiempo compartido fijo— o puede ser determinable con posterioridad, según pautas establecidas en el contrato o en el reglamento de uso —tiempo compartido flotante—.

El tiempo compartido como producto turístico es observado como la contratación del uso de un inmueble, en un área turística y por un tiempo determinado de una o dos semanas por año. En este ámbito, la normativa ha intentado garantizar el efectivo disfrute de cada derecho en una relación muy compleja, lo que hace que deba ser analizado como una relación de consumo en la que pueden existir derechos reales y personales (LORENZETTI, 2009, 355).

La jurisprudencia ha consolidado la aplicación de las normas consumeristas al fenómeno¹².

Cuando el emprendimiento se organiza como *producto turístico* existen ciertas normas tipificantes: uso dividido en semanas, inmueble sujeto a aprovechamiento turístico, relación de larga duración, servicios complementarios, etc.¹³.

Cabe reiterar aquí que la normativa del Código es general o de base y cuando se organice la operatoria como producto turístico deberá observarse además la ley específica.

2. NATURALEZA JURÍDICA

El Código regula un nuevo y autónomo derecho real. Esta toma de posición obedece a la doctrina jurídica que propiciaba la creación de un nuevo derecho, autónomo, aunque ahora sin expresa mención al término «multipropiedad» que tanta controversia había marcado en aquella (Despacho A, Comisión 4, XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bs. As., 1987).

El Código ha dejado abierta la posibilidad de estructurar los emprendimientos en el ámbito de los derechos personales. Allí la relación jurídica tiene

características más dinámicas por la apertura que ofrece dicha configuración (en particular cuando se trata de tiempo compartido flotante, de clubes vacacionales, etc.).

El plazo de duración del tiempo compartido pareciera que ha sido librado a la autonomía de la voluntad. No precisa el Código una duración mínima.

Para la constitución del tiempo compartido como derecho real, debe presentarse dentro de situaciones jurídicas que son necesariamente duraderas, pues solo a través de un prolongado lapso temporal es posible que se cumplan las funciones económico-sociales que a través de los derechos reales se pretende alcanzar (DÍEZ-PICAZO, 1995, 476).

Véase que la duración indefinida o perpetua se justifica en la medida que se trata de un derecho sobre la cosa propia. El plazo máximo determinado tiene sentido en los derechos reales sobre la cosa ajena, como en el modelo español (art. 24, Ley 4/2012).

La duración indefinida no se opone al funcionamiento normal de este derecho real.

No obstante, al preverse la extinción del tiempo compartido por vencimiento de plazo de afectación (art. 2099 inc. a) es admisible su configuración ajustada en el tiempo. En caso de ausencia de mención de plazo tendrá como límite la duración de la afectación. Esto debe ser correctamente informado a los usuarios porque podría inducir a error en la contratación, viciando el consentimiento (v. *gr.* considerar perpetuo un derecho cuya afectación es por tiempo determinado).

De igual modo surge la incógnita con relación a la duración máxima de los periodos anuales de titularidad.

El Código nada dice y de allí surge la duda si la periodicidad puede ser por plazos superiores a los días de un año (v. *gr.* turnos anuales).

En otros países, como Chile, se establece que el periodo asignado no debe superar los tres meses por año para fines turísticos (Ley núm. 19496, art. 2, inc. c) (HERRERO GARCÍA, 2005, 40).

Asimismo, la norma muestra amplitud regulativa en cuanto, a diferencia del derecho comparado (y de la Ley 26356), no se establece un periodo mínimo de duración del contrato (v. *gr.* 1 año) y unidades de tiempo mínimas de ocupación (v. *gr.* 1 semana).

La Directiva de la Unión Europea 2008/122/CE dispone que el plazo mínimo de duración del contrato debe ser superior a un año.

Ante la falta de precisión al respecto, podrá plantearse en nuestro derecho el fraccionamiento del uso en días y hasta en horas. Incluso el contrato podría tener una duración inferior al año, v. *gr. oficinas en alquiler o en tiempo compartido*¹⁴.

Ante situaciones anómalas, los jueces deberán observar eventuales desnaturalizaciones ateniéndose a las particularidades del caso concreto.

3. EL OBJETO DEL DERECHO

La Ley 26356 circunscribe el objeto del derecho a los inmuebles (art. 2), cuestión que fue criticada por la doctrina (SILVESTRE-LUBINIECKI; 2008, 909). El artículo 2087 del Código establece literalmente un objeto más amplio, incluyendo muebles.

Así se habla de *bienes* y de la *afectación* de estos a determinados destinos indicados a manera de ejemplo y no taxativamente por la norma (alojamiento, hospedaje, comercio, turismo e industria).

A dichos usos puede agregarse el destino compartido de cocheras, oficinas profesionales, consultorios, en inmuebles. En cosas muebles: cosechadoras, sembradoras, helicópteros, yates, equipos de computación y aparatología médica de alta complejidad, casas rodantes, etc. Incluso es posible abarcar bienes que no son cosas, tales como marcas y patentes e infraestructuras industriales (ABELLA, MARIANI DE VIDAL; 2013, 1).

Todo esto conlleva a reiterar la naturaleza compleja del derecho, por la pluralidad de objeto admitido (HIGHTON, 2012, 591; MAVRICH, 2009).

No obstante, no debe perderse de vista que el título donde se ubica la regulación se refiere a *conjuntos inmobiliarios* (Título VI, Libro IV). Una postura estricta podría opinar que el objeto «*bienes*» al que hace referencia el artículo se refiere a *muebles y servicios* que se encuentran unidos a una explotación inmobiliaria. Pero lo cierto es que la norma no restringe a los inmuebles el objeto y admite en forma amplia la configuración del emprendimiento.

Cuando la organización del derecho real comprenda la utilización de servicios, es necesario que los bienes sean determinados en su especie o género según sea el caso, y las cantidades ofrecidas deben contar con criterios suficientes para su individualización (art. 1005).

La Directiva 2008/122/CE (14 de enero de 2009) en su artículo 2.1.a) conceptualiza al «contrato de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico» como un «contrato de duración superior a un año en virtud del cual un consumidor adquiere, a título oneroso, el derecho a utilizar uno o varios alojamientos para pernoctar durante más de un periodo de ocupación». Tal estipulación supera la normativa europea previa que se limitaba a los «inmuebles»; ahora por el término «varios alojamientos» puede interpretarse al uso de embarcaciones, caravanas, etc., (MUNAR BERNAT, 2009, 14).

4. CONTENIDO DEL DERECHO

El artículo 2088 establece que, independientemente de la naturaleza de los derechos que se constituyen o transmiten (personales - reales), y del régimen legal al que los bienes se encuentren sometidos (registrables - no registrables),

el tiempo compartido se integra con inmuebles, muebles y servicios en tanto la naturaleza de estos sea compatible con los fines mencionados.

Como puede advertirse, de la literalidad del artículo se desprendería que el tiempo compartido configura una *universalidad de hecho* o bien un *patrimonio de afectación*.

Ello sería así por cuanto en principio se establece que las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario no pueden considerarse inmuebles por accesión (art. 226)¹⁵.

Asimismo, de acuerdo al artículo 1927, la posesión sobre universalidades de hecho está dada sobre las partes individuales que comprende la cosa. El Código admite en dichas universalidades la acción de despojo (art. 2241), la de manutención (art. 2242), la de reivindicación (art. 2252).

Finalmente, la referencia inmuebles y muebles no solo deben ser entendidos como una complementariedad funcional dentro de una sola operatoria, sino también admitiendo que el tiempo compartido recaiga solo sobre muebles si la finalidad del derecho puede ser cumplida.

5. AFECTACIÓN

El artículo 2089 establece que *la constitución de un tiempo compartido requiere la afectación de uno o más objetos a la finalidad de aprovechamiento periódico y por turnos, la que, en caso de tratarse de inmuebles, debe formalizarse por escritura pública, que debe contener los requisitos establecidos en la normativa especial*.

El sistema continúa la tendencia de la Ley 26356 (art. 9), siguiendo analógicamente los lineamientos de la Ley 19724 de Prehorizontalidad (Ley ahora derogada por la sanción del Código) (PUERTA DE CHACÓN, 2009, 1161).

Se establece que independientemente del régimen de constitución de los derechos reales en particular, el emprendimiento debe contar con un «acto jurídico de afectación», el cual es formal y obligatorio para los organizadores de la actividad (conf. art. 2089).

En materia de inmuebles se formaliza la afectación a través de escritura pública. Esta norma es considerada operativa en sí misma y la referencia que el artículo establece debe ser entendida en relación a los requisitos complementarios que pueden o no preverse por leyes especiales (sí están previstos en la Ley 26356). En caso de inexistencia de ley especial, bastará con dar cumplimiento a los recaudos establecidos para la escritura pública (art. 305). Esta posición parece no ser compartida por un sector de la doctrina (ABELLA-MARIANI DE VIDAL, 2013, 2).

En la generalidad de los casos deberá estarse a los requisitos generales previstos para la modificación de derechos reales sobre inmuebles (conf. arts. 1017,

inc. a), 299, 301, 302), con la particularidad que en el caso se trata de un acto jurídico unilateral¹⁶.

Debe repararse en que si normas provenientes de Tratados Internacionales de Derechos Humanos han sido declaradas operativas aún ante la omisión de toda reglamentación, puesto que lo contrario implicaría incumplir la ley, con menos esfuerzo debe concluirse al respecto de la estructura de los derechos patrimoniales regulados positivamente por la norma de fondo (arts. 14, 17, 75 inc. 12 CN)¹⁷.

En este sentido mal podría el Registrador oponerse a la inscripción de la afectación por ausencia de norma especial o reglamentaria.

Esta conclusión se funda en que el acto de afectación constituye el nudo gordiano de la figura. A partir de esta, el sistema brinda seguridad jurídica a los titulares de derechos y en ausencia del acto jurídico de afectación, quedará desdibujada la oponibilidad del derecho y la protección de los adquirentes.

Cuando se trate de bienes muebles registrables y la finalidad del negocio sea comercial, la afectación deberá inscribirse en los registros correspondientes, dando cumplimiento a su normativa. En caso de configuración civil, o no comercial, podrá obviarse la afectación inscribiendo en un solo acto a todos los titulares compartidores.

Cuando se trate de cosas muebles no registrables y en caso de que se ofrezcan al público en general, la afectación se torna inviable y por ende la seguridad del consumidor se verá resentida.

Los otorgantes del acto deben ser el propietario y el emprendedor, en caso de que no coincidan (art. 2090). Del tenor del propio artículo surge asimismo que el emprendedor podría manifestar el consentimiento con la afectación por medio de acto separado, por lo cual el otorgamiento no necesariamente debe ser realizado en forma conjunta. En este punto se aclara una disposición de la Ley 26356 (art. 9), de manera que ahora resulta indudable que quien debe otorgar la escritura de afectación es el propietario (COSSARI, 2008, 1266).

6. REQUISITOS PARA LA AFECTACIÓN

Para afectar un bien a tiempo compartido, el Código establece ciertos recaudos ordenados a fin de evitar la frustración del negocio por causas que obstruyan desde el principio su viabilidad. Es por ello que se exige que los bienes se encuentren libres de gravámenes y restricciones (art. 2091).

Ello significa que el bien tiene que estar sin la constitución de otros derechos reales que deba soportar como gravamen, sin cláusulas resolutorias explícitas que den origen a dominios imperfectos, afectaciones incompatibles con la operatoria (v. gr. vivienda familiar), sin medidas cautelares dispuestas judicialmente, sin restricciones voluntarias o legales fijadas en interés público o privado que im-

posibiliten el destino (v. gr. que la zonificación local no admita la instalación de emprendimientos semejantes) (comp. arts. 239, 1970, 1973, 1978-82) (PUERTA DE CHACÓN, 2012, 480).

Se supera con esta previsión la crítica realizada a la Ley 26356, en tanto desprotegía a terceros interesados, en general acreedores de fecha anterior y en particular al acreedor hipotecario (ABELLA-MARIANI DE VIDAL; 2009, 889).

Asimismo, complementa el trámite de afectación la inscripción registral del instrumento (art. 2092). Dicha inscripción debe ser realizada tanto en el Registro de la Propiedad del lugar donde se ubique el inmueble, como así también en el Registro de Prestadores y Establecimientos afectados a Sistemas de Tiempo Compartido previsto en la ley especial.

Dicha inscripción debe realizarse previo a todo anuncio, ofrecimiento o promoción comercial.

La sanción de la omisión de afectación creemos que debe ser de similar orden que la dispuesta en el caso de la prehorizontalidad. Allí se ha establecido que el enajenante que no ha cumplido con la afectación del inmueble no puede reclamar a los adquirentes el cumplimiento de sus obligaciones o la resolución del contrato, disponiendo que los derechos de los usuarios son irrenunciables¹⁸.

7. EFECTOS DE LA AFECTACIÓN

Se advierte que la afectación pondrá el bien al resguardo de los ataques de terceros (sucesores, acreedores, etc.). El propietario podrá incluso gravarlo, pero ante un eventual intento de ejecución, el mismo adolecerá de una «*ejecutabilidad limitada*» (arts. 2091 y 2093).

Se ha dicho con relación a los efectos de la afectación que los mismos pueden variar desde la simple publicidad-noticia, que obligará o no a su mantenimiento durante cierto plazo; a la indisponibilidad de la cosa con diferente destinación y hasta a la inejecutabilidad por los acreedores del propietario afectante (GATTI, ALTERINI, 1972, 1, 932). Claramente el Código asume una variante de la última opción.

Los efectos que de acuerdo con el artículo 2093 producirá la afectación serán:

1) *Queda prohibido modificar el destino previsto en el instrumento de afectación (inc. a).* Esta disposición, de corte protectorio, pretende garantizar que el emprendimiento mantendrá su existencia, al menos durante el plazo de afectación.

Ante la posibilidad de destinos mixtos, como ser que el inmueble esté afectado como hospedaje durante determinadas épocas y como tiempo compartido en otras, el instrumento deberá prever el mismo y su alcance. En España se presenta la problemática de los «condohoteles»¹⁹.

También es admisible, en caso de existir unidades no enajenadas, modificar con posterioridad el instrumento de afectación para «salvar» la rentabilidad del negocio, ello siempre que no perjudique los derechos de los adquirentes.

2) *Establece la oponibilidad de los derechos de los usuarios del tiempo compartido, que no pueden ser alterados o disminuidos por sucesores particulares o universales, ni por terceros acreedores del propietario o del emprendedor, ni siquiera en caso de concurso o quiebra (inc. b).* Como se advierte, la protección que dispensa el inciso amplía la protección que como derecho real corresponda, incluyendo los casos en que la operatoria se ha realizado bajo la forma de derechos personales.

El término «usuario» indica a todo aquel que directa o indirectamente tiene derecho al aprovechamiento del bien, dentro del sistema de tiempo compartido.

Los usuarios que gocen de derecho real constituido a su favor tendrán la oponibilidad propia de su derecho. Esta protección también es dispensada para aquellos que solo cuenten con un derecho personal.

El bien destinado a ser compartido está en el patrimonio del propietario. A su turno también está en el patrimonio de los titulares de tiempo compartido. Ambos podrían tener derechos reales sobre la cosa propia (v. gr. dominio y tiempo compartido). Aquí se advierte que la afectación del bien genera una nueva categoría de «*dominio imperfecto*» ligada no solo a la ejecución limitada del bien, sino también a la concurrencia con otros derechos sobre la cosa propia, como el tiempo compartido.

Esta disquisición que plantea la norma rompe el criterio anterior que establecía *dos posesiones iguales y de la misma naturaleza no pueden concurrir sobre una misma cosa*, contenida en el antiguo artículo 2401. Hoy el criterio legal surge del artículo 1913 que establece que no pueden concurrir sobre una cosa varias relaciones de poder de la misma especie *que se excluyan entre sí*. Surge claro entonces que si bien ambos derechos son de la misma especie (sobre la cosa propia), no son excluyentes. El límite del propietario son los derechos acordados a los usuarios, y el límite de estos es la ocupación por el término y en las condiciones pactadas.

Aclarado el punto, consideramos que la eventual ejecución del bien impide desviar el destino dado al emprendimiento, lo cual demuestra la diferenciación entre ámbitos de desenvolvimiento de cada derecho.

Ante la sucesión del propietario del inmueble afectado sus derecho-habientes deberán respetar la afectación y los derechos de los usuarios existentes al momento del fallecimiento; de igual modo ante el supuesto de concurso o quiebra del propietario, tanto el síndico, como los acreedores y en última instancia los compradores en subasta del inmueble afectado deben respetar el destino dado a la cosa, como los derechos de los usuarios existentes al tiempo del concurso o la quiebra.

8. CONSTITUCIÓN DE DERECHO REAL

A. *Título y modo suficientes*

A los fines de la correcta constitución del derecho real deberá cumplirse con el título suficiente y el modo suficiente exigidos (art. 1892).

Con relación al título suficiente, debe entenderse por tal al acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, con finalidad traslativa del derecho de tiempo compartido.

En tanto se encuentre organizado como relación de consumo deberá cumplir con los recaudos del artículo 10 de la Ley 26361. Deberá ser efectuado por escrito, mediante el denominado «documento de venta» que debe expresar en forma cierta y objetiva como mínimo:

- a) La descripción y especificación del bien que se adquiere.
- b) Nombre y domicilio del vendedor.
- c) Nombre y domicilio del desarrollador.
- d) Servicios comprometidos.
- e) Plazos y condiciones de entrega.
- f) El precio y condiciones de pago.
- g) El valor de las expensas y cualquier otro costo adicional, especificando el precio final a pagar por el adquirente.

La redacción debe ser hecha en idioma castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Cuando se incluyan cláusulas adicionales deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes.

Deben redactarse en doble ejemplar y firmarse por todos los intervinientes. Un ejemplar original debe ser entregado al consumidor.

A estos requisitos legales es necesario agregarle la fecha (previsión importante a los fines de renunciar al derecho o retractar el consentimiento).

Asimismo cabe agregar que la determinación de los gastos de administración o expensas deben estar adecuadamente previstos en el documento. No existe en el Código norma supletoria para la determinación de la concurrencia de gastos, por lo que dicha previsión hace al objeto del contrato o a la estructura del derecho real. En caso de omisión de expresar la forma de contribuir, sería pasible de nulidad el acto jurídico por error de hecho esencial sobre el costo total de adquisición del derecho (conf. arts. 265, 267 inc. b).

Cuando se trate de inmuebles y el título causal sea un contrato, la adquisición deberá ser formalizada en escritura pública (conf. arts. 1017 inc. a).

El modo suficiente para la constitución del derecho real es por efecto de la tradición, materializada por el «primer aprovechamiento» del bien (conf. art. 1892, tercer párrafo).

El título constitutivo, en el caso de inmuebles, será inscribible en el Registro de la Propiedad, conforme a los artículos 2 inc. a) y 3 Ley 17.801. Se deberá inscribir el derecho de tiempo compartido y los titulares, constando en la inscripción el régimen de afectación, y, si los hay, los reglamentos. A su vez, es admisible la inscripción de sucesivas transmisiones entre distintos propietarios e incluso las cargas reales y gravámenes que pesen sobre el inmueble. Esta es la solución del derecho español (MARINO DE LA LLANA, 1995, 203).

La publicidad registral será importante a los fines de la oponibilidad de los derechos, en particular ante casos de adquisiciones duplicadas (art. 1886).

Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí, debe repararse en que el Código prevé que los emprendedores deben llevar un «Registro de Titulares» en el cual se asientan las titularidades y sus cambios (art. 2094, inc. b). Cuando se trata de inmuebles surge la duda acerca de si este registro viene a sustituir al Registro Público Inmobiliario o si deben coexistir ambos registros. Pareciera que al menos en el tiempo compartido con finalidad vacacional, la inscripción registral privada debe ser considerada publicidad suficiente a los fines de la oponibilidad de los derechos de los titulares. Razones de preservación de la dinámica del negocio y de eficiencia económica justifican la solución.

B. Usucapión

Atento a que se trata de un derecho que se ejerce por la posesión, resulta admisible la *usucapión* como modo de adquisición del mismo. No obstante el artículo 1900 exige posesión «ostensible» y «continua», por lo tanto no aparece muy prístino el hecho de la posesión atento a que se ejerce «discontinuada-mente».

Ante esta dificultad, es posible echar mano a la analogía y advertir que en materia de usucapión de sepulcros, donde tampoco existe continuidad en la posesión, se admiten diversos hechos o actos jurídicos como actualizantes de la misma —v. gr. pago de gastos de administración del cementerio— (ANDORNO, 1998, 4). Esta prueba, al poner de manifiesto el *animus domini* del poseedor, resultaría eficiente a los fines de la usucapión del derecho de tiempo compartido.

C. Justo título y boleto de compraventa

Es posible desde el plano teórico contar con un poseedor con justo título. Entendiendo por tal al acto jurídico con finalidad traslativa de un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas que exige la

ley, aunque emanado de un otorgante incapaz o no legitimado para ese efecto (conf. art. 1902).

La importancia de la posesión mediando justo título es que sumado a la buena fe del poseedor (entendida como desconocimiento inculpable de la falta de aptitud del otorgante para transmitir el derecho real en ciernes, art. 1902), admite la usucapión breve a los diez años para los inmuebles y a los dos para los muebles hurtados o perdidos (art. 1898).

En el tiempo compartido cuando se refiera a inmuebles el adquirente deberá verificar, a los fines de su buena fe, el estado de afectación del inmueble y exigir la extensión de la escritura traslativa de tiempo compartido para prescribir de manera corta. El inicio de la posesión, a los fines de la usucapión se presume, salvo prueba en contrario, a partir de la fecha del título (art. 1903). Puede considerarse que la referencia al tiempo de la «registración del justo título» que realiza el último párrafo del artículo 1898 se refiere a los bienes registrables de inscripción constitutiva. El fundamento es que la Comisión Redactora inicialmente pensó un sistema registral de naturaleza constitutiva, idea que luego abandonó (Fundamentos del anteproyecto, pto. VII. Libro cuarto, Capítulo 2. Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad). El artículo 1898 debió ser concordado al ajuste que evidentemente se realizó al artículo 1903; no obstante en la discordancia debe primar la aplicación del artículo 1903 por cuanto su título se refiere puntualmente al comienzo de la posesión.

Con relación al boleto de compraventa, entendido como suscripción de instrumento privado en la transmisión de un inmueble o mueble registrable, el mismo no puede ser considerado justo título en tanto no se cumpla con la formalidad prevista por la ley (escritura pública, inscripción registral, etc.). Es por ello que la usucapión será de veinte años en los inmuebles y diez años cuando no se inscriba el bien mueble registrable (art. 1899).

No obstante, la posesión mediando boleto tendrá oponibilidad, ya sea porque el titular se encuentre inscripto en el registro privado de titularidades del emprendedor o bien porque cuente con la posesión del bien (art. 1893, Fundamentos del anteproyecto, pto. VII. Libro cuarto, Capítulo 2. Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad).

También gozará de la oponibilidad que emana de los artículos 1170 y 1171 del nuevo Código, normas que requieren de acciones judiciales para triunfar en justicia (acción de oponibilidad o tercería de mejor derecho).

Es decir que el adquirente de buena fe, comprador del titular registral o legitimado al efecto, pagador del 25% del precio, con fecha cierta de su adquisición y con publicidad registral o posesoria suficiente, tendrá oponibilidad sobre los terceros que hayan trabado medidas cautelares sobre el inmueble.

Asimismo, en caso de concurso o quiebra del vendedor, tendrá oponibilidad el adquirente de buena fe, con fecha cierta y pago del 25% del precio.

9. LA ADQUISICIÓN DE DERECHOS PERSONALES

El Código permite que el tiempo compartido sea acordado tanto en la modalidad derecho personal como derecho real (arg. art. 2088).

En las relaciones contractuales impera el principio de autonomía de la voluntad y por ende es libre la configuración del contrato (arts. 958-959).

No obstante ello, el artículo 2101 prevé que se aplicarán al titular las normas correspondientes a los derechos reales. Ello implica la exigencia de adecuación a normas indisponibles o de orden público en la materia, instituidas en beneficio de los usuarios.

En la práctica, la vinculación entre emprendedores y consumidores se establece a partir de la suscripción de contratos privados. Es así que la relación quedará enmarcada por las previsiones de este, teniendo presente las exigencias de orden público que se establecen.

Los caracteres del contrato, siguiendo a Puerta de Chacón, serían los siguientes (PUERTA DE CHACÓN, 2012, 494):

- a) *Consensual*. El contrato se perfecciona cuando las partes han manifestado recíprocamente su consentimiento²⁰.
- b) *Oneroso*. El usuario debe abonar un precio para disfrutar del bien.
- c) *Formal*. La extensión por escrito es la forma que debe observarse, sea porque es un contrato de consumo (art. 10, Ley 26361) o porque esté inserto en el marco de la Ley 26356 (art. 15).
- d) *Commutativo*. Al celebrarse el contrato las prestaciones debidas entre las partes son ciertas y equivalentes.
- e) *Bilateral o multilateral por efecto de la conexidad contractual*. Si bien el contrato se perfecciona entre la parte enajenante y adquirente (arts. 966 y 977 *a contrario sensu*), el titular ante un sistema de contratos conexos (venta del derecho, administración, y en su caso, intercambio) puede hacer valer tanto la inejecución de obligaciones ajenas al contrato, como también la frustración de la finalidad económica común, por efecto de la extinción de algún contrato vinculado (art. 1075).
- f) *Nominado*. En tanto es nombrado por la Ley 26356. El Código omite su referencia en el Libro Tercero. Por ello puede ser caracterizado como de *nominación parcial* derivada de la regulación que le prodiga la Ley 26356. Cuando la operatoria se aparte de la ley especial, deberá estarse a las disposiciones de orden público relacionadas con la protección al adquirente (art. 2101). En lo que es materia disponible u ordenatoria, rige la voluntad de la partes en primer término; las normas generales sobre contratos y obligaciones, en segundo; los usos y prácticas del lugar de celebración, en tercero, y finalmente, por las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que

son compatibles y se adecúan a su finalidad (art. 970). Tradicionalmente eran reputados de aplicación supletoria el contrato de locación de cosas (art. 1187 y sigs.) y el contrato de hospedaje, que aplica las normas del depósito necesario (art. 1368 y sigs.) (TALE, 2005, 199). Ante supuestos de lagunas regulatorias, deberá integrarse la relación respetando el orden antedicho. Ejemplificando la situación, si en un «*contrato de cesión de derechos de uso y goce en tiempo compartido*» no se fija plazo de duración de la relación, entre la opción de recurrir a las normas previstas para el derecho real de dominio, el derecho real de uso o el contrato de locación, el juez deberá recurrir al derecho real más semejante y no al derecho personal análogo. Por ello, en tanto el tiempo compartido es entendido como derecho real sobre la cosa propia, el derecho real semejante sería el de dominio, posibilitando concluir que el derecho otorgado (real o personal) ha sido a perpetuidad o por el plazo de la afectación en su caso (conf. art. 1942).

- g) *De tracto sucesivo o duración*. Usualmente subsiste su cumplimiento durante mucho tiempo, por ello el modelo de contrato debe mutar del contrato de cambio o adversarial al modelo de contrato cooperativo (o de colaboración), donde las disputas deben suprimirse, ignorarse o bien ser resueltas para mantener el vínculo vivo (MACAULAY, 1965, 55).
- h) *De adhesión o por adhesión a cláusulas generales predispuestas*. Usualmente el contrato es unilateralmente predispuesto sin que el adherente tenga participación alguna en su redacción (conf. arts. 984 y sigs.).

Otro mecanismo usual en la práctica comercial es la vinculación societaria. En este sentido existe una persona jurídica titular del derecho de dominio, que cede la administración —usualmente a través de un mandato irrevocable— a otra sociedad que a su vez cede derechos de uso periódico y alternado de los bienes. Se proyecta aquí el rol desarrollador — administrador frente al usuario concreto, quien una vez cancelado el precio total de compra adquiere una acción o cuota social de la sociedad propietaria, la cual afronta los gastos de conservación y funcionamiento de la sociedad mandataria o administradora (MARIANI DE VIDAL, 1997, 47; HIGHTON-ALVAREZ JULIÁ-WIERZBA-DE HOZ, 1993, 219).

La jurisprudencia ha calificado a la relación de compraventa de acciones, sin que medie traslación dominial de inmueble a favor del usuario de tiempo compartido, como contrato de consumo (art. 1, Ley 26361) en tanto el objeto principal lo constituye el servicio que el vendedor de la acción se obliga a prestar al adquirente²¹.

III. LA DINÁMICA DEL DERECHO DE TIEMPO COMPARTIDO

1. SUJETOS DEL TIEMPO COMPARTIDO

El Código señala diversos roles y establece los deberes del emprendedor, de los usuarios y del administrador, en tanto que configuran las partes imprescindibles de la relación jurídica.

Asimismo exige a aquellos que estén al frente del tiempo compartido que tengan la libre disposición de sus bienes. La razón es que la complejidad técnica del negocio hace que deba primar la transparencia, diligencia y seriedad de los operadores.

El artículo 2091 señala los sujetos que pueden estar vinculados en el derecho de tiempo compartido. La Ley 26356 también los caracteriza. Los sujetos que pueden encontrarse son:

- a) *El emprendedor*. Es la persona física o jurídica que constituye o adquiere la operatoria para comercializar periodos de disfrute y brindar a los usuarios las prestaciones que lo integran, por sí o por intermedio de terceros. Asimismo, puede comercializar periodos de disfrute no enajenados con otras modalidades contractuales (art. 2093, inc. a).
- b) *El propietario*. Es el titular dominial de un bien, quien lo afecta total o parcialmente a tiempo compartido.
- c) *El administrador*. Es la persona física o jurídica, que tiene a su cargo la gestión y coordinación del mantenimiento y uso de los bienes que integran un tiempo compartido.
- d) *El comercializador*. Es la persona física o jurídica que promueve y ofrece en venta periodos de uso de un bien. Esta diferenciación de roles es útil a los fines de discernir eventuales responsabilidades. En caso de tratarse de contratos conexos vinculados por relaciones de consumo, la responsabilidad será solidaria entre los integrantes de la cadena de comercialización²². Asimismo, aquellos que se vinculen ocasionalmente al negocio, no responderán por el hecho ajeno (v. gr. el titular que revende su derecho). En este sentido la Ley del Estado de Florida (EUA), entiende que la reventa no sujeta a protección de la normativa específica se da cuando un titular de derechos dispone de hasta 7 derechos (*timeshare interests*), o en caso de tener más, las negocia en bloque en una sola transacción y a un solo adquirente (*purchaser*)²³. Este criterio resulta de utilidad para circunscribir la reventa a los titulares de los derechos, excluyendo empresas que se dedican a revender estos derechos, quienes responderán solidariamente por integrar la cadena de comercialización. En el derecho europeo se plantea la preocupación de proteger no solo la adquisición original sino también a la «reventa», operatoria que ha deparado fraudes a los consumidores²⁴.

- e) *El titular o compartidor*. Es quien adquirió el derecho real de tiempo compartido por medio de título suficiente y modo suficiente. Su derecho es transmisible, y por lo tanto ejecutable por los acreedores.

Sugerimos denominarlo «compartidor»²⁵, esto a los fines de una adecuada y clara diferenciación con el propietario constituyente del tiempo compartido.

En el Derecho norteamericano, se estimula la creación de asociaciones civiles de propietarios que ejerzan efectivo control sobre la administración del emprendimiento²⁶. Estas asociaciones son vitales a los fines de ejercitar en juicio acciones de clase, puesto que la incidencia colectiva de los eventuales incumplimientos del emprendedor o administrador sobre la comunidad de titulares, puede afectar intereses individuales homogéneos, admitiéndose la vía procesal de la acción de amparo²⁷.

- f) *El usuario*. Es quien adquiere el derecho de uso periódico en un tiempo compartido, en forma precaria o duradera (como derecho personal).

2. EL ROL DEL EMPRENDEDOR

Dentro de la dinámica del tiempo compartido, el emprendedor viene a ser la figura más relevante porque es quien concibe el emprendimiento, realiza la inversión y tiene a su cargo la puesta en marcha del mismo. Es el responsable último de la organización del tiempo compartido. Debe supervisar, administrar y controlar todos los aspectos que hacen a la oferta, incluyendo publicidad, contratación y ejecución del negocio.

El artículo 2094 señala sus deberes:

1) *Establecer el régimen de utilización y administración de las cosas y servicios que forman parte del tiempo compartido (inciso a)*. Adquiere especial relevancia en la estructura legal la *planificación* del tiempo compartido. En este sentido el Código marca las bases del llamado *Timeshare Plan*, estableciendo genéricamente la organización del emprendimiento, la naturaleza del derecho transmitido, el precio, los cargos, y demás derechos y deberes, concretados mediante la confección de documentos que regularan la vida de la propiedad en común (v. gr. Reglamentos de uso, de servicios, de administración, etc.) (ARNOLD, 1984, 215).

Es usual en la operatoria la redacción de un «*reglamento de convivencia o de uso o de servicios*» de los bienes sujetos al sistema, que será ejecutado por el administrador en caso que fuere un tercero.

Este documento es esencial a la hora de perfilar la modalidad del ejercicio de los derechos de los titulares, que bajo ninguna circunstancia puede implicar disminución o alteración en los mismos (arg. art. 1138 4.º párrafo, Código Civil italiano)²⁸.

Una cláusula que podrá ser declarada nula por disminuir los derechos de los titulares sería aquella que permitiera al emprendedor sustraerse a los gastos de conservación de las unidades no vendidas (norma típica de la operatoria, cuya prohibición está prevista expresamente en el inc. d) del art. 2094).

El reglamento de servicios, será un documento emanado del propietario cuyo contenido podrá incluirse en la escritura de afectación (arg. art. 2089, 2092) y deberá entregarse copia del mismo a cada uno de los adquirentes del derecho como parte integrante del título causal.

La naturaleza jurídica es «contractual» (como el reglamento de copropiedad de propiedad horizontal); o bien «cuasicontractual», configurando un «documento informativo obligatorio» (art. 4, 10 Ley 26361)²⁹.

El Código omite toda referencia concreta al Reglamento en el tiempo compartido. En cambio lo ordena en la propiedad horizontal (arts. 2038, 2056) y en los conjuntos inmobiliarios (arts. 2074, 2080). Allí se presume necesario por cuanto el porvenir de la convivencia en comunidad depende en parte de la adopción de reglamentos de copropiedad juiciosos y muy completos (BENDERSKY, 227).

En el tiempo compartido el reglamento será fundamental en las relaciones internas entre los sujetos, aunque los usuarios tendrán a su vez la protección indisponible de las normas consumeristas. Incluso se podrían incorporar normas relativas a derechos de voto o participación de los titulares en el gobierno del tiempo compartido.

El régimen, sea materializado en un reglamento o en el propio contrato, debe precisar mínimamente el destino de la cosa y de las partes que lo componen, además de disponer la organización de los modos de utilización de los equipamientos y servicios de uso tanto exclusivo como colectivo.

2) *Controlar el cumplimiento de las obligaciones a cargo del administrador (inciso a)*. Responde el emprendedor por los incumplimientos del administrador y por los de aquellos que se encuentran vinculados en la cadena de comercialización.

3) *Habilitar un Registro de Titulares, que debe supervisar la autoridad de aplicación (inciso b)*. Esta norma tiene clara inspiración en la Ley 26356. En dicho registro deben asentarse los datos personales de los usuarios y su domicilio, periodos de uso, el o los establecimientos a los que corresponden, tipo, extensión y categoría de las unidades, y los cambios de titularidad que hubieren.

Aquí surge la interpretación acerca de si el inciso supone una derogación del sistema de inscripción de los derechos reales sobre inmuebles, a los fines del tiempo compartido.

El texto parece claro a favor de la respuesta afirmativa. Ello implica que la formalidad exigida no sería ya la escritura pública, bastando el instrumento privado, atento a la innecesariedad de registración. Sin perjuicio de ello, no parece que esta opción debiera ser una regla generalizable, v. gr. la inscripción

registral en un mega-emprendimiento puede implicar una complejidad antieconómica, pero en proyectos de baja escala, la escritura pública e inscripción registral pueden aportar la seguridad jurídica necesaria para hacer viable el negocio.

4) *Garantizar el ejercicio del derecho de los usuarios, en la oportunidad y condiciones comprometidas (inciso c)*. Garantizar el ejercicio de los derechos, tanto de los titulares de los derechos, como de los usuarios concretos. Esta es una obligación concreta y objetiva que presupone un resultado determinado, por lo que ante el incumplimiento se genera responsabilidad civil de los vinculados negocialmente, cuyo factor de atribución será objetivo (arts. 1722 y 1723).

Asimismo los usuarios que prevean que las obligaciones no serán cumplidas en las condiciones establecidas en el título causal, tendrán a su disposición las acciones preventivas del daño que emanan del artículo 1711.

3. LA ADMINISTRACIÓN

El artículo 2096 dispone que la administración puede ser ejercida por el propio emprendedor o por un tercero designado por él.

La figura del administrador se advierte unida a la del emprendedor en materia de responsabilidad ante los usuarios, ya que los vínculos están entrelazados como un todo inescindible (LORENZETTI, 1999, 1102).

En tal caso, ambos tienen responsabilidad solidaria frente a los usuarios del tiempo compartido por la debida gestión y coordinación en el mantenimiento y uso de los bienes³⁰.

Ahora bien, respecto de terceros interesados, por ej. consumidores que aún no contratan o acreedores del tiempo compartido; los sujetos responderán según el vínculo concreto establecido.

La naturaleza jurídica del administrador no parecería acomodarse a la de un dependiente puesto que le incumben mayores responsabilidades. Incluso podría cumplir dicha función una persona jurídica.

Por ello, el vínculo con el emprendedor sería un contrato bilateral, oneroso, con finalidad de administración y de larga duración (LORENZETTI, 2004-2, 209).

Ante graves desmanejos o delitos del administrador los afectados o las asociaciones de usuarios, pueden accionar para que el emprendedor resuelva la relación existente con el administrador, o bien solicitar que se disponga una administración judicial, en caso de connivencia entre ellos.

Habiéndose planteado una medida autosatisfactiva tendente a la remoción del administrador debido a numerosas irregularidades en su gestión, se la declaró procedente, sin oír previamente al involucrado y considerando que su derecho de defensa estaba asegurado con la apelación directa sin efecto suspensivo o con

la eventual iniciación de un juicio declarativo de oposición cuya sustanciación no impide el cumplimiento de la medida³¹.

4. DEBERES DEL ADMINISTRADOR

El artículo 2097 dispone que el administrador tiene ciertos deberes, sin perjuicio de los establecidos en los regímenes legales específicos.

Dentro de los deberes generales deben ubicarse aquellas responsabilidades en orden a la administración y mantenimiento de todas las unidades, como de los servicios ofrecidos que constituyen el plan de tiempo compartido.

Tiene a su cargo la fijación y cobro de las expensas comunes. Proveer cada año a todos los titulares un presupuesto de gastos y mejoras, con la determinación del aporte proporcional aproximado que cada uno de ellos deberá afrontar. Debe mantener los libros de comercio y todas las constancias objeto de inspección por las autoridades públicas.

La rendición de cuentas deberá ser realizada cumpliendo los recaudos reglamentarios. En caso que esté prevista la realización de asambleas y no sea abusiva su configuración, tendrán eficacia jurídica (v. gr. en tiempo compartido turísticos).

Debe llevar el registro de ocupación de las unidades.

Debe llevar a cabo todas las funciones y deberes necesarios y apropiados para mantener en las condiciones contratadas y publicitadas, la disponibilidad de unidades y servicios integrados.

En concreto, el Código puntualiza ciertos deberes típicos del administrador de tiempo compartido. Funcionan como piso mínimo de protección legal.

La remisión efectuada por la parte final del artículo 2097, creemos que se refiere principalmente a la Ley 26356, que establece deberes más estrictos en la conducta del administrador.

No obstante deberá estarse al diseño del derecho en cada caso concreto.

Cuando el régimen se organice a partir de derechos personales, v. gr. sociedades anónimas vinculadas, serán aplicables a su vez las normas que regulen la administración societaria. Si se ordena como derecho real, v. gr. conjunto inmobiliario, será aplicable la regulación de la administración de propiedad horizontal, sin perjuicio de eventuales incompatibilidades que pudieren aparecer con relación a las mayores protecciones que la relación de consumo importa.

Entre los deberes del administrador que se encuentran enumerados por la norma se cuentan los de:

1) *Conservar los establecimientos, sus unidades, los espacios y cosas de uso común, en condiciones adecuadas para facilitar a los usuarios el ejercicio de sus derechos (inciso a).* En el presente derecho se marca una diferencia con

el administrador que prevé la normativa en materia de propiedad horizontal (art. 2067), en la cual su naturaleza jurídica es la de *representante legal en carácter de mandatario* (art. 2065)³².

Aquí las relaciones no están, en general, configuradas por el mandato subyacente, sino por la propia ley, que exige que los servicios y la disposición del bien sea acorde a lo informado y contratado.

Se advierte primeramente la utilización del término «deber» en lugar de «obligación». Ello se justifica en la medida que en el régimen de los derechos reales no existen relaciones obligatorias estrictamente consideradas, atento a que se trata del ejercicio de «poderes jurídicos» (art. 1882).

No obstante, la referencia sirve también para indicar el deber general del administrador, no solo frente al titular del derecho, sino también frente a los concretos «usuarios» del tiempo compartido.

En este sentido, la legitimación pasiva del administrador será amplia en materia de cumplimiento de los deberes que le competen.

Los deberes nucleares son conservar en buen estado las instalaciones y el equipamiento de las unidades.

Corresponde señalar que el término «conservación» puede significar que el Administrador es en definitiva quien «ejerce» de hecho la posesión, aunque no será técnicamente poseedor, atento a que representará la posesión del propietario y de los titulares.

Consecuencia de ello gozará de la acción de conservar la tenencia (art. 2242).

2) *Preservar la igualdad de derechos de los usuarios y respetar las prioridades temporales de las reservaciones (inciso b)*. Deber de organizar la disposición del bien por los usuarios, conforme a estándares de «igualdad» y «respeto de prioridades».

3) *Verificar las infracciones al reglamento de uso y aplicar las sanciones previstas (inciso c)*. El administrador debe ejercer el régimen disciplinario.

Este régimen debe estar incorporado en el reglamento, como así también los procedimientos, que deben respetar el debido proceso legal.

Las sanciones deben estar previstas y cumplir con las garantías constitucionales de legalidad, igualdad, gradualidad, razonabilidad, y adecuado respeto del principio de inocencia.

4) *Interponer los recursos administrativos y acciones judiciales que corresponden (inciso d)*. Tiene legitimación procesal activa para hacer cumplir las facultades que le competen por disposición de la ley, del instrumento de afectación o por efecto del reglamento. Puede accionar contra los titulares de derechos y contra terceros, sin necesidad de apoderamiento.

En estricto derecho, el administrador en caso que no coincida con el emprendedor, es un mandatario de este (conf. art. 2094, inc. a).

Esta disposición se justifica en tanto modifica disposiciones legales relativas al ejercicio de las acciones en juicio, por cuanto actuará en su calidad

de «administrador del tiempo compartido x», en el cual la ausencia de poder general o especial no menguará su legitimación concedida por la ley. Ello es así porque el administrador no es un simple mandatario del propietario o emprendedor, sino que además tiene una función legal autónoma a la cual le cabe responsabilidad personal por las fallas en la administración conferida. Su legitimación quedará comprobada con la escritura de afectación a tiempo compartido, debidamente inscrita y con el documento que acredite su calidad de administrador (constancia fehaciente, contrato de administración, poder general de administración, etc.).

5) *Llevar los libros de contabilidad conforme a derecho (inciso e).* Responsabilidad que deviene del carácter de administrador de bienes ajenos, hace al orden y transparencia de la gestión, posibilitando el control por parte del desarrollador, de los propietarios de unidades, como de los organismos públicos.

6) *Confeccionar y ejecutar el presupuesto de recursos y gastos (inciso f).* El administrador tiene que confeccionar el presupuesto que por regla debe ser anual. Esta es una conducta relevante a los fines de mantener la adecuación económica en la administración de bienes ajenos. En este sentido deberá preverse la recaudación estimada en concepto de expensas a los fines de proveer a los gastos de limpieza, mantenimiento, pago de impuestos y tasas que hacen a la gestión encomendada.

De esta manera, la norma pretende poner un límite a la imposición unilateral de expensas extraordinarias, puesto que al tener a su cargo todas las actividades inherentes a un correcto funcionamiento del complejo, debe obrar conforme a lo presupuestado.

La excepción a ello estará en la anuencia expresa de los usuarios a la imposición fuera de cálculo³³.

7) *Cobrar a los usuarios las cuotas por gastos, fondos de reserva y todo otro cargo que corresponde (inciso g).* Debe recaudar expensas y los usuarios deben contribuir al pago de las mismas. La jurisprudencia estableció en un caso la procedencia del cobro de expensas, ante la defensa del usuario con relación a la eventual disposición para hospedaje a terceros en el tiempo en el cual no se utilizó la unidad³⁴.

En el Código se vislumbra la posibilidad del titular de ceder onerosamente a un tercero la utilización de la unidad. En este contexto, la solución judicial descripta se ajusta a derecho (PUERTA DE CHACÓN, 2011, 1236), porque existe un deber inherente de contribuir a los gastos comunes y una facultad de uso y goce que hace injustificada la invocación del no uso como eximente.

8) *Rendir cuentas al emprendedor y a los usuarios, conforme a liquidaciones de ingresos y gastos certificadas por contador público, excepto en el caso que se optara por aplicar el sistema de ajuste alzado relativo (inciso h).*

Como corolario de los incisos f) y g) surge la obligación de rendir cuentas, la cual se advierte dispensable en el sistema de ajuste alzado relativo.

Los sistemas de recaudación de fondos para gastos del mandato, oscilan entre el sistema «por liquidación», en el cual el administrador percibe el importe necesario para afrontar los gastos según lo erogado. El sistema de «ajuste alzado» prevé una cuota fija que establece el administrador y que no puede ser modificada durante un cierto tiempo (determinado con antelación). Se complementa con la percepción de «cuotas extraordinarias», que son fijadas según criterios de la administración, cumpliendo esta finalidad la regulación de un «fondo de reserva» (SILVESTRE-LUBINIECKI, 2008, 911; MOSSET ITURRASPE, 1979, 233).

El sistema de ajuste alzado relativo ha sido definido como aquel en el cual el precio está fijado de antemano, pero estableciendo aumentos o rebajas proporcionales si las previsiones pasan o son inferiores a cierta cantidad de las evaluaciones del «presupuesto estimativo» (SPOTA, 1977, 531).

Cuando el sistema sea por liquidación deberá establecer el reglamento la forma de rendición de cuentas, como la periodicidad de estas³⁵.

9) *Entregar toda la documentación y los fondos existentes, al emprendedor o a quien este indique, al cesar su función (inciso i).* Debe desprenderse correctamente de la administración al cese.

10) *Comportarse tal como lo haría un buen administrador de acuerdo con los usos y prácticas del sector (inciso j).* Obligación genérica de diligencia. Esta norma pone relevancia en el dato referente a que los mayores problemas que acusa la industria del tiempo compartido, están dados por fallas en la administración, ya sea por administradores no calificados o directamente malversadores³⁶. Entonces la norma pretende poner el acento en la viabilidad del negocio jurídico basado en la buena fe y en el deber de diligencia calificado de acuerdo al tipo de negocio desarrollado.

5. DEBERES DE LOS USUARIOS DEL TIEMPO COMPARTIDO

El artículo 2095 establece los deberes de los usuarios del tiempo compartido:

1) *Ejercer su derecho conforme a su naturaleza y destino, sin alterarlos ni sustituirlos y sin impedir a otros usuarios disfrutar de los turnos que les corresponden (inciso a).* La nota caracterizante en orden a las facultades materiales con que cuenta el titular sobre el bien redundará en su notoria limitación al estricto uso conforme al contrato y al reglamento correspondiente, o en su caso, a la finalidad económica del negocio.

Esto implica una notoria restricción al *ius utendi* o «derecho de uso» propio del dominio, reduciéndose al mero disfrute del bien conforme a su naturaleza y destino.

Asimismo, el usuario tiene estricto *deber de restitución*, atento a que su posesión está limitada temporalmente por el título causal (art. 1933 establece el deber de *restituir la cosa a quien tenga el derecho de reclamarla, aunque no se haya contraído obligación al efecto*).

2) *Responder por los daños a la unidad, al establecimiento, o a sus áreas comunes, ocasionados por ellos, sus acompañantes o las personas que ellos autorizan, si tales daños no son ocasionados por su uso normal y regular o por el mero transcurso del tiempo (inciso b)*. Corolario de lo anterior es responsable de aquellos daños por el uso anormal o irregular de los bienes que integran el tiempo compartido.

El titular deberá soportar los gastos por roturas, desperfectos o daños de cualquier especie que se produzcan en la unidad, sus muebles y accesorios y todo lo contenido en ella, por su culpa o por la de aquellos que habiten con él o por terceros a quienes se les transfiera su uso. Los arreglos pertinentes serán efectuados por la administración y liquidados al adquirente.

3) *Comunicar a la administración toda cesión temporal o definitiva de sus derechos, conforme a los procedimientos establecidos en el reglamento de uso (inciso c)*. El titular debe notificar cesiones temporarias o definitivas de acuerdo a los procedimientos prefijados. La omisión podría acarrear el impedimento de disfrute por parte del cesionario. Razones de seguridad jurídica y debida diligencia por parte del titular justifican la exigencia.

Ahora bien, en relación a las facultades de disposición del derecho, se admite sin hesitación la posibilidad de la llamada *venta* del mismo.

De acuerdo a la experiencia europea sobre el punto, puede observarse que las adquisiciones por esta vía podrían obstaculizar que el futuro comprador disponga de la información suficiente que exige la normativa consumerista en la operatoria. Ello así por cuanto el propietario revendedor no tiene la exigencia de extender el denominado *documento de venta* que exige el artículo 10 de la Ley 26361.

Ante esta situación, el adquirente estaría propenso a eventuales abusos de comerciantes revendedores y en su caso del propio titular insatisfecho con el aprovechamiento.

Si bien al adquirente le serán aplicables las normas que por buena fe no puede desconocer (condiciones de la afectación, documentos inscriptos en los registros correspondientes, etc.), ante la omisión del deber secundario de conducta que implica acompañar el *documento de venta* original como complementario a la operación, podrá establecerse que ha existido un vicio en el consentimiento del adquirente.

4) *Abonar en tiempo y forma las cuotas por gastos del sistema y del fondo de reserva, así como todo gasto que pueda serle imputado particularmente (inciso d)*. Los titulares son responsables de sustentar económicamente la administración de los bienes destinados a la operatoria.

En caso que el propietario o emprendedor cuenten con facultad resolutoria ante la deuda por gastos del sistema, debe estarse a la razonabilidad de la cláusula, admitiéndose la solución cuando las deudas, en comparación con el valor del bien, sean razonablemente significativas.

De igual modo, en caso de deudas acumuladas por los gastos ordinarios del sistema, responsabiliza al titular del derecho con todo su patrimonio (arg. art. 2049).

No obstante debe repararse que no existe una disposición como la contenida para la propiedad horizontal en orden a la obligación de pago de gastos y contribuciones del sistema por parte de *los titulares de otros derechos reales o personales que sean poseedores por cualquier título* (art. 2050).

La costumbre del sector establece que ante la falta de pago de los gastos del sistema queda *suspendido el derecho de ocupación*. Tal uso y costumbre sería válido en tanto que no existe regla legal que lo impida y no resulta contrario a derecho (art. 1).

Por ello, si bien no resulta aplicable el artículo 2050 reseñado, quien desee utilizar el tiempo compartido deberá, necesariamente, verificar que los gastos de administración estén al día, de lo contrario no podrá efectivizar la ocupación.

6. LA RESPONSABILIDAD POR DEUDAS

En materia de responsabilidad por deudas debe observarse que estarán obligados solidariamente tanto el administrador como el emprendedor. Ello sin perjuicio de las acciones de repetición que existan entre ellos.

Cuando se trate de daños, deudas comerciales o deudas laborales contraídas por los gerenciadorees de los emprendimientos, los compartidores en principio no son responsables por las mismas.

El fundamento es la inexistencia de relación de mandato entre los titulares y el administrador, como tampoco existe contrato de sociedad, ni asociativo.

No obstante, la responsabilidad de los titulares variará en la medida de su incidencia en la contratación y en los eventuales daños. En la estructuración civil del derecho quienes resulten condóminos o compartidores del derecho, responderán en forma indistinta por las obligaciones indivisibles que surjan con motivo de la utilización del bien (arts. 805 y sigs.).

La regla sería a mayor ajenidad con la estructuración del tiempo compartido menor es la responsabilidad directa por las deudas generadas.

Ahora bien, respecto de las deudas por expensas, el artículo 2098 dispone que *el certificado emanado del administrador en el que conste la deuda por gastos del sistema, los rubros que la componen y el plazo para abonarla, constituye título para accionar contra el usuario moroso por la vía ejecutiva, previa intimación fehaciente por el plazo que se estipula en el reglamento de administración*.

No obstante ello, la jurisprudencia ha establecido que el administrador de un complejo turístico explotado por el sistema de tiempo compartido, no está facultado para imponer unilateralmente a los usuarios del mismo, expensas extraordinarias destinadas a regularizar todas las deudas del complejo sino que, antes de la fijación del aumento de las expensas, aquel debe poner dicha circunstancia en conocimiento de los usuarios, sin que obste a ello el hecho de que en el reglamento del tiempo compartido se hubiere dispuesto que el administrador tiene a su cargo todas las actividades inherentes a un correcto funcionamiento del complejo³⁷.

La norma dispone la vía ejecutiva para el cobro de gastos, pero los mismos deben guardar relación con las pautas de cálculo fijadas en el contrato o en el reglamento y de acuerdo con la normativa protectoria. De lo contrario podrán impugnarse judicialmente los mismos.

En materia de competencia, la misma queda fijada por el lugar en el cual se recibió o debió recibir la prestación. La prórroga de jurisdicción sería una cuestión no admitida (art. 1109).

IV. EXTINCIÓN, RENUNCIA Y REGLAS DE INTERPRETACIÓN DEL TIEMPO COMPARTIDO

1. EXTINCIÓN DEL TIEMPO COMPARTIDO

El artículo 2099 dispone tres supuestos de extinción del tiempo compartido. Esta enumeración no parece ser taxativa y sería admisible que contractualmente se incluyan otras causales. El límite será la alteración o disminución de los derechos de los titulares; en tal caso se producirá la nulidad parcial del contrato por el contenido abusivo de la disposición (conf. arts. 10, 775, 988, 989, 1119, 1120 y 1122).

Son supuestos de extinción:

1) *Por vencimiento del plazo previsto en el instrumento de afectación.* En principio la norma, como dijimos, no fija un plazo máximo de duración de la afectación, admitiéndose por tanto que sea indefinido o a perpetuidad. Ello es así por cuanto los particulares adquieren un derecho sobre cosa parcialmente propia.

Cuando se constituya la afectación por un plazo determinado y se encuentre vencido, los titulares carecerán de derecho de reembolso o compensación alguna³⁸.

2) *En cualquier momento, cuando no se han producido enajenaciones, o se han rescindido la totalidad de los contratos, circunstancia de la que se debe dejar constancia registral.* Previo desinterés de los titulares, en cualquier momento podría extinguirse el tiempo compartido. La norma exige, a diferencia

de la Ley 26356 (art. 39, inc. b), dejar *constancia registral*, eliminando la referencia a escritura pública. Dicha constancia debe ser producto de la intervención indubitada del titular compartidor en el Registro de Titulares del emprendedor, manifestando la rescisión operada. Esta exigencia vendría a dar por sentado que los emprendedores deben articular mecanismos de compensación por las rescisiones.

Este supuesto de retractación de la afectación viene a ser el único admitido por el Código. Con relación a su instrumentación la desafectación, cuando se trate de inmuebles, debe formalizarse en escritura pública por cuanto implica la extinción del derecho real de tiempo compartido (arg. arts. 2089, 2092, 1017 inc. 1). El escribano actuante debe verificar la anotación de la rescisión de la totalidad de los contratos en el Registro de Titularidades.

Este es el único argumento posible para sostener la exigencia de la escritura pública. El inciso en comentario no exige una forma específica como sí lo hizo el artículo 6 de la Ley 19724. A su vez, el artículo 1017, inc. c) del Código está previsto para actos accesorios de contratos, mientras que la afectación tiene naturaleza de acto jurídico unilateral.

La extinción del derecho, en principio no resulta admisible cuando una persona adquiere los derechos de tiempo compartido que corresponden al resto de los compartidores —v. gr. uso de una cochera dividida en 3 usos alternados—. Esto porque existe aún una duplicidad entre el titular del derecho de dominio que afectó el bien al tiempo compartido y por otro lado el derecho de los compartidores propiamente dicho. Esta duplicidad debe llevar a otro acto jurídico emanado del propietario en donde se desafecte el bien del tiempo compartido y se transmita el dominio pleno al usuario adquirente de todos los derechos sobre la cosa.

3) *Por destrucción o vetustez*. La norma no distingue según exista o no caso fortuito en la destrucción. En este sentido, surge implícito que los titulares del derecho cargan con los riesgos de la cosa (art. 755). No existe en el administrador la obligación de aseguramiento (incendios, etc.) aunque surge razonablemente implícito el deber de evitar daños en los bienes.

La vetustez puede ser conceptualizada como el grave deterioro de las unidades funcionales y de los servicios prestados (comp. art. 2055).

4) *Desafectación judicial*. Si bien la norma no la contempla, Puerta de Chacón introduce esta variante, inspirada en el artículo 7 de la Ley 19724. Es una causal excepcional, sujeta al control y criterio de razonabilidad judicial, que debe velar por los intereses de quienes han celebrado los contratos de tiempo compartido. La resolución judicial deberá contar con emplazamiento registral (PUERTA DE CHACÓN, 2012, 488).

Es admisible en el plano teórico que el emprendedor solicite judicialmente la desafectación, v. gr. en caso de que algún titular niegue injustificadamente la rescisión.

2. LA RENUNCIA O ABANDONO DEL TITULAR

El Código no precisa si el titular del derecho, el compartidor, tiene la posibilidad de renuncia o abandono.

Esta forma de extinguir el derecho real o los contratos se da con singular frecuencia en materia de tiempo compartido. Los titulares que acumulan deudas por gastos de administración y ante la imposibilidad de hacer uso del derecho plantean directamente la exclusión de su participación. Los organizadores del sistema plantean la imposibilidad de renuncia exigiendo la reventa del derecho.

En caso de constitución de derechos reales, el artículo 1907 admite el abandono del derecho como forma de extinción de este. El mismo debe ser expreso y voluntario, lo cual se perfeccionaría con la escritura pública de abandono, debidamente inscripta. La titularidad se revertirá al propietario afectante, quien deberá computar el derecho como periodo no vendido a los fines de la distribución de gastos comunes.

En caso de constitución de derechos personales, al aplicarse supletoriamente las normas de la locación de cosas, es factible la resolución anticipada del contrato (art. 1217, inc. b). Debe notificarse por medio fehaciente al contratante.

El abandono o renuncia y la resolución anticipada no extinguen las obligaciones devengadas estando vigente la vinculación (arg. art. 2049).

3. RELACIÓN DE CONSUMO

El artículo 2100, dispone que *la relación entre el propietario, emprendedor, comercializador y administrador del tiempo compartido con quien adquiere o utiliza el derecho de uso periódico se rige por las normas que regulan la relación de consumo, previstas en este Código y en las leyes especiales*³⁹.

Esta solución es conforme con la solución normativa de la Ley 26361 (art. 1) que incluye expresamente en la normativa de protección al consumidor a los adquirentes de derechos en tiempo compartido. En este ámbito el deber de información de quienes ofrecen el negocio es riguroso (LORENZETTI, 1999, 1102).

Con anterioridad a esta norma, la jurisprudencia entendía de que no se limitaba la protección a la adquisición, sino también a la ejecución del contrato⁴⁰.

El Código parte de una afirmación que no necesariamente se dará en todos los casos. Los contratos de tiempo compartido no siempre estarán celebrados entre empresarios y consumidores.

La propia amplitud del Código permite la realización de contratos de carácter civil de tiempo compartido. En caso de duda se aplicará la normativa de consumo, pero en casos netamente civiles será el Código el que rijan la relación.

4. DERECHO REAL DEL ADQUIRENTE DE TIEMPO COMPARTIDO

El artículo 2101 dispone que *al derecho del adquirente de tiempo compartido se le aplican las normas sobre derechos reales*.

Existe una posición que afirma que cuando se trate de contratantes de derechos personales contarán con la oponibilidad relativa de los derechos personales, mientras que los derechos reales ofrecerán mayor protección y seguridad jurídica en virtud del orden público implicado en la regulación (TRANCHINI, 2012, 1371).

En vistas del artículo 2101 no nos resulta acertada la afirmación que mantiene la tradicional separación entre derechos reales y personales, en cuanto a que los primeros cuentan con oponibilidad plena y los segundos solo entre contratantes.

Por el contrario la norma implica reconocer que la estructuración del sistema, en vistas a la protección del adquirente es de orden público o indisponible.

Esta norma es integradora de diferentes inconsistencias que la operatoria puede presentar y debe ser tomada como principio de interpretación en caso de duda.

A partir de ella y con relación a las facultades del usuario (sea titular de derecho real o personal), tiene derecho de perseguir la efectiva ocupación y las prestaciones complementarias a quienquiera que tenga a su cargo la administración del emprendimiento (conf. arts. 1886 y 2093, inc. b).

También contarían los titulares con la oponibilidad frente a otros pretensos titulares del mismo derecho de fecha posterior (art. 1886), como también la preferencia que emana de la afectación del bien a tiempo compartido, entre otras aplicaciones prácticas del principio.

5. RESERVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El artículo 2102 dispone que *el propietario, emprendedor, comercializador, administrador y usuario del tiempo compartido deben cumplir con las leyes, reglamentos y demás normativas de índole nacional, provincial y municipal relativas al funcionamiento del sistema*.

La referencia tiene importancia a la hora de clarificar la distribución de competencias legislativas y admitir la injerencia de normativa de corte local, que podría considerarse inconstitucional en caso de contraposición a las disposiciones del Código, por imperio del artículo 75 inc. 12 de la Constitución Nacional.

Asimismo las restricciones administrativas fundadas en el derecho público, como en las necesidades urbanísticas, son complementarias del sistema y deben ser observadas.

V. CONCLUSIONES

I. El tiempo compartido es una forma refinada y delicada de cooperación social.

Refinada porque normalmente no se trata de bienes de primera necesidad, aunque la exigencia de protección patrimonial es insoslayable.

Delicada porque en los casos de esparcimiento o disfrute del tiempo libre del sujeto, debe tenerse especial consideración en los fines que representa el derecho para el usuario.

La cooperación social se justifica por la concepción solidarista de la propiedad que no puede ser desconocida por los operadores e intérpretes del tiempo compartido (PUERTA DE CHACÓN, 2011, 1236).

II. Su inclusión en la gama de los derechos reales implica una revisión de los conceptos clásicos sobre su objeto y contenido.

III. Consideramos justificada su inclusión como derecho real autónomo:

1. Porque tiene diferencias notorias con el condominio, en el cual el pegamento que involucra a los propietarios es la propiedad en común, que está ausente en el tiempo compartido;
2. El tiempo compartido participa de ciertas problemáticas relativas a los conjuntos inmobiliarios, pero no se confunde con ellos. Así la aplicación de normas consumeristas, la administración de la propiedad y su control quedan matizadas por el potencial mayor número de titulares de derechos comprometidos en el negocio;
3. Lo determinante del tiempo compartido es el derecho a la ocupación separada por periodos de tiempo. Es un contenido muy limitado, pero a la vez merecedor de tutela suficiente;
4. Su configuración como derecho real puede ser a perpetuidad o por un plazo determinado.

IV. El Código regula con simpleza y efectividad al acto de afectación, sin configurar un modelo pesado, costoso, burocrático o lleno de trampas, lo cual incentivaría a la elusión por parte de los operadores y que preocupa al Derecho Europeo (CARRASCO PERERA, 2012, 47).

V. En definitiva, se considera satisfactorio en términos generales la regulación, y confiamos en su adaptación a la realidad social y económica Argentina.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLA, A. (2011). Ley 26.356. Sistemas turísticos de tiempo compartido, *Rev. del Notariado*, núm. 904, 141.

- ABELLA, A., MARIANI DE VIDAL, M. (2009). La ley 26356 sobre Tiempo Compartido y el acreedor hipotecario, *La Ley* 2009-B-889.
- El tiempo compartido en el Proyecto de Código, *La Ley*, núm. de 29 de abril de 2013, p. 1.
- ACQUARONE, M. (1998). *Las nuevas urbanizaciones y aspectos del tiempo compartido*, Bs. As.: Ábaco.
- ALBALADEJO, M. (1994). *Derecho Civil, Derecho de bienes, parte general y derecho de propiedad*, T. III, Vol. 1, 8.^a ed., Barcelona: Bosch.
- ALSINA ATIENZA, D. (1956). Las diferencias entre el derecho real y el derecho de crédito, *Jurisprudencia Argentina* 1956-III-19.
- ALTERINI, J. (2012). Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código, *La Ley* 2012-E-898.
- ÁLVAREZ JULIÁ, L. (2002). Multipropiedad o Tiempo Compartido, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2002-2-62.
- ANDORNO, L. (1998). Los cementerios privados, *Rev. Zeus*, 24 de noviembre de 1998, p. 4.
- ARNOLD, T. (1984). Real Estate Timesharing: Construction of Non-Fee Ownership, *Washington University Journal of Urban and Contemporary Law*, núm. 27 (1984), 215 [En línea], disponible en: <http://digitalcommons.law.wustl.edu/urbanlaw/vol27/iss1/6>.
- BENAVIDES VELASCO, P. (2006). Revisión de la Directiva sobre Tiempo Compartido, *Revista Estudios sobre Consumo*, núm. 79, pp. 47 y sigs.
- BENDERSKY, M. J. *El reglamento de copropiedad redactado por el «propietario vendedor»*, LL 91-227.
- CARRASCO PERERA, Á. (2012). Tipos contractuales y modos de elusión en el sistema español de multipropiedad, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, UCLM, núm. 3, p. 44.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1992). *Derecho Civil Español, Común y Foral, Derecho de Cosas, los derechos reales en general, el dominio, la posesión*, T. 2, Vol. 1.^o, 14.^o ed., Madrid: Reus.
- COMISIÓN REDACTORA PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL 2012 (2012). Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación [En línea], disponible en <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primero.PDF>
- COSSARI, N. (2008). Tiempo compartido. Impacto de la ley 26356 sobre el sistema de Derechos Reales, *La Ley* 2008-F-1266.
- DE REINA TARTIÈRE, G. (2004). *Las denominadas nuevas formas de dominio: revisión conceptual y perspectivas de futuro*, Bs. As.: El Derecho-Colección Académica.
- DI FILIPPO, M. (1985). Tiempo compartido. Derechos de propiedad involucrados, *La Ley* 1985-D-1047.
- (2003). Tiempo Compartido. Su actualización a la luz del derecho de daños, *Jurisprudencia Argentina* 2003-I-937.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1995). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. III, 4.^a ed., Madrid: Cívitas.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A. (1997). *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 6.^a ed., Madrid: Tecnos.
- DUBORD, D. (1980). Time-Share Condominiums: Property's fourth dimension, *Maine Law Review*, vol. 32:181 [En línea], disponible en http://mainelaw.maine.edu/academics/maine-law-review/pdf/vol32_1/vol32_me_1_rev_181.pdf

- FARINA, J. (1993). *Contratos comerciales modernos*, Bs. As.: Astrea.
- GATTI, E., y ALTERINI, J. (1972). Prehorizontalidad. Antecedentes. Fundamentos, *La Ley* 146, 932.
- (1972). Ley de prehorizontalidad. Análisis crítico, *La Ley* 147, 1111.
- GHERSI, C. y LOVECE, G. (2000). *Contrato de Tiempo Compartido (Timesharing)*, Bs. As.: Universidad.
- HERRERO GARCÍA, M. (2005). El contrato de servicio de tiempo compartido, *Ars Boni et Aequi*, núm. 1, pp. 39 y sigs.
- HIGHTON, E. Reforma al Código Civil y Comercial: principios y disposiciones generales en materia de derechos reales, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2012-2-592.
- HIGHTON, E., ÁLVAREZ JULIÁ, L., LAMBOIS, S., WIERZBA, S., y DE HOZ, M. (1993). *Nuevas formas de dominio*, 2.^a ed., Bs. As.: Ad-hoc.
- HIGHTON, E., ÁLVAREZ JULIÁ, L., y LAMBOIS, S. (1988). La multipropiedad en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, *La Ley* 1988-A-739.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1989). Nuevas tendencias en materia de derechos reales (clubes de campo, cementerios privados, tiempo compartido), *Jornadas de Ciencias Económicas, Facultad de Ciencias Economicas, U. N. Cuyo*.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (1988). *Elementos de Derecho Civil, derechos reales, posesión y propiedad*, T. III, vol. 1, 2.^a parte, 2.^a ed., Barcelona: Bosch.
- LÓPEZ CABANA, R. (coord.) (1999). *Contratos Comerciales del Siglo XXI*, Bs. As.: Astrea.
- LORENZETTI, R. (2004). *Tratado de los Contratos. Parte especial*, T. II, Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- (2004-1). *Tratado de los contratos. Parte General*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- (2009). *Consumidores*, 2.^a ed. act, Sta. Fe: Rubinzal Culzoni.
- (1999). El contrato de Tiempo Compartido —Time Sharing—, *La Ley* 1999-E-1097.
- LUBINIECKI, R., y SILVESTRE, N. El tiempo compartido y la responsabilidad de todos los operadores del sistema, *La Ley* 2006-B-542.
- MARIANI DE VIDAL, M. (1997). *Curso de derechos Reales*, T. II, Bs. As.: Zavalía.
- MOLINA QUIROGA, E. (2012). Los nuevos derechos reales, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2012-2-489.
- MUNAR BERNAT, P. (1999). *La regulación española de la «Multipropiedad»*, Navarra: Aranzadi.
- (1991). *Regímenes Jurídicos de Multipropiedad en Derecho Comparado*, Madrid: Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicación.
- (2009). Estudio sobre la Directiva 2008/122/CE, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores en los contratos de aprovechamiento por turnos de bienes de uso turístico, adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa e intercambio, *Indret* [En línea] núm. 4/2009, disponible en: http://www.indret.com/pdf/685_es.pdf
- PAPAÑO, R., KIPER, C., DILLON, G., y CAUSSE, J. (2004). *Derechos reales*, t. I, Bs. As.: Astrea.
- PIEDECASAS, M. (2005). Los servicios y la ley de defensa del consumidor, *Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2005-2-295.

- PIERACCINI, S. (2008). *La «Propriete Temporaire», Essai d'analyse des Droits de Jouissance a Temps Partage*, Tesis doctoral, Francia: Université du Sud Toulon-Var.
- POLLACK, E. (1982). Time-Sharing, or Time is Money but Will it Sell?, *Real Estate Law Journal*, núm. 10, p. 281.
- PUERTA DE CHACÓN, A. (2012), Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido, Ley 26356, En: E. Zannoni (dir.), A. Kemelmajer de Carlucci (coord.), *Código Civil*, t. 13, Bs. As.: Astrea, pp. 457-533.
- (2003). Tiempo compartido ¿un producto turístico? En A. Kemelmajer de Carlucci, D. Benítez (coords.), *Turismo, derecho y economía regional*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pp. 129 y sigs.
- (2009). Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido. Insuficiencia de la ley 26356 desde la óptica de los derechos reales, *Lexis Núm. 0003/014778*.
- Cuestiones procesales del adquirente del sistema turístico de tiempo compartido. Carga de la prueba, *Jurisprudencia Argentina* 2011-IV-1236.
- SALVAT, R. (1959). *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, T. III, 4.^a ed., Bs. As.: TEA.
- SAVAGE, M., LANCASTER, C. y BOUGOPOULOS, N. (1994). Time Share regulation: The Wisconsin model, *Marquette Law Review*, núm. 77, pp. 721 y sigs.
- SILVESTRE, N. y LUBINIECKI, R. Regulación legal del tiempo compartido. Aspectos salientes de la nueva ley 26.356, *Jurisprudencia Argentina* 2008-II-909.
- El tiempo compartido y la responsabilidad de todos los operadores del sistema, *La Ley* 2006-B-542.
- SPOTA, A. (1977). *Tratado de la locación de obra*, T. I, 3.^a ed., Bs. As.: Depalma.
- TRANCHINI, M. (2010). Propiedades Especiales, En: Lafaille, Hector y Alterini, J. H., *Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales*, T. VI, Bs. As.: La Ley Ediar, pp. 261-428.
- Consideraciones sobre los conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2.012. ¿Nuevos derechos reales para pocos?, *Jurisprudencia Argentina* 2012-IV-1365.
- VENTURA, G. Algunas propuestas del proyecto de reforma a los códigos civil y comercial en torno al régimen de los derechos reales, *Jurisprudencia Argentina* 1988-II-595.

NOTAS

¹ Sus antecedentes son el Decreto Presidencial núm. 191 de fecha 28 de febrero de 2011 (BOE del 28 de febrero de 2011), que dispuso la creación de una Comisión para la elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Se designó como integrantes de dicha comisión a los doctores Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. Dicho anteproyecto fue presentado por los autores en fecha 27 de marzo de 2012, y luego de examinado y reformado parcialmente por el Poder Ejecutivo, fue remitido al Congreso de la Nación, para su estudio y tratamiento legislativo.

² En contra de esta posición se ha expresado una importante autora, quien considera que se abre innecesariamente el *numerus clausus* y advierte la existencia de cuestiones más importantes para regular y que han sido omitidas (TRANCHINI, 2012, 1367).

³ Aquí se plantea una inconsistencia plasmada: El artículo 28 inc. j) de la Ley de STTC establece como parte del documento informativo el deber de informar al adquirente que

cuenta con el derecho de desistimiento en los términos del artículo 18 de la misma norma, pero dicho artículo se encuentra derogado por efecto de la sanción del Código en tanto que pertenece al Cap. IV de la Ley de STTC.

⁴ Estos inmuebles quedan sujetos a la regulación de la Ley española 4/2012. Hay una cuestión de competencia normativa vinculada al punto que no debería alterar el sentido del ejemplo.

⁵ También resulta admitido el usufructo en cuanto se trate: a) una cosa no fungible; b) un derecho, solo en los casos en que la ley lo prevé; c) una cosa fungible cuando recae sobre un conjunto de animales; d) el todo o una parte indivisa de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario (art. 2930).

⁶ El significado del término (*DRAE*) en su 1.^a acepción es: «Relativo a una parte del todo» (*adj.*).

⁷ Salvat, seguido por buena parte de la doctrina argentina, afirmaba que: «la copropiedad o condominio es el mismo derecho real de propiedad, dividido entre los diversos copropietarios» (SALVAT, 1959, 9).

⁸ Los Fundamentos indican la importancia de los servicios en la configuración de la Propiedad Horizontal (pto. VII. Libro cuarto. Título VI «Propiedad Horizontal»).

⁹ Originada en Europa a mediados de siglo XX, con el llamado «Eurotel».

¹⁰ *DRAE*, voz «nombre», 1.^a acepción.

¹¹ La 22.^a edición del *DRAE* incluye al término «tiempo compartido» como sinónimo en Argentina y Uruguay de multipropiedad (término que es definido a su vez por este como *condominio de un inmueble, cuyo disfrute está restringido a periodos determinados*).

¹² En materia de relación de consumo: Cám. Nac. Com., Sala B, 30 de junio de 2004, «González, Ignacia c/ Intervac SRL», LL del 23 de septiembre de 2004, p. 5, RCyS 2004-VIII-108; Cám. Nac. Com., Sala A, 15 de febrero de 2007, «Morganti, Alberto c/ Club House San Bernardo S.A. y otro s/ Ordinario», MJ-JU-M-10764-AR. En materia de deber de información: Cám. Nac. Fed. Cont. Adm., Sala V, LL 1999-D-776; en materia de publicidad Cám. Nac. Com., Sala D, 05/09/05, «González de Bruno, Mónica c/ Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ Ordinario», LL 2006-B-542.

¹³ La doctrina ha dicho que: Como conjunto inmobiliario el tiempo compartido es una situación jurídica comunitaria de índole funcional que se desenvuelve en un área de extensión territorial limitada, integrada por partes privativas —unidades funcionales, o partes de un inmueble no sometido a propiedad horizontal y sus muebles y útiles- y partes, cosas y servicios comunes o de uso común, vinculadas indisolublemente; en el que las primeras tienen un destino de albergar con fines vacacionales a los usuarios por uno o más periodos de tiempo al año, durante un término variable; y las segundas están conformadas por espacios circulatorios y áreas destinadas a esparcimiento y servicios propios de hotelería (TRANCHINI, 2010, 385).

¹⁴ La *multilocalización* se encontraría comprendida en el supuesto.

¹⁵ Comp. CSJN, 7 de agosto de 2007, «Parques Interama S.A. s/ quiebra c/ M.C.B.A. s/ ordinario», Fallos 330:3463.

¹⁶ GATTI y ALTERINI sostienen en materia de afectación a prehorizontalidad que: Puede caracterizarse la afectación del inmueble a la propiedad horizontal como su destinación a dicho fin, mediante el compromiso que contrae el propietario a través de una declaración unilateral de voluntad dirigida a los restantes miembros de la comunidad, que se efectiviza por su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble (GATTI-ALTERINI, 1972-1, 932).

¹⁷ Comp. CSJN, 7 de julio de 1992, «Ekmedjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo», Fallos 315:1503.

¹⁸ Cám. Nac. Civ., en pleno, 28 de febrero de 1979, COTTON, Moisés D. y otros vs. TUTUNDIJIAN, Simón, ED 82-141. Cám. Nac. Civ., Sala A, 12 de mayo de 2011, «Almagro Construcciones S.A. vs. Espíndola, Gustavo R. y otro s. Rescisión de contrato», Rubinzal on line, RC J 10099/11.

¹⁹ Allí se ha dicho que en principio se trataría de dos productos turísticos distintos que no deben confundirse porque en un caso la propiedad es sobre todo el inmueble cediendo la

explotación de la mayor parte del tiempo mientras que en el otro el derecho queda delimitado ya desde el primer momento por un espacio temporal (una semana) (MUNAR BERNAT, 2009, 13).

²⁰ El Código elimina la clasificación entre contratos consensuales y reales, pero vale la pena conservar la mención a los fines didácticos.

²¹ Cám. Nac. Civ., Sala B, 21/10/2009, Cantarella, Lidia Juana y otro c. Brenna y Asociados S.A., AR/JUR/45507/2009.

²² Conf. Cám. Nac. Com., Sala D, 5 de septiembre de 2005, «González de Bruno, Mónica c/ Banco de Galicia», con nota a fallo, LL 2006-B-542.

²³ Florida Vacation Plan and Timesharing Act, artículo 721.05. (10) (d) 1 y 3.

²⁴ Ha sido objeto de especial regulación en la Ley 4/2012 de España (arts. 5, 7.1, 9.1c), 11.1, entre otros).

²⁵ Según el diccionario de RAE es la persona que comparte en unión con otra u otras. Así lo denomina el Código Civil de Quintana Roo, México (art. 2764, 2768).

²⁶ Por ej. California, Secc. 11251, «Time-Share Act», Business and Professions Code, disponible en *leginfo.ca.gov*. Sin perjuicio de ello, la doctrina ha dejado aclarado que la figura del conjunto de propietarios es ficticia a los fines de la administración mediante asambleas, ya que al vivir en lugares en principio tan alejados unos de otros, se deja librado a la administradora esta facultad (KEMELMAJER DE CARLUCCI, 1989, 561).

²⁷ En este sentido, la Corte Suprema Argentina ha establecido en el precedente «Halabi» (CSJN, 24/02/2009, Fallos 332:111) que: Los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado, y la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo —lo que ocurre cuando este pertenece a toda la comunidad—, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna, razón por la cual solo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos, no perteneciendo estos bienes a la esfera individual sino social y no son divisibles de modo alguno.

²⁸ El mismo dispone: *Le norme del regolamento non possono in alcun modo menomare i diritti di ciascun condomino, quali risultano dagli atti di acquisto e dalle convenzioni...*, disponible en *jus.unitt.it*.

²⁹ Estos documentos deben cumplir con ciertos recaudos: 1) Que lo que se informa guarde correspondencia con el bien o servicio; 2) Que lo que se describe sea preciso, respecto de las cualidades, fines y funciones del bien o servicio; 3) Que lo informado sea real; 4) Que lo informado sea demostrable (PIEDECASAS, 2005, 295).

³⁰ La doctrina ha colocado énfasis en la importancia de la figura del administrador y la necesidad de acotar sus facultades (ACQUARONE, 1998, 177).

³¹ CNCiv., sala K, 20 de junio de 2002, Ríos, Daniel A. c. Administración Arenales Soc. de hecho, L.L. 2002-D-506, DJ 2002-2-842. En el caso, se había interrumpido el servicio público de provisión de gas debido a una deuda por el concepto, no se abonaban aportes patronales ni la cobertura sobre riesgos de trabajo por los empleados —lo que motivara dos ejecuciones fiscales—, existían también pedidos de quiebra contra la sociedad administradora y sus socios, y cheques devueltos por falta de pago librados a su nombre.

³² Se rige el administrador de los conjuntos urbanísticos por lo dispuesto para la propiedad horizontal, artículo 2075.

³³ Conf. Cám. Nac. Com., Sala B, 21/10/2009, Cantarella, Lidia Juana y otro c. Brenna y Asociados S.A., LL 2010-B-82 con nota de Adriana N. Abella, AR/JUR/45507/2009.

³⁴ Cám. Nac. Com., Sala F, 05/10/2010, Playa Palace S.A. c. Peñaloza, Leandro Hipólito, JA 2011-III-397; AR/JUR/57936/2010.

³⁵ Análogamente, la jurisprudencia tiene dicho con relación a la rendición de cuentas en la propiedad horizontal que: La ley de propiedad horizontal no contiene una norma sobre la forma en que debe presentarse la rendición de cuentas del ex administrador del consorcio,

ella debe contener claramente los gastos, su imputación y la utilización de mecanismos contables adecuados para que surja con claridad el patrimonio con que cuenta el ente consorcial, respaldado por la documental pertinente, no conformando una verdadera rendición de cuentas la presentación de planillas o liquidaciones mensuales de expensas y demás comprobantes pues no reúnen los requisitos de claridad, precisión y descripción exigidos por la ley. Cám. Nac. Civ., Sala K, 14/02/2008, Consorcio de Prop. Colombres 1050/52 c. Administración Congreso S.R.L., AR/JUR/408/2008.

³⁶ El Diario El Mundo de España refiere la homogeneización de la normativa Comunitaria Europea para de evitar fraudes a los usuarios del sistema (22 de octubre de 2008, disponible en elmundo.es/elmundo/2008/10/22/suvienda/1224686409.html).

³⁷ Cám. Nac. Civ., Sala B, 21/10/2009, Cantarella, Lidia Juana y otro c. Brenna y Asociados S.A., AR/JUR/45507/2009.

³⁸ La normativa española establece con la relación a la duración del *tiempo compartido* que sea superior a un año y no exceder de 50 años (art. 24, Ley 4-2012). Ello en tanto que el derecho es previsto sobre la cosa ajena. No obstante esta delimitación ha sido utilizada por los operadores para eludir la aplicación de la ley (CARRASCO PERERA, 2012, 51).

³⁹ En derecho español existe abundante desarrollo sobre las implicancias contractuales, nulidad de cláusulas, etcétera (MUNAR BERNAT, 1999, 36).

⁴⁰ Cám. Cont. Adm. Fed., Sala V, 25-11-97, Mazzei, Smurra y Asoc. S.A. c/ Sec. de Comercio e Industria, ED 178-106. Se estableció allí que: Ya que la voluntad del legislador al sancionar la 24240 fue la de proteger al consumidor o usuario, cabe considerar que aun cuando no exista una normativa específica referida al contrato de tiempo compartido y exista un debate sobre la naturaleza de dicho instituto, la aplicación de dicha ley no resulta inadecuada, cuando se discute la conducta asumida por la sociedad vendedora en el curso de la formación del contrato durante el lapso que iría desde la oferta a la suscripción de la escritura, tanto más que no puede desconocerse que este instituto no se limita a la venta de un inmueble con fines vacacionales, sino también comprende la prestación de determinados servicios.

*(Trabajo recibido el 21-11-2014 y aceptado
para su publicación el 17-12-2014)*

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 26-1-2015

(BOE 2-3-2015)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 17

COMUNIDAD DE BIENES: ARRENDAMIENTO.

Es generalmente admitido que, en principio, el arrendamiento constituye acto de administración o, si se quiere, de extraordinaria administración o de gestión, por lo que bastaría, para su realización, la capacidad general para celebrar tales actos, siendo solo necesaria la capacidad dispositiva cuando se trate de arrendamientos que por sus estipulaciones, o por su duración, puedan ser considerados actos de disposición o equiparados a estos (sin perjuicio, eso sí, de que eventualmente alguna norma pueda exigir capacidad dispositiva para concertarlo). Por no hablar de la problemática que plantea la exégesis del artículo 398 del Código Civil cuando se pone en relación dicho precepto con los arrendamientos y de la que se han ocupado, también, algunos pronunciamientos del TS, ya genéricamente, ya en función de cláusulas especiales que en tales contratos se hubieran consignado (*vid.* sentencias citadas en los fundamentos de Derecho), entendiéndose que bastará el consentimiento de quienes ostenten la mayoría de intereses en la comunidad para la celebración del arrendamiento, salvo que el arrendamiento, por su duración, o por sus concretas estipulaciones, exceda de la mera administración y pueda ser considerado acto de disposición o gravamen, algo que esa jurisprudencia había resuelto con base en el criterio del plazo de duración de seis años. El hecho de que el arrendamiento sea inscribible no tiene la trascendencia de transmutar su naturaleza jurídica, de acto de administración en acto de disposición.

Resolución de 26-1-2015

(BOE 2-3-2015)

Registro de la Propiedad de Mojácar

DERECHO DE OPCIÓN DE COMPRA: TRACTO SUCESIVO.

La cuestión planteada en este expediente debe resolverse conforme a la doctrina sentada por este Centro Directivo en las Resoluciones de 23 de julio de 2005 y 30 de enero de 2006, según las cuales, «...como tiene declarado el TS, con la inscripción, y, por efecto de la publicidad registral, el derecho de opción se impone *erga omnes*, de suerte que su existencia afectará o perjudicará a todo adquirente posterior a la inscripción del derecho de opción de compra, pero sin que tal inscripción opere el cierre del Registro por lo que el propietario de una finca concedente de un derecho de opción de compra, aún después de su inscripción en el Registro, puede enajenar o gravar la cosa ya que tal derecho no implica prohibición de disponer o de enajenar y sí tan solo una facultad preferente de adquirir a favor de optante, si bien cuando un ulterior comprador adquiere el inmueble objeto de la opción inscrita, esta surte efecto contra ese comprador; esto es, que el derecho de opción registrado opera contra el subadquirente como derechohabiente que es del que concedió la opción. En consecuencia, el derecho de opción de compra inscrito en el Registro de la Propiedad al amparo del artículo 14 del RH, no confiere a su titular derecho dominical alguno que impida posteriores enajenaciones del inmueble, sin perjuicio de que el titular del derecho de opción pueda exigir de todo propietario del inmueble afectado, sea el concedente, sean posteriores adquirentes del mismo, la venta de la cosa afectada. También ha indicado el Alto Tribunal (...) que, ejercitado el derecho correspondiente en tiempo y forma por el optante, a partir de la notificación a los optatarios se consuma (y se agota) el contrato de opción de compra, a la vez que se perfecciona el contrato de compraventa, el cual nació a la vida jurídica por concurrencia de los requisitos esenciales para su generación con sujeción a la regulación jurídica prevista en el contrato de opción». Estando la finca inscrita en el Registro de la Propiedad —bajo la salvaguardia de los tribunales— a nombre de una persona distinta del anterior titular registral, no podrá accederse a la inscripción de la escritura calificada, de compraventa en ejercicio de opción de compra, sin consentimiento del actual titular registral, por más que haya sido otorgada por la entidad concedente que fue la titular anterior (cfr. art. 17 de la LH), sin perjuicio de que los interesados puedan contender entre sí para ventilar la cuestión en el procedimiento judicial correspondiente. Dado que no se pactó ejercicio unilateral alguno y la finca se ha transmitido a tercero gravada con el derecho de opción, el principio registral de tracto sucesivo y la propia legitimación registral exigen que toda acción de cumplimiento tenga como parte necesaria al actual titular registral.

Resolución de 27-1-2015

(BOE 2-3-2015)

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 4

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SOCIEDAD DE GANANCIALES DISUELTA Y NO LIQUIDADA.

En cuanto a la posibilidad de embargar bienes de la sociedad ganancial en liquidación, se desprende la necesidad de distinguir tres hipótesis diferentes, así

en su sustancia como en su tratamiento registral, que también han sido objeto de estudio en numerosas resoluciones. En primer lugar, el embargo de bienes concretos de la sociedad ganancial en liquidación, el cual, en congruencia con la unanimidad que preside la gestión y disposición de esa masa patrimonial (cfr. arts. 397, 1058 y 1401 del Código Civil), requiere que las actuaciones procesales respectivas se sigan contra todos los titulares (art. 20 de la LH). En segundo lugar, el embargo de la cuota global que a un cónyuge corresponde en esa masa patrimonial, embargo que, por aplicación analógica de los artículos 1067 del Código Civil y 42.6 y 46 de la LH, puede practicarse en actuaciones judiciales seguidas solo contra el cónyuge deudor, y cuyo reflejo registral se realizará mediante su anotación «sobre los inmuebles o derechos que se especifique en el mandamiento judicial en la parte que corresponda al derecho del deudor» (cfr. art. 166.1, «in fine», del RH). Y en tercer lugar, el teórico embargo de los derechos que puedan corresponder a un cónyuge sobre un concreto bien ganancial, una vez disuelta la sociedad conyugal, supuesto que no puede confundirse con el anterior pese a la redacción del artículo 166.1, «in fine», del RH, y ello se advierte fácilmente cuando se piensa en la diferente sustantividad y requisitos jurídicos de una y otra hipótesis. En efecto, teniendo en cuenta que los cónyuges, o el cónyuge viudo y los herederos del premuerto, puedan verificar la partición del remanente contemplado en el artículo 1404 del Código Civil, como tengan por conveniente, con tal de que no se perjudiquen los derechos del tercero (cfr. arts. 1058, 1083 y 1410 del Código Civil), en el caso de la traba de los derechos que puedan corresponder al deudor sobre bienes gananciales concretos, puede perfectamente ocurrir que estos bienes no sean adjudicados al cónyuge deudor (y lógicamente así será si su cuota puede satisfacerse en otros bienes gananciales de la misma naturaleza, especie y calidad), con lo que aquella traba quedará absolutamente estéril; en cambio, si se embarga la cuota global, y los bienes sobre los que se anota no se atribuyen al deudor, estos quedarán libres, pero el embargo se proyectará sobre los que se le haya adjudicado a este en pago de su derecho (de modo que solo queda estéril la anotación, pero no la traba). Se advierte, pues, que el objeto del embargo cuando la traba se contrae a los derechos que puedan corresponder a un cónyuge en bienes gananciales singulares carece de verdadera sustantividad jurídica; no puede ser configurado como un auténtico objeto de derecho susceptible de una futura enajenación judicial (cfr. Resolución de 8 de julio de 1991) y, por tanto, debe rechazarse su reflejo registral, conforme a lo previsto en los artículos 1 y 2 de la LH. Lo que no cabe nunca es el embargo de mitad indivisa del bien, pues mientras no esté liquidada la sociedad de gananciales y aunque haya disolución por divorcio de los cónyuges, no existen cuotas indivisas sobre bienes concretos.

Resolución de 27-1-2015

(BOE 2-3-2015)

Registro de la Propiedad de Benidorm, número 1

HERENCIA: SUCESIÓN INTESTADA A FAVOR DEL ESTADO.

Las formalidades necesarias para la inscripción de bienes a favor del Estado por título de herencia intestada, además de lo previsto con carácter general en la legislación hipotecaria y en el Código Civil, resultaban del Decreto 2.091/1971 de 13 de agosto de 1971, hoy derogado y sustituido por el Real Decreto 1.373/2009, de 28 de agosto de 2009, que regula esta materia en el Capítulo I del Título I,

artículos 4 a 15, de acuerdo con la previsión contenida en el artículo 20.6 de la Ley 33/2003. La peculiaridad fundamental respecto de cualquier otro heredero único que resulta de esta regulación consiste en que el Estado precisa no solo de la declaración de heredero a su favor y de la formalización de un inventario de los bienes y derechos (*vid.* arts. 14 y 16 LH), sino también de la entrega de los bienes relictos por parte de la autoridad judicial, entrega de la que se levantará acta. No otra cosa puede interpretarse del artículo 9 del Decreto 2.091/1971 y del artículo 9 del Real Decreto 1.373/2009 que lo sustituye. La previsión contenida en el artículo 9.2 no puede considerarse como una prerrogativa de la Administración General del Estado para incluir o excluir libremente bienes del acta de entrega, pues en tal caso el trámite de entrega de bienes por la autoridad judicial devendría superfluo e innecesario. Esta solución convertiría la entrega de bienes en una formalidad vacía, que podría modificarse unilateralmente por la Administración General del Estado a su conveniencia. El artículo 9.2 debe interpretarse, más bien, como el reconocimiento de una facultad de la Administración General del Estado para instar del Juzgado la entrega de nuevos bienes no previstos en el inventario-relación original. De ahí que el precepto hable de acordar la incorporación de los bienes a la relación-inventario, pero nunca, como es lógico, de acordar su incorporación al acta de entrega, pues dicha entrega es una competencia exclusivamente judicial.

Resolución de 28-1-2015

(BOE 2-3-2015)

Registro de la Propiedad de Marbella, número 3

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO PREVENTIVO: CÓMPUTO DEL PLAZO DE CADUCIDAD.

En estos casos de conversión de embargo preventivo en embargo ejecutivo, si bien no estamos ante una primera anotación de suspensión, sí puede aplicarse analógicamente el mecanismo de conversión de estas últimas que regula la legislación hipotecaria, a fin de recoger correctamente el tránsito del embargo preventivo al embargo ejecutivo manteniendo la prioridad ganada por la toma de razón en el Registro del primero. En consecuencia, los efectos de la anotación de conversión, se retrotraen a la fecha de la anotación del embargo preventivo si bien el plazo de caducidad de esta segunda anotación se computará desde su propia fecha, por aplicación del régimen general de las anotaciones preventivas contenido en el artículo 86 de la LH. Aunque en el caso objeto de recurso se practicó la conversión por nota marginal, debe aplicarse a esta el mismo régimen, y entender que el plazo de caducidad de la anotación se cuenta desde la fecha de esta nota marginal de conversión en embargo definitivo.

Resolución de 29-1-2015

(BOE 2-3-2015)

Registro de la Propiedad de Cullera

OBRAS NUEVAS ANTIGUAS: REQUISITOS. DERECHO DE VUELO: EJERCICIO.

En el presente caso la certificación técnica incorporada a la escritura identifica suficientemente la finca y contiene también suficiente descripción de

la vivienda cuya obra se declara. Además, es indudable que comporta una afirmación sobre la fecha de terminación de la obra y, según la norma reglamentaria referida, se confía a la exclusiva responsabilidad del técnico certificador la garantía de la veracidad y exactitud de tal extremo. Asimismo, en las certificaciones catastrales incorporadas figura 1965 como año de construcción de la referida edificación. Ciertamente, existen algunas discrepancias entre la certificación técnica, la certificación catastral y el título, de poca importancia (respecto de la superficie edificada —44 m² según las dos primeras y 43,50 m² según la escritura—; denominación de la calle, elementos que figuran solo en las certificaciones catastrales, etc.). Pero es igualmente cierto que, como ha entendido este Centro Directivo en Resoluciones de 25 de agosto de 2008 y 1 de febrero de 2012, entre otras, no se trata de supuestos (como las inmatriculaciones) en que haya una exigencia legal de coincidencia total, sino que lo que las normas complementarias al RH exigen en materia de obra nueva es que se acredite la realidad de la obra, que el proyecto se ajuste a licencia o en su defecto que hayan prescrito las medidas de restablecimiento de legalidad urbanística, y que no haya duda de la identidad de la finca según lo expresado en el título y en el documento justificativo de aquellos extremos, circunstancias que han de reputarse suficientemente acreditadas, a pesar de las escasas diferencias de superficie referidas en la calificación, toda vez que estas no comportan dudas sobre esa identidad de la finca ni que haya contradicción entre la certificación descriptiva y gráfica, la certificación técnica y el título calificado, que impida la inscripción de la edificación tal como se describe en este último. En el apartado número 2 del primer defecto, el Registrador exige que se acredite que el suelo de la finca en la que se declara la obra no está afectado por servidumbres de uso público general, conforme al artículo 20.4.a) del texto refundido de la Ley de suelo, lo que considera necesario por lindar con vías públicas. Este defecto tampoco puede confirmarse, según la reiterada doctrina de este Centro Directivo (*vid.*, por todas, las Resoluciones de 15 de abril de 2013, 6 de mayo de 2014 y 5 de noviembre de 2013), pues de dicha norma legal basta que ese extremo no resulte del historial de la finca, ni de las bases gráficas (art. 9.1 de la LH) ni del propio título calificado, para que la inscripción pueda ser practicada. Como puso de relieve esta Dirección General en Resolución de 28 de marzo de 2008, es indudable que el ejercicio del derecho de vuelo constituido comporta necesariamente una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, que podrá llevar a término por sí solo el titular de tal derecho si se le atribuye al constituirse este, sin que sea necesario el concurso del resto de los propietarios del inmueble, tanto para ejercitarlo como para reflejar, documentalmente, las modificaciones que el ejercicio de tal derecho necesariamente ha de comportar en el título constitutivo, siempre que se realice dentro de los límites legalmente establecidos (entre ellos los relativos a la necesaria fijación de las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento —artículo 16.2. letra «a» del RH—).

Resolución de 29-1-2015

(BOE 2-3-2015)

Registro de la Propiedad de Cangas

SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL TÍTULO RESPECTO DE TERCEROS POSTERIORES NO DEMANDADOS.

Dictada la sentencia en rebeldía procesal de la sociedad demandada, tal y como consta en la propia resolución, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone: «Mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, solo procederá la anotación preventiva de las sentencias que, dispongan o permitan la inscripción o cancelación de asientos en Registros Públicos». Es decir, aun cuando se hubiese acreditado en tiempo y forma la firmeza de la resolución, es aplicable la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. resoluciones citadas en el «Vistos») según la cual, cuando una sentencia se hubiera dictado en rebeldía es preciso que, además de ser firme, haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde. Reiterando una asentadísima doctrina, este Centro Directivo ha afirmado en su Resolución de 2 de agosto de 2014 (en un supuesto muy similar al presente), que está claro que la declaración de nulidad de una escritura pública en un procedimiento judicial, en el que no han sido parte los titulares de titularidades y cargas posteriores y que no fue objeto de anotación preventiva de demanda de nulidad con anterioridad a la inscripción de tales cargas o derechos, no puede determinar su cancelación automática. Y todo lo anterior no obsta para que, sin perjuicio de los asientos posteriores y en relación a las fincas cuyas inscripciones de dominio constan a nombre de la entidad demandada, pueda reflejarse registralmente la nulidad del título que motiva la última inscripción de dominio, a fin de evitar que el Registro siga abierto a nuevos actos dispositivos que, amparados en su apariencia tabular, pudiera celebrar posteriormente la titular registral de dicha inscripción (vid. segundo párrafo del art. 173 del RH).

Resolución de 30-1-2015

(BOE 2-3-2015)

Registro de la Propiedad de San Mateo

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Las circunstancias concurrentes en este caso conducen a la desestimación del recurso, por ser fundadas las dudas del Registrador acerca de la identidad de la finca e insuficientes los certificados aportados por los interesados para proceder a la rectificación de la descripción de la finca inscrita con la consiguiente disminución de la cabida inscrita.

Resolución de 2, 3 y 4-2-2015

(BOE 2-3-2015)

Registro de la Propiedad de Mijas, número 2

HIPOTECA: INTERESES DE DEMORA.

Como puso de relieve este Centro Directivo en la Resolución de 18 de noviembre de 2013, siendo los intereses legales del dinero esencialmente variables, al ser revisados anualmente por las respectivas leyes presupuestarias (*vid.* art. 1 de la Ley 24/1984, de 29-6-1984, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero), la indeterminación de la cifra garantizada en el momento inicial de la constitución de la garantía está resuelta por la técnica hipotecaria a través de la figura de las hipotecas de seguridad en su modalidad de máximo. Por otra parte, es doctrina consolidada de este Centro Directivo (en especial a partir de las Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984, y en otras muchas posteriores citadas en los «Vistos») que la garantía de los intereses sujetos a fluctuación, desde el momento en que a través del asiento registral no puede determinarse la suma concreta a que en cada periodo de devengo van a ascender, tan solo cabe a través de una hipoteca de máximo, para las que por exigencia del principio de determinación registral (arts. 12 de la LH y 219 de su Reglamento) se requiere señalar el tope máximo del tipo de interés que queda cubierto con la garantía hipotecaria que se constituye y cuya determinación (Resoluciones de 16 de febrero de 1990 y 20 de septiembre de 1996), en cuanto delimita el alcance del derecho real constituido, lo es a todos los efectos, tanto favorables como adversos, ya en las relaciones con terceros, ya en las que se establecen entre el titular del derecho de garantía y el dueño de la finca hipotecada que sea a la vez deudor hipotecario (acciones de devastación, de ejecución hipotecaria, etc.). La Ley 1/2013, de 14 de mayo de 2013, al añadir un nuevo párrafo al artículo 114 de la LH, viene a sumar un nuevo límite legal a los intereses de los préstamos hipotecarios constituidos sobre la vivienda habitual y destinados a financiar su adquisición, haya o no terceros, de forma que los intereses pactados no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Además, dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En conclusión, la necesidad de fijación de un tipo máximo a la cobertura hipotecaria de dicho interés, debe conciliarse con la limitación legal establecida, de forma que el máximo pactado (que como se ha visto anteriormente opera a todos los efectos legales, favorables o adversos, y tanto en las relaciones entre el acreedor hipotecario y el deudor hipotecante como en las que se producen con terceros), solo será aplicable si en el momento de su devengo es igual o inferior al límite legal, salvedad esta que habrá de hacerse constar en la cláusula correspondiente. Además, debe tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente aquellas deberán cumplir los requisitos de concreción, claridad y sencillez en la redacción.

Resolución de 4-2-2015

(BOE 2-3-2015)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 4

HIPOTECA: ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 2/2009, DE 31-3-2009.

En cuanto al supuesto de hecho de este expediente, es presupuesto de aplicación objetiva de la citada Ley 2/2009, de 31 de marzo de 2009, el carácter profesional del prestamista. El carácter de habitualidad no tiene una definición precisa en la legislación en general, siendo las diferentes normas que, de un modo u otro, aluden a este término las que en ocasiones han fijado criterios objetivos para considerar la existencia de tal carácter (por ejemplo, la legislación fiscal para entender como habitual un domicilio). Fuera de estos supuestos la resolución, la controversia sobre el carácter habitual o no de una actividad solo puede producirse por la valoración de las pruebas existentes en uno u otro sentido. En el caso que nos ocupa el prestamista manifiesta no ejercer profesionalmente dicha actividad, el Registrador opone que, a su juicio, tal actividad profesional puede afirmarse debido a la existencia de más de veinte créditos hipotecarios inscritos a favor del acreedor. La manifestación del prestamista de no ejercer de forma profesional la actividad efectuada en la escritura, queda desvirtuada por los datos obrantes en los diferentes registros, que, como bien dice el Registrador en su nota, revelan una continuidad en la concesión de préstamos con garantía hipotecaria.

Resolución de 5-2-2015

(BOE 2-3-2015)

Registro de la Propiedad de Gandía, número 3

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: SALVAGUARDA JUDICIAL DE LOS ASIENTOS.

Es reiterada la doctrina de este Centro Directivo, que constando la anotación preventiva cancelada con ocasión de extenderse un asiento posterior, el asiento de cancelación practicado, de conformidad con el artículo 1.3 de la LH, se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley. Por tanto la rectificación de dicho asiento debe llevarse a cabo en su caso, en los supuestos y en la forma señalada en el artículo 40 de la LH.

Resolución de 5-2-2015

(BOE 2-3-2015)

Registro de la Propiedad de Rute

PATRIA POTESTAD PRORROGADA: CONFLICTO DE INTERESES.

En el presente caso, la opción compensatoria de legítima establecida en el artículo 820.3 del Código Civil, o cautela socini, según es configurada doctrinal y jurisprudencialmente, y fue ordenada por la testadora en su testamento, implica la adopción de una decisión por el viudo, que aunque pueda entenderse adecua-

da para los intervinientes, lo cierto es que supone una elección por parte de la legitimaria en relación a la posición del viudo respecto de los bienes gravados por la legítima de la incapaz. Así considerado, la valoración de inexistencia de conflicto no puede hacerla por sí mismo el representante de la incapaz junto a la hermana, capaz, que no renunció a la herencia, sino que exige, conforme a lo establecido en el artículo 163 del Código Civil, del nombramiento de un defensor, con posterior sometimiento a lo que establezca el juez en su decisión, sobre la necesidad o no de posterior aprobación judicial.

Resolución de 6-2-2015

(BOE 2-3-2015)

Registro de la Propiedad de Inca, número 2

REQUISITOS FISCALES: PLUSVALÍAS EN ACTOS A TÍTULO GRATUITO.

El levantamiento del cierre registral previsto en el apartado primero del artículo 254 de la LH exige, en el supuesto de su apartado quinto, la justificación ante el Registrador bien de que se ha presentado la oportuna autoliquidación bien de que se ha presentado la oportuna declaración del hecho imponible ante la administración tributaria competente. Acreditada ante la Registradora la existencia de la declaración dirigida a la Administración competente y su presentación en Oficina de Correos por sello de imposición del que resulta la identificación de la Oficina y la fecha no cabe sino afirmar que procede el levantamiento del cierre registral y el despacho ordinario del documento presentado.

Resolución de 11-2-2015

(BOE 10-3-2015)

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 4

DERECHO DE VUELO: NATURALEZA Y VIGENCIA.

El derecho de vuelo es un derecho real sobre cosa ajena, con vocación de dominio, por el que su titular tiene la facultad de elevar una o varias plantas o de realizar construcciones bajo el suelo, adquiriendo, una vez ejercitado, la propiedad de lo construido. El derecho de vuelo no puede pertenecer al propietario del suelo, de lo contrario nos encontraríamos con una simple facultad del dominio. Por tanto, el derecho de vuelo solo puede nacer por transmisión a un tercero o por reserva al tiempo de enajenar el edificio o parte de él, como ha determinado la reiterada doctrina de este Centro Directivo. El derecho de vuelo objeto de este expediente data de 1958, anterior a la reforma del RH de 17 de marzo de 1959, por lo que no se especificaron el número de plantas construibles, ni su participación en los elementos comunes del edificio. Vigente y no cancelado el asiento relativo al derecho de vuelo, el principio de legitimación implica una presunción *iuris tantum* de existencia y pertenencia del derecho inscrito a favor del titular registral. En consecuencia, la construcción de una primera planta no conlleva necesariamente la extinción del derecho, salvo que los interesados den por concluida la elevación de nuevas plantas para lo que es preciso que se constituya el régimen de propiedad horizontal o así lo determinen los titulares de común acuerdo.

Resolución de 11-2-2015

(BOE 10-3-2015)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 27

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REANUDACIÓN DEL TRACTO INTERRUPTO POR SENTENCIA DECLARATIVA.

En el presente expediente, a pesar de la existencia de títulos intermedios, los interesados fundaron la demanda por la que instaba la declaración de propiedad, no en la cadena o sucesión de títulos privados de transmisión de dominio con sus sucesivos modos, sino en la prescripción extraordinaria del dominio a su favor. Es doctrina de esta Dirección General que la sentencia dictada en procedimiento declarativo solo valdrá para reanudar el tracto en el supuesto en que aparezcan como demandados los titulares registrales, quienes de ellos adquirieron y todos los titulares intermedios hasta enlazar con la titularidad del demandante y si se pide la declaración de la realidad, validez y eficacia de todos esos títulos traslativos intermedios. Ahora bien, en el caso de la usucapión extraordinaria, puesto que el procedimiento seguido para su declaración alterará el contenido de los libros del Registro deberá ser entablado, en todo caso, contra el titular registral para evitar su indefensión, pero no será necesaria la acreditación de la validez de los títulos intermedios pues precisamente dicha modalidad de prescripción adquisitiva no precisa ni de buena fe ni de justo título siendo únicamente necesario acreditar la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida.

Resolución de 12-2-2015

(BOE 10-3-2015)

Registro de la Propiedad de Móstoles, número 2

CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS DE EJERCICIO.

Cuando la demostración del cumplimiento o incumplimiento de la condición se pretende formular por solo una de las partes contratantes —más concretamente aquella a quién beneficia la prueba—, no puede fundarse tal prueba en su sola afirmación, aunque así se hubiera estipulado, lo que supondría tanto como dejar a la voluntad de una sola de las partes la eficacia del contrato (*vid.* art. 1.256 del Código Civil). En el presente caso, en el que se produce una mutación dominical, pues alguien deja de ser propietario y ha de soportar la transmisión que de su propiedad pretende realizarse y llevarse a los libros del Registro, en ejecución de un presumible incumplimiento declarado «inaudita parte», debe analizarse si existen analogías con el supuesto en que se ejerce la facultad resolutoria *ex* artículo 1504 del Código Civil, que comporta la recuperación del bien por el primitivo transmitente —con la correlativa pérdida para el adquirente— y la reinscripción a favor de aquel. La doctrina que ha ido elaborando este Centro Directivo a lo largo del tiempo tiene como evidente finalidad dotar de las suficientes garantías al titular registral, caso de que se pretenda despojarle de tal condición. En efecto, y como se pone de relieve en la calificación recurrida, no es admisible que la notificación de quedar resuelto el contrato se realice por burofax, pues solo es válida la efectuada por vía judicial o notarial, según la doctrina jurisprudencial que respecto de la condición resolutoria explícita *ex* artículo 1504 del Código Civil ha fijado el TS en la sentencia de 4 de julio de 2011, cuyos principios son trasladables al presente

caso. Pues bien, en el presente supuesto salta a la vista que la notificación efectuada carece de las garantías de fehaciencia exigibles, y que precisamente tienen su razón de ser en la salvaguarda de los derechos de la parte que eventualmente puede ser despojada de su titularidad dominical, pues esa notificación es lo que podrá permitirle accionar en defensa de sus derechos o aquietarse y allanarse a la pretensiones que se le planteen, algo que en modo alguno puede darse en este caso por cumplido satisfactoriamente. Por lo demás, son absolutamente razonables las restantes exigencias que se expresan en la calificación recurrida, precisamente porque lo contrario vendría a debilitar aún más la posición del titular registral, que puede verse privado de su derecho mediante un procedimiento que parece haber sido ideado para posibilitar una fácil y rápida transmisión dominical.

Resolución de 12-2-2015

(BOE 10-3-2015)

Registro de la Propiedad de Sabadell, número 2

PUBLICIDAD FORMAL: INTERÉS LEGÍTIMO.

El recurso no puede prosperar pues su fundamentación, que la propia recurrente reconoce que no es jurídica, contradice frontalmente normas fundamentales de nuestro ordenamiento. En realidad el escrito de recurso no entra a considerar si le asiste la razón jurídica sino simplemente si la norma aplicable es conforme a lo que el mismo considera apropiado, confundiendo además de modo inadmisibile la debida observancia de las obligaciones legales con la supuesta falta de trascendencia de su contravención. Este Centro Directivo tiene elaborada una reiteradísima doctrina en materia de interés legítimo que por ser de plena aplicación al supuesto de hecho no cabe sino confirmar acuerdo con ella, (*vid.* Instrucción de 5 de febrero de 1987 y Resoluciones de citadas en los «Vistos»), conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 222 de la LH y 332 de su Reglamento, el contenido del Registro solo se ha de poner de manifiesto a quienes tengan interés en conocer el estado de los bienes o derechos inscritos, siempre que dicho interés se justifique ante el Registrador, que es a quien corresponde apreciar la legitimación del solicitante de la información.

Resolución de 13-2-2015

(BOE 10-3-2015)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 6

PROPIEDAD HORIZONTAL: DIVISIÓN DE UN ELEMENTO PRIVATIVO.

Es objeto de este recurso determinar la posibilidad de ejecutar una división de un elemento privativo de una propiedad horizontal sin precisar acuerdo alguno de la comunidad de propietarios, a tenor de la nueva redacción del artículo 10 de la Ley sobre propiedad horizontal, tras la modificación operada por la Ley de 26 de junio de 2013, de rehabilitación, regeneración y rehabilitación urbanas. Según el indicado precepto, dicha operación requiere con carácter general autorización administrativa y acuerdo de tres quintas partes de los propietarios que representen las tres quintas partes de las cuotas de la comunidad, salvo que se tratase de un inmueble incluido en un área de rehabilitación urbana, en cuyo caso dicho acuerdo en junta de pro-

pietarios no será preciso. Considera la parte recurrente que la obtención de licencia de obras implica la consideración de la inclusión en el área especial mencionada, dada la situación de degradación en que se encuentra el inmueble. Resulta fundamental, por tanto, determinar si es posible la aplicación del supuesto excepcional previsto en el apartado 3 del artículo 10 de la Ley sobre propiedad horizontal al supuesto planteado, tomando como justificación suficiente para entender incluida la construcción en el ámbito antes expuesto la simple licencia administrativa de obras concedida por el Ayuntamiento de Valladolid. Se ha de concluir que debe existir un acto administrativo expreso que determine la inclusión de un edificio dentro de un área de regeneración, rehabilitación o renovación urbanas, en el que los interesados hayan participado dentro de los trámites administrativos correspondientes, y que esta circunstancia no puede suplirse o entenderse implícita por la concesión de licencia de obras, cuyo alcance y efectos son distintos a los contemplados en el acuerdo relativo a la inclusión en un área de rehabilitación urbana.

Resolución de 13-2-2015

(BOE 10-3-2015)

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 3

PARTICIÓN DE HERENCIA: INTERVENCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS. PARTICIÓN DE HERENCIA: HECHA POR EL TESTADOR.

Se suscita una cuestión relativa a la posibilidad o no de inscripción de una partición hereditaria, siendo la ley aplicable civil, el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre de 1990, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares, y dentro de ella la legislación de Mallorca, libro I, artículos 41 y siguientes, aplicación que no se discute y —en lo que se refiere a este recurso—, no plantea especialidad respecto del Derecho común (art. 48, «la legítima atribuye derecho a una porción del haber hereditario y debe ser pagada en bienes de la herencia») a los efectos de la práctica de la inscripción solicitada, la regla esencial que ha observado el Registrador es atender a la naturaleza de la legítima, «*pars bonorum*», que atribuye al legitimario el derecho a una porción del haber hereditario que debe ser pagada en bienes de la herencia. Ello hace imprescindible su concurrencia para la adjudicación de la herencia, en orden a preservar la intangibilidad de su legítima, en cuanto, ciertamente, el inventario, el avalúo, y el cálculo de la legítima son operaciones en las que está interesado el legitimario con dicha finalidad para proteger que las adjudicaciones no perjudican, en consecuencia, la legítima de estos herederos forzosos. Así se ha pronunciado este Centro Directivo, en referencia al Derecho civil de Mallorca, que en este extremo no ofrece diferencia con el Derecho civil común en la resolución de 13 de junio de 2013, que cabe ahora reiterar. La resolución de 8 de enero de 2014, citada por el Registrador y por el recurrente en la estela de numerosas resoluciones judiciales (entre ellas las sentencias de la Sala Primera del TS de 7 de septiembre 1998, o de 15 de julio de 2003) distinguen las llamadas normas de la partición, de la partición propiamente dicha, en la que el causante realiza —y ello es lo esencial— la totalidad de las operaciones precisas para la partición, en el testamento, llamado por ello particional y concretamente el inventario de los bienes, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones. La consecuencia es la adquisición directa, «*iure hereditario*», de los bienes, fallecido el testador y acreditado el título sucesorio.

Resolución de 14-2-2015

(BOE 10-3-2015)

Registro de la Propiedad de Torrevieja, número 1

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: NECESIDAD DE DIRIGIR LA DEMANDA CONTRA EL TITULAR REGISTRAL.

El principal problema que plantea el presente recurso radica en si puede tomarse una anotación preventiva de demanda cuando los bienes sobre los que se ordena tomarla están inscritos en el Registro a nombre de una sociedad que es persona distinta de la demandada, en este caso concurre la circunstancia de que la demanda cuya anotación se pretende versa sobre una acción de tercería de dominio interpuesta en un procedimiento de ejecución del que, según el recurrente, resulta la adjudicación a favor del actual titular registral. El recurso no puede prosperar. En efecto, si no ha sido parte en el procedimiento la sociedad a cuyo favor constan inscritos los bienes, no es posible acceder a la anotación pretendida.

Resolución de 16 y 20-2-2015

(BOE 13-3-2015)

Registro de la Propiedad de Majadahonda, número 2 y Gerona, número 4

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EFECTOS DE SU 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. Y ello porque como consecuencia de esta, han avanzado de rango y pasado a ser registralmente preferentes (cfr. Resoluciones de 28 de noviembre de 2001 y 11 de abril de 2002).

Resolución de 16-2-2015

(BOE 13-3-2015)

Registro de la Propiedad de Granada, número 1

CALIFICACIÓN REGISTRAL: CARACTERÍSTICAS. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: AMPLIACIÓN.

El recurso solo puede versar sobre aquellas circunstancias contenidas en la calificación verificada sobre el título inicialmente presentado, no pudiendo influir ninguna otra documentación aportada después a la hora de resolver este Centro Directivo. Del mismo modo, la existencia de otros asientos anteriores practicados

sobre la misma finca no puede vincular al Registrador para calificar en el mismo sentido otro documento presentado con posterioridad, puesto que la calificación es en cada caso una operación personalísima, independiente y sometida a normas y criterios que pueden ser cambiantes en cada momento. La doctrina de este Centro Directivo se ha ido consolidando y concretando a lo largo del tiempo, de tal manera que, desde el tenor literal del artículo 613 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha permitido la llamada ampliación de embargo no solo por nuevos intereses y costas generados a lo largo del procedimiento ejecutivo, sino incluso por nuevos importes del principal de la deuda que genera el apremio, siempre que tuviesen el mismo origen que el débito original y que por ello pudiesen ser exigidos en el mismo procedimiento, como ocurre en los nuevos vencimientos de una deuda de duración periódica (Resoluciones de 4 de diciembre de 2003, 7 de junio de 2006 y 14 de julio de 2011). Esta razón es igualmente aplicable, por tanto, a las costas ya existentes en un procedimiento, y cuya exigibilidad pudiera implicar el devengo de intereses de las mismas y por ello es posible su clasificación como una partida más que incorporar al principal de la deuda que se reclama, al no dejar de ser una deuda accesoria nacida como consecuencia del impago de la obligación principal. Constando en el Registro de la Propiedad la anotación preventiva de embargo, habiendo sido practicado el embargo por demanda dirigida frente a un cónyuge y notificado el otro, pese a constar en el Registro que la sociedad de gananciales se encontraba disuelta por divorcio, dicho asiento se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1.3.º de la LH) y no puede pretenderse ahora en el supuesto de ampliación del embargo por costas, que la demanda se dirija frente a ambos cónyuges.

Resolución de 18-2-2015

(BOE 13-3-2015)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 55

DOCUMENTOS JUDICIALES: CALIFICACIÓN REGISTRAL. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA.

Valor de tasación de la finca hipotecada. En cuanto a la competencia del Registrador para calificar la suficiencia en cuanto al precio de adjudicación de la finca en un procedimiento de ejecución hipotecaria, es doctrina de este Centro Directivo que los Registradores tienen el deber de colaborar con jueces y tribunales en su labor de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y de cumplir sus Resoluciones firmes (cfr. art. 118 del Código Civil), pero no por ello ha de quedar excluida la calificación registral de aquellas que pretendan su acceso al Registro; las exigencias constitucionales derivadas del principio de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos y de exclusión de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución Española), que tiene su específica aplicación en el ámbito registral en el criterio de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 de la LH), determinará la supeditación de la inscripción de las resoluciones judiciales firmes, a la previa comprobación de que en el procedimiento en que se dictan, los titulares registrales que pueden ser afectados han tenido la intervención prevista por la ley y en las condiciones exigidas según el caso, a fin de garantizar que no sufran en el mismo Registro las consecuencias de una indefensión procesal. En estos términos ha de ser entendido el artículo 100 del RH cuando determina el ámbito de la calificación registral a efecto de los documentos

judiciales, de modo que no puede el Registrador revisar la legalidad de aquellos trámites procesales prevenidos para el concreto procedimiento seguido que no estén directamente encaminados a hacer efectivo ese derecho de intervención conferido a los titulares registrales. De acuerdo con lo previsto en el artículo 682 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, el precio en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta constituye —junto con el domicilio fijado por el deudor para la práctica de requerimientos y notificaciones— uno de los requisitos esenciales que han de constar en la escritura de constitución de hipoteca. Consecuentemente, siendo la inscripción de la hipoteca uno de los pilares básicos de la ejecución hipotecaria (cfr. art. 130 de la LH), la fijación de un domicilio a efectos de notificaciones y la tasación, son elementos esenciales sobre los cuales gira la licitación, confiriendo distintos derechos al postor, al ejecutado y al ejecutante en función del porcentaje que la postura obtenida en la puja represente respecto del valor; en los términos recogidos por los artículos 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo además determinante dicho precio para la evaluación acerca de si el valor de lo adjudicado ha sido igual o inferior al importe total del crédito del actor y de la existencia y eventual destino del sobrante, máxime cuando, como en este caso, existen acreedores posteriores que han anotado sus derechos, extremos estos expresamente calificables por el Registrador al amparo de lo dispuesto en el artículo 132.4 de la LH.

Resolución de 19-2-2015

(BOE 13-3-2015)

Registro de la Propiedad de Ubrique

CALIFICACIÓN REGISTRAL: DISTINCIÓN ENTRE DEFECTOS SUBSANABLES E INSUBSANABLES. RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: REQUISITOS.

La determinación del carácter subsanable o insubsanable de un defecto no es cuestión fácil en muchos casos, y así lo ha reconocido este mismo Centro Directivo (cfr. Resolución de 24 de octubre de 2001). La misma resolución declara que, como pauta, el defecto será subsanable si la realización de los actos posteriores que subsanan la falta permiten la retroacción de los efectos a la presentación del documento defectuoso, debiendo partirse de que, en principio, en caso de duda, los defectos han de considerarse subsanables, pues, si por error un defecto insubsanable se considerara subsanable, en definitiva no podría subsanarse. En el presente caso el defecto debe considerarse subsanable, pues se removerá mediante la acreditación de la mayor cabida o superficie de la finca por cualquiera de los medios que el ordenamiento jurídico prevé para ello. Por ello, lo procedente será suspender la inscripción y no denegarla. En el presente caso, la cuantía del exceso de cabida determina que el recurso no pueda ser estimado. En primer lugar, la certificación del técnico es insuficiente para su constancia registral, pues conforme al artículo 298 del RH «...podrán inscribirse los excesos de cabida acreditados mediante certificación catastral o, cuando fueren inferiores a la quinta parte de la cabida inscrita, con el certificado o informe de técnico competente, en los términos previstos en el artículo 53 de la Ley de 30 de febrero de 1996, que permitan la perfecta identificación de la finca y de su exceso de cabida, sin necesidad de título traslativo». En este caso, el exceso es de más del doble de la superficie inscrita, con lo que excede sobradamente de dicha quinta parte. En segundo lugar, el mismo artículo 298 del RH añade que «en todos los

casos será indispensable que no tenga el Registrador dudas fundadas sobre la identidad de la finca, tales como aparecer inscrito con anterioridad otro exceso de cabida sobre la misma finca o tratarse de finca formada por segregación, división o agrupación en la que se haya expresado con exactitud su superficie». Tal enumeración, según doctrina reiterada de esta Dirección General, no exhaustiva sino meramente enunciativa, puede englobar otros supuestos, entre ellos, precisamente aquellos en que la diferencia de superficie es excesiva.

Resolución de 19-2-2015

(BOE 13-3-2015)

Registro de la Propiedad de Ubrique

CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS. RECTIFICACIÓN DEL NÚMERO DE POLICÍA: MEDIOS.

Es doctrina reiterada de Centro Directivo que cuando la calificación del Registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también 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. Aunque la motivación jurídica realizada por la Registradora en su nota de despacho es insuficiente, no se pueden calificar, como hace la Notaria en su escrito, de vagas e imprecisas expresiones como «no existe certeza de identidad de la finca», «no permite deducir la identidad de esta con la existente en el Registro», o «de la descripción de la obra en la escritura y en el certificado técnico se deduce que no cabe en la superficie actualmente consignada». En efecto, la Registradora, si bien no invoca el oportuno precepto legal, expone las causas por las que tiene dudas en cuanto a la identidad de la finca, expresión esta última que aparece explícitamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico (*vid.* arts. 298 del RH y 53 de la Ley de 30 de diciembre de 1996), y permitiendo con ello que los interesados puedan hacer uso de los medios de defensa legalmente previstos. Cabe recordar, tal y como ha declarado este Centro Directivo (Resolución de 16 de mayo de 2012), que el cambio de nombre o de número de la calle, no son datos que puedan ser modificados con la simple afirmación de parte interesada, puesto que son datos de policía, cuya modificación depende de la competente autoridad administrativa (cfr. arts. 437 del RH y 3, 11 y 45 de la Ley del Catastro Inmobiliario), debiendo acreditarse ante el Registro. Por tanto, no habría inconveniente alguno en admitir el cambio de número de calle de la finca sobre la base de la certificación catastral, siempre y cuando no haya dudas sobre la identidad de la finca. Y son precisamente estas dudas, invocadas por la Registradora en la calificación, las que llevan a concluir que tal certificado no es apto en este caso para hacer constar dicho cambio de numeración de calle. Presupuesto lo anterior, el recurso no puede ser estimado, debiendo ser confirmada la calificación registral en todos los extremos en los que, según su informe ha sido mantenida por la Registradora. En efecto, la falta de acreditación de la correspondencia entre el número de gobierno atribuido a la finca en el Registro y el asignado a la misma tanto en la escritura como en los certificados aportados hace que sean fundadas las dudas que la Registradora expresa sobre la identidad de la finca, dando así cumplimiento al mandato del

artículo 53.8 de la Ley de 30 de diciembre de 1996, y del inciso final del artículo 298 del RH, conforme al cual «en todos los casos será indispensable que no tenga el Registrador dudas fundadas sobre la identidad de la finca, tales como aparecer inscrito con anterioridad otro exceso de cabida sobre la misma finca o tratarse de finca formada por segregación, división o agrupación en la que se haya expresado con exactitud su superficie». Tal enumeración, según doctrina reiterada de esta Dirección General, no es exhaustiva sino meramente enunciativa, pudiendo por tanto englobar otros supuestos, como el presente.

Resolución de 20-2-2015

(BOE 13-3-2015)

Registro de la Propiedad de Gijón, número 2

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. PRINCIPIO DE ROGACIÓN: PERSONAS LEGITIMADAS PARA SOLICITAR LA PRÁCTICA DE UN ASIENTO.

Conforme a esta reiterada doctrina, el recurso contra la calificación negativa del Registrador no es cauce hábil para acordar la cancelación de asientos ya practicados y que, hayan sido o no extendidos con acierto, quedan desde entonces bajo la salvaguardia de los tribunales y, por tanto, no puede ser modificados en tanto no medie consentimiento del titular registral o resolución judicial que así lo establezca (cfr. arts. 1, 38, 40 y 82 de la LH). Por lo demás, dado el carácter rogado que tiene la actuación registral, consecuencia de la voluntariedad de la inscripción en nuestro Derecho, este Centro Directivo ha declarado reiteradamente que no se puede practicar en el Registro ningún asiento —salvo casos excepcionales— sin que haya sido solicitado expresamente por los interesados, que lo serán las personas enumeradas en el artículo 6 de la LH, mediante la presentación de los documentos que sean pertinentes.

Resolución de 23-2-2015

(BOE 19-3-2015)

Registro de la Propiedad de Amposta, número 2

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: APLICACIÓN EN LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN. DOCUMENTOS JUDICIALES: IDENTIFICACIÓN DEL SECRETARIO JUDICIAL.

Partimos de la caducidad de la anotación de embargo dimanante del procedimiento. Como ha sostenido esta Dirección General, tal caducidad no impide inscribir la adjudicación siempre que se respeten las exigencias del tracto sucesivo (*vid.* Resoluciones de 26 de mayo de 2000, 4 de enero de 2008 y 15 de marzo de 2013). Pues bien, tales exigencias no se respetan en el presente caso, pues de la documentación presentada no resulta que el cónyuge del demandado al tiempo de inscribir su adquisición (D.^a M. D. S. H. F.) haya sido demandado o notificado. Para tomar anotación preventiva del embargo en caso de procesos ejecutivos por deudas del titular registral, fallecido durante el procedimiento, deberá acreditarse al Registrador que se demandó al titular registral, que ha fallecido y que se ha seguido la tramitación con sus herederos, por sucesión procesal conforme al artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El tercero de los defectos se refiere

a la falta de identidad del secretario judicial que suscribe las diligencias de 14 de mayo de 2013 y de 24 de julio de 2014. Este defecto debe ser confirmado. Así lo exigen los artículos 208, 214 y 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1216 del Código Civil, 3 y 9 de la LH y 51.11.ª del RH. En similar sentido se pronunció esta Dirección General en Resolución de 22 de marzo de 2010.

Resolución de 23-2-2015

(BOE 19-3-2015)

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 8

**REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: PODER OTORGADO EN EL EXTRANJERO.
MEDIOS DE PAGO: ALCANCE DEL CONTROL QUE REALIZA EL REGISTRADOR.**

La primera cuestión que se plantea es la relativa al alcance de la calificación por el Registrador de una escritura de compraventa formalizada en ejercicio de un poder otorgado en el extranjero sobre el que el Notario realiza juicio de suficiencia. De la doctrina y jurisprudencia existente, cabe establecer un criterio ya asentado y pacífico en orden al alcance de dicha calificación. Conforme a este, el Notario debe hacer una reseña del documento auténtico que se le exhibe y hacer constar en la escritura su juicio relativo a la suficiencia de las facultades que derivan del mismo para el acto concreto que autoriza, bien especificando cuál sea este o bien incluyendo otra reseña, siquiera mínima, de facultades. El Registrador, por su parte, calificará la concurrencia de los dos requisitos y también la congruencia del juicio con ese acto que se le pide inscribir. La presentación al Notario de un poder otorgado fuera de España exige, al igual que ocurre con poderes otorgados en España, un análisis jurídico que conllevará conforme a los artículos 10.1 y 11.1 del Código Civil, de una parte, la remisión respecto de la suficiencia del poder, a la ley española a la que se somete el ejercicio de las facultades otorgadas por el representado, de no mediar sometimiento expreso, y de otra, artículo 11.1 del Código Civil al análisis de la equivalencia de la forma en España, forma que habrá de regirse por la ley del país en que se otorguen. Con independencia de la validez formal del documento de acuerdo a las normas de conflicto aplicables (art. 11 del Código Civil), y de su traducción y legalización (arts. 36 y 37 del RH), es preciso que el documento supere un análisis de idoneidad o de equivalencia en relación a los documentos públicos españoles, requisito sin el cual no puede considerarse apto para modificar el contenido del Registro. Como ha reiterado este Centro Directivo, el documento extranjero solo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español: que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y que el autorizante de fe, garantice, la identificación del otorgante así como su capacidad para el acto o negocio que contenga (*vid.* en el mismo sentido el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o el artículo 2.c del Reglamento 1.215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 —Bruselas I refundido—). Este juicio de equivalencia debe hacerse en función del ordenamiento extranjero aplicable por corresponderle determinar el alcance y eficacia de la actuación del autorizante lo que a su vez impone que dicha circunstancia sea debidamente acreditada, fuera del supuesto en que el Registrador no lo considere preciso (art. 36 del RH). Desde la perspectiva formal, la legalización, la apostilla en su caso, o la excepción de ambos, constituyen un requisito para que el documento autorizado ante fun-

cionario extranjero pueda ser reconocido como auténtico en el ámbito nacional y, concretamente, para que pueda acceder a los libros del Registro por exigirlo expresamente el artículo 36 del RH. De otro modo, la falta de toda referencia a la legalización impide tener por cumplida la previsión legal pues como afirma el apartado segundo del mismo artículo 98 de la Ley 24/2001 el instrumento público debe contener «la reseña por el Notario de los datos identificativos del documento auténtico», siendo la legalización precisamente la circunstancia que permite tener por auténtico el documento extranjero reseñado. Siendo cierto que las relaciones entre poderdante y apoderado, de carácter privado o interno, escapan a la esfera de calificación registral, también lo es que el objetivo que el legislador persigue al exigir la acreditación de los medios de pago en una transacción, como la que ahora se cuestiona, es precisamente clarificar el abono efectivo de cantidades mediante medios de pago autorizados. Por ello, si no existe una correspondencia entre ambos, pago justificado y precio abonado, como ocurre en el presente caso, el Notario deberá aclarar en la escritura autorizada el destino del remanente, expresando con exactitud si no corresponden al precio abonado, las razones por las que se incorpora el excedente a los medios de pago y su relación con estos.

Resolución de 25-2-2015

(BOE 19-3-2015)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 9

HIPOTECA EN GARANTÍA DE CUENTA CORRIENTE: DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER PRORROGABLE O NO DEL PLAZO.

Dado que el artículo 153.1.º de la LH une de modo indisoluble la exigencia de expresión de plazo y la exigencia de expresión de su prorrogabilidad o improrrogabilidad y que, en este caso, no existe claridad suficiente en la escritura de novación sobre esta importante cuestión, la conclusión lógica es que se debe dar cumplimiento a lo dispuesto en el citado precepto, de modo que conste en forma clara y precisa en la citada escritura si, después del nuevo plazo de vencimiento final de la cuenta de crédito, el mismo es o no prorrogable y, caso de serlo, la prórroga posible y las demás circunstancias prevenidas expresamente por la Ley. El cumplimiento de este requisito, es cierto, no implica la utilización de fórmulas sacramentales, pero sí que del contenido de los pactos, más allá de la mera fijación de un nuevo plazo de vencimiento, no exista duda fundada acerca de cuál es la real voluntad de las partes, como ya reconoció la Resolución de 23 de julio de 2005 al admitir como suficientes expresiones como la que señala que «el crédito debe amortizarse total y definitivamente en la fecha de su vencimiento que será única» u otros similares.

Resolución de 26-2-2015

(BOE 19-3-2015)

Registro de la Propiedad de Lepe

RECURSO GUBERNATIVO: EXTEMPORANEIDAD. DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE: PREVALENCIA RESPECTO DE LOS PRINCIPIOS REGISTRALES.

Si bien es cierto que el recurso no puede ser admitido si se interpone después de transcurrido el plazo de un mes marcado por el artículo 326 de la LH, plazo

que, al computarse de fecha a fecha, se ha de hacer de tal manera que el día final correspondiente al mes es siempre el correspondiente al mismo ordinal del día que se esté tomando en consideración como inicial, este Centro Directivo, como reflejo del derecho mencionado, ha admitido el recurso, aun interpuesto fuera de plazo, cuando el Registrador no había expresado en la nota los recursos que cabían contra la misma, así como si el Registrador no puede acreditar la fecha de recepción por el presentante de la notificación de la calificación. Partiendo del carácter demanial de la finca cuestionada, es preciso determinar la forma en que interfiere tal dato con la eficacia de las inscripciones de dominio practicadas a favor del vendedor y sobre su poder de disposición. La Ley 22/1988, de 28 de julio de 1988, de Costas, declara que los bienes de dominio público marítimo-terrestre definidos en la misma son inalienables, imprescriptibles e inembargables (cfr. art. 7), careciendo de todo valor obstativo frente al dominio público las detenciones privadas, por prolongadas que sean en el tiempo y aunque aparezcan amparadas por asientos del Registro de la Propiedad (cfr. art. 8), y sin que puedan existir terrenos de propiedad distinta de la demanial del Estado en ninguna de las pertenencias del dominio público marítimo-terrestre (cfr. art. 9, núm. 1). Queda, por último, por determinar si la reforma introducida por la citada Ley 2/2013, de 29 de mayo de 2013, de protección y uso sostenible del litoral, y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio de 1988, de Costas, al no incluir en su disposición adicional 7.^a a la finca transmitida en la superficie excluida del dominio público supone como corolario su inclusión. Y la respuesta, al respecto, debe ser positiva, en base a lo señalado anteriormente. La norma, al contrario, lo que ha hecho es excluir del carácter que tenía de demanial la superficie que señala. Pero, aun en estos casos, no supone una exclusión *ope legis* del dominio público de las fincas incluidas en dicha superficie y su paralela atribución a los titulares registrales, pues en tales casos es necesario que los terrenos excluidos sean transmitidos a sus ocupantes por cualquiera de los negocios dispositivos previstos en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre de 2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, a cuyo efecto «por Orden conjunta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas y del Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente se determinará el procedimiento de identificación de los interesados a cuyo favor pueda efectuarse la transmisión y el negocio jurídico a través del cual deba efectuarse dicha transmisión, de conformidad con la Ley 33/2003, de 3 de noviembre de 2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas», de forma que «la efectividad de la exclusión declarada en el apartado 1 de este artículo estará condicionada a la formalización de los correspondientes negocios de transmisión».

Resolución de 26-2-2015

(BOE 19-3-2015)

Registro de la Propiedad de Cambados

PROPIEDAD HORIZONTAL: EXTINCIÓN.

Es indudable que la unanimidad es exigible para tomar una decisión que trasciende una modificación del título constitutivo ya implica que este quede inoperante por el acuerdo de extinción, provocando en este caso la conversión de la propiedad horizontal en una comunidad ordinaria con la atribución de las características que le son propias, titularidad por cuota de la totalidad de la finca sin atribución de elementos privativos, derechos de tanteo y retracto y posibilidad de ejercicio de la acción de división. Para decidir si un acuerdo como el debatido

en el presente recurso entra o no en ese ámbito de competencias de la Junta como acto colectivo de la misma, cabe recordar que, conforme a la doctrina de esta Dirección General (Cfr. Resoluciones de 23 de mayo de 2001; 12 de diciembre de 2002; 4 de marzo de 2004; 23 y 31 de marzo de 2005; y 5 de julio de 2005; 19 de abril de 2007; 27 de diciembre de 2010; 8 de abril de 2011 y 30 de julio de 2011, y 25 de abril de 2013 y 1 de julio de 2013), en materia de propiedad horizontal debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos (adoptados con los requisitos previstos en la legislación de propiedad horizontal resultantes de la correspondiente acta —cfr. artículo 19 de la Ley sobre propiedad horizontal—), que no se imputan a cada propietario singularmente sino a la Junta como órgano comunitario, y aquellos otros actos que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual habría de constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad (mediante la adecuada interpretación de los arts. 3, 10 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal. Cfr., también, el último inciso del apdo. 2 del artículo 18, según la redacción hoy vigente). Para resolver en el presente recurso debe tenerse en cuenta que, el acuerdo de extinción de la propiedad horizontal, aun cuando sea por vía de conversión, se trata de un acto para el que la junta es competente como órgano colectivo de la comunidad de propietarios, pudiendo fijarse en dicho acuerdo incluso las condiciones que vayan a regir la comunidad ordinaria que se origine, pero es indudable que, dadas las repercusiones que tiene en la titularidad de los copropietarios, pues, aun cuando conserven el dominio, es significativo el cambio en el régimen y condiciones de su ejercicio que supone la modificación del régimen de copropiedad, debe contar con el consentimiento individual de los propietarios. En cuanto al acreedor que no comparece, esta Dirección General ha recogido la doctrina expresada de nuestro Alto Tribunal (sentencias de 31 de diciembre de 1985; 28 de febrero de 1991; 7 de abril de 2004, y 28 de enero de 2011), en el sentido de que puesto que la existencia de una hipoteca no afecta a las facultades dispositivas del condómino, no precisa de su consentimiento para llevar a cabo la división y sin perjuicio de la salvaguarda de su derecho en los términos previstos en el artículo 123 de la LH cuando la carga afecta a toda la finca (Resolución de 4 de junio de 2003). Por el contrario cuando la carga afecta exclusivamente a una cuota, la división implica registralmente y en aplicación del principio de subrogación real, el arrastre de las cargas que pesaban sobre la cuota, a la finca adjudicada (Resolución de 27 de abril de 2000) por así disponerlo el artículo 399 del Código Civil. Pues bien, esta doctrina resulta aplicable al caso de este expediente por cuanto se produce una extinción de la comunidad sometida al régimen especial de propiedad horizontal aun cuando sea para convertirse en una ordinaria, y afectando la hipoteca a uno de los departamentos de dicha división horizontal, extinguida esta la hipoteca pasará a gravar la cuota que sustituya a aquel en la comunidad ordinaria. Por lo tanto la calificación debe decaer en este punto.

Resolución de 27-2-2015

(BOE 19-3-2015)

Registro de la Propiedad de Sabadell, número 2

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

La reiterada doctrina de esta Dirección General (ver Resoluciones citadas en los «Vistos») afirma que el procedimiento de separación o divorcio no tiene

por objeto, en su aspecto patrimonial, la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges sino tan solo de aquellas derivadas de la vida en común. Este Centro Directivo así mismo ha considerado que es claro que la liquidación de la comunidad surgida sobre la vivienda habitual de los cónyuges, cualquiera que sea la forma de copropiedad existente, entra claramente dentro del objeto natural del convenio regulador, por lo que, en los términos vistos, sería suficiente el correspondiente testimonio de la sentencia aprobatoria del convenio para su inscripción al tratarse principalmente de un convenio con causa familiar que deriva directamente de la nueva situación del matrimonio. Lo mismo debe decirse respecto a los anejos de la vivienda, generalmente plaza de garaje y trastero vinculados funcionalmente a la vivienda como extensión de la misma, aunque registralmente tengan número de finca propio. Además de todo ello es lógico que, pactado el divorcio, se quiera evitar la relación que, por su propia naturaleza, impone tal proindivisión, por lo que la cesación de tal relación y, por tanto, la extinción de la proindivisión, puede ser objeto del convenio regulador; en este sentido la Resolución de 5 de diciembre de 2012 referida precisamente a una plaza de garaje, máxime en el ámbito del Código Civil Catalán, cuyo artículo 233.2 permite expresamente regular en convenio la división de los bienes comunes. En el caso de este expediente, los cónyuges dentro de las cláusulas del convenio regulador incluyen la extinción del proindiviso existente sobre los bienes en copropiedad de las partes, por lo que aun cuando no conste la vinculación de las plazas de aparcamiento a la vivienda habitual en los términos a que se ha hecho anteriormente referencia, es indudable que conforme la legislación de aplicación que se ha mencionado puede incluirse en el convenio la extinción de la copropiedad.

Resolución de 27-2-2015

(BOE 19-3-2015)

Registro de la Propiedad de Ubrique

LEY DE MONTES: SUPUESTOS EN LOS QUE ES NECESARIO EL INFORME PREVIO A QUE ALUDE EL ARTÍCULO 22.

La reiterada doctrina de esta Dirección General (ver Resoluciones citadas en los «Vistos») afirma que el procedimiento de separación o divorcio no tiene por objeto, en su aspecto patrimonial, la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges sino tan solo de aquellas derivadas de la vida en común. Este Centro Directivo así mismo ha considerado que es claro que la liquidación de la comunidad surgida sobre la vivienda habitual de los cónyuges, cualquiera que sea la forma de copropiedad existente, entra claramente dentro del objeto natural del convenio regulador, por lo que, en los términos vistos, sería suficiente el correspondiente testimonio de la sentencia aprobatoria del convenio para su inscripción al tratarse principalmente de un convenio con causa familiar que deriva directamente de la nueva situación del matrimonio. Lo mismo debe decirse respecto a los anejos de la vivienda, generalmente plaza de garaje y trastero vinculados funcionalmente a la vivienda como extensión de la misma, aunque registralmente tengan número de finca propio. Además de todo ello es lógico que, pactado el divorcio, se quiera evitar la relación que, por su propia naturaleza, impone tal proindivisión, por lo que la cesación de tal relación y, por tanto, la extinción de la proindivisión, puede ser objeto

del convenio regulador; en este sentido la Resolución de 5 de diciembre de 2012 referida precisamente a una plaza de garaje, máxime en el ámbito del Código Civil catalán, cuyo artículo 233.2 permite expresamente regular en convenio la división de los bienes comunes. En el caso de este expediente, los cónyuges dentro de las cláusulas del convenio regulador incluyen la extinción del proindiviso existente sobre los bienes en copropiedad de las partes, por lo que aun cuando no conste la vinculación de las plazas de aparcamiento a la vivienda habitual en los términos a que se ha hecho anteriormente referencia, es indudable que conforme la legislación de aplicación que se ha mencionado puede incluirse en el convenio la extinción de la copropiedad.

Resolución de 28-2-2015

(BOE 21-3-2015)

Registro de la Propiedad de Ubrique

OBRAS NUEVAS ANTIGUAS: REQUISITOS.

A tenor del imperativo consagrado en el artículo 18 de la LH y concordantes de su Reglamento, la Registradora en su labor de calificación debe tomar en consideración tanto los asientos del Registro como los documentos presentados —todo ello de acuerdo con la normativa aplicable—, para poder determinar la validez del acto contenido en el título objeto de presentación. Dentro de esta normativa no puede ser eliminado o descartado por no haber tenido un reflejo registral directo el Decreto por el que se aprueban el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y el Plan de Uso y Gestión del Parque Natural de la Sierra de Grazalema, cuya categoría reglamentaria no puede debatirse en ningún momento (art. 18 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre de 2007, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad). Por ello, la finca donde se ubica la construcción debe entenderse incluida dentro del Parque Natural de Grazalema, atendiendo a los medios de calificación legales concedidos a la Registradora sin que la aplicación del decreto del plan de ordenación suponga extralimitación en sus funciones. Corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia (o los requisitos para poder acceder al Registro de la Propiedad las declaraciones de obras referentes a edificaciones consolidadas por su antigüedad), para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro. 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 Real Decreto 1.093/1997, 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. Por el contrario, el artículo 20, apdo. 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 —en la redacción dada al mismo por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio de 2011— tan solo exige, junto a la aportación de los documentos que acrediten «la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título», de los que resulte además, como aclara el artículo 52, apdo. b), del Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio de 1997, que dicha fecha es «anterior al plazo previsto por la legislación

aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante». La prueba de tal extremo, unida a la constatación sobre «la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate» (así como «que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general») constituyen los únicos requisitos necesarios para el acceso de la obra al Registro. Y en esta calificación el Registrador, como afirmó la Resolución de 11 de diciembre de 2012, deberá «constatar, por lo que resulte del Registro (y, cabe añadir, del propio título calificado), que la finca no se encuentra incluida en zonas de especial protección», en aquellos casos en que la correspondiente legislación aplicable imponga un régimen de imprescriptibilidad de la correspondiente acción de restauración de la realidad física alterada, pues en tales casos ninguna dificultad existe para que el Registrador aprecie la falta del requisito de la prescripción, dado que su ausencia no queda sujeta a plazo y su régimen resulta directamente de un mandato legal. A falta de constancia de datos en el Registro y en la documentación presentada de los que pueda derivarse o deducirse que se esté en el caso concreto en presencia de un supuesto de obra o edificación sujeto a un régimen legal de imprescriptibilidad de las correspondientes acciones de protección de la legalidad urbanística, deba mantenerse el criterio, reiteradamente sostenido por este Centro Directivo, de que lo que se ha de probar para obtener la inscripción, por la vía ahora examinada, de las declaraciones de obras antiguas es la fecha de la antigüedad de la obra, con antigüedad superior al plazo establecido por la legislación para la prescripción de la acción de disciplina urbanística, pero no necesariamente la efectiva extinción, por prescripción, del derecho de la Administración para la adopción de tales medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística (*vid.* Resoluciones de 12 de noviembre de 2012 y 11 de diciembre de 2012), sin necesidad por tanto de exigir una compleja prueba de hechos negativos, pero sin perjuicio de que si dicha prueba obra en el Registro o en la documentación presentada el Registrador la tome en cuenta en su calificación. En relación con la eficacia temporal de las normas en esta materia, hay que recordar que, como tiene declarado este Centro Directivo, en materia de inscripción de actos o negocios jurídicos regulados por las normas urbanísticas de trascendencia inmobiliaria, el Registrador debe basar su calificación, no solo en la legalidad intrínseca de los mismos, sino también en las exigencias especiales que las normas exigen para su documentación pública e inscripción registral. Ahora bien, este criterio no llega al punto de traducirse en un régimen de aplicación retroactiva de las normas materiales o sustantivas que regulan los requisitos de legalidad de la actividad edificatoria, como pueden ser las relativas a las licencias necesarias o las afectantes al régimen de prescripción o caducidad de las acciones de restauración de la realidad física (cfr. Resolución de 6 de mayo de 2013), ámbito en el que rige el principio general de irretroactividad.

Resolución de 2-3-2015

(BOE 21-3-2015)

Registro de la Propiedad de San Fernando, número 1

OBRAS NUEVAS ANTIGUAS: REQUISITOS.

En primer lugar, respecto al ejercicio de un derecho de carácter legal, tal cual es el derecho de atribución preferente que conceden los artículos 1406 y 1407

del Código Civil, no se puede sostener el fundamento de la nota de calificación relativo a que «la viuda se adjudica en pago de sus gananciales el pleno dominio de la totalidad de la finca», refiriéndose a la vivienda habitual, ya que en este caso, la vivienda conyugal no puede estar sujeta a exigencia de adjudicación «*pars bonorum*», ni se puede impedir ni limitar el derecho del viudo a adjudicársela íntegramente; todo sin perjuicio de las compensaciones en metálico que se recogen en el artículo 1407, tal y como se ha hecho en la escritura objeto del expediente. Por tanto en este extremo no existe conflicto de intereses entre la viuda del transmitario y sus hijos menores en la liquidación de la sociedad de gananciales del transmitente y su viuda. Como ha dicho este Centro Directivo («Vistos») «la representación del defensor judicial no puede extenderse hasta casos de perjuicios futuros e hipotéticos» (por lo que no puede admitirse como argumento la valoración de la Registradora sobre la forma de partir adecuada, valoración que, por lo demás, en el presente caso excede del ámbito propio de su función calificadora). Si se admite este argumento, siempre y por principio existirá oposición de intereses en la partición de herencia y en la previa liquidación de gananciales y habría que abandonar la doctrina hasta ahora mantenida, con el único argumento de la desconfianza preventiva hacia el padre o la madre, por si no hubieran sido veraces, desconfianza que no tiene apoyo legal alguno. Conforme reiterada doctrina de este Centro Directivo («Vistos»), no hay contradicción ni conflicto de intereses en una partición, si los bienes se adjudican proindiviso respetando las normas legales sobre la partición de la herencia. Es cierto que en la partición que es objeto de este expediente, hay adjudicaciones de bienes concretos, pero se producen, en un caso por causa de un derecho de atribución legal y en el otro por un legado a favor del interés de los menores. La doctrina de este Centro Directivo (en «Vistos») ha reiterado además que la contradicción de intereses entre los menores y sus representantes legales se puede deber a diferentes motivos: incluir en el inventario bienes como gananciales, o bienes de cuyo título adquisitivo no resulte con claridad tal carácter; no ajustarse el viudo o viuda en la adjudicación de los bienes a las disposiciones legales sobre titularidad de cuotas en el caudal relicto; ejercitar el cónyuge viudo una opción de pago de su cuota legal usufructuaria. En este caso, no ocurre nada de esto.

Resolución de 2-3-2015

(BOE 21-3-2015)

Registro de la Propiedad de Granollers, número 1

DERECHO DE OPCIÓN: CANCELACIÓN DE CARGAS POSTERIORES.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (ver por todas Resolución de 18 de mayo de 2011 y demás citadas en los «Vistos») que una vez ejercitado un derecho de opción puede solicitarse la cancelación de las cargas que hubiesen sido inscritas con posterioridad al reflejo registral del mismo —en este caso existe una hipoteca—, pues no otra cosa significa la transcendencia real de la opción. Este esquema de cosas no queda alterado cuando la opción se concede, no sobre el pleno dominio de una finca, sino sobre una cuota del mismo (art. 399 del Código Civil). La aplicación de las reglas generales conlleva que el ejercicio de la opción de compra concedida sobre determinada cuota acarree la purga de los gravámenes posteriores que afecten a dicha cuota. Aplicadas las anteriores consideraciones al supuesto que nos ocupa es evidente que no procede, como

pretende la recurrente, la cancelación de la hipoteca constituida con posterioridad a la inscripción de la opción de compra sobre la mitad indivisa de su marido. La opción de compra no se pactó sobre la cuota correspondiente a la esposa y hoy recurrente, sino que esta cuota se hipotecó como libre de cargas, por lo que no puede pretenderse ahora que se lleve a cabo la cancelación de la hipoteca que la grava como si hubiera estado afectada por una carga anterior. Respecto a la cuota indivisa que inicialmente era propiedad de D. M. C. M., sobre la que se constituyó el derecho de opción, debe tenerse en cuenta que dicha hipoteca fue constituida y consentida con carácter unitario por la titular de la opción D.^a F. F. P., por lo que ahora no puede ir en contra de sus propios actos pretendiendo por su sola voluntad privar al acreedor de parte de la garantía que ella misma configuró con una extensión determinada.

Resolución de 3-3-2015

(BOE 21-3-2015)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 3

HERENCIA: PARTICIÓN HECHA POR EL PROPIO TESTADOR.

En primer término, el artículo 1056 del Código Civil contempla dos supuestos distintos de partición según se haga en testamento o por acto *inter vivos*. Pero en este último caso, la jurisprudencia ha determinado que la partición *inter vivos* ha exigido siempre la existencia de un testamento, y aunque la partición pueda formalizarse en un documento independiente, siempre precisará de la fuerza de un testamento —anterior o posterior a aquella— que a ella se refiera para confirmarla. En segundo lugar, es preciso diferenciar la partición propiamente dicha de las llamadas normas de la partición. La partición hecha por el testador, propiamente dicha, es aquella en que el testador procede a adjudicar directamente los bienes a los herederos, y en buena lógica implicaría la realización de todas las operaciones particionales —inventario, liquidación, formación de lotes con la adjudicación de los mismos—, mientras que en las normas para la partición el testador, se concreta en expresar la voluntad de que cuando se lleve a cabo la partición, ciertos bienes se adjudiquen en pago de su haber a ciertos herederos que indique. No obstante, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1986 considera que la partición de testador puede omitir alguna de las clásicas operaciones de otras clases de particiones, por eso al propio tiempo advierte que ello es «sin perjuicio, también, de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad». Este Centro Directivo (en «Vistos») ha dicho que se debe considerar si a efectos registrales, se exige, para que la partición tenga plena virtualidad como título inscribible, que deban completarse por todos los interesados las operaciones particionales omitidas por el testador. En principio, no es obstáculo que falte el avalúo, pues el propio testador podría dejar este a la liquidación tras su fallecimiento. Pero en este caso, se hace imprescindible el asentimiento del legitimario que no ha comparecido en la adjudicación de la herencia. Precisamente para dar su consentimiento a la valoración de los bienes, de la que depende directamente su legado de legítima estricta. En todo caso, habrían de intervenir todos los herederos para manifestar lo que proceda respecto a la existencia o no de deudas de la herencia, como operación complementaria de las realizadas por el causante, que es necesaria para la plena virtualidad de

la partición a efectos registrales. Solo si se acreditara que no existen deudas o las asumiera exclusivamente uno de los herederos, podría decirse que no hay perjuicio para los demás herederos cuando unos pretenden adjudicarse los bienes distribuidos por el causante. Y en este caso, esto se cumple, pues hay una sola heredera y se hace cargo de las deudas. Pero en el caso de tratarse de «normas de la partición» no se produce ninguno de estos efectos, y por consiguiente, las operaciones de partición no son complementarias sino las propias de la partición hecha por los herederos conforme los términos del artículo 1057 del Código Civil. Así pues, sentado que el testador no hizo la partición sino que estableció normas particionales para hacerla, según reiterada doctrina de este Centro Directivo, la intervención de todos los legitimarios en la partición, es inexcusable. Como afirmó este Centro Directivo en su Resolución de 1 de marzo de 2006, la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia, para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de herencia (art. 1057.1.º del Código Civil), de las que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos.

Resolución de 3-3-2015

(BOE 21-3-2015)

Registro de la Propiedad de Santomera

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: ACORDADA EN TRANSACCIÓN JUDICIALMENTE HOMOLOGADA.

La única cuestión planteada en este expediente se refiere a si es posible inscribir en el Registro de la Propiedad un exceso de cabida sobre una finca rústica que resulta de un mandamiento recaído en procedimiento ordinario y como consecuencia del auto por el que se aprueba la homologación judicial de la transacción a la que han llegado las partes. Este Centro Directivo ha admitido la posibilidad de que en un procedimiento distinto de los especialmente establecidos en la legislación hipotecaria se acuerde la inscripción de un exceso de cabida siempre que se cumplan los requisitos exigidos para estos últimos procedimientos en relación a la protección de colindantes (arts. 200 y 201 de la LH y Resoluciones de 11 de marzo de 2008, 3 de junio de 2010, 28 de mayo de 2011 y 18 de junio de 2014). La transacción, aun homologada judicialmente no es una sentencia y por ello carece de su contenido y efectos por cuanto, al carecer de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, nada impide su impugnación judicial en los términos previstos en la Ley (art. 1817 del Código Civil). El auto de homologación tampoco es una sentencia pues el juez se limita a comprobar la capacidad de los otorgantes para transigir y la inexistencia de prohibiciones o limitaciones derivadas de la Ley (art. 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero sin que lleve a cabo ni una valoración de las pruebas ni un pronunciamiento sobre las pretensiones de las partes (art. 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). No cabe en consecuencia amparar las afirmaciones del escrito de recurso que pretenden equiparar el supuesto de hecho al de presentación en el Registro de la Propiedad del testimonio de una sentencia recaída en procedimiento ordinario. Si bien es cierto que en virtud del principio de libertad contractual es posible alcanzar dicho acuerdo tanto dentro como fuera del procedimiento judicial, no es menos cierto que para que dicho acuerdo sea inscribible en el Registro de la

Propiedad deberán cumplirse los requisitos exigidos por la legislación hipotecaria. También ha tenido ocasión de señalar esta Dirección General que en los procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa se precisa escritura pública, por aplicación del artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. Resolución de 9 de diciembre de 2010). Las dudas sobre la identidad de la finca o sobre la realidad del exceso cuando se ventilan en un expediente judicial, se despejan por definición 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 ampararía que el Registrador pudiera proceder a una nueva valoración de la prueba con la virtualidad de revisar la efectuada por el Juez. La solicitud que hace el Registrador de que se le aporte certificación catastral descriptiva y gráfica no cuestiona en consecuencia la decisión del juez sobre la valoración de la prueba, se limita a exigir la concurrencia de un requisito exigido por la Ley para la inmatriculación de superficie en el Registro de la Propiedad. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente concurre además la circunstancia, más arriba fundamentada, de que no estamos en presencia ni de un auto por el que se pone fin a un expediente de dominio de declaración de exceso de cabida ni ante una sentencia recaída en un procedimiento ordinario. El auto que pone fin al procedimiento ordinario como consecuencia de la transacción de las partes no es equiparable al carecer de la eficacia material derivada del pronunciamiento del Juez sobre las pruebas aportadas al proceso y sobre las pretensiones de las partes. No hay pues decisión judicial sobre la valoración de las pruebas ni posibilidad de que se plantee la cuestión expuesta por lo que no cabe sino rechazar el motivo de recurso.

Resolución de 5-3-2015

(BOE 21-3-2015)

Registro de la Propiedad de Málaga, número 10

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

El principio de interdicción de la indefensión procesal exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o haya tenido, al menos, la posibilidad de intervención en el procedimiento determinante del asiento. Así se explica que, aunque no sea incumbencia del Registrador calificar la personalidad de la parte actora ni la legitimación pasiva desde el punto de vista procesal apreciada por el juzgador ni tampoco la cumplimentación de los trámites seguidos en el procedimiento judicial, su calificación de actuaciones judiciales sí debe alcanzar, en todo caso, al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado de forma legal en el procedimiento. Por lo tanto, entiende este Centro Directivo que la calificación por los Registradores del cumplimiento del tracto sucesivo no supone apreciar una eventual tramitación defectuosa (que no compete al Registrador determinar), sino un obstáculo del Registro derivado del tracto sucesivo,

conforme a los artículos 18.1 y 20 de la LH, 100 de su Reglamento y 522.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, circunstancia que el Registrador ha sido cuidadoso de resaltar en su nota de defectos. La exigencia de nombramiento de un defensor judicial de la herencia yacente no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa, de manera que la suspensión de la inscripción por falta de tracto sucesivo cuando no se haya verificado tal nombramiento, y por ende no se haya dirigido contra él la demanda, debe limitarse a aquellos casos en que el llamamiento a los herederos indeterminados es puramente genérico, y obviarse cuando la demanda se ha dirigido contra personas determinadas como posibles herederos, y siempre que de los documentos presentados resulte que el Juez ha considerado suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

Resolución de 5-3-2015

(BOE 21-3-2015)

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 8

BIENES INCLUIDOS EN ZONAS DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL: NATURALEZA DE LA AUTORIZACIÓN EXIGIDA POR LA LEY. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: PODER OTORGADO EN EL EXTRANJERO. CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FISCALES: IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA.

Junto a la auténtica condición, se encuentra la denominada «*conditio iuris*» sobre la que hay cierto consenso en incluir, dentro de esta categoría, a hechos ajenos o extrínsecos al negocio mismo, pero cuya existencia es exigida por el legislador para que el negocio surta efectos. Y dentro de los supuestos englobables en la misma se hallan, precisamente, aquellos en los que el propio legislador exige ciertas autorizaciones que vincula con la eficacia del negocio mismo. La consecuencia, de la diferencia entre ambas, en lo que aquí interesa, consiste en que la *conditio iuris* no puede elevarse a *conditio facti*. Es decir, que las partes no pueden poner en condición accidental lo que la propia Ley exige para la eficacia del negocio. En el ámbito notarial y registral, especialmente, pues sería una vía fácil de burlar las exigencias legales, que tanto unos como otros deben verificar (imponiéndolo así en este caso expresamente la Ley), y que siempre podría, en caso contrario, erigirse como simples condiciones impuestas por los sujetos intervinientes. Por tanto, y como ya señaló este Centro Directivo en la Resolución de 20 de octubre de 1980, la autorización exigida por la Ley 8/1975, de 12 de marzo de 1975, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, debería haberse exigido ya en el mismo momento de la autorización notarial y, por tanto, también a efectos de inscripción registral. No puede pretenderse, como se ha señalado, que la autorización únicamente deba exigirse al transmitirse el dominio, y hacer depender dicho momento, precisamente, de la obtención de la reiterada autorización, en los términos expuestos. Establece el artículo 254.5 de la LH tras la reforma operada por la Ley 16/2012, de 27 de diciembre de 2012, que «el Registro de la Propiedad no practicará la inscripción correspondiente de ningún documento que contenga acto o contrato determinante de las obligaciones tributarias por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, sin que se acredite previamente haber presentado la autoliquidación o, en su caso, la declaración, del impuesto, o la comunicación a que se refiere la letra b) del apartado 6 del artículo 110 del

Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo, 2/2004, de 5 de marzo de 2004». Como ha señalado este Centro Directivo en Resolución de 30 de enero de 2014, las consecuencias de la falta de acreditación de este impuesto son las mismas señaladas clásicamente en relación con el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados, es decir el cierre registral y, en su caso, la suspensión de la calificación. La alegación que realiza el Notario recurrente de que la transmisión queda sometida a condición suspensiva, en el sentido de que «no es que no se produzca el hecho imponible: lo que ocurre es que no se produce el devengo del Impuesto», es una alegación que, en su caso, deberá realizarse ante la correspondiente oficina tributaria, pero no es cuestión que deba ser valorada por el Registrador, por cuanto no entra dentro de su competencia funcional. se plantea es la relativa al alcance de la calificación por el Registrador de una escritura de compraventa formalizada en ejercicio de un poder otorgado en el extranjero sobre el que el Notario realiza juicio de suficiencia. De la doctrina y jurisprudencia existente, cabe establecer un criterio ya asentado y pacífico en orden al alcance de dicha calificación. Conforme a este, el Notario debe hacer una reseña del documento auténtico que se le exhibe y hacer constar en la escritura su juicio relativo a la suficiencia de las facultades que derivan del mismo para el acto concreto que autoriza, bien especificando cuál sea este o bien incluyendo otra reseña, siquiera mínima, de facultades. El Registrador, por su parte, calificará la concurrencia de los dos requisitos y también la congruencia del juicio con ese acto que se le pide inscribir. La presentación al Notario de un poder otorgado fuera de España exige, al igual que ocurre con poderes otorgados en España, un análisis jurídico que conllevará conforme a los artículos 10.1 y 11.1 del Código Civil, de una parte, la remisión respecto de la suficiencia del poder, a la ley española a la que se somete el ejercicio de las facultades otorgadas por el representado, de no mediar sometimiento expreso, y de otra, artículo 11.1 del Código Civil al análisis de la equivalencia de la forma en España, forma que habrá de regirse por la ley del país en que se otorguen. Con independencia de la validez formal del documento de acuerdo a las normas de conflicto aplicables (art. 11 del Código Civil), y de su traducción y legalización (arts. 36 y 37 del RH), es preciso que el documento supere un análisis de idoneidad o de equivalencia en relación a los documentos públicos españoles, requisito sin el cual no puede considerarse apto para modificar el contenido del Registro. Como ha reiterado este Centro Directivo, el documento extranjero solo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español: que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública y que el autorizante de fe, garantice, la identificación del otorgante así como su capacidad para el acto o negocio que contenga (*vid.* en el mismo sentido el art. 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o el art. 2.c del Reglamento 1.215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 —Bruselas I refundido—). Este juicio de equivalencia debe hacerse en función del ordenamiento extranjero aplicable por corresponderle determinar el alcance y eficacia de la actuación del autorizante lo que a su vez impone que dicha circunstancia sea debidamente acreditada, fuera del supuesto en que el Registrador no lo considere preciso (art. 36 del RH). Desde la perspectiva formal, la legalización, la apostilla en su caso, o la excepción de ambos, constituyen un requisito para que el documento autorizado ante funcionario extranjero pueda ser reconocido como auténtico en el ámbito nacional y, concretamente, para que pueda acceder a los libros del Registro

por exigirlo expresamente el artículo 36 del RH. En la escritura que motiva el presente recurso, el Notario manifiesta en la reseña identificativa del poder, que se encuentra debidamente apostillado, por lo que debe revocarse este defecto.

Resolución de 6-3-2015
(BOE 21-3-2015)
Registro de la Propiedad de Melilla

SEGURO DECENAL: TRANSMISIÓN DE LA VIVIENDA POR EL AUTOPROMOTOR DENTRO DEL PLAZO DE DIEZ AÑOS.

La disposición adicional 2.^a de la Ley 38/1999, en su redacción dada por la Ley 53/2002, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, tras establecer una excepción a la regla general de la obligatoriedad del seguro de daños o caución antes referido en «el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio» (excepción que se aplicó en el presente caso al tiempo de practicarse la inscripción de la declaración de obra nueva de la vivienda), añade a continuación, sin embargo, que en el caso de producirse la transmisión *inter vivos* dentro del plazo de diez años de la citada vivienda «el autopromotor, salvo pacto en contrario, quedará obligado a la contratación de la garantía a que se refiere el apartado anterior por el tiempo que reste para completar los diez años». Como garantía del cumplimiento de esta obligación, la misma disposición prescribe que, a tales efectos, no se autorizarán ni inscribirán en el Registro de la Propiedad escrituras públicas de transmisión *inter vivos* sin que se acredite y testimonie la constitución de la referida garantía, salvo que el autopromotor, que deberá acreditar haber utilizado la vivienda, fuese expresamente exonerado por el adquirente de la constitución de la misma. En el presente caso, como se ha indicado, ha existido exoneración expresa por parte del adquirente, pero la acreditación del uso propio adolece a juicio del Registrador, de la suficiente veracidad que determine la continuidad ininterrumpida de ese uso, exigida por la citada disposición legal, no bastando en los casos de transmisión *inter vivos* realizadas en el plazo de diez años, antes citado, a diferencia del momento en que se declara la obra nueva, la mera manifestación en tal sentido para llenar el requisito de la utilización de la vivienda por el autopromotor-vendedor. Este Centro Directivo ha señalado que el uso no tiene que ser permanente sino que puede ser por temporada (Resolución de 28 de octubre de 2004) pero debe extenderse al período que protege, es decir al comprendido desde la obra nueva hasta la enajenación.

Resolución de 6-3-2015
(BOE 21-3-2015)
Registro de la Propiedad de Mataró, número 4

CALIFICACIÓN REGISTRAL: DOCUMENTO PRESENTADO DESPUÉS DE OTRO CUYA CALIFICACIÓN SE HAYA PENDIENTE DE RESOLUCIÓN DE UN RECURSO.

En el presente caso, dada la vigencia de un asiento de presentación anterior como consecuencia de la interposición de un recurso, lo procedente no es calificar

el título presentado posteriormente en el sentido de suspender la inscripción del mismo. Lo procedente, de acuerdo con los preceptos de la Ley y el RH citados en los «Vistos», es suspender o aplazar la propia calificación hasta el despacho del título previo o la caducidad de su asiento de presentación, quedando entretanto en suspenso el plazo de vigencia del segundo asiento de presentación, por existir un título previo y conexo.

Resolución de 9-3-2015

(BOE 9-4-2015)

Registro de la Propiedad de Gergal

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO AL TERCER POSEEDOR.

Conforme a los artículos 132 de la LH y 685 de la LEC, es necesaria la demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiendo la LH que lo han acreditado quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas.

Resolución de 12-3-2015

(BOE 9-4-2015)

Registro de la Propiedad de Albacete, número 4

ARTÍCULO 6 DE LA LEY 1/2013: CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LAS CLÁUSULAS SUELO.

Si se trata de que el cliente pueda apreciar claramente que el tipo de interés variable tiene un mínimo y conocer los riesgos que dicha circunstancia comporta, el cumplimiento de la normativa sectorial vigente (O. EHA/2.899/2011, de 28 de octubre de 2011) y de la legislación notarial debe ser, *prima facie*, considerado suficiente. Pero, por otra parte, se establece la exigencia adicional establecida en el artículo 6 de la citada Ley 1/2013, de modo que en la escritura pública que documente el préstamo hipotecario debe incluir, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que ya ha determinado el Banco de España (en el Anexo 9 de la guía de acceso al préstamo hipotecario de julio de 2013), en la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato con la siguiente fórmula ritual: «...he sido advertido por la entidad prestamista y por el Notario actuante, cada uno dentro de su ámbito de actuación, de los posibles riesgos del contrato y, en particular, de que... el tipo de interés de mi préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del (límite mínimo del tipo de interés variable limitado)». Ciertamente este deber de transparencia debería entenderse cumplido con la manifestación expresa por parte del Notario de haberse cumplido con las exigencias impuestas por la regulación sectorial; de que la cláusula es clara y comprensible y de que el consumidor puede evaluar directamente, basándose en criterios comprensibles, de las consecuencias jurídicas y económicas a su cargo derivadas de las cláusulas contractuales predisuestas. Si bien, de *lege*

ferenda, ello debiera ser suficiente, sin embargo, la literalidad del artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de 2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, de rango superior y posterior a la O. EHA/2.899/2011, se manifiesta en términos imperativos, «se exigirá» dice el precepto, por lo que esta Dirección General debe desestimar el recurso interpuesto.

Resolución de 13-3-2015

(BOE 9-4-2015)

Registro de la Propiedad de Marbella, número 3

CALIFICACIÓN REGISTRAL: DOCUMENTOS JUDICIALES. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: NECESARIA INTERVENCIÓN DEL TITULAR REGISTRAL.

La Sentencia de la misma Sala de fecha 21 de octubre de 2013, ante un supuesto en que se llevó a cabo la cancelación de un asiento en ejecución de sentencia sin que el titular hubiera sido parte en el procedimiento afirma: «Antes bien, debía tener en cuenta lo que dispone el artículo 522.1 LEC, a saber, todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica. Y como tiene proclamado esta Sala, por todas, la STS núm. 295/2006, de 21 de marzo de 2006, «no puede practicarse ningún asiento que menoscabe o ponga en entredicho la eficacia de los vigentes sin el consentimiento del titular o a través de procedimiento judicial en que haya sido parte». Entre los principios de nuestro Derecho Hipotecario es básico el de tracto sucesivo, en virtud del cual para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 de la LH). Este principio está íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la LH. La presunción *iuris tantum* de exactitud de los pronunciamientos del Registro así como el reconocimiento de legitimación dispositiva del titular registral llevan consigo el cierre del Registro a los títulos otorgados por persona distinta de dicho titular. En el caso de este expediente es indudable que la nota de calificación se produce dentro del ámbito competencial del Registrador, pues la objeción que se expresa en esta consiste en que la titular del dominio reflejado en los asientos registrales afectados por la declaración de dominio no ha tenido adecuada participación en el procedimiento.

Resolución de 13-3-2015

(BOE 9-4-2015)

Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga, número 1

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y DIVORCIO: ÁMBITO.

De las resoluciones analizadas en los «Vistos» se puede concluir que el convenio regulador de la nulidad, separación o divorcio, solo puede incluir aquellas precisiones que encuentran apoyo legal en los artículos de la norma

sustantiva que lo regula, es decir, los artículos 90 y siguientes del Código Civil. Sin perjuicio de otros efectos personales, las consecuencias patrimoniales de una separación conyugal solo pueden referirse a la liquidación del régimen económico matrimonial, la atribución de una pensión o prestación compensatoria, el régimen de cargas y alimentos, o a la asignación del uso sobre la vivienda habitual. La repentina inclusión de nuevos bienes en el patrimonio ganancial no puede por tanto producirse en el convenio regulador de la liquidación de dicho régimen económico al carecer de justificación o razón para ello, por lo que se trata de un desplazamiento patrimonial ajeno a su propia naturaleza y finalidad, que deberá hacerse fuera de dicho convenio, es decir, en escritura pública notarial.

Resolución de 16-3-2015

(BOE 16-4-2015)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 13

TESTAMENTO: INTERPRETACIÓN. ALBACEA CONTADOR PARTIDOR: FACULTADES.

Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de entrega de legado en la que concurren las circunstancias siguientes: se hace entrega por los albaceas con las más amplias facultades y autorizados expresamente para hacerla; en el testamento se da una numeración alterada de la plaza de garaje y del trastero: 80 para garaje y 81 para trastero, siendo la realidad precisamente al revés, 81 para garaje y 80 el trastero; no hay más garajes ni trasteros de la titularidad del causante en el edificio del expediente; los albaceas subsanan el error en la escritura de entrega de legado. Ciertamente el primer elemento en la interpretación de los testamentos es el literal, pero merced a la utilización de otros elementos interpretativos se establece cual es el verdadero significado de las cláusulas testamentarias. El TS ha hecho aplicación en numerosas ocasiones de la prueba extrínseca, y señala la importancia del factor teleológico y sistemático con objeto de llegar a una interpretación armónica del testamento. En consecuencia, la interpretación debe dirigirse fundamentalmente a interpretar la voluntad del testador con los límites de que el que puede aclararla en primera persona ya no vive, y el carácter formal del testamento, que exige partir de los términos en que la declaración aparece redactada o concebida. Pues bien, son varias las circunstancias coetáneas y extrínsecas que ayudan a la interpretación de la cláusula objeto del expediente: en primer lugar, la voluntad del testador es legar el piso con lo que lo complementa, esto es, el garaje y el trastero; en segundo lugar, que del testamento resulta, por otras disposiciones, el testador quiere legar bienes propios y no ajenos que produciría un resultado de invalidez del legado puesto que el testador no era propietario de otros trasteros ni garajes en el inmueble; en tercer lugar, que legando el único piso, trastero y garaje de los que es propietario en el edificio reseñado y siendo entregados como complementarios del piso legado, la alteración de los números es un mero error material o de concepto que puede subsanarse; que absurdo sería que el testador legara un trastero y garaje que no es suyo, conociendo la ajenidad y teniendo otros iguales para hacerlo; pero aún más absurdo sería legar cosas ajenas sin saber que lo eran, teniendo otras semejantes, en cuyo caso se invalidaría el legado. Así pues, es absolutamente congruente la subsanación que se realiza en

la escritura sobre el error en la numeración del trastero y garajes legados. En cuanto a la interpretación realizada por los albaceas contadores-partidores, es doctrina reiterada de este Centro Directivo recogida en la Resolución de 30 de septiembre de 2013 que el albacea contador-partidor, además de contar y partir, tiene unas funciones de interpretación del testamento y ejecución de la voluntad del causante que van más allá de la de la estricta división del caudal. El albacea no puede realizar actos dispositivos sin consentimiento de los herederos ni contraer nuevas obligaciones, pero sí interpretar y ejecutar la voluntad del causante en las atribuciones hereditarias.

Resolución de 18-3-2015

(BOE 16-4-2015)

Registro de la Propiedad de Tomelloso

ALBACEA CONTADOR PARTIDOR: PLAZO PARA EL EJERCICIO DEL CARGO.

En primer lugar, el régimen legal del cargo de contador-partidor se integra en las normas del albaceazgo, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia tradicional (STS de 23 de noviembre de 1974) y absolutamente reiterada (SSTS de 24 de febrero de 1903, 5 de febrero de 1908, 14 de enero de 1912 y 13 de noviembre de 1912, 23 de octubre de 1923, 22 de febrero de 1929 y 5 de julio de 1947) y sin discusión, aceptan que ante el silencio del artículo 1057 del Código Civil respecto a la regulación del contador-partidor, se rige por la normativa del albacea, lo que significa que se debe acudir a los artículos 892 y siguientes del Código Civil y en especial a los efectos de este expediente, los artículos 898 y 904. El momento inicial del plazo para que el contador pueda realizar la partición, no es el de la aceptación del cargo, como parece indicar el artículo 904 del Código Civil, pues si así se entendiera, se vendría a dejar a merced de aquel la prolongación excesiva de un plazo que la ley quiere que sea corto y perfectamente definido en su inicio; ni lo es tampoco el hecho del conocimiento por dicho contador de su designación, porque esta, por sí sola no le faculta para actuar, sino que su legal actuación solo puede comenzarla después de que ocurra el fallecimiento del testador y se compruebe que tal designación no ha sido revocada por disposición testamentaria posterior; y abierta la sucesión no se ha renunciado al cargo en los seis días siguientes. Lo sería una combinación de estas dos: ocurrido el fallecimiento del testador, si conocía el nombramiento, a los seis días desde el óbito sin excusarse del cargo, y si no lo conocía, seis días a contar desde que tuvo el conocimiento de su nombramiento pero una vez abierta la sucesión. Al no resultar del expediente dato ni acreditación alguna por la que se deduzca que el contador había tenido conocimiento de su nombramiento para el cargo en tiempo anterior al de la confección del cuaderno particional, debemos entender que el plazo no debe contar sino desde el momento en que efectivamente realizó la primera actuación de su encargo, esto es desde la confección del cuaderno particional, que es la única fecha de inicio del plazo acreditada, ya que no ha mediado requerimiento por los herederos para que acepte o renuncie al cargo. Todo esto, como señala este Centro Directivo (Resoluciones en «Vis-tos»), sin perjuicio de que en el procedimiento judicial correspondiente y con los medios de prueba que se admitan, se pueda llegar por el juzgador a conclusiones contrarias.

Resolución de 18-3-2015

(BOE 16-4-2015)

Registro de la Propiedad de Santa Fe, número 2

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: INTERVENCIÓN DE LOS TITULARES REGISTRALES EN EL PROCEDIMIENTO.

Las exigencias del principio de tracto sucesivo deben llevar a la denegación de la inscripción solicitada cuando en el procedimiento del que dimana el documento calificado no han intervenido todos los titulares registrales de derechos y cargas de las fincas. El principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (cfr. art. 24 de la Constitución Española) impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han sido parte en él, ni han intervenido de manera alguna, exigencia esta que, en el ámbito registral, y dada la salvaguardia judicial de los asientos registrales, determina la imposibilidad de practicar, en virtud de una resolución judicial, asientos que comprometen una titularidad, si no consta que ese titular haya sido parte en el procedimiento del que emana aquella resolución. Ahora bien, este criterio se ha de matizar y complementar con la reciente doctrina jurisprudencial sobre la forma en que el citado obstáculo registral pueda ser subsanado. En efecto, la Sala de lo Contencioso de nuestro TS ha tenido ocasión de manifestar recientemente en su sentencia de 16 de abril de 2013, en relación con la Resolución de esta Dirección General de 1 de marzo de 2013, en la parte de su doctrina coincidente con los precedentes razonamientos jurídicos, que «esta doctrina, sin embargo, ha de ser matizada, pues tratándose de supuestos en los que la inscripción registral viene ordenada por una resolución judicial firme, cuya ejecución se pretende, la decisión acerca del cumplimiento de los requisitos propios de la contradicción procesal, así como de los relativos a la citación o llamada de terceros registrales al procedimiento jurisdiccional en el que se ha dictado la resolución que se ejecuta, ha de corresponder, necesariamente, al ámbito de decisión jurisdiccional. E, igualmente, será suya la decisión sobre el posible conocimiento, por parte de los actuales terceros, de la existencia del procedimiento jurisdiccional en el que se produjo la resolución determinante de la nueva inscripción».

Resolución de 20-3-2015

(BOE 16-4-2015)

Registro de la Propiedad de A Coruña, número 2

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. DERECHO CIVIL DE GALICIA: FOROS. PARTICIÓN DE HERENCIA: DOCUMENTOS COMPLEMENTARIOS.

Como cuestión previa, al versar este recurso sobre materia de derecho civil foral o especial (en concreto el de Galicia), es necesario analizar la competencia de este Centro Directivo para la resolución del mismo, a la vista de lo que disponen los artículos 324 y 328 de la LH y el vigente Estatuto de Autonomía de Galicia. En efecto, del examen de los dos citados artículos resulta que para que esta Dirección General deba remitir un expediente a la Comunidad Autónoma de que se trate (en este caso la de Galicia) por incompetencia de aquella, ha de tratarse una materia de derecho civil propio de la Comunidad Autónoma que se hubiera reservado

en su Estatuto de Autonomía, expresamente, competencia sobre recursos contra la calificación de Registradores de la Propiedad, siendo además necesario que la Comunidad Autónoma en cuestión haya desarrollado esa competencia, pues en otro caso habrá de aplicarse la legislación hipotecaria. La Compilación gallega de 1963, ya derogada, ideó un sistema para liquidar, en los diez años siguientes a su entrada en vigor, los foros en todos estos territorios. Previamente, el artículo 1611 del Código Civil desde su redacción de 1889, preveía un principio de redención en relación con estos gravámenes, que sería regulado por una ley especial, y en efecto, se dieron disposiciones especiales (Real Decreto-ley de 25 de junio de 1926 y Reglamento de 23 de agosto de 1926, Decreto 3 de noviembre de 1931 y otras, todas derogadas por la disposición final tercera de la Compilación) para la redención de foros y gravámenes semejantes. La Compilación gallega derogó esta legislación, que quedó sustituida por un sistema de redención en diez años que la Compilación estableció, y aplicable a foros, subforos, cédulas de plantaduría, etc.: en los cinco primeros años a voluntad del foratario o forero; en los cinco siguientes a voluntad del forista o aforante. Pasados esos diez años desde la entrada en vigor de la Compilación, los foros habían de quedar extinguidos (arts. 31, 33, 34 y 35 y disposición transitoria segunda de la Compilación, hoy ya todos derogados). Actualmente no hay normas legales específicas sobre foros en el Derecho civil de Galicia, de manera que en la Ley 2/2006, de 14 de junio de 2006, de Derecho civil de Galicia, y en la Ley 3/1993, de 16 de abril de 1993, de las Aparcerías y de los Arrendamientos Rústicos Históricos de Galicia, no se recoge nada sobre los mismos ni siquiera se los menciona. En consecuencia, está clara la postura de los diferentes legisladores sobre esta materia, que la figura de los foros está extinguida y se ha consolidado el dominio directo en el útil del foratario o forero. Respecto a la falta de aportación del auto de declaración de herederos abintestato, hay que tener en cuenta en este expediente las siguientes circunstancias: que se trata de un documento del año 1909, que aun cuando está perfectamente identificado por su fecha y autoría en la escritura de herencia —dice «Escribanía de D. J. O. C., con fecha veintiuno del actual —esto es, 21 de diciembre de 1909—», no ha sido localizado el documento en los diferentes archivos históricos investigados, esto es el Archivo del Tribunal Superior de Galicia y el Archivo Histórico del Reino de Galicia. Debe tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 14 de la LH, el título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, la declaración judicial de herederos abintestato o el acta de notoriedad a que se refiere el artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para estos supuestos, en los que no es posible aportar el título de la sucesión, puede acudirse a la reanudación del tracto sucesivo que se regula en el artículo 200 de la LH y siguientes, mediante acta de notoriedad o expediente de dominio.

Resolución de 20-3-2015

(BOE 16-4-2015)

Registro de la Propiedad de Alcoy

PROPIEDAD HORIZONTAL: CAMBIO DE USO DE UN ELEMENTO PRIVATIVO:

Este Centro Directivo ha dicho en reiteradas ocasiones (Resoluciones en «Vis-tos») desde la Resolución de 18 de junio de 2010: «2. Se han definido los estatutos de la Propiedad Horizontal, siguiendo lo establecido en la Ley de Propiedad Hori-

zontal, como las reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad. Consiguientemente, los estatutos delimitan el contenido del derecho constituido por la propiedad horizontal y la autonomía de cada uno de los propietarios de elementos privativos, de manera que, si pudieran no aplicarse por voluntad unilateral de un propietario, podría producirse un perjuicio a los derechos de los demás, que han adquirido su piso o local en el entendimiento de la aplicación de los mismos». En consecuencia, si en los estatutos 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. Respecto a la plasmación y expresión de esas limitaciones en los estatutos, para ser tenidas en cuenta. También en ese sentido, la jurisprudencia que resulta de la STS (Sala Primera) de 12 de septiembre de 2013, que reproduce el contenido de la anterior de 24 de octubre de 2011. Dice así la citada sentencia: «La doctrina de esta Sala es prácticamente unánime (SSTS 30 de diciembre de 2010, 23 de febrero de 2006, 20 de octubre de 2008) al considerar que la mera descripción del inmueble no supone una limitación del uso o de las facultades dominicales, sino que la eficacia de una prohibición de esta naturaleza exige de una estipulación clara y precisa que la establezca. Los copropietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad como consideren más adecuado, a no ser que este uso esté legalmente prohibido o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por el régimen de dicha propiedad horizontal, su título constitutivo o su regulación estatutaria (STS, Civil, 24 de octubre de 2011; RJ 2012, 431)». Solo si los estatutos prevén una limitación en los usos permitidos y dicha limitación, debidamente expresada, consta inscrita en el régimen de propiedad horizontal, es posible rechazar la inscripción de un cambio de uso que sea incompatible con su contenido y sin la oportuna modificación llevada a cabo por la junta de propietarios (art. 14.d de la Ley de Propiedad Horizontal). De otra forma, el cambio de uso de un elemento privativo es factible sin necesidad de autorización en los estatutos ni de la Junta de copropietarios.

Resolución de 21-3-2015

(BOE 16-4-2015)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 11

ESCRITURA PÚBLICA: SUBSANACIÓN POR EL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 153 DEL REGLAMENTO NOTARIAL.

El artículo 153 del Reglamento Notarial permite al Notario la exclusiva subsanación de aquellos errores materiales, omisiones y defectos de forma que se hayan padecido en los instrumentos públicos. Para ello, como ha establecido esta Dirección General en múltiples ocasiones, el Notario deberá atender al contexto del documento mismo; de los inmediatamente anteriores y siguientes; de los antecedentes: escrituras públicas y a otros documentos asimismo públicos que se tuvieron en cuenta para la autorización y los que prueben fehacientemente hechos o actos consignados en el documento subsanado. Ahora bien, también ha establecido este Centro Directivo, que, tanto en términos generales como,

muy especialmente, cuando la subsanación se dirija a la rectificación de asientos registrales, los supuestos en los que se permite esta subsanación de forma unilateral son estrictos y por tanto su interpretación también lo ha de ser. En consecuencia, ha de limitarse a los defectos formales o aspectos accesorios del documento, nunca a su contenido de fondo, cláusulas o estipulaciones, para los que se precisa el consentimiento de quienes inicialmente lo prestaron o de sus causahabientes así como de los titulares de derechos según los asientos registrales, si fueren distintos de los primeros.

Resolución de 23-3-2015

(BOE 17-4-2015)

Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz

PROPIEDAD HORIZONTAL: NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA DIVISIÓN DE DEPARTAMENTOS INDEPENDIENTES.

Es objeto de este recurso determinar si es precisa autorización administrativa para dividir un elemento existente en una propiedad horizontal, creando una nueva vivienda susceptible de configuración jurídica propia e independiente. Tras la modificación operada por la Ley de 26 de junio de 2013, de regeneración, rehabilitación y renovación urbanas, tanto la Ley de propiedad horizontal como el texto refundido de la Ley de suelo establecieron, respecto de esta circunstancia de hecho, la necesaria obtención de autorización administrativa. Ambos preceptos han sido objeto de una interpretación consolidada por parte de este Centro Directivo. Así en las Resoluciones de 28 de mayo de 2014 y de 17 de octubre de 2014, se considera que «deben ser interpretados y aplicados de forma coordinada dada la estrecha relación existente entre los mismos, en cuanto expresión de una misma idea: la constitución o modificación de un conjunto inmobiliario al igual que los actos de división, agregación y segregación de elementos integrantes de un edificio en régimen de propiedad horizontal, requerirán en todo caso la obtención de la correspondiente autorización administrativa, siempre que de los mismos se derive un incremento de los elementos privativos previamente existentes o autorizados en la licencia de edificación». De manera añadida, esta exigencia de obtención de autorización administrativa, encuentra sustento en la normativa competente en materia de urbanismo y ordenación del territorio, es decir en la ley autonómica reguladora de estas materias que le son competencia exclusiva.

Resolución de 23-3-2015

(BOE 17-4-2015)

Registro de la Propiedad de Mijas, número 2

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO AL TERCER POSEEDOR.

Según la mejor doctrina ostentan la condición de tercer poseedor de finca hipotecada el adquirente del usufructo, surgido posteriormente a la hipoteca de la finca o derecho real hipotecado. En este caso, y conforme al tenor literal de los artículos 685.1 y 686.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el tercer poseedor deberá ser demandado y requerido de pago. Se plantea la cuestión de si

la notificación posterior puede suplir la falta de demanda y requerimiento de pago. La notificación permite al titular de derechos inscritos con posterioridad a la ejecución de la hipoteca y que no ha tenido conocimiento de la ejecución, pagar y subrogarse en la posición del acreedor, pero como ha señalado esta Dirección General aunque, con posterioridad a la demanda se le notificara dicho procedimiento, no consta su consentimiento ni la pertinente sentencia firme en procedimiento declarativo entablado directamente contra los mismos, como exigen los artículos 1, 40 y 82 de la LH para rectificar o cancelar los asientos registrales, que se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales. La consecuencia derivada de la falta de requerimiento de pago es la nulidad del procedimiento sin que pueda suplirse con una providencia de subsanación realizada posteriormente al correspondiente trámite procesal, dado el rigor formal del procedimiento de ejecución hipotecaria tal y como se regula después de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. En línea con lo anterior, la situación es distinta en el caso de que el tercer poseedor inscriba su derecho con posterioridad a la interposición de la demanda ejecutiva pero antes de la expedición de certificación registral de dominio y cargas, puesto que faltando la acreditación de su derecho frente al acreedor en los términos antes examinados, no habrá podido ser demandado ni requerido de pago al iniciarse el procedimiento, de tal modo que, para evitar su indefensión, deberá ser notificado de la existencia del proceso de ejecución conforme a lo previsto en el artículo 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resolución de 24-3-2015

(BOE 17-4-2015)

Registro de la Propiedad de Moncada, número 2

DOCUMENTO ADMINISTRATIVO: FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN. NOTIFICACIÓN AL TITULAR REGISTRAL: CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO.

La primera cuestión que se plantea es la relativa a la necesidad de que el documento administrativo exprese la firmeza del acto que el mismo contiene. En este sentido es claro el contenido de la Resolución de 29-1-2009, citada en los «Vistos», y otras Resoluciones anteriores, dado que no pueden acceder al Registro, actos claudicantes o que sean susceptibles de recurso. Tratándose de notificaciones administrativas, como es el caso del presente expediente, conforme al artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26-11-1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se entiende correctamente realizada la notificación, cuando ha sido recibida por persona que se encuentre en el domicilio del notificado y haga constar su identidad (cfr. art. 44.2 del Real Decreto 1.829/1999, de 3 de diciembre de 1999, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio de 1998, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales). La jurisprudencia (STS 28 de enero de 1997 y 9 de febrero de 1998 y 5 de octubre de 1998) ha señalado que la Administración, como titular de la potestad sancionadora, debe proceder de oficio con la investigación de la infracción y del supuesto responsable de la misma, con la consecuente caducidad procedimental. En consecuencia con tal doctrina, se ha entendido que la caducidad en los procedimientos en que la Administración ejerce potestades sancionadoras o, en general, de intervención,

susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen puede ser apreciada de oficio por las autoridades judiciales y administrativas, aunque no haya sido solicitada por los intervinientes en el proceso. Consecuentemente con lo expuesto, transcurrido el plazo de caducidad del expediente administrativo, sin que se haya hecho constar en el mismo la existencia de paralización por causa imputable al interesado (cfr. art. 44 Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992), el Registrador debe apreciar de oficio su caducidad, defecto este fácilmente subsanable mediante la aportación de la certificación administrativa que acredite que esta no se ha producido.

Resolución de 24-3-2015

(BOE 17-4-2015)

Registro de la Propiedad de Rivas-Vaciamadrid

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

Debemos partir de la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos») en virtud de la cual el auto recaído en expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido es un medio excepcional para lograr la inscripción de una finca ya inmatriculada a favor del promotor. Se impone por tanto una interpretación restrictiva de las normas relativas al expediente de reanudación del tracto y en especial de las que definen la propia hipótesis de interrupción de tracto, de modo que solo cuando efectivamente concurra esta hipótesis y así resulte del auto calificado, puede accederse a la inscripción. Una primera línea doctrinal es la contenida en la Resolución de 18 de marzo de 2000, según la cual: «(...) no puede decirse que exista efectiva interrupción del tracto cuando los promotores del expediente (como ahora ocurre y así lo reconocen expresamente en su escrito de apelación) son los compradores de los herederos de los esposos titulares registrales». Esta primera línea doctrinal que no admite la interrupción del tracto, ni consecuentemente el expediente de dominio, cuando el promotor del expediente es adquirente del heredero del titular registral, exigiría (según diferentes Resoluciones de este Centro Directivo) dos requisitos: en primer lugar, que el promotor haya adquirido del heredero único o de todos los herederos del titular registral, y en segundo lugar, que no exista una extraordinaria dificultad para otorgar la documentación que permita completar la cadena de titularidades y conectar al titular registral con el promotor del expediente.

Resolución de 25-3-2015

(BOE 17-4-2015)

Registro de la Propiedad de Chiclana de la Frontera, número 2

OBRA NUEVA: APLICACIÓN TEMPORAL DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LA INSCRIPCIÓN.

Tras varias reformas normativas, han sido varias las Resoluciones que han tratado de perfilar una doctrina uniforme en la aplicación temporal de los requisitos de acceso registral de edificaciones —cfr. Resoluciones de 21 de

enero de 2012 y 1 de marzo de 2012—, declarando de esta forma que: «(...) las sucesivas redacciones legales en la materia (Ley 8/1990, de 25 de julio de 1990, 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 26-6-1992; Ley 6/1998, de 13 de abril de 1998, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones; Ley 8/2007, de 28 de mayo de 2007, de Suelo, y texto refundido de dicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio de 2008), serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos periodos de vigencia, aunque las correspondientes obras se hayan ejecutado en un momento anterior. Ahora bien tratándose de escrituras autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de una determina norma de protección de legalidad urbanística pero presentadas en el Registro de la Propiedad durante su vigencia, debe exigir el Registrador su aplicación, pues el objeto de su calificación se extiende a los requisitos exigidos para la inscripción». Siendo la escritura de obra nueva de fecha 10 de abril de 1995, podría practicarse su inscripción como obra nueva «antigua», si concurren los demás los requisitos exigidos por el artículo 20.4 del texto refundido de la Ley de suelo. Pero, en el caso de este expediente, queda claro que no se pretende utilizar la vía facilitada del artículo 20.4, sino más bien la del apartado primero, alegando, no obstante, que no son de aplicación requisitos exigidos por la norma, dada la fecha de otorgamiento de la escritura.

Resolución de 25-3-2015

(BOE 17-4-2015)

Registro de la Propiedad de Chiclana de la Frontera, número 2

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

De los antecedentes de hecho resulta con absoluta claridad que se pretende hacer constar como mera rectificación de una superficie inscrita lo que constituye una inmatriculación de finca no inscrita. El legislador ha previsto distintos procedimientos, con trámites, requisitos y régimen de garantías distintos en uno y otro caso por lo que aplicado un procedimiento para una finalidad distinta de la prevista en la Ley no puede pretenderse obtener el amparo de este Centro Directivo que ha rechazado tal proceder de acuerdo a una reiteradísima doctrina (*vid.* «Vistos»).

Resolución de 27-3-2015

(BOE 17-4-2015)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 2

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA Y PROHIBICIÓN DE DISPONER: REQUISITOS.

A este objeto se ciñe el presente expediente. Como ha reiterado esta Dirección General en innumerables ocasiones (por todas, Resoluciones de 14 de noviembre de 2014 y 19 de enero de 2015, doctrina basada en el contenido de los arts. 324 y 326 de la LH y en la doctrina de nuestro TS, Sentencia de 22 de mayo de 2000), el objeto del expediente de recurso contra calificaciones

de Registradores de la Propiedad y Mercantil es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la validez o no del título ya inscrito, ni de la procedencia o no de la práctica, ya efectuada, de los asientos registrales. Conforme a esta reiterada doctrina, el recurso contra la calificación negativa del Registrador no es cauce hábil para acordar la cancelación de asientos ya practicados y que, hayan sido o no extendidos con acierto, quedan desde entonces bajo la salvaguardia de los tribunales y, por tanto, no puede ser modificados en tanto no medie acuerdo de los interesados o resolución judicial que así lo establezca (cfr. arts. 1, párrafo tercero, y 40.d) de la LH). En definitiva, practicado un asiento en el Registro desenvuelve todos los efectos previstos en el ordenamiento en tanto no se declare su inexactitud por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos o bien se acepte por el titular del derecho inscrito su rectificación (arts. 1, 38, 40, 82 y 83 de la LH). Es evidente que la mera solicitud de un particular carece de virtualidad alguna para practicar una anotación preventiva de demanda y de prohibición de disponer. Medidas como las que pretende publicar el recurrente solo son posibles si las acuerda el órgano judicial competente (título material) y se documentan en la forma legalmente establecida (título formal, *vid.* art. 738 en relación con el art. 149.5.a de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con el 257 de la LH).

Resolución de 30-3-2015

(BOE 17-4-2015)

Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 1

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La Registradora suspende la inscripción del exceso, ya que (la finca), fue formada por segregación con una superficie de setenta y cinco metros cuadrados, pudiendo existir duda fundada sobre su identidad, conforme establece el artículo 298.3, párrafo quinto, del RH. Se deduce de dicha norma que tratándose de una finca formada por segregación (procedimiento configurativo del objeto del derecho de propiedad que no se ve afectado por el hecho de que existan varias transmisiones posteriores), que se estima debe tener una cabida necesariamente determinada, el Registrador debe producirse con suma cautela, pues ya el propio precepto reglamentario plantea la existencia de dudas sobre la identidad de la finca en los casos de excesos de cabida que afectan a fincas procedentes por segregación. Desde otro punto de vista, si nos atenemos más a la pureza de los conceptos (que aspiran a ser permanentes en el tiempo), que a las magnitudes (que siempre son relativas), es evidente que aumentar la medición superficial de una porción segregada sin disminuir al tiempo la de la finca resto de matriz o de las colindantes de no existir ya resto alguno, y con independencia de la magnitud e importancia relativa de la concreta cifra implicada, supondría incurrir de modo consciente y deliberado en el concepto de doble inmatriculación, con una repercusión o gravedad, tan grande o tan pequeña, que esto vuelve a ser relativo, como el exceso pretendido, que llega al veinte por ciento de la superficie inscrita (setenta y cinco metros cuadrados). El interesado en inscribir un exceso de cabida en su finca procedente de segregación registral, puede acudir,

para disipar las dudas fundadas del Registrador sobre la identidad de la finca, bien a intentar obtener la conformidad expresa del titular de la finca matriz o de las colindantes para rectificar la segregación practicada, bien a un expediente de dominio o a un acta de notoriedad de las contempladas en la legislación registral, con citación de los posibles interesados, y entre ellos, y de modo muy destacado, el colindante titular del resto de finca matriz de la que se segregó una determinada porción, con una determinada medición superficial, que ahora se pretende aumentar en detrimento, siquiera potencial, del resto de finca o de las colindantes. Además, hay que tener en cuenta que la finca matriz sigue inscrita a favor de la persona que practicó en su día la segregación y venta y que la finca segregada solo tiene una inscripción de dominio, que es la practicada a favor de la compradora, otorgante del título objeto del expediente y hoy recurrente. El exceso de cabida no es sino la rectificación de un dato erróneamente consignado en el título, error que se trasladó a la inscripción y que ahora se pretende corregir, dado que la verdadera superficie es otra sin que se altere la realidad exterior de la finca. Por tanto, el error de superficie se contiene en el único título de transmisión de dominio que ha existido sobre la finca, otorgado por recurrente y titular de la matriz. La escritura pública hace prueba contra los contratantes de las declaraciones que en ellas hubieran hecho (art. 1.218 del Código Civil). No se trata de reiterar una descripción contenida en títulos anteriores, en las que se reitera un error producido anteriormente. Por ello, de existir un error en el título, debe corregirse el mismo, con la intervención de ambos titulares. Esto justifica el riesgo de que la finca segregada invada tanto la matriz como otras colindantes.

Resolución de 30-3-2015

(BOE 17-4-2015)

Registro de la Propiedad de Sanlúcar de Barrameda

HIPOTECA: EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN DE DOMINIO Y CARGAS PARA PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN Y TITULARIDAD DE LA HIPOTECA.

Se plantea en el presente expediente si para la expedición de certificación de dominio y cargas en procedimiento de ejecución hipotecaria —en este caso judicial— y la consiguiente extensión de la nota marginal acreditativa de haberse practicado tal extremo, es necesario que la hipoteca objeto de ejecución se encuentre inscrita a favor de la entidad ejecutante o si, por el contrario, en los supuestos de sucesión universal de la entidad acreedora y tratándose de unas operaciones societarias realizadas dentro del proceso de modificación de las estructuras de las Cajas de ahorro en el sistema financiero español, es suficiente que el solicitante sea causahabiente del titular registral de la hipoteca. La expedición de la certificación de cargas en la ejecución directa judicial no es más que un trámite procesal que todavía no conlleva el expresado cambio en la titularidad de la hipoteca o de la finca como consecuencia de la ejecución. El hecho de que sea solicitada por el causahabiente del titular registral no debe impedir que se expida la certificación, sin perjuicio de que el Registrador advierta de esta circunstancia en la certificación al expedirla, con la finalidad de que el solicitante conozca la necesidad de practicar la inscripción a su nombre, previa o simultáneamente, a la inscripción del decreto de adjudicación.

Resolución de 30-3-2015

(BOE 17-4-2015)

Registro de la Propiedad de Plasencia

HIPOTECA: CLÁUSULAS INSCRIBIBLES.

De la escritura de poder protocolizada resulta que el poderdante confiere facultades muy concretas para conceder un préstamo con garantía hipotecaria sobre finca específica, por importe, tipo de interés fijo y plazo igualmente determinados. A continuación otorga facultades amplias para establecer los pactos y estipulaciones que estime precisos; convenir causas de vencimiento anticipado, procedimientos de ejecución, pactos sobre conservación, inspección, impuestos y seguros cuyos conceptos podrá pagar el prestamista con derecho de reintegro; fijación de responsabilidad por intereses, costas y gastos y extensión de la cobertura. El hecho de que el importe del préstamo se haya satisfecho por parte de un tercero, incluso con retención de cantidades, no afecta al ámbito de la relación representativa entre principal y representante. Como se ha puesto de relieve más arriba, el hecho de que la entrega del importe del préstamo se haga por un tercero que actúa por cuenta del prestamista no permite afirmar que la obligación no existe o que la persona del prestamista es distinta de la que resulta del título. Si dichas circunstancias podían estar insuficientemente expresadas en la escritura de préstamo hipotecario no es así cuando se completa con la segunda escritura en la que las partes determinan con exactitud cuál ha sido el papel de intermediaria que ha jugado la sociedad de conformidad con su objeto social y el marco regulatorio. El hecho de que se hayan retenido cantidades a la prestataria en aplicación de las previsiones de la ficha de información personalizada y de la oferta vinculante que constan protocolizadas en la escritura tampoco impide que la obligación de entrega se tenga por realizada. Dichos pactos, que no son extraños a la legislación hipotecaria (*vid.* art. 118 de su Ley reguladora), no son contrarios a norma imperativa alguna (art. 1251 del Código Civil). Del artículo 12 de la LH resulta que el contenido del asiento de inscripción de hipoteca comprende la extensión propia del derecho real de hipoteca —extensión objetiva y responsabilidad hipotecaria—; la identificación de la obligación garantizada que, a su vez, incluye las cláusulas financieras determinantes de su contenido y las cláusulas de vencimiento anticipado determinantes de la posibilidad de su ejecución (ya lo sea por el procedimiento ejecutivo hipotecario o por el ejecutivo ordinario), y en tercer lugar, aun cuando el artículo 12 de la LH no se refiera a ellas, las cláusulas relativas a los distintos procedimientos de ejecución de la hipoteca —artículos 129 de la LH, 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y concordantes—. Ahora bien, tales cláusulas financieras y de vencimiento anticipado solo serán inscribibles si resultan conformes a la ley y, además, las cláusulas de vencimiento anticipado siempre que se refieren al incumplimiento por el deudor de una obligación esencial o que responda a una causa adecuada, pero no cuando se trate de obligaciones accesorias o de incumplimientos irrelevantes tal como ha declarado el TS en la sentencia de 16 de diciembre de 2009; por lo que el Registrador deberá fundamentar jurídicamente su exclusión de forma clara y suficiente, de acuerdo con las normas generales de la calificación. Respecto a las estipulaciones que conforman el contenido de la inscripción de hipoteca en los términos antes expuestos, el recurso debe ser estimado porque, en estos supuestos, la simple alegación de tratarse de pactos con «falta de efectos reales frente a terceros», no solo es erróneo sino que, además, implica una carencia de

motivación o fundamentación de la suspensión pues, tal como ha afirmado esta Dirección General (*vid.* Resoluciones de 3, 6 y 9 de octubre de 2014), la falta de trascendencia real es un efecto de la falta de inscripción y no su causa. El segundo grupo de estipulaciones suspendidas está formado por las cláusulas decimoquinta y decimoséptima, relativas respectivamente, al derecho del acreedor de ceder el crédito y a un mandato de gestión y tramitación, respecto de las cuales, la mera afirmación de que se trata de pactos sin trascendencia real sí es admisible como fundamento de la suspensión ya que el simple reflejo de un derecho legal del acreedor de la primera o la concesión de un poder otorgado en la segunda, no conforman en modo alguno el contenido de la inscripción de hipoteca y no pueden tener acceso al Registro de la Propiedad simplemente por esa concreta razón y de conformidad con el artículo 98 de la LH, sin que el recurrente haya alegado argumento alguno en sentido contrario, por lo que respecto de las mismas el recurso debe ser desestimado.

Resolución de 31-3-2015

(BOE 17-4-2015)

Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan, número 1

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.

Registro Mercantil

por Ana M^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 28-1-2015

(BOE 2-3-2015)

Registro Mercantil de Valencia, número I

CUENTAS ANUALES. CERTIFICACIÓN DE APROBACIÓN.

Para practicar el depósito, la certificación de aprobación debe estar expedida por administrador con cargo vigente e inscrito previa o simultáneamente. La

presentación conjunta de la documentación que permite la apertura del folio de la sociedad y aquella de la que resulta el nombramiento resuelve la cuestión siempre que se cumplan debidamente para cada uno de ellos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico.

Resolución de 29-1-2015

(BOE 2-3-2015)

Registro Mercantil de A Coruña

AUMENTO DE CAPITAL. RESERVAS.

La libre disponibilidad de las reservas viene limitada por su función de cobertura de pérdidas contabilizadas. Si no son libremente disponibles, no reúnen los requisitos legalmente exigidos para su capitalización. De ahí la necesidad de la verificación del balance por el auditor. En el supuesto contemplado el auditor señala como salvedad el carecer de una determinada información financiera de la que puede derivarse la necesidad de realizar ajustes en los créditos a corto plazo. Debe garantizarse que esos posibles ajustes no desvirtuarían la existencia de reservas disponibles en la cuantía en que son aplicadas en el aumento de capital cuestionado.

Resolución de 4-2-2015

(BOE 2-3-2015)

Registro Mercantil de Cádiz

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA. COMPETENCIA.

La facultad de convocatoria de la junta está reservada exclusivamente al órgano de administración, al margen de los supuestos singulares como la sociedad en liquidación, la convocatoria judicial o el caso de órgano de administración incompleto y con objetivo limitado.

La falta de competencia de quien haya realizado la convocatoria determina la invalidez de la reunión y la ineficacia de sus acuerdos. La convocatoria por un administrador de hecho se admite en casos de caducidad reciente en el plazo permitido por la ley y además tiene un objeto limitado a la provisión de las necesidades sociales y, especialmente, al nombramiento de nuevos cargos.

Resolución de 5-2-2015

(BOE 2-3-2015)

Registro Mercantil de Valencia, número II

UNIPERSONALIDAD.

En un registro de personas como el mercantil, la aplicación del principio de tracto sucesivo debe interpretarse restrictivamente. No puede impedir la inscripción el hecho de que en el Registro conste el carácter unipersonal de la sociedad y en la escritura se haga referencia a una pluralidad de socios asistentes a la junta general.

Resolución de 6-2-15

(BOE 2-3-2015)

Registro Mercantil de Málaga, número II

REDUCCIÓN Y AUMENTO. CONVOCATORIA. ORDEN DEL DÍA.

La resolución incluye una exhaustiva casuística de resoluciones y sentencias sobre la materia.

Cuando, como consecuencia del acuerdo a adoptar pueda verse comprometida la posición jurídica del socio, se exige una mayor precisión en la convocatoria.

En el caso contemplado el anuncio de convocatoria carece de la debida claridad pues omite un dato esencial como es la emisión con prima. Pero consta que el socio disidente, en uso del derecho que le reconoce el artículo 196 de la LSC, retiró una copia del informe de auditoría en el que consta en detalle la operación proyectada, por lo que contó con anterioridad a la junta de socios de la información necesaria para emitir su voto adecuadamente.

Resolución de 13-2-2015

(BOE 2-3-2015)

Registro Mercantil de Pontevedra, número II

OBJETO. CNAE.

En la inscripción de constitución de la sociedad o en la de cambio de objeto social debe constar necesariamente el código de actividad correspondiente a la actividad principal. Del artículo 20 de la Ley de Emprendedores resulta la obligación de manifestar el código de dicha actividad principal, lo que implica la posibilidad de que existan varias posibles. Es suficiente la determinación de un único código de actividad, dada la finalidad estrictamente estadística de la medida aunque el objeto contenga una multiplicidad de actividades posibles. El interesado puede hacer constar los códigos de todas las actividades siempre que identifique la actividad principal. El Registrador debe verificar si el código reseñado se corresponde suficientemente con el listado vigente de CNAE.

Es suficiente que se determine para cada ejercicio y con ocasión del depósito de cuentas un solo código de actividad.

Resolución de 18-2-2015

(BOE 13-3-2015)

Registro Mercantil de Albacete

JUNTA. CONVOCATORIA. DERECHO DE INFORMACIÓN. CUENTAS.

La resolución hace un detallado recorrido de la doctrina anterior de la Dirección General y de la jurisprudencia del TS al respecto y añade que esta doctrina ha recibido el respaldo legal como resulta de las modificaciones introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre de 2014, en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital que si bien por la fecha de su entrada en vigor no son

aplicables al supuesto de hecho de este expediente, permiten sostener la doctrina expuesta. De acuerdo con dicha reforma (art. 204.3), no procede la impugnación de acuerdos sociales por «la infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria...» salvo que se refieran a la «forma y plazo» para llevarla a cabo. El propio precepto permite corregir una aplicación indiscriminada de tales postulados añadiendo que son impugnables los acuerdos cuando se hayan infringido requisitos que por su naturaleza puedan ser considerados relevantes, determinantes o esenciales, circunstancia que debe resolverse incidentalmente con carácter previo al conocimiento del fondo del asunto. Son las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho concreto las que han de permitir determinar si el derecho de información de los socios ha sido o no cumplimentado en términos tales que los derechos individuales de los socios hayan recibido el trato previsto en la Ley.

En el caso contemplado resuelve que el recurso no puede prosperar porque la ausencia total y absoluta de cualquier referencia al derecho de información de los socios en la convocatoria implica una contravención frontal de la previsión legal contenida en el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital.

Resolución de 19-2-2015

(BOE 13-3-2015)

Registro Mercantil de León

ADMINISTRADORES. RETRIBUCIÓN.

El concreto sistema de retribución de los administradores de las sociedades de capital debe estar claramente establecido en estatutos, determinando si dicho sistema consiste en una participación en beneficios, con los límites legalmente establecidos, en dietas, en un sueldo mensual o anual, en seguros de vida, planes de pensiones, utilización en beneficio propio de bienes sociales, en entrega de acciones o derechos de opción sobre las mismas o cualquier otro sistema que se desee establecer.

Cuando la retribución no tenga como base una participación en los beneficios, supuesto en que es necesario que los propios estatutos la concreten con el límite máximo del diez por ciento de los repartibles entre los socios, la remuneración será fijada para cada ejercicio por la junta general. Pero tal norma no permite entender que corresponda a la junta la determinación del concreto sistema —sueldo, dietas, aportaciones a planes de pensiones, primas de seguros de vida, etc.—, en que la retribución ha de consistir, sino tan solo la fijación de la cuantía concreta de la misma para el ejercicio correspondiente, como garantía tanto para los socios como para los propios administradores. Atendiendo a la «ratio» de la norma, debe entenderse que se pretende atribuir a la junta general y no a los propios administradores la competencia para fijar la cantidad exacta de la remuneración, pero solo en los casos en que la modalidad retributiva prevista en los estatutos exija esa determinación concreta, sin que por tanto pueda impedir que sean los estatutos los que establezcan un sistema retributivo consistente en una cantidad concreta determinada.

Resolución de 20-2-2015

(BOE 13-3-2015)

Registro Mercantil de Madrid, número V

RECTIFICACIÓN. INSCRIPCIÓN.

Se solicita la nulidad de la inscripción en base a una sentencia, que se acompaña en fotocopia, por lo que para poder proceder a la calificación de tal documento, es preciso aportar testimonio de dicha sentencia en la que ha de constar la firmeza o mandamiento cancelatorio del asiento cuya nulidad se solicita.

Cuando el error registral es de concepto y produciéndose este en una inscripción, resultan de aplicación para su rectificación los artículos 40, 217 y 219 de la LH, en los que descansa la regla básica en nuestro Derecho hipotecario de que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud. Por ello 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 supuesto de hecho contemplado el Registrador no considera que haya incurrido en la práctica de un asiento erróneo, por lo que la posibilidad de abrir un expediente de rectificación queda frustrada. Ello no impide acudir al juicio ordinario correspondiente. Y lo mismo sucede ante la negativa del resto de interesados, puesto que habiendo posturas contrapuestas, como en este caso, aun cuando el Registrador admitiese su error no le correspondería a él decidir quién interpreta el documento con arreglo a derecho sino que deberá acudir al juicio correspondiente.

Resolución de 23-2-2015

(BOE 19-3-2015)

Registro Mercantil de Barcelona (R. de Bienes Muebles)

IMPUESTO. BUQUES. PRESENTACIÓN EN OFICINA INCOMPETENTE.

Tratándose de un buque, la Comunidad Autónoma donde debe liquidarse el impuesto de TPAJD es aquella en cuya circunscripción radique el Registro en que deba practicarse la inscripción. Es correcta la negativa del Registrador a admitir un impreso de autoliquidación que conste presentado en una Comunidad Autónoma incompetente.

Resolución de 4-3-2015

(BOE 21-3-2015)

Registro Mercantil de A Coruña

JUNTA. CONSTITUCIÓN.

Corresponde al presidente de la junta la declaración sobre la válida constitución de la misma, lo que implica que previamente ha adoptado una deci-

sión cuando existe alegación de actuación representativa. El Registrador no está vinculado por la declaración del presidente cuando de los hechos resulte una situación de conflicto tal que resulte patente la falta de legalidad y acierto de su declaración (2 listas de asistentes, 2 libros de registro de socios diferentes, juntas contradictorias...) pero, fuera de supuestos semejantes, hay que estar a la declaración del presidente. Es ajena al procedimiento registral la resolución de contiendas entre las partes cuyo conocimiento está atribuido a los tribunales.

Resolución de 6-3-2015

(BOE 21-3-2015)

Registro Mercantil de Granada

ADMINISTRADORES. RENUNCIA.

La Resolución hace una exposición de la evolución de la doctrina de la Dirección General en esta materia. Cabe la renuncia del administrador en Junta previamente convocada y el nombramiento de uno nuevo aunque no sea Junta Universal y no se hubiera incluido ese punto en el orden del día. Si los socios no proceden al nombramiento de nuevo administrador en esa Junta, no puede negarse la inscripción de la renuncia, pues el administrador ha cumplido suficientemente con su deber de diligencia.

Resolución de 9-3-2015

(BOE 4-9-2015)

Registro Mercantil de La Rioja

UNIPERSONALIDAD. DECLARACIÓN.

La declaración de unipersonalidad corresponde a la sociedad, no al socio. Es autónoma respecto de cualquier acto o negocio y va destinada a inscribir en el Registro Mercantil el resultado que conste previamente en el Libro Registro de socios. Es esta declaración y no los singulares negocios de transmisión de las participaciones que puedan haber originado la unipersonalidad lo que es objeto de inscripción. Estos negocios, ni forman parte del título hábil para dicha inscripción ni han de ser calificados por el Registrador como presupuesto de la inscripción. Por ello no puede denegarse la inscripción de la declaración de unipersonalidad por manifestarse en ella que las participaciones se han adquirido por compra en documento privado.

Resolución de 12-3-2015

(BOE 4-9-2015)

Registro Mercantil de La Rioja

UNIPERSONALIDAD. DECISIONES DEL SOCIO ÚNICO. ADMINISTRADORES. RETRIBUCIÓN.

El otorgante de la escritura es el administrador único y socio único y, como administrador, declara ejecutadas las decisiones del socio único sobre determi-

nadas modificaciones estatutarias. El hecho de que la sociedad sea unipersonal no exime de la observancia de las reglas de funcionamiento de la sociedad. Pero el acta no constituye forma «ad substantiam» de las declaraciones de los socios no de los acuerdos sociales. Si lo que se eleva a público es el acuerdo social, el que tenga facultades para ello puede certificar sobre los acuerdos adoptados en el propio cuerpo de la escritura sin que sea necesaria una certificación en documento unido a ella, siempre que la escritura exprese los requisitos que debe contener la inscripción solicitada, sin perjuicio de la obligación de trasladar los acuerdos al libro de actas de la sociedad.

El concreto sistema de retribución de los administradores debe estar claramente establecido en estatutos —sea simple o combinado—, determinando si dicho sistema consiste en una participación en beneficios, con los límites legalmente establecidos, en dietas, en un sueldo mensual o anual, en seguros de vida, planes de pensiones, utilización en beneficio propio de bienes sociales, en entrega de acciones o derechos de opción sobre las mismas o cualquier otro sistema que se desee establecer. Es, pues, admisible que se alterne una cantidad fija establecida en estatutos (mil euros) con una participación en beneficios (dos por ciento), cuando no se deje a la decisión de la junta general el concreto sistema retributivo de entre ambos, sino que se trata de un sistema combinado por el que la retribución es determinable sin intervención de la junta (consistirá en la cantidad mayor de las dos contempladas en los estatutos). También cabe la previsión estatutaria fijando ya una cantidad determinada, puesto que garantiza una mayor certidumbre y seguridad tanto para los socios actuales o futuros de la sociedad, como para el mismo administrador. Al no haberse incluido como defecto en la nota, no se entra a resolver si se ajusta a las exigencias legales la previsión de retribución de participación en beneficios «de un 2% sobre el resultado de la sociedad después de impuestos del ejercicio anterior».

Resolución de 13-3-2015

(BOE 4-9-2015)

Registro Mercantil de Jaén

JUNTA. CONVOCATORIA. CUENTAS. CIFRA DE CAPITAL SOCIAL.

Para acreditar ante el Registrador que la junta fue debidamente convocada en la forma y plazo legales o estatutarios, deben aportarse los anuncios o comunicaciones o justificación de inserción de anuncios en la página web de la sociedad —según sea el medio establecido en los estatutos o el legalmente determinado en ausencia de regulación estatutaria—, en que la convocatoria se haya, materialmente, efectuado. O, tratándose de medios privados de convocatoria, la certificación debe recoger «todas las circunstancias del acta que sean necesarias para calificar la validez de los acuerdos adoptados», una de las cuales es el «texto íntegro de la convocatoria», así como el «modo y fecha en que se hubiere efectuado», cuando no se trate de junta universal. No son admisibles las simples fotocopias de los documentos, puesto que carecen de fehcencia respecto de su contenido. Y, tratándose de medios privados de convocatoria, la sola presentación del anuncio de la misma no acredita, ni justifica, por sí sola, que el anuncio haya sido remitido a todos los socios con la antelación debida y que dicha remisión ha sido efectuada efectivamente a todos los partícipes de la sociedad.

Es procedente el rechazo del depósito cuando la cifra de capital consignada en las cuentas no coincida con la que figure inscrita en el Registro Mercantil. Esta doctrina se fundamenta en el hecho de que los Registradores tienen que calificar bajo su responsabilidad —respecto de los documentos presentados— la validez de su contenido por lo que resulte de ellos y de los asientos del Registro. Resultando de los asientos registrales una determinada cifra de capital que se presume exacta y válida y que resulta oponible a terceros, no puede accederse al depósito de unas cuentas que proclaman otro contenido pues de hacerlo así, se estarían distorsionando los derechos de información y publicidad que el depósito de las cuentas pretende. Inscrita una modificación de capital en el Registro (ya sea aumento o reducción) realizada durante un ejercicio, las cuentas presentadas a depósito y relativas a tal ejercicio, deben reflejar la modificación. Pero no así cuando esa modificación aún no se ha inscrito. Así resulta de las normas de contabilidad que determinan en este punto que esta divergencia en la cifra de capital ha de reseñarse en la Memoria. Se señala que la calificación no puede alcanzar al contenido intrínseco de las cuentas, ni al análisis de la correcta contabilización, registro o imputación de todas y cada una de las partidas, ya sean del balance o de la cuenta de pérdidas y ganancias, por ser función que no le atribuye la Ley.

Resolución de 16-3-2015
(BOE 16-9-2015)
Registro Mercantil de Jaén

JUNTA. MAYORÍAS. CONFLICTO DE INTERESES.

La norma que prohíbe al socio ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones, cuando se trate de adoptar determinados acuerdos en los que exista conflicto de intereses (los específicamente establecidos en el artículo 190.1 LSC entre ellos, siendo administrador, que el acuerdo se refiera a la dispensa de la prohibición de competencia), no resulta aplicable a la separación de administrador o liquidador por no estar incluido en tal prohibición y no existir en tal caso propiamente contraposición de intereses con la sociedad sino entre los socios. Por ello en este caso, la presidenta de la junta no puede deducir del capital social, para el cómputo de la mayoría necesaria, las participaciones del socio administrador o liquidador al que se pretenda separar. Al existir empate en la votación del acuerdo de separación debatido, no se puede considerar aprobado. Cuestión distinta es que se pueda impugnar el acuerdo para que en el procedimiento judicial correspondiente, a la vista de las pruebas aportadas por las partes, el juez declare procedente la anulación si es que se trata de un acuerdo lesivo para el interés social.

Resolución de 20-3-2015
(BOE 16-9-2015)
Registro Mercantil de Jaén

JUNTA. CONVOCATORIA. CUENTAS ANUALES. TRACTO.

Para acreditar ante el Registrador que la junta fue debidamente convocada en la forma y plazo legales o estatutarios, deben aportarse los anuncios o co-

municaciones o justificación de inserción de anuncios en la página web de la sociedad —según sea el medio establecido en los estatutos o el legalmente determinado en ausencia de regulación estatutaria—, en que la convocatoria se haya, materialmente, efectuado. O, tratándose de medios privados de convocatoria, la certificación debe recoger «todas las circunstancias del acta que sean necesarias para calificar la validez de los acuerdos adoptados», una de las cuales es el «texto íntegro de la convocatoria», así como el «modo y fecha en que se hubiere efectuado», cuando no se trate de Junta Universal. No son admisibles las simples fotocopias de los documentos, puesto que carecen de fehcencia respecto de su contenido. Y, tratándose de medios privados de convocatoria, la sola presentación del anuncio de la misma no acredita, ni justifica, por sí sola, que el anuncio haya sido remitido a todos los socios con la antelación debida y que dicha remisión ha sido efectuada efectivamente a todos los partícipes de la sociedad.

No puede efectuarse el depósito de cuentas anuales de una sociedad cuando aún no conste efectuado el depósito del ejercicio precedente. El cierre registral es consecuencia de un incumplimiento y subsiste, por disposición legal (arts. 282 LSC y 378 RRM) mientras el incumplimiento persiste.

Resolución de 23-3-15

(BOE 17-9-2015)

Registro Mercantil de Ciudad Real

JUNTA. CONVOCATORIA. LEGITIMACIÓN. ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS.

La convocatoria de la Junta debe ser realizada por los administradores. En el caso de administración mancomunada existe una disociación entre la titularidad del poder de representación, según lo dispuesto en los estatutos, que se limita al aspecto interno frente a terceros, y el poder de gestión que corresponde al conjunto de los administradores mancomunados y que, por tanto, habría de ejercitarse por todos ellos de forma conjunta. Este último tiene una dimensión estrictamente interna en la medida en que afecta al círculo de relaciones entre la sociedad y sus socios. La decisión de convocatoria debe adoptarse por todos los administradores mancomunados. Por ello, en este caso, no cabe acudir a la regulación del ejercicio del poder de representación para sortear la validez de la convocatoria efectuada por dos de los tres administradores mancomunados.

Resolución de 25-3-15

(BOE 17-9-2015)

Registro Mercantil de Madrid

RECTIFICACIÓN. ASIENTOS. CALIFICACIÓN. INDEPENDENCIA.

El consentimiento o acuerdo unánime de todos los interesados y del Registrador son requisitos indispensables para la rectificación. Oponiéndose el Registrador a la existencia de un supuesto error de concepto, solo será posible rectificar los correspondientes asientos demandando dicha rectificación en juicio declarativo.

Como ha sostenido el Centro Directivo en numerosas ocasiones, el Registrador, por la aplicación del principio de independencia en el ejercicio de su

competencia de calificación, no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros Registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

Resoluciones publicadas en el *DOGC*

por María TENZA LLORENTE

Resolución 360/2015 de 3-2-2015
(*DOGC* 9-3-2015)
Registro de la Propiedad de Puigcerdá

CANCELACIÓN DE DERECHO DE CARGAS POR INSTANCIA. PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN.

En primer lugar, la Resolución realiza una exégesis sobre la naturaleza jurídica del derecho que da origen al supuesto de hecho e incluso llega a plantear la posibilidad de que no se trate de tal derecho de adquisición y ni siquiera de obligación. En este sentido, conviene tener presente que este primer análisis de la Resolución podría enfocarse desde el interrogante de si el supuesto de hecho analizado se trata de una mención (arts. 29 y 98 de la LH). En efecto, estas se refieren siempre, a derechos, cargas o afecciones, de modo que la mención vendría a ser una mera indicación de la existencia de carga, gravamen o derecho real con ocasión de una inscripción, que, pudiendo acceder al Registro, no lo han hecho, lo cual la diferencia de todas aquellas otras expresiones que resulten ser un elemento identificativo de la finca y, por tanto, delimitador del ámbito del dominio inscrito, así como las situaciones o expresiones que se limitan a tener un alcance descriptivo o identificativo por carecer de otra intención que servir a la mejor individualización de la finca inscrita. La Dirección General de Registros y Notariado siempre realiza la distinción de forma casuística y restrictiva. En este caso, no obstante, la Dirección General de Derecho no se refiere de manera expresa a las menciones. Además, descarta considerar este caso desde esa óptica por el principio de legitimación registral y por no plantearse en el recurso la inexistencia de la carga, ni por las recurrentes ni por el Registrador (arts. 1.3, 38 y 97, en conexión con el art. 326 de la LH). Por ello lo analiza desde la perspectiva relativa al régimen de limitaciones en interés privado y a los derechos de adquisición preferente.

Sobre la base anterior, continúa el hilo argumental analizando la aplicación de las normas relativas a la prescripción, con lo cual que rechaza que se esté ante un supuesto de caducidad del derecho. Esta cuestión es de suma importancia puesto que las interesadas pretendían la cancelación mediante la expedición de certificación de dominio y cargas, esto es, vía artículo 353.3 del Reglamento Hipotecario. Es doctrina reiterada de la Dirección General que el hecho de la prescripción no es una cuestión que el Registrador pueda apreciar de oficio, dejando a salvo el supuesto del artículo 82.5 de la LH. Por este motivo la calificación desfavorable remitía a la tramitación de un expediente de liberación de gravámenes. Pero la

Resolución abandona este argumento por considerar que la carga no es un verdadero derecho de retracto y, por ello, deviene inaplicable el plazo de treinta años fijado en la Compilación de Cataluña (arts. 326 a 329 y 344) ya que al tratarse de una facultad inherente al dominio no está sometida a plazo alguno, sino que solo lo está su ejercicio cuando la finca se enajena de forma efectiva. Aunque no lo afirme, esta postura implica que la carga ni siquiera pueda cancelarse mediante un expediente de liberación de gravámenes, sino únicamente por consentimiento de los interesados, de acuerdo con la regla general del artículo 82.1 de la LH.

Por lo que respecta a los recursos en interés doctrinal, señalar que, con carácter general el artículo 325 *in fine* de la LH admite su interposición y así ha sido reconocido por el Centro Directivo en múltiples Resoluciones. Así, la Resolución de 11 de junio de 2011, siguiendo otras como la de 28 de febrero de 2011, considera que la circunstancia de que la escritura haya sido inscrita en el Registro de la Propiedad no impide que pueda tramitarse la interposición del recurso por los defectos alegados por la Registradora en su nota de calificación. Tan solo en el supuesto de que la Registradora hubiera rectificado su nota de calificación (art. 327.6 de la LH), o en el supuesto de que la recurrente hubiera desistido del recurso procedería no dar trámite al mismo. La Dirección General de Derecho parte de esta postura con el matiz de que el primero de los supuestos literalmente no lo trata como «rectificación de la nota de defectos» sino como solicitud del Registrador de que «deje de resolverse» el recurso, potestad que no relaciona necesariamente con la rectificación por parte del Registrador de la nota de defectos en el sentido de acceder a la inscripción. En cualquier caso ambas reconocen la necesidad de pronunciarse sobre el fondo, a diferencia de la Resolución de la Dirección General de los Registros de fecha de 20-6-2012, que entiende que comoquiera que el interesado subsanó el defecto con anterioridad a la interposición del recurso, decaía la virtualidad de la calificación negativa en cuanto a la procedencia de estimar el recurso y dejar sin efecto la calificación recurrida.

En definitiva, no procede la aplicación de la caducidad y de la prescripción para proceder a la cancelación de un derecho o carga configurado como facultad inherente del dominio.

Resolución 451/2015 de 4-3-2015

(DOGC 19-3-2015)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 4

CANCELACIÓN DE CENSO SOBRE FINCA SEGREGADA CONSTANDO NOTA MARGINAL DE VIGENCIA EN LA FINCA MATRIZ. DISPOSICIÓN TRANSITORIA 13.ª LIBRO V.

La Dirección General de Derecho ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión de la división y cancelación de censos en múltiples Resoluciones. Así, la Resolución de 24 de noviembre de 2006 realiza un *excursus* sobre la evolución histórica de la legislación catalana en materia de censos, en particular sobre la división y cancelación de los mismos. En principio, recuerda, al igual que la Resolución que motiva este recurso, que la Ley de inscripción, división y redención de censos de 31 de diciembre de 1945 obligó a dividir los censos que afectaban a varias fincas (art. 3) y estableció el procedimiento para hacer la división, que podía ser por escritura o por decisión del Tribunal Arbitral de Censos. La Ley de 26 de diciembre de 1957 facilitó la división por escritura, evitando el recurso en el

Tribunal arbitral, al hacer posible el otorgamiento unilateral de la división por el censalista y, para estimular la división, el artículo 13 estableció que a partir del 1 de enero de 1961, el Tribunal arbitral de censos, a petición de cualquier censatario, podía acordar la cancelación en el Registro de la Propiedad de las inscripciones de censos no divididos que gravaran la finca del solicitante. Desde el 1 de enero de 1961 no se podía inscribir en el Registro de la Propiedad la segregación o división de una finca afectada por algún censo sin que en la misma escritura de segregación o división o en otra separada se procediera a la división del gravamen entre las nuevas fincas resultantes, y establecía, asimismo, un procedimiento de división unilateral hecha por el censatario y notificada al censalista. A continuación, la Dirección General de Derecho examina las Disposiciones Transitorias 1.^a de la Ley 6/1990, de 16 de marzo de 1990, de censos, y 13.^a2, de la Ley 5/2006, de 10 de mayo de 2006, del Libro quinto del Código Civil de Cataluña y la interpretación efectuada por el Tribunal Superior de Justicia en cuanto a la diferencia entre la necesaria extinción por vía judicial que imponían las Disposiciones 1.^a y 2.^a frente a la cancelación por instancia que resultaba de la 3.^a.

Por su parte, las Resoluciones de 16 y 17 de julio de 2007, para un supuesto en que se solicitaba la división de un censo en fecha posterior al plazo de un año contado desde la entrada en vigor del Libro quinto del Código Civil de Cataluña, señalaron que la constancia de la vigencia de un censo en el plazo determinado por las Disposiciones Transitorias de la Ley no acreditaba su existencia efectiva sino solo la protección registral de los derechos de los censalistas. Ello no impedía que los censatarios, en su caso, pudieran obtener: o la redención por el mecanismo previsto en la Disposición Transitoria 14.^a de la Ley 5/2006, o la declaración de extinción, bien por prescripción mediante el procedimiento judicial adecuado, si se probaba de manera suficiente la falta de pago de la pensión ininterrumpidamente durante más de treinta años, bien motivada por la falta de división si se acreditaba que la división no se había hecho dentro del plazo de tres años contados desde la entrada en vigor de la Ley 6/1990, de 16 de marzo de 1990. Pero en ningún caso podían entenderse extinguidos mientras no se producía un pronunciamiento judicial, los censos no divididos cuya vigencia se había acreditado de conformidad con la Disposición Transitoria 3.^a de la Ley, disfrutaban de la protección registral. En esta Resolución, en cambio, siguiendo las de 1, 2 y 3 de diciembre de 2008, 15 y 16 de enero de 2009 y 12 de junio de 2014, pese a que parte del razonamiento de tutela registral del censalista por haberse practicado la nota marginal de vigencia del censo, acaba concluyendo que este derecho se encuentra materialmente extinguido y que procede la cancelación por instancia, no por procedimiento judicial, como señalaban las Resoluciones citadas e invoca el Registrador en su nota, que no es sino reflejo del principio de legitimación registral (arts. 1.3, 38 y 40 de la LH). Dicho principio de legitimación, como sostiene la Dirección General de los Registros en innumerables Resoluciones, conlleva además que por vía de recurso gubernativo no puedan decidirse cuestiones atinentes a la validez o nulidad de un asiento, por exceder del objeto delimitado por el artículo 326 de la LH. En cambio, el fundamento jurídico para admitir la cancelación que acoge la Dirección General de Derecho es la Disposición Transitoria 13.^a2 del Libro V, que impone la cancelación de censos no divididos en plazo pese a la constancia registral de su vigencia a partir de 1 de julio de 2007.

Como conclusión, es doctrina de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas que opera la cancelación *ope legis* de los censos cuya vigencia conste en el Registro pero no se hayan dividido en plazo fijado por las Disposición Transitoria 13.^a de la Ley 5/2006.

**ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES**

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Derecho de alimentos *versus* gastos de crianza
y educación de los hijos mayores de edad.
Los gastos de crianza como indemnización
en los supuestos de *wrongful conception*
o *wrongful pregnancy**

*Right to food versus expenses upbringing
and education of adult children.
Raising costs as compensation for alleged
wrongful conception or wrongful pregnancy*

por

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

RESUMEN: El derecho de alimentos de los padres a los hijos tiene un fundamento jurídico que se deriva de la patria potestad. Los gastos de crianza y educación se introducen en el derecho aragonés cuando el hijo ha alcanzado la mayoría de edad o emancipación si no hubieren completado su formación y no tuvieran recursos propios para mantenerse hasta los veintiséis años. También se utiliza el concepto económico e indemnizatorio de gastos de crianza y

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

educación en el ámbito de la responsabilidad civil médica en los supuestos de «anticoncepción fallida» o «wrongful conception» con el nacimiento de hijos no esperados ni deseados.

ABSTRACT: *The right food from parents to their children has a legal basis which is derived from parental authority. The costs of upbringing and education are introduced in the Aragon's right when the child has reached the age of majority or emancipation if they had not completed their training and had no own resources to keep up to twenty-six. The economic concept and severance costs upbringing and education in the field of medical liability in cases of «failed contraception» or «wrongful conception» to the birth of unexpected and unwanted children is also used.*

PALABRAS CLAVE: Gastos de crianza. Obligación de alimentos de los padres.

KEY WORDS: *Rearing expenses. Maintenance claims of parents*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DERECHO DE ALIMENTOS DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD.—III. GASTOS DE CRIANZA Y EDUCACIÓN DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD.—IV. LOS GASTOS DE CRIANZA COMO INDEMNIZACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE *WRONGFUL CONCEPTION* O *WRONGFUL PREGNANCY*.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho de familia, como es sabido, está en continua evolución. Los hijos durante el siglo XX eran el centro de la familia por eso¹, a finales del indicado siglo se limitó su número, en principio, para educarlos mejor, criarlos mejor... A principios de este siglo, el descenso ha sido más radical (aumentando el número de matrimonios sin descendencia) como puede comprobarse por los datos del INE², pero por otros factores distintos. Además teniendo en cuenta el reflejo de los valores europeos y los principios de los Acuerdos y convenciones, no debemos olvidar el principio del interés del menor sobre el que hemos hablado ya en estas páginas.

El Código Civil recoge en el artículo 142 y sigs. el *derecho de alimentos de los padres a los hijos*, que tiene un fundamento jurídico que se deriva del interés por la vida de quien tiene derecho a los alimentos, y el interés superior de la sociedad y el Estado por la vida de los ciudadanos, de ahí su regulación pormenorizada y los diferentes sujetos obligados (los cónyuges, ascendientes y descendientes, hermanos). Por ello este derecho continua no solo durante la convivencia de los padres sino también incluso durante su mayoría de edad (como ya hemos visto)³.

Por otro lado, el legislador, impone el *deber de mantenimiento* de los padres a los hijos, cuyo fundamento se deriva de la patria potestad (art. 154,1). Los padres están obligados a tener a sus hijos en su compañía, a alimentarlos y a educarlos. Su esencia es diferente de la obligación estricta de alimentos.

Pero consideramos conveniente detenerse en la insistencia de la utilización por la Jurisprudencia de la utilización de un *nuevo concepto: gastos de crianza y de educación*⁴.

El TJUE utiliza también esta terminología para referirse a la prestación familiar a la que tiene derecho un trabajador o su familia como prestación social derivada del trabajo aunque se trate de un trabajador fronterizo⁵, pero esta línea de investigación traspasa los límites de nuestro estudio.

II. DERECHO DE ALIMENTOS DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD

La evolución de la sociedad ha originado que los hijos sobrepasen el límite de la mayoría de edad (18 años) y continúen viviendo en casa de los padres, completando su formación que cada vez se alarga más. De manera que esta *obligación de mantenimiento de los padres se alarga pero ya fuera de los límites de la patria potestad* de la que han salido. Generalmente si no hay ruptura de los progenitores, no suele haber problema alguno, pues los hijos independientemente de que hayan cumplido la mayoría de edad, continúan formándose en casa y siendo mantenidos por los padres. Incluso hay supuestos en los que los hijos ni estudian ni trabajan (los llamados coloquialmente *generación nini*) y que continúan en la casa familiar mantenidos por los padres.

Los problemas que llegan a la jurisprudencia son los derivados de las rupturas de pareja por las cuestiones económicas, pues los padres intentan eludir este tipo de sacrificio económico⁶.

El Código Civil pensado para tiempos anteriores, no se adapta —a mi juicio— a esta situación, pues considero que no nos sirve la terminología de *deber de mantenimiento de los hijos*, pensado para los hijos menores, y sea, —a mi juicio— también dudosa la utilización del término obligación de alimentos, en sentido estricto, tal y como la entiende el Código Civil.

Recordemos que las relaciones paternofiliales, concretamente las previsiones atinentes al ejercicio de la patria potestad y la pensión de alimentos (arts. 92, 92 bis y 93 del CC), son normas de orden público derivadas tanto del mandato otorgado a los poderes públicos para la protección de los hijos «con independencia de su filiación» (art. 39.2 CE), como del deber de los padres de «prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos...»⁷.

Esto unido al hecho de que si bien los hijos tardan en salir de casa, los matrimonios o relaciones de pareja⁸ tienden a tener una duración cada vez menor, por lo que las disputas que llegan a los tribunales aumentan en relación con los casos de rupturas concretadas en las cuestiones económicas y a la duración de las mismas cuando los hijos van creciendo.

Considero que la *esencia* del término *gastos de crianza y educación* tiene un matiz más económico, de ahí el empleo del término *gastos*, que al igual que el de los alimentos consisten en dar manutención durante el tiempo que va desde el cumplimiento de la mayoría de edad hasta que el hijo esté *capacitado profesional o laboralmente y se le dote de unas habilidades para su subsistencia y su independencia*.

De esta manera vemos que la regulación del Código Civil no ha variado, aunque la Jurisprudencia ha comenzado a vislumbrar esta realidad social a la que hay que poner remedio y que se concreta en la doctrina jurisprudencial de que no se extingue la pensión cuando el hijo cumple la mayoría de edad sino

que se extiende hasta que alcance la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad *no haya sido creada por la conducta del propio beneficiario*⁹.

De hecho, la propia sociedad consciente de esta situación en determinados casos fija la prestación en favor de los hijos mayores de edad en *convenios extrajudiciales* suscritos por los cónyuges como consecuencia de su separación amistosa¹⁰.

En la actualidad, a iniciativa del Ministerio de Justicia, con fecha de 19 de julio de 2013, el Consejo de Ministros ha aprobado el anteproyecto de ley sobre el ejercicio de corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, con el que se adapta la legislación relativa al matrimonio y a las relaciones paternofiliales a la evolución social de la familia teniendo en cuenta la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Así, en el artículo 5 del mencionado anteproyecto¹¹, se propone la modificación del artículo 93 del Código Civil, y nos interesa destacar como en su apartado 4 y 5, se recoge que «si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes. La obligación de abonar la prestación de alimentos a los hijos cesará en los supuestos establecidos en los artículos 151 y 152».

De esta *posible* regulación (recordemos que en fase de anteproyecto) destacamos que: La contribución de los progenitores a las necesidades de los hijos mayores de edad o emancipados que carezcan de ingresos propios se deberá determinar conforme al régimen general de alimentos entre parientes establecido en los artículos 142 y siguientes del Código Civil: así lo dispone el párrafo primero del nuevo y posible artículo 93.4 del Código Civil, reproduciendo lo ya previsto en el párrafo segundo del vigente artículo 93 del Código Civil¹².

El *Consejo de Estado* emitió dictamen al respecto el 24 de julio de 2014¹³, y concretó en su informe que «No obstante la legitimación que el primer párrafo del nuevo artículo 93.4 del Código Civil otorga —siguiendo el referido criterio jurisprudencial— al progenitor con quien convivan los hijos mayores de edad para reclamar los alimentos a estos debidos¹⁴, el párrafo segundo de este mismo precepto dispone —y esta es una novedad del Anteproyecto— que la pensión «podrá ser asignada directamente a los hijos cuando sean mayores de edad, sin perjuicio de la contribución que deban realizar los mismos al progenitor con el que convivan para el levantamiento de las cargas familiares».

Continúa exponiendo que «con esta asignación directa a los hijos mayores de edad se pretende cohonestar la titularidad del derecho de alimentos, que pertenece a los hijos mayores de edad, y la legitimación para solicitarlos, que corresponde al cónyuge con quien conviven. En todo caso, no queda claro si se trata de una asignación *ex officio*, que el Juez puede acordar en favor de los hijos mayores de edad aunque el progenitor con quien convivan no lo haya solicitado, o solo juega a instancia de parte. Por lo demás, no existe razón aparente para que esa posibilidad de asignación directa de la pensión se contemple únicamente respecto de los hijos mayores de edad y no para los hijos emancipados».

En resumen, el Consejo de Estado está a favor de la reforma, pues la *modificación del concepto de alimentos en favor de los hijos mayores de edad*, posibilitada por la nueva redacción otorgada al párrafo segundo y la introducción de un nuevo tercer párrafo en el artículo 142 del Código Civil, que añade una nueva causa de extinción de los alimentos entre parientes en el núm. 5 del artículo 152 del Código Civil aplicable, en su primer párrafo, a los alimentistas que sean descendientes mayores de edad *se persigue que la obligación de alimentos a los*

hijos o descendientes mayores de edad cese cuando estos tengan recursos o medios económicos o se encuentren en situación de poderlos obtener.

En cuanto a la obligación de abonar la prestación de alimentos a los hijos —con independencia de que estos sean mayores o menores de edad, según el nuevo 93.5.º cesará en los supuestos establecidos en el artículo 152 del Código Civil, es decir, de acuerdo con las causas de extinción de la obligación de alimentos entre parientes.

El Consejo de Estado, a mi juicio con razón, entiende que la obligación de alimentos a los hijos menores de edad consustancial a la patria potestad que se deriva del mero hecho de la filiación, no puede cesar o extinguirse por las mismas causas que la obligación de alimentos entre parientes, que deben ser únicamente aplicables los hijos mayores de edad.

Cuestión distinta es que si la fortuna del progenitor alimentante «se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades» (152.2.º del CC) o que si el hijo menor de edad «pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia (152.3.º del CC), se produzca una *suspensión de facto* de dicha obligación, que no implica, sin embargo, su extinción. A la vista de estas consideraciones, debería ponderarse la pertinencia de restringir los supuestos de extinción del artículo 152 del Código Civil a la obligación de alimentos a los hijos mayores de edad, dejando al margen la obligación de alimentos a los hijos menores de edad. Conclusiones con las que estamos de acuerdo.

La naturaleza de la *obligación de asistencia a los hijos mayores de edad* como deuda alimentaria es también la opción recogida en *Cataluña* en el artículo 237-1 del Código Civil Cataluña¹⁵, donde no se establece un límite temporal, ni se menciona tampoco el supuesto de los menores emancipados.

En *Valencia*, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, introduce un concepto nuevo que es el de *gastos de atención a los hijos e hijas*¹⁶. Hace referencia a la pensión que deberá satisfacer cada progenitor, establecido en el pacto de convivencia familiar, y que se concretan en los gastos necesarios de educación y formación no cubiertos por el sistema educativo y los de salud no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar afiliados los hijos e hijas menores. No hace referencia al supuesto de los hijos mayores porque rige el sistema de derecho común, al igual que todo lo relativo a la pensión de alimentos.

En resumen, con la modificación que se está realizando en el anteproyecto de ley, se pretende una modificación en Derecho Común que perfila la obligación legal de alimentos a los hijos mayores de edad por los progenitores, siempre que continúen en su fase de formación y no tengan ingresos propios, esto es, hasta que alcancen la suficiencia económica siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio beneficiario. Tal y como antes habían sugerido el Código Civil catalán, y como veremos a continuación detalla mejor el Código foral de Aragón.

Se configura, pues, la prestación económica legal de alimentos como asignación debida al hijo, quien en caso de separación puede asignarse al otro progenitor con el que el hijo conviva para el levantamiento de las cargas familiares. Los problemas del proyecto de ley se concretan en este punto, en relación con la indeterminación temporal de la extinción de la prestación, y la ausencia del supuesto del menor emancipado (aunque en la realidad práctica estos casos son muy pocos).

III. GASTOS DE CRIANZA Y EDUCACIÓN DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD

El Código de Derecho de Familia Aragonés, en su Título II, que versa sobre las *relaciones entre ascendientes y descendientes*, (Capítulo I *efectos de la filiación*) concreta el derecho de alimentos en su artículo 58 CDFA¹⁷. Pero, seguidamente en el Capítulo II referido al *Deber de crianza y autoridad familiar*, se insiste en que las relaciones entre padres e hijos se desarrollan a través del *deber de crianza y educación referido a menores, a menores emancipados y a mayores* (art. 69 CDFA)¹⁸.

Deber de crianza y educación de los padres sobre sus hijos ya mayores de edad, que carecen de independencia económica y de formación como algo distinto del derecho alimenticio regulado en el Código Civil¹⁹. Continúa siendo un deber de los padres pero solo en la medida en que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete. Tiempo que es hasta que el hijo alcance 26 años.

Extinguido el deber de los padres de costear los gastos de crianza y educación de los hijos mayores de edad, el hijo puede reclamar alimentos a sus padres según lo previsto en los artículos 142 y sigs. del CC, aplicables supletoriamente en Aragón, al no regular el Derecho foral íntegramente la obligación de alimentos entre parientes. Y así lo ha interpretado la jurisprudencia menor.

La STJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 17 de junio de 2013²⁰, distingue entre gastos de crianza y educación, por un lado, y alimentos en sentido estricto, por otro lado. Si bien no es acertado identificar los alimentos del artículo 142 del CC y los gastos objeto de regulación en el artículo 82 CDFA (como viene a hacerse, en efecto, en la sentencia recurrida). Porque *este último precepto se refiere a la distribución de los gastos debidos a los hijos en caso de ruptura, pero de los hijos a cargo*, es decir, son gastos de asistencia a satisfacer en cumplimiento del deber de crianza y educación [art. 65.1.b) y c) CDFA], no alimentos legales para hijos mayores. Ello explica que sean objeto de atención en las normas del artículo 82 los gastos extraordinarios, y dentro de estos, los necesarios y los no necesarios.

En cuanto a las diferencias entre la *pensión por alimentos legales* y los *gastos de crianza y educación*, la STSJA de 12 de mayo de 2010 expresó que la regulación del Código Civil respecto de alimentos entre mayores de edad y no derivada de la prórroga de las obligaciones del mismo Código respecto de la patria potestad que es invocada por el último apartado del artículo 66 de la Ley 13/06, viene recogida en los artículos 142 a 153. Esta normativa, lejos de ser más amplia que la del artículo 66 de la Ley 13/06 es, por contrario, más exigente, pues para la fijación y mantenimiento de la pensión al alimentista requiere que la necesite para lo indispensable, y prevé su cese en cuanto no sea precisa para la subsistencia.

Tales diferencias deberían, en rigor, conducir a la fijación en sentencia de la cuantía concreta que debe abonar el obligado. En la práctica, sin embargo, y cuando la determinación de alimentos a hijos mayores se hace en el seno de un proceso matrimonial al amparo del artículo 93.2, no es habitual en la pequeña jurisprudencia hacer distinguos: se señalan alimentos a esos hijos mayores como si fueran menores o, en otros casos, se señalan cuando son menores y se siguen prestando una vez cumplida la mayoría de edad.

El supuesto de hecho base para la aplicación del artículo 69 CDFA²¹ es el del hijo mayor de edad que se encuentra todavía en fase de completar sus estudios, y es esa circunstancia la que determina la obligación, para los padres (art. 65.1.c) del CDFA). La norma trató de dar respuesta a la situación, habitual en la actualidad,

del hijo que aun siendo mayor de edad, por no haber terminado su formación, se considera que debe seguir gozando del estatus del menor.

La obligación que regula el repetido precepto no es la de abono de alimentos en sentido estricto, sino que su naturaleza es análoga a la relativa a los hijos menores; es una prolongación del deber de sufragar los gastos de crianza y educación, una continuación. No olvidemos que se encuentra situado en el *Capítulo II dedicado al Deber de crianza y autoridad familiar*, también por la utilización de la expresión *se mantendrá*. Pero sobre todo, porque cuando el propio precepto alude al derecho del hijo a reclamar alimentos en el inciso final del apartado segundo, entiende que cabe que el hijo no tenga derecho a que le sean sufragados aquellos gastos de crianza y educación, y sí, en cambio, a los que correspondan a alimentos en sentido estricto (art. 142 del CC).

Resulta interesante la STSJ de Aragón, de 21 de marzo de 2012²², porque distingue claramente entre *el derecho a los gastos de crianza* y *el derecho de alimentos*. Suspensión de los alimentos al hijo mayor de edad mientras realice actividad laboral que le genere ingresos no inferiores al salario mínimo interprofesional o prestación por desempleo en idénticas condiciones. El hijo mayor de edad, no está completando su formación profesional, ya que esta se dio por concluida cuando, cumplidos los dieciocho años, se incorporó al mercado laboral. Solo en el caso en que proceda la extinción del derecho de alimentos, en los términos prevenidos en el artículo 152 del Código Civil antes examinado, cesará la efectividad de ese derecho del hijo. A partir de ese momento, si surge *ex novo* una situación de necesidad que da derecho a la prestación alimenticia, el propio hijo podrá reclamarla conforme a los artículos 142 y sigs. del Código Civil.

En resumen, el Código foral de Aragón, y la jurisprudencia que le interpreta, ha precisado con mayor nitidez que los dos párrafos del anteproyecto del Ministerio de Justicia, los alimentos de los hijos mayores de edad y menores emancipados debidos durante su formación hasta los 26 años.

IV. LOS GASTOS DE CRIANZA COMO INDEMNIZACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE *WRONGFUL CONCEPTION* O *WRONGFUL PREGNANCY*

No obstante sentado todo lo anterior, debemos abordar otro sentido más del término *gastos de crianza y educación*, relacionado esta vez con la responsabilidad civil médica. El *derecho de daños* se está expandiendo hasta la esfera íntima familiar, concretamente el objeto de estudio se centra en responsabilidad civil médica y el ámbito de la *filiación*.

En 1994, el TS abordó el estudio de las realizaciones fallidas de las intervenciones de vasectomía con el consiguiente nacimiento de niños no deseados, y la responsabilidad médica con la consiguiente indemnización.

Así la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 25 de abril de 1994²³, concretó que tras una intervención de vasectomía, donde se califica la actuación médica como de un arrendamiento de servicios, a lo único que obliga al facultativo es a poner los medios para la deseable curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una llamada obligación de medios.

La obligación del médico consiste en poner los medios que estén a su disposición para la deseable curación, con la mayor diligencia e informar al paciente o en su caso a los familiares del pronóstico y riesgos. Se acredita que el médico no hizo llegar al paciente la información necesaria que le condujera a evitar que la reanudación de su vida matrimonial en forma normal condujera al embarazo

de su esposa, habiendo el médico incumplido sus obligaciones médicas, por lo que el acto médico puede calificarse de negligente. Su reparación frente a este actuar negligente, que para los daños producidos por conductas contractuales, prevén los artículos 1101 y 1104 del Código Civil. Se impone ante el fracaso de la intervención el nacimiento de hijos no esperados ni deseados, no una indemnización por daños morales, sino una *indemnización como ayuda a la alimentación y crianza de los mismos*.

Posteriormente, la STS de 11 de mayo de 2001²⁴, delimita con precisión lo que denomina *demandas de «anticoncepción fallida» o wrongful conception*, e indica que los supuestos conocidos como *wrongful conception o wrongful pregnancy*, designan a «aquellas demandas que interponen los progenitores por daños causados por la concepción no deseada de un hijo sano debido al fallo en las medidas anticonceptivas adoptadas»²⁵.

Actualmente, estos supuestos distinguen convenientemente entre dos conceptos, en primer lugar el *daño moral*, y en segundo término los *gastos de crianza* del hijo nacido tras el fracaso de la vasectomía. Así lo comprobamos en la SAP de Ávila, 94/2014 de 25 de septiembre de 2014²⁶.

Indica la Audiencia respecto al *daño moral*, que la jurisprudencia ordena ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso, pues constituye una noción dificultosa²⁷, relativa e imprecisa²⁸, si bien existirá si se atentó a un derecho inmaterial de la persona, siendo tales los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica. En lo tocante a su *prueba*, incumbe a la persona que pretende el resarcimiento, si bien es destacable que la doctrina relativa a este punto presenta particularidades, sobre todo por la variedad de circunstancias con que puede presentarse el *daño moral*²⁹.

Hay que tener en cuenta que puede considerarse que en estos casos ha existido una *vulneración del derecho constitucional a la libertad personal* del actor como consecuencia de frustrarse su decisión de no tener más hijos, a lo que cabe sumar la alteración emocional y anímica que asegura sufrieron sus relaciones de pareja ante la noticia de un embarazo que se tenía la seguridad no iba a producirse, lo cual derivó en una prueba genética que confirmó la paternidad.

El nacimiento de un hijo produce responsabilidades y sacrificios, además de generar gastos de crianza y educación. *Cantidad* que está siendo fijada por las AP y el TS, y que se establece en torno a los 60.000 euros por los daños morales, y en torno a los 98.205 euros por los gastos de crianza y educación.

También se delimita, la *duración* del deber de afrontar estos gastos de crianza de la niña por el médico que practicó una vasectomía fracasada hasta que esta cumpla los 18 años. Es el caso de la SAP de Barcelona, de 25 de septiembre de 2014³⁰. Además de los daños morales derivados del «impacto psíquico» de los actores al ver frustradas sus expectativas de no tener más hijos después de haber tomado medidas para evitarlo. Sin olvidar que también se condena a la aseguradora del médico al pago de los intereses moratorios del artículo 20 LCS³¹.

En esta sentencia además se determina que el perjuicio no es el nacimiento en sí, sino las dificultades económicas familiares derivadas de ese nacimiento y concretadas en los gastos de mantenimiento y educación.

Otras cuestiones que se tratan en esta sentencia que son conexas pero en las que no vamos a entrar son las de la obligación del deber de información en este tipo de intervenciones, denominadas de medicina satisfactiva, donde el cliente, tiene un mayor margen de libertad para optar por el rechazo de la intervención cuando esta no es necesaria o apremiante³².

Obligación de información por parte del médico al paciente que debe considerarse con independencia del cumplimiento del deber de que la intervención en sí se desarrolle con sujeción a la *lex artis*.

V. CONCLUSIONES

I. En Aragón, *las relaciones entre padres e hijos se desarrollan a través del deber de crianza y educación* que se prolongan durante la mayoría de edad si este no hubiere completado su formación y no tuviera recursos propios para mantenerse. Hasta el límite de 26 años.

II. El derecho aragonés no contiene una regulación completa de la obligación de alimentos. No obstante, el artículo 66.1, en sede del deber de crianza y autoridad familiar, contempla el supuesto en el que el deber de los padres de sufragar los *gastos de crianza y educación* pervive a pesar de que el hijo haya alcanzado la mayoría de edad o emancipación y siempre que concurra la circunstancia de que el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos. El precepto pretende así, dar respuesta a los problemas que en la práctica plantea la situación de los hijos ya mayores de edad pero que carecen de autonomía económica y de la formación profesional necesaria para conseguirla.

III. La obligación del artículo 66 CDFA no es la de abono de alimentos en sentido estricto, sino que su naturaleza es análoga a la relativa a los hijos menores; es una prolongación del deber de sufragar los gastos de crianza y educación, una continuación. El propio precepto, que alude al derecho del hijo a reclamar alimentos en el inciso final del apartado segundo, está dando por sentado que cabe que el hijo no tenga derecho a que le sean sufragados aquellos gastos de crianza y educación, y sí, en cambio, a los que correspondan a alimentos en sentido estricto (art. 142 del CC).

IV. Si el hijo mayor de edad no se encuentra en fase de completar sus estudios ni en periodo de formación, supuesto de hecho base para la aplicación del artículo 69 CDFA, deben aplicarse los artículos 142 a 153 del Código Civil, esto es la pensión en base al derecho de alimentos, siempre que concurren las circunstancias de necesidad en el alimentista, y no existiendo una falta de diligencia en la búsqueda de empleo, ni dándose ninguno de los supuestos de extinción del artículo 152 del Código Civil.

V. El Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, con el que se adapta la legislación relativa al matrimonio y a las relaciones paternofiliales a la evolución social de la familia teniendo en cuenta la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, pretende una modificación en Derecho Común que perfila la obligación legal de alimentos a los hijos mayores de edad por los progenitores, siempre que continúen en su fase de formación y no tengan ingresos propios.

VI. El mecanismo recogido por el proyecto es la *asignación directa a los hijos mayores de edad* para que no se dude de la titularidad del derecho de alimentos, que pertenece a los hijos, y la *legitimación para solicitarlos*, que corresponde al cónyuge con quien conviven. Las dudas surgen en relación con si se trata de una asignación *ex officio*, que el Juez puede acordar en favor de los hijos mayores de edad aunque el progenitor con quien convivan no lo haya solicitado, o solo juega a instancia de parte.

VII. También se traduce una nueva causa de extinción de los alimentos entre parientes aplicable a los alimentistas que sean *descendientes mayores de*

edad pues se persigue que la obligación de alimentos a los hijos o descendientes mayores de edad cese cuando estos tengan recursos o medios económicos o se encuentren en situación de poderlos obtener. No se establece un límite temporal.

VIII. Los gastos de crianza y educación tienen también otro sentido relacionado esta vez con la *responsabilidad civil médica*. La expansión del derecho de daños se produce en la esfera íntima familiar, concretamente con ocasión de una intervención médica fallida y el ámbito de la filiación. Aquí, evidentemente no se habla de un deber legal sino que estamos ante un concepto económico indemnizatorio, aunque se utilice el mismo término y contenido de la «crianza y la educación».

IX. En 1994 el TS, señala que tras el fracaso de la intervención médica, el nacimiento de hijos no esperados ni deseados, y la prueba de la negligencia médica por no haber informado convenientemente al paciente de los riesgos, procede no una indemnización por daños morales, sino una indemnización como ayuda a la alimentación y crianza de los mismos. Posteriormente en 2001, el TS denomina este tipo de demandas como de «anticoncepción fallida» o *wrongful conception*.

X. La Jurisprudencia menor actual, en este ámbito, diferencia dentro de la indemnización dos conceptos: el *daño moral*, y los *gastos de crianza* del hijo nacido. Y su fundamento se encuentra en la *vulneración del derecho constitucional a la libertad personal* del actor como consecuencia de frustrarse su decisión de no tener más hijos. Concretando las *cantidades* por los diferentes daños. Y, su delimitación, pues la *duración* del deber de afrontar estos gastos de crianza por el médico tienen como límite máximo la mayoría de edad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BAYOD LÓPEZ, M. C. Gastos de crianza y educación de los hijos mayores o emancipados. Alimentos legales entre padres e hijos. Diferencias y límites. <http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/33/66/04bayod.pdf>.
- MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J. Responsabilidad civil por anticoncepción fallida *wrongful conception*, en *Diario La Ley*, 2001, Ref. D-45, tomo 2, Editorial La Ley.
- PAÑOS PÉREZ, A. Responsabilidad civil médica por *wrongful birth* y *wrongful life*, en *Diario La Ley*, núm. 8396, Sección Doctrina, 10 de octubre de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley. *La Ley* 2014/7189.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STJUE, Sala Tercera, de 27 de febrero de 2014, C-32/2013. Ponente: Aindrias O CAOIMH. Núm. de Asunto: C-32/2013. *La Ley* 2014/7781.
- STJUE, Sala Gran Sala, de 18 de julio de 2007, proc. C-212/2005. Ponente: SCHIEMANN. Núm. de Recurso: C-212/2005. *La Ley* 2007/79252.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 432/2014 de 12 de julio de 2014, Rec. 79/2013. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Núm. de Sentencia: 432/2014. *La Ley* 2014/107470.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de marzo de 2012, rec. 1322/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 183/2012. *La Ley* 2012/39626.

- STS, Sala Primera, de lo Civil, 991/2008 de 5 de noviembre de 2008, rec. 962/2002. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 991/2008. *La Ley* 2008/169518.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 6 de junio de 2003, rec. 3369/1997. Ponente: Teófilo ORTEGA TORRES. Núm. de Sentencia: 577/2003. *La Ley* 2003/2591.
- STS Sala Primera, de lo Civil, de 11 de mayo de 2001, rec. 1044/1996. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Núm. de Sentencia: 447/2001. *La Ley* 2001/3457.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 27 de marzo de 2001, rec. 919/1996. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. Núm. de Sentencia: 327/2001. *La Ley* 2001/4615.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, 11 de marzo de 2000, rec. 1922/1995. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Núm. de Sentencia: 234/2000. *La Ley* 2000/5470.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de octubre de 1998, rec. 1404/1994. Ponente: Román GARCÍA VARELA. *La Ley* 1998/9367.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de diciembre de 1996, rec. 299/1993. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. *La Ley* 1997/125.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 21 de octubre de 1996, rec. 184/1993. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. *La Ley* 1996/9948.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de mayo de 1995, rec. 399/1992. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. *La Ley* 1995/713.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 25 de abril de 1994, rec. 1876/1991. Ponente: José Luis ALBÁCAR LÓPEZ. *La Ley* 1994/9007.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 15 de febrero de 1994, rec. 398/1991. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. *La Ley* 1994/13749.
- STSJ, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 29/2014 de 25 de septiembre de 2014, rec. 12/2014. Ponente: Fernando ZUBIRI DE SALINAS. Núm. de Sentencia: 29/2014. *La Ley* 2014/148620.
- STSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 17 de junio de 2013, rec. 4/2013. Ponente: Carmen SAMANES ARA. Núm. de Sentencia: 24/2013. *La Ley* 2013/102296.
- STSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 21 de marzo de 2012, rec. 32/2011. Ponente: Fernando ZUBIRI DE SALINAS. Núm. de Sentencia, 10/2012. *La Ley* 2012/37127.
- STSJA, Sala de lo Civil y Penal, 16 de abril de 2012, rec. 37/2011. Ponente: Luis Ignacio PASTOR EIXARCH. Núm. de Sentencia: 16/2012. *La Ley* 2012/53060.
- STSJA, Sala de lo Civil y Penal, de 30 de diciembre de 2011, rec. 19/2011. Ponente: Ignacio MARTÍNEZ LASIERRA. Núm. de Sentencia: 15/2011. *La Ley* 2011/268479.
- STSJA, Sala de lo Civil y Penal, de 30 de noviembre de 2011, rec. 20/201. Ponente: Luis Ignacio PASTOR EIXARCH. Núm. de Sentencia: 11/2011. *La Ley* 2011/262408.
- STSJA, Sala de lo Civil y Penal, de 12 de mayo de 2010, rec. 1/2010. Ponente: Luis FERNÁNDEZ ÁLVAREZ. Núm. de Sentencia: 3/2010. *La Ley* 2010/194295.
- STSJA, Sala de lo Civil y Penal, de 2 de septiembre de 2009, rec. 5/2009. Ponente: Carmen SAMANES ARA. Núm. de Sentencia: 8/2009. *La Ley* 2009/171761.

- SAP de Ávila, 94/2014 de 25 de septiembre de 2014, rec. 117/2014. Ponente: María José RODRÍGUEZ DUPLÁ. Núm. de Sentencia: 94/2014. *La Ley* 2014/143991.
- SAP de Barcelona, Sección 16.^a, 440/2014 de 25 de septiembre de 2014, rec. 133/2013. Ponente: Marta RALLO AYEZCUREN. Núm. de Sentencia: 440/2014. *La Ley* 2014/149675.

VIII. LEGISLACIÓN CITADA

- CE. (art. 39.3)
- Código Civil. (142 a 152 CC)
- Código Civil de Cataluña. (237-1 CC)
- 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 (art. 58, art. 69).
- Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.
- Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio.

NOTAS

¹ Lejos quedan las consideraciones de los hijos como mano de obra en el campo (finales del XIX y principios del XX).

² Datos ofrecidos por el INE. Miércoles, día 22 de octubre de 2014: El 42,8% de los matrimonios correspondientes a las sentencias de nulidad, separación o divorcio entre cónyuges de diferente sexo no tenían hijos (menores o mayores dependientes). Este porcentaje fue similar al del año anterior.

El 48,0% tenían solo hijos menores de edad, el 4,1% solo hijos mayores de edad dependientes económicamente y el 5,1% hijos menores de edad y mayores dependientes. El 27,7% tenía un solo hijo (menor o mayor dependiente).

En el 57,2% de los casos se asignó una pensión alimenticia, cifra similar a la del año anterior (57,7%). En el 81,5% el pago de la pensión alimenticia correspondió al padre (84,4% en 2012), en el 4,8% a la madre (4,9% en el año anterior) y en el 13,7% a ambos cónyuges (10,8% en 2012).

La custodia de los hijos menores fue otorgada a la madre en el 76,2% de los casos, cifra inferior a la observada en el año anterior (79,6%). En el 5,5% de los procesos la custodia la obtuvo el padre (frente al 5,3% de 2012), en el 17,9% fue compartida (14,6% del año anterior) y en el 0,3% se otorgó a otras instituciones o familiares. <http://www.ine.es/prensa/np867.pdf>.

³ *Vid.* mi trabajo Limitación temporal del derecho de alimentos a favor de hijos mayores de edad, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Año: núm. 85, núm. 718, pp. 767-771. ISSN 0210-0444.

⁴ <http://www.porticolegal.com/foro/familia/812807/gastos+de+crianza+de+un+hijo>.

En el año 2006, la Confederación Española de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios (Ceaccu) publicó el II ESTUDIO SOBRE LO QUE CUESTA UN HIJO, en el que se obtuvo como conclusión que un niño, desde que nace y hasta los 18 años, supone para una familia de clase media un gasto que oscila entre los 100.000 y los 300.000 euros; es decir, un promedio anual mínimo de 5.500 euros, y máximo de 16.600 euros. Y que las etapas con mayores desembolsos económicos son la primera infancia y la adolescencia.

Los gastos básicos y esenciales de crianza de un hijo, desde que nace y hasta que alcanza la mayoría de edad, se tienen por los siguientes conceptos: vivienda, alimento, transporte, vestido y calzado, cuidado, atención sanitaria y educación.

Los *gastos de vivienda* incluyen el pago de la renta de alquiler o de la hipoteca, la compra de mobiliario, el pago de seguros, y demás servicios.

Los *gastos en alimentación* incluyen las bebidas, las comidas, las compras realizadas en tiendas de comestibles, de productos de limpieza, y de alimentos especiales.

El *transporte* es algo necesario para todos los niños/as, ya sea para poder llevarlos al colegio, al médico, o a realizar actividades de ocio. Incluye los costos de comprar un vehículo, de abastecerlo con gasolina o con diésel, el mantenimiento regular del mismo, y/o el costo del transporte público.

La *vestimenta* es algo de lo cual un hijo/a no puede prescindir; y, por ello, supondrá una gran porción del costo de criar a un niño. Los gastos de vestido incluyen la compra de pañales, camisetas, trajecitos, camisas, pantalones/faldas, calzado, ropa estacional y uniformes de colegio, reformas o arreglos, y limpieza de la misma.

El *cuidado de los niños* es uno de los mayores gastos que deben afrontar las familias con hijos pequeños. El gasto incluye contratar a una niñera o pagar una guardería, los servicios de cuidado profesional diurno, y la matrícula de la guardería/escuela infantil.

El costo por *cuidados médicos* o de la salud pueden variar significativamente, dependiendo del estado de salud del hijo/a y de la cobertura del seguro médico. Los costos en concepto de cuidados de salud incluyen los gastos médicos y dentales y las primas de seguros, así como los medicamentos recetados.

Por último, los *gastos de educación* pueden llegar a ser cuantiosos durante la etapa escolar del menor: matrícula, libros (y cuadernos, lápices/bolígrafos, calculadora, compás, etc.) vestimenta deportiva, actividades extraescolares, idiomas, clases de apoyo.

Dicho estudio reflejaba, además, el aumento exponencial del consumismo entre adolescentes en higiene, ocio, marcas y tecnología, existiendo diferencias cada vez más acentuadas en función del nivel de renta familiar.

⁵ STJUE, Sala Tercera, de 27 de febrero de 2014, C-32/2013. Ponente: Aindrias O Caoimh. Núm. de Asunto: C-32/2013. *La Ley* 2014/7781. Una prestación como la *pensión de crianza* que se concede, en caso de muerte, al excónyuge del fallecido a efectos de la *crianza de sus hijos*, está comprendida en el concepto de «pensión», en el sentido del artículo 67 del Reglamento núm. 883/2004, que establece que cualquier persona tendrá derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado miembro competente, que serán extensivas a los miembros de su familia que residan en otro Estado miembro, como si residieran en el Estado miembro competente. No puede asimilarse a una pensión o a una renta de vejez, de invalidez, de accidente de trabajo o de enfermedad profesional, en el sentido de esta disposición del citado Reglamento núm. 883/2004.

STJUE, Gran Sala, de 18 de julio de 2007, proc. C-212/2005. Ponente: Schiemann. Núm. de Recurso: C-212/2005. *La Ley* 2007/79252. Un nacional de un Estado miembro que, conservando su empleo en dicho Estado, traslada su domicilio a otro Estado miembro y ejerce su actividad profesional como trabajador fronterizo es un trabajador migrante. La *prestación de crianza*, es una ventaja social, y no cabe excluirla por no residir en el país de trabajo del cónyuge beneficiario directo de la misma.

⁶ *Vid.* los supuestos de: IGLESIA MONJE, M.^a Isabel de la: «Pensión de menores tras la ruptura matrimonial y el mínimo vital». Estudio jurisprudencial», en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 740, noviembre-diciembre. 2013, pp. 4157-4172. IGLESIA MONJE, M.^a Isabel de la: «Reducción de la pensión de alimentos por el nacimiento de nuevos hijos», en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 742, marzo-abril, 2014).

⁷ El Tribunal Constitucional ha señalado que las pensiones por alimentos de los hijos que tienen su origen exclusivamente en la filiación (art. 39.3 CE), ni precisan demanda alguna para que se origine el derecho a su percepción, ni la Ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos. Su *finalidad* no se reduce a la mera subsistencia, al consistir en un deber de contenido más amplio, que se extiende a todo lo necesario para su mantenimiento, estén o no en situación de necesidad. En cuanto a la *forma de determinación* la pensión a otros parientes se determina en función de lo que estos necesiten estrictamente para subsistir (art. 142 CC), los alimentos a los hijos menores deben acomodarse a «las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento» (art. 93 CC) hasta

el punto de financiar no solo los gastos ordinarios de su mantenimiento sino también los de carácter extraordinario (tales como actividades extraescolares, etc.).

⁸ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 27 de marzo de 2001, rec. 919/1996. Ponente: José ALMAGRO NOSETE. Núm. de Sentencia: 327/2001. *La Ley* 2001/4615. Tras la ruptura de la pareja, y la llegada a la mayoría de edad, si carece de ingreso han de mantenerle.

⁹ STS, Sala Primera, de lo Civil, 432/2014 de 12 de julio de 2014, rec. 79/2013. Ponente: Francisco Javier ARROYO FIESTAS. Núm. de Sentencia: 432/2014. *La Ley* 2014/107470 (Legitimación de los padres para pedir alimentos para los hijos que convivan con ellos, pese a su mayoría de edad, si los precisan, sin necesidad de que sean los hijos los que acudan a otro proceso declarativo independiente. La titulación profesional del hijo mayor conviviente con la madre no impide, en el caso, percibir alimentos del padre, al no acreditarse la percepción de ingresos ni que carezca de la necesaria diligencia en el desarrollo de su carrera profesional.); STS, Sala Primera, de lo Civil, 991/2008 de 5 de noviembre de 2008, rec. 962/2002. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 991/2008. *La Ley* 2008/169518. La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de marzo de 2012, rec. 1322/2010. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 183/2012. *La Ley* 2012/39626, analizando un derecho de uso de una vivienda, propiedad del padre, atribuida y las hijas y a su madre, pero que al cumplir la mayoría de edad indica que a diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y sigs. CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

¹⁰ Este es el supuesto que se contempla en la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 6 de junio de 2003, rec. 3369/1997. Ponente: Teófilo ORTEGA TORRES. Núm. de Sentencia: 577/2003. *La Ley* 2003/2591.

¹¹ Cinco. Se modifica el artículo 93, que pasa a quedar redactado de la siguiente manera: «1. El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer las cargas familiares, en su caso, la pensión de alimentos de los hijos por las necesidades ordinarias y los gastos necesarios extraordinarios, su periodicidad, forma de pago y bases de actualización, y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

2. Deben considerarse gastos necesarios ordinarios aquellos que los hijos precisen de forma habitual y cuyo devengo sea previsible, quedando incluidos los relativos a alimentación, con independencia del lugar o por quien se preste, vestido, educación y cualesquiera otros que los progenitores pacten como tales o que estén consolidados antes del cese de su convivencia. Serán gastos necesarios extraordinarios aquellos que se produzcan por necesidades imprevisibles y no periódicas de los hijos y, en todo caso, los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico. No se considerarán incluidos en ninguno de los párrafos anteriores aquellos gastos voluntarios que no respondan a necesidades de los hijos, aunque sean continuados, salvo que se consideren convenientes para ellos, debiendo ser asumidos de forma consensuada por los titulares en ejercicio de la patria potestad.

3. Para el cálculo de la prestación de alimentos por gastos ordinarios se tendrán en cuenta las necesidades de los menores, los recursos económicos de cada progenitor, el tiempo de permanencia de los menores con cada uno, la atribución que se haya realizado del uso de la vivienda familiar, la contribución a las cargas familiares, en su caso, y el lugar en que se haya fijado la residencia de los hijos menores comunes. Los gastos extraordinarios necesarios de los hijos serán sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles. Los gastos voluntarios no necesarios se abonarán en función de los acuerdos a los que lleguen los progenitores y, en defecto de acuerdo, los abonará el progenitor que haya decidido la realización del gasto.

4. Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes.

5. La obligación de abonar la prestación de alimentos a los hijos cesará en los supuestos establecidos en los artículos 151 y 152».

¹² Previamente el Anteproyecto había sido sometido a audiencia de las corporaciones, asociaciones y organizaciones con intereses concernidos por la reforma. Destacamos las que se han pronunciado en relación con el tema de nuestro estudio: El *Consejo General de la Abogacía Española* en su informe de 20 de septiembre de 2013, manifiesta su conformidad con algunas novedades del Anteproyecto, entiende «que la obligación de pago de alimentos debería tener un límite de edad, salvo circunstancias excepcionales (art. 152 del CC)...». La *Asociación de Abogados de Familia*, en su informe de 30 de octubre de 2013, manifiesta que «el concepto de «alimentos» se define utilizando criterios determinantes de la extinción de la obligación de prestarlos, lo cual provocará inseguridad jurídica (art. 142, párrafos segundo y tercero, del CC)...». La *Asociación Abuelos separados de sus Nietos*, en su informe de 16 de septiembre de 2013, sostiene que «la legitimación del progenitor para reclamar alimentos en favor de los hijos mayores de edad debería restringirse (art. 93.4 del CC)...».

La *Confederación Estatal de Asociaciones de Padres y Madres Divorciados*, en su informe de 24 de septiembre de 2013, defiende que «la pensión de alimentos, existiendo hijos mayores de edad, se asigne directamente a estos y no al progenitor con quien convivan (art. 142 del CC)...».

¹³ <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-438>.

¹⁴ Se atribuye en el párrafo primero del proyectado artículo 93.4 del Código Civil la legitimación para solicitar alimentos en favor de los hijos mayores de edad al «progenitor con quien convivan», como ya había reconocido, después de un intenso debate doctrinal y jurisprudencial, la STS de la Sala de lo Civil del 24 de abril de 2000.

¹⁵ Artículo 237-1. Contenido: «Se entiende por alimentos todo cuanto es indispensable para el mantenimiento, vivienda, vestido y asistencia médica de la persona alimentada, así como los gastos para la formación si esta es menor y para la continuación de la formación, una vez alcanzada la mayoría de edad, si no la ha terminado antes por una causa que no le es imputable, siempre y cuando mantenga un rendimiento regular. Asimismo, los alimentos incluyen los gastos funerarios, si no están cubiertos de otra forma».

¹⁶ Artículo 7. Gastos de atención a los hijos e hijas. 1. En defecto de pacto de convivencia familiar, la autoridad judicial determinará, en función de los recursos económicos de que dispongan ambos progenitores, la cantidad que estos deberán satisfacer en concepto de gastos ordinarios de atención a los hijos e hijas menores. 2. Cada uno de ellos contribuirá a satisfacer estos gastos en atención a sus propios recursos y a las necesidades de los hijos e hijas menores. 3. Los gastos extraordinarios serán satisfechos por ambos progenitores de conformidad con lo acordado entre ellos. A falta de pacto, la autoridad judicial decidirá el modo en que deberán ser sufragados, con independencia de quien los satisfizo y de si el régimen de convivencia es compartido o no. En todo caso, los gastos necesarios de educación y formación no cubiertos por el sistema educativo y los de salud no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar afiliados los hijos e hijas menores, tendrán que ser sufragados obligatoriamente por ambos progenitores en la proporción que establezca la autoridad judicial. 4. En función del régimen de convivencia con los hijos e hijas menores que se haya establecido, la autoridad judicial decidirá el modo concreto en que hayan de ser satisfechos los gastos de atención a los hijos e hijas menores.

¹⁷ Artículo 58. Deberes de padres e hijos. 2.º El deber de asistencia comprende la obligación de prestar alimentos y la de contribuir equitativamente, durante la vida en común, de acuerdo con sus posibilidades, a la satisfacción de las necesidades familiares.

¹⁸ Artículo 69. Gastos de los hijos mayores o emancipados. 1. Si al llegar a la mayoría de edad o emancipación el hijo no hubiera completado su formación profesional y no tuviera recursos propios para sufragar los gastos de crianza y educación, se mantendrá el deber de los padres de costearlos, pero solo en la medida en la que sea razonable exigirles aún su cumplimiento y por el tiempo normalmente requerido para que aquella formación se complete. 2. El deber al que se refiere el apartado anterior se extinguirá al cumplir el hijo los veintiséis años, a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimentos.

¹⁹ BAYOD LÓPEZ, M. C. Gastos de crianza y educación de los hijos mayores o emancipados. Alimentos legales entre padres e hijos. Diferencias y límites. <http://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/33/66/04bayod.pdf>.

²⁰ La STJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 17 de junio de 2013, rec. 4/2013. Ponente: Carmen SAMANES ARA. Núm. de Sentencia: 24/2013. *La Ley* 2013/102296.

²¹ Hay mucha jurisprudencia menor al respecto: así, la STSJA de 2 de septiembre de 2009, rec. 5/2009. Ponente: Carmen SAMANES ARA. Núm. de Sentencia: 8/2009. *La Ley* 2009/171761: (Se decretó la extinción de la pensión de alimentos establecida a favor de la hija mayor de edad, que no estudia ni tiene aún independencia económica. La alimentista abandonó sus estudios a los 16 años, colocándose voluntariamente en disposición de poder trabajar en aquellas ocupaciones a las que puede accederse desde dicha preparación, y tuvo desde entonces varios trabajos de poca entidad, abandonados voluntariamente. No acredita que en la actualidad lleve a cabo una búsqueda activa de empleo, lo que supone que ella misma, con su inactividad, ha creado esa situación de necesidad. La obligación de alimentos, aun no extinguiéndose automáticamente por alcanzar el beneficiario la mayoría de edad, no puede ser por tiempo indefinido. Entender lo contrario sería favorecer una situación vital pasiva que podría devenir en un «parasitismo social». El deber de los padres de sufragar los gastos de crianza y educación hasta que el hijo cumpla 26 años solo puede darse cuando el hijo que no ha terminado su formación mantenga una actitud diligente, porque de lo contrario deja de ser razonable exigir a los padres sufragar sus gastos. La STSJA de 12 de mayo de 2010, rec. 1/2010. Ponente: Luis FERNÁNDEZ ÁLVAREZ. Núm. de Sentencia: 3/2010. *La Ley* 2010/194295: En este caso se modificaron las medidas del divorcio porque el alimentista (hijo mayor de edad) ha terminado su formación y ha accedido con normalidad al mercado laboral, obteniendo unos ingresos suficientes para su sustento. La STSJA de 30 de noviembre de 2011, rec. 20/201. Ponente: Luis Ignacio PASTOR EIXARCH. Núm. de Sentencia: 11/2011. *La Ley* 2011/262408: Se extingue la pensión a favor de las hijas mayores de edad y a cargo del padre, porque ambas hermanas han concluido su formación académica y complementaria (han finalizado sus carreras universitarias y han realizado varios cursos añadidos), y si bien continúan sus estudios, no lo hacen en el ámbito de su formación profesional, sino en el propio de la búsqueda de un puesto de trabajo. La preparación de oposiciones o de la obtención de especialización remunerada dentro de la formación profesional de la persona no se incluye dentro del supuesto del artículo 66 de la Ley aragonesa de Derecho de la persona, cuyo supuesto de hecho se centra únicamente hasta que las alimentistas tengan una correcta y terminada formación, y no hasta que puedan encontrar el trabajo por el que hayan optado, si esta opción requiere nuevos estudios.

La STSJA de 30 de diciembre de 2011, rec. 19/2011. Ponente: Ignacio MARTÍNEZ LA-SIERRA. Núm. de Sentencia: 15/2011. *La Ley* 2011/268479: No cabe la extinción de la pensión de la hija mayor de edad, pues aunque estuvo trabajando como peluquera después de terminar la formación académica de peluquería, en la actualidad se encuentra estudiando grado superior de Educación Infantil. No ha completado pues su formación, tampoco se acredita una falta de aprovechamiento en sus estudios o una dejación en su actitud para alcanzar la independencia económica, que en estos momentos no ha conseguido, no se da el presupuesto de falta de diligencia en la búsqueda de empleo.

La STSJA 16 de abril de 2012, rec. 37/2011. Ponente: Luis Ignacio PASTOR EIXARCH. Núm. de Sentencia: 16/2012. *La Ley* 2012/53060: Se extingue la pensión del hijo mayor de edad porque no se acredita que exista realmente una necesidad de alimentos personal del demandante, ni el motivo por el que terminó su relación laboral o si percibe subsidio o auxilio social. No existe la necesidad que sostiene, no imputable a él o causada por su falta de diligencia.

Cuestión diferente es la de la STSJ, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia 29/2014 de 25 de septiembre de 2014, Rec. 12/2014. Ponente: Fernando ZUBIRI DE SALINAS. Núm. de Sentencia: 29/2014. *La Ley* 2014/148620: Se produce la extinción de la pensión de alimentos de la hija mayor de edad con una minusvalía del 66%. La hija no puede ser considerada como persona «a cargo» de los progenitores porque no se encuentra en un periodo de formación, sino que tiene un trabajo remunerado mediante un contrato indefinido y un sueldo

mensual de 650 euros. El hecho de que padezca una minusvalía de carácter psico-físico no determina el mantenimiento de la pensión alimenticia, al no haberse producido declaración de incapacidad, con sus consecuencias jurídicas.

²² STSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 21 de marzo de 2012, rec. 32/2011. Ponente: Fernando ZUBIRI DE SALINAS. Núm. de Sentencia, 10/2012. *La Ley* 2012/37127.

²³ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 25 de abril de 1994, rec. 1876/1991. Ponente: José Luis ALBÁCAR LÓPEZ. *La Ley* 1994/9007.

²⁴ STS Sala Primera, de lo Civil, de 11 de mayo de 2001, rec. 1044/1996. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. Núm. de Sentencia: 2001/447. *La Ley* 3457/2001. Primero aclara el TS, a diferencia de la STS de 1994 señalada anteriormente, que estamos ante actos «en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o, como en el estudiado en los presentes autos, para la transformación de una actividad biológica —la actividad sexual—, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. De ahí que esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya solo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar de indispensable exigencia, como luego se examina, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente —que no paciente—, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si esta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisas para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención...».

²⁵ PAÑOS PÉREZ, A. Responsabilidad civil médica por *wrongful birth* y *wrongful life*, en *Diario La Ley*, núm. 8396, Sección Doctrina, 10 de octubre de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley. *La Ley* 2014/7189.

MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J. Responsabilidad civil por anticoncepción fallida *wrongful conception*, en *Diario La Ley*, 2001, Ref. D-45, tomo 2, Editorial La Ley.

²⁶ La SAP de Ávila, 94/2014 de 25 de septiembre de 2014, Rec. 117/2014. Ponente: María José RODRÍGUEZ DUPLÁ. Núm. de Sentencia: 94/2014. *La Ley* 2014/143991.

²⁷ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de mayo de 1995, rec. 399/1992. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. *La Ley* 1995/713.

²⁸ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de diciembre de 1996, rec. 299/1993. Ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. *La Ley* 1997/125; y STS, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de octubre de 1998, rec. 1404/1994. Ponente: Román GARCÍA VARELA. *La Ley* 1998/9367.

²⁹ Algunas sentencias del Tribunal Supremo han llegado a indicar que la falta de prueba no basta para rechazarlo de plano —STS de 21 de octubre de 1996, rec. 184/1993. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. *La Ley* 1996/9948—.

O, que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración —STS de 15 de febrero de 1994, rec. 398/1991. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. *La Ley* 1994/13749—.

O, que cuando el daño moral emane de un daño material o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que sirve de soporte, pero cuando depende de «un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina *in re ipsa loquitur* o cuando se da una situación de notoriedad (STS 11 de marzo de 2000, rec. 1922/1995. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Núm. de Sentencia: 234/2000. *La Ley* 2000/5470) no es exigible una concreta actividad probatoria.

³⁰ SAP de Barcelona, Sección 16.ª, 440/2014 de 25 de septiembre de 2014, Rec. 133/2013. Ponente: Marta RALLO AYEZCUREN. Núm. de Sentencia: 440/2014. *La Ley* 2014/149675.

³¹ Ciertamente, la cuantificación de los perjuicios derivados del nacimiento de un hijo por anticoncepción fallida no es tarea fácil ni permite una solución exacta e incuestionable. La parte actora aporta un informe pericial de economista... que parte de los estudios del

Instituto Nacional de Estadística (INE), según los cuales, el gasto medio por persona en Catalunya, en los hogares con trabajadores no cualificados es de 8.963 euros anuales. El informe tiene en cuenta asimismo estudios específicos del Instituto de Política Familiar (IPF) y de la Confederación Española de organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios (CEACCU), de acuerdo con los cuales, el coste de la crianza de un menor hasta los 18 años suele oscilar entre un mínimo de 98.205 euros y 301.274 euros, dependiendo del nivel económico familiar. Con esas bases y en atención a las circunstancias concretas de los demandantes, el informe establece en 7.254,50 euros el coste medio anual estimado de la crianza del menor y fija, por tanto, en 130.581 euros el coste medio estimado de la crianza del menor hasta los 18 años. La parte demandada no aporta una valoración alternativa, puesto que se limita a negar la procedencia de indemnización por ese concepto. A partir de las referencias aportadas por la parte actora y no desvirtuadas en el juicio, estimamos razonable la suma de 98.205 euros como importe de esta partida, gastos de crianza del menor, a cuyo pago debe condenarse a la parte demandada.

³² El deber de información en la medicina satisfactiva, en la doctrina reiterada por la jurisprudencia de esta Sala, debe ser una información objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia.

1.2. Familia

La promesa de matrimonio en el Ordenamiento jurídico-civil español

The promise of marriage in Spanish civil Law

por

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

*Doctora en Derecho**

RESUMEN: La promesa de matrimonio es una figura jurídica muy interesante y poco estudiada en nuestra doctrina patria. Sin embargo, plantea su análisis diversos problemas, algunos de importante calado jurídico y, en la práctica, es relativamente frecuente encontrar supuestos en los que uno de los promitentes reclama al otro los gastos realizados con vistas al matrimonio prometido y no celebrado.

ABSTRACT: *The promise of marriage is an interesting and non-studied legal institution in our country. Nevertheless, it's a problematic institution.*

PALABRAS CLAVE: Promesa. Matrimonio. Responsabilidad. Indemnización.

KEY WORDS: *Promise. Marriage. Responsibility. Compensation.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN AL TEMA.—II. LA PROMESA DE MATRIMONIO: CONCEPTO.—III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ESPONSALES.—IV. LA OBLIGACIÓN DE REEMBOLSO EN RELACIÓN CON LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROMESA DE MATRIMONIO.—V. LA LIBERTAD NUPCIAL Y LA PROMESA DE MATRIMONIO.—VI PROBLEMÁTICA DE LOS GASTOS HECHOS Y SU REEMBOLSO EN RELACIÓN CON LA PROMESA DE MATRIMONIO.—VII. PROMESA DE MATRIMONIO Y DONACIONES *PROPTER NUPTIAS*.—VIII. OTRAS CONDUCTAS DAÑOSAS EN RELACIÓN CON LA PROMESA DE MATRIMONIO.—IX. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

Según establece el artículo 42 de nuestro Código Civil, «la promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere

* Abogada especializada en derecho de familia, derecho de sucesiones, responsabilidad civil y derechos fundamentales de la persona. Profesora del máster de acceso a la abogacía de la UCA.

estipulado para el supuesto de su no celebración» (párrafo 1.º). El párrafo segundo de este precepto aclara que no se admitirá demanda alguna en la que se pretenda el cumplimiento de dicha promesa, lo cual es completamente lógico si nos atenemos al derecho a la libertad, en función del artículo 17, que toda persona tiene de casarse o, en otro caso, de no casarse, y de tomar la decisión libremente.

El artículo siguiente (art. 43 del citado corpus legislativo civil) afirma que «el incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado solo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido». Esta acción caduca al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio.

Básicamente, son dos las cuestiones que se plantean en estos preceptos civiles: de un lado, la indemnizabilidad, en su caso, del daño moral subsiguiente a la ruptura sin causa, y, de otro lado, la posibilidad de recurrir a la aplicación del artículo 1902 de nuestro Código Civil, sin limitar, así, las consecuencias del incumplimiento a las establecidas en el artículo 43. Hay que resaltar que la doctrina no se pone de acuerdo en relación con este tema, pero tampoco nuestra doctrina jurisprudencial.

II. LA PROMESA DE MATRIMONIO: CONCEPTO

La promesa de matrimonio puede ser definida como negocio jurídico preparatorio de Derecho de Familia, por el que dos personas, con capacidad matrimonial, se obligan a celebrar matrimonio en el futuro¹.

La promesa de matrimonio es una figura jurídica que presenta ciertas dificultades a la hora de su encuadramiento en las categorías tradicionales. DELGADO ECHEVARRÍA afirmaba que el artículo 43 del Código Civil representaba un desafío para el intérprete, que, a pesar de no tratarse de un asunto de gran trascendencia práctica, se ha esforzado en explicar el fundamento de la obligación indemnizatoria, dilucidando la naturaleza jurídica de los denominados «esponsales»². La Promesa de matrimonio ha sido calificada de acto jurídico —acto jurídico en sentido estricto—, como elemento de un hecho jurídico complejo, en cuanto que, como afirma Marín GARCÍA DE LEONARDO³, sus efectos limitados no nacen de la voluntad de los que se van a casar, sino de una mera previsión legislativa. En cambio, Díez-PICAZO y GULLÓN estimaban que la promesa no constituye, en puridad, contrato, ni negocio jurídico, abriéndose paso ya la idea de la razonable y objetiva confianza o esperanza en el cumplimiento de la promesa y en la realización del matrimonio proyectado, que puede ser causa suficiente para la realización de operaciones económicas⁴.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ESPONSALES

Hay que destacar el fundamento de la obligación indemnizatoria, entrando a considerar la naturaleza jurídica de los sponsales, aunque sobre este tema hay que volver más adelante. A la promesa de matrimonio se la ha calificado como negocio jurídico preparatorio de Derecho de Familia, como acto jurídico en sentido estricto, o como elemento de un hecho jurídico complejo, o, también, como acto de la vida social desregulado; o como negocio de la vida privada, o negocio social, mero uso social reiteradamente practicado, identificado legislati-

vamente, pero carente de virtualidad normativa como promesa de matrimonio⁵. También ha habido intentos de explicar la obligación resarcitoria mediante el recurso a la *culpa in contrahendo*, o sea, desde la consideración de que, quien sin causa incumple una promesa cierta de matrimonio defrauda la confianza que su declaración hubiera suscitado en el destinatario.

PENA BERNALDO DE QUIRÓS afirmaba que la promesa es solo uno de los elementos que integran un hecho jurídico complejo que tiene, como único efecto jurídico, la imputación del detrimento causado por ciertos gastos y obligaciones. Los ingredientes de tal hecho jurídico complejo son los siguientes:

- 1.º la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado;
- 2.º la realización por la otra parte de gastos o la contracción de obligaciones en consideración al matrimonio prometido;
- 3.º el incumplimiento voluntario de esta promesa; y, por último,
- 4.º no existir causa para el incumplimiento⁵.

Toda persona, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de nuestra Constitución goza del derecho a la libertad. Una faceta, precisamente, de este derecho vendría integrada por el derecho a la libertad nupcial, en el sentido de que los que, en su día, se comprometieron a contraer matrimonio, son libres de no ejecutar, o romper, la promesa de matrimonio, o negarse a la celebración del mismo, fundados en el principio de libertad nupcial, argumento que es de orden público. Una interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 19 de abril de 2005, declaró que la decisión de una de las partes de no contraer matrimonio entre dentro de la esfera de la libertad de cada persona. En consecuencia, frente a la inexistencia de una obligación que vincule a cualquiera de los esposos a la celebración del matrimonio prometido, su ruptura no conferirá jamás acción para solicitar su ejecución.

En cualquier caso, es preferible hablar de ruptura, de no ejecución, de desistimiento o retractación de los esponsales, mejor que emplear el concepto de «incumplimiento» contenido en el artículo 43 del Código Civil, ya que, en realidad, no existe obligación alguna que pueda ser cumplida o incumplida. Lo que sucede es que la dicción utilizada por el legislador es errónea y puede dar lugar a malentendidos.

IV. LA OBLIGACIÓN DE REEMBOLSO EN RELACIÓN CON LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROMESA DE MATRIMONIO

El legislador, con el actual artículo 43 del Código Civil, ha aclarado la cuestión sobre el alcance de la obligación de reembolso, haciendo referencia, solamente, a los gastos hechos y a las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. El derogado artículo 44 del Código Civil de 1889 mencionaba únicamente los gastos hechos, equiparando a los gastos las obligaciones contraídas.

El propósito del legislador consiste en limitar las consecuencias patrimoniales directas derivadas del incumplimiento, y no otras, es decir, el alcance de la obligación de reembolso, por lo cual se prescinde de la culpa y erige, indudablemente, como criterio determinante para atribuir dicha obligación, la existencia, o no, de causa. Pero hay que resaltar que, aunque la formulación de las consecuencias del incumplimiento es cerrada, lo que imposibilita su exten-

sión a otras, lo cierto es que resulta obvia esa extensión cuando se pretende dar cabida a la indemnización del daño moral, o se intenta hacer entrar en juego el artículo 1902 del Código Civil.

De lo que se trata, en definitiva, es de conjugar el principio de tutela de la libertad matrimonial y el de protección a la confianza que suscita en el destinatario de la promesa del matrimonio la formulación de aquella. Esta conjugación se inclina del lado del principio de la tutela de la libertad matrimonial, por lo que las cortapisas a ese principio serían mínimas, o deberán ser mínimas. Ello justifica, ampliamente, que no se pueda hablar de ilicitud respecto del promitente que se niega a dar cumplimiento a la promesa, aunque el incumplimiento lo sea sin causa. Pero el Ordenamiento Jurídico impone la protección de la confianza originada por la formulación de la promesa, conectándose dicha protección con la ida del enriquecimiento injusto, tal como exponía LASARTE ÁLVAREZ, al sostener que el legislador trata de evitar un empobrecimiento sin causa⁶.

En consecuencia, han de existir «gastos hechos» u «obligaciones contraídas». Esta circunstancia de que el gasto haya sido hecho, o la obligación haya sido contraída efectivamente, aunque no haya sido atendida todavía, excluye, desde luego, del ámbito del reembolso los «futuribles», como pueden serlo los meros proyectos de reforma a realizar en una vivienda. En este caso, es obvio que ni se ha hecho gasto, ni se ha contraído obligación alguna. Es el supuesto al que se refiere la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de octubre de 2004, cuando excluyó del ámbito del artículo 43 la reclamación sobre las obras a realizar en la vivienda, «que quedarán en beneficio de la misma, incrementando su valor en renta o arrendamiento, y de las que el demandado no tendrá ningún enriquecimiento, ni supondrán empobrecimiento alguno para la demanda, ni le supone daño patrimonial, siendo que será libre para elegir los presupuestos que considere precisos y realizar las reformas que tuviere por conveniente».

En consecuencia, cuando la promesa de matrimonio se rompe sin causa, pero no se han producido gastos, no habrá nada que reembolsar. La tutela del principio de libertad matrimonial funciona, en este supuesto, en plenitud, excluyendo por completo toda protección a la confianza que la promesa pudo suscitar en la contraparte. Pero afirmar que, si no se realizaron gastos, no existió confianza en el cumplimiento de la promesa, no parece sostenible, porque confianza pudo, efectivamente haberla, pero otra cosa, muy distinta, es que el legislador atiende y de valor jurídicamente, como elemento imprescindible para que la protección de la confianza despliegue sus efectos, a la circunstancia de que se hayan hecho gastos o se hayan contraído obligaciones. Es decir, si no se han hecho gastos, ni se han contraído obligaciones, esa confianza queda relegada al ámbito de los sentimientos, careciendo, por ende, de trascendencia jurídica alguna. Evidentemente, el legislador no puede descender al marco de los sentimientos de la persona. Lógicamente, puede haber circunstancias que determinen la ruptura de la promesa de matrimonio, circunstancias que sea justificativas de esa ruptura, como, por ejemplo, podemos comprobar en la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 3 de mayo de 2005, al estimar que existió causa suficiente, motivada y legítima, para romper la promesa de matrimonio, al haber sido víctima una la promitente de una agresión por parte de quien iba a ser su marido, rechazando, en base a ello, la acción intentada en su contra, por aplicación del propio artículo 43 del Código Civil. Resulta obligado resaltar que el legitimado activo para solicitar el resarcimiento de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas es el esposo que haya sido

víctima de la retractación sin causa de los esponsales, pero también está legitimado, lógicamente, la parte que ha desistido de la promesa justificadamente, en virtud de una causa imputable a la otra parte.

El principio de libertad nupcial se mantiene en nuestro Ordenamiento Jurídico, pero la retractación de la promesa ha de ser razonable, atendible, justificada y fundamentada. Es decir, ha de ser justa, pues de lo contrario esta figura sería irrelevante para el Derecho, no ya solo en cuanto a efectos personales —que son inexistentes jurídicamente—, sino también patrimoniales, como son los previstos en el precepto civil tantas veces citado. Pero, para evitar el arbitrio judicial, habrá que buscar los criterios de valoración de la causa en los aspectos subjetivos de los propios prometidos y de los conocidos por estos. Y, en ausencia de estas valoraciones personales, o no conocidas por la otra parte, habrá que recurrir a los criterios sociales en que se muevan los prometidos. En este sentido, cabe la referencia a nuestra doctrina jurisprudencial. Así, una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24 de marzo de 2004, no tuvo por acreditada la existencia de justa causa, debido a que el proyectado y prometido matrimonio se incumplió por decisión unilateral de la demandada reconvenida, lo que generó, en función del artículo 43 del Código Civil, la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido.

Una sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 20 de marzo de 2006, indicó, expresamente, que el presupuesto es el incumplimiento sin causa, pero que debía entenderse que es sin causa justa, por lo que dicho concepto no puede darse en abstracto, sino analizándose caso a caso en relación con la realidad social en que la pareja que ha celebrado la promesa se mueve. Una sentencia de la Audiencia provincial de Toledo, de 3 de abril de 2000, también exigió que la ruptura había de ser sin justa causa.

Sin embargo, otras resoluciones judiciales se expresan en sentido totalmente opuesto. Así, la dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, de 8 de octubre de 2004, y la de la Audiencia de Alicante, de 14 de diciembre de 2005, que llegaron a una solución absolutamente contraria a la mencionada anteriormente, entrando a resolver en supuestos en los que se alegaba el ejercicio de la libertad nupcial, resolviendo que «la libre decisión del demandado de no contraer matrimonio supone «justa causa» o «causa» y no cabe buscar culpabilidades, pues atentaría a la libertad de conciencia».

Parece evidente, a mi juicio, que la decisión de no contraer el matrimonio prometido ha de fundamentarse en una causa, pero sin poder hacer equivalente esa decisión —que pudiera ser caprichosa o arbitraria— a la propia causa, porque entonces, de admitir esto, el contenido del artículo 43 del Código Civil no tendría ningún sentido, perdiendo completamente su razón de ser y deviniendo, en definitiva, superfluo. La decisión de no contraer matrimonio sin otro fundamento que esa misma decisión no debe exonerar de las consecuencias patrimoniales derivadas del artículo 43. En este sentido, estimo que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante así lo entendió, al declarar que, con el mantenimiento de la expresión «sin causa», se pretendía que la protección de la libertad matrimonial no llevara a una práctica discrecionalidad en torno a la decisión de romper con la promesa de matrimonio, ya que, en otro caso, el contenido del precepto civil sería superfluo.

Estimo que, si el precepto civil está así redactado, hay que respetar su contenido. En consecuencia, habría que defender la vigencia del vocablo «justa» (causa) como complemento del requisito de la causa.

V. LA LIBERTAD NUPCIAL Y LA PROMESA DE MATRIMONIO

La negación por parte del legislador español de la obligación de contraer matrimonio por razón de haberlo prometido responde, como es lógico, al principio de libertad de matrimonio. Está, asimismo, en armonía con el artículo 32, que establece que tanto el hombre como la mujer tienen derecho a contraerlo. Se trata, por tanto, de un derecho y no de una obligación ni de un deber jurídico o legal. El matrimonio ha de ser fruto de una libre decisión de los contrayentes, al tratarse de una norma fundada en el derecho absoluto de las partes a contraer matrimonio, y, desde luego, en el carácter incoercible del consentimiento matrimonial. A este respecto, hay que aludir al artículo 45, que dispone que «no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial».

Con estos principios, el legislador español rechaza la posibilidad de utilizar mecanismos coactivos para la emisión del consentimiento matrimonial dirigidos a forzar el cumplimiento de la promesa otorgada en su día, dado que el incumplimiento de dicha promesa de matrimonio no admite su cumplimiento forzoso, porque, de ser así, se estaría excluyendo el derecho a la libertad que tiene toda persona, en función del artículo 17 de nuestra Constitución, e incluso del propio artículo 10 del citado Texto Constitucional, que se refiere a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad.

La libertad de matrimonio se protege con la ineficacia del negocio de esponsales. La propia redacción del artículo 42 de nuestro Código Civil concreta que no hay obligación de cumplir lo que se hubiese estipulado para el supuesto de la no celebración del matrimonio proyectado, y se justifica en que el consentimiento matrimonial es incoercible y se debe emitir con entera libertad y espontaneidad, de modo que responde al principio de libertad matrimonial, principio con el que se atiende a una exigencia ética que el matrimonio comporta. El principio de libertad de celebración del matrimonio es un principio de orden público interno e internacional, que limita la autonomía de los particulares, los cuales no podrán establecer ninguna forma de coacción, sea directa o indirecta, al matrimonio.

La ubicación de la naturaleza de la promesa de matrimonio en el ámbito de la confianza plantea, tanto en nuestra doctrina como en la Jurisprudencia, la cuestión sobre la apreciación técnica de la potencial defraudación ulterior de la confianza. En este sentido, algún sector de la doctrina española ha intentado fundamentar las consecuencias patrimoniales subsiguientes al incumplimiento sin causa de la promesa de matrimonio mediante el recurso a la *culpa in contrahendo*. Siguiendo esta línea orientativa, se ha afirmado que, a través de la negativa al cumplimiento de la promesa, el promitente impide la perfección del negocio matrimonial, lo que provoca un *daño in contrahendo* del que debe responder ante el promisorio. De este modo, la obligación resarcitoria se explicaría mediante el recurso a la *culpa in contrahendo*, o sea, desde la consideración de que quien, sin justa causa, incumple una promesa cierta de matrimonio, defrauda la confianza que su declaración había suscitado en el destinatario y, en consecuencia, el promitente responde por la legítima confianza que la promesa ha creado sobre la inminente celebración del matrimonio y no por haberla cumplido. Pero, en este supuesto, no estaríamos refiriéndonos, exactamente, al ámbito de la *culpa in contrahendo*.

Sí es cierto que la mutua confianza originada entre los promitentes, debido a la intimidad existente entre ellos, da lugar, efectivamente, a unos intereses comunes que son, sin duda, más fácilmente lesionables por una determinada conducta, como lo es la negativa a la celebración del matrimonio prometido en su día.

Si uno de los promitentes ha incurrido en gastos que no habría realizado de no haber confiado en que el matrimonio se llevaría a cabo —en definitiva, se celebraría—, y esta confianza es defraudada sin justa causa por el otro, el Ordenamiento Jurídico imputa a aquel que defraudó la confianza la indemnización de los gastos, por lo que, sin duda, existe un factor, que no hay que ignorar, de ilicitud. Pero ese factor, en puridad, no reside en la negativa a la celebración del matrimonio prometido, sino en hacer inútiles y dañosas unas determinadas obligaciones.

Pero la no ejecución de la promesa no debe ser considerada un hecho ilícito por sí sola, ni antijurídico, que pueda ser imputado al esposo que se retracta, porque hay que tener en cuenta que la ruptura de los esponsales siempre es consecuencia del principio de libertad nupcial y solo bajo el excepcional escenario de que se produzca sin causa obliga a resarcir unos limitados gastos y obligaciones contraídas, pero que incluso se trata de daños lícitos, por lo que el concepto de «resarcir» debe ser comprendido como sinónimo de «reembolsar» unos determinados gastos fundados en un empobrecimiento jurídicamente repercutible en persona diferente de quien lo sufre, desplazamiento que se justifica —y cobra todo su sentido— en que se ha sufrido por su causa.

Cabría preguntarse, en consecuencia, cuál es el fundamento de la obligación de resarcimiento. Hay que tener en cuenta que el incumplimiento de la promesa de matrimonio es totalmente legítimo, pero ello no contradice el hecho de que, si se produce sin causa —justa— el legislador obligue al reembolso de los gastos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido y realizados por la parte que confió en la celebración del futuro matrimonio proyectado. Es evidente que, si la causa —justa— concurriera, el promitente incumplidor no tendría que reembolsar nada a la otra parte.

En relación con la naturaleza jurídica de la promesa, se ha especulado bastante en la doctrina española sobre su naturaleza jurídica, para intentar llegar, por este medio, a dilucidar el fundamento de la obligación resarcitoria.

El rechazo de la posición contractualista de la promesa de matrimonio se revela en nuestra doctrina jurisprudencial, tal como se puede comprobar tras el estudio de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 19 de abril de 2005, al afirmar que no se trata de un contrato bilateral con obligaciones recíprocas para ambas partes, sino ante una promesa de matrimonio con unas consecuencias en caso de incumplimiento de la promesa.

Uno de los problemas que suscita la naturaleza jurídica de la promesa de matrimonio es su posible integración en alguna de las categorías tradicionales existentes, lo que ha dado lugar a numerosas controversias doctrinales. Se ha especulado en torno a si se trata de una mera relación de puro hecho, o es un contrato de derecho de Familia, o incluso se trataría de una institución de naturaleza mixta.

La doctrina mayoritaria, desde hace muchos años, ha defendido que la promesa de matrimonio encerraba un vínculo de naturaleza contractual. Pero se trata de una tesis insostenible, a mi juicio, ya que no se puede calificar como negocio un acto que, en sí mismo, no produce el efecto de obligar a las partes a contraer matrimonio, ya que el artículo 42 del Código Civil establece, de forma expresa, que la promesa no obliga a los prometidos a contraer matrimonio, por lo que, evidentemente, no se puede configurar, en términos contractuales, la naturaleza jurídica de esta peculiar figura, al quedar la obligación excluida del precepto citado.

Nuestra doctrina jurisprudencial más antigua, sin embargo, defendió la naturaleza contractual de esta figura jurídica, tal como puede verse en las sentencias

del Tribunal Supremo de 13 de enero de 1879 y 6 de abril de 1929, conforme a las cuales se debían tener en cuenta los principios generales que presiden la formación y los efectos de estos negocios jurídicos.

La calificación de la promesa de matrimonio como negocio jurídico sigue estando presente, si bien de forma minoritaria, en algunas resoluciones judiciales, como las sentencias de la Audiencia Provincial de Almería de 24 de octubre de 1994, y de Ciudad Real de 3 de mayo de 2005, al afirmar que la promesa de matrimonio es un negocio jurídico preparatorio del Derecho de Familia, por el que dos personas con capacidad matrimonial se obligan a celebrar matrimonio en el futuro. Otras muchas resoluciones judiciales, en cambio, optan por abordar directamente la problemática de esta figura jurídica, pero sin pronunciarse respecto de su naturaleza, ello, quizás, debido a las propias dificultades de calificación de la figura y a que, probablemente es mejor atenerse, pura y simplemente, a los efectos que tiene, que, al fin y al cabo, es lo verdaderamente importante.

En la actualidad, ante las dificultades que presenta la configuración de la naturaleza jurídica de la promesa, parece lo más acertado, desde mi punto de vista, pensar que estamos ante un simple acto jurídico en sentido estricto, en el que los efectos de la promesa se originarían *ex lege* y no *ex voluntate*, o bien ante un acto humano producido por una voluntad consciente y exteriorizada que genera una confianza en su ejecución, que puede originar la realización de gastos, los cuales, de no ser por la promesa, no se habrían ocasionado. En el ámbito de las relaciones humanas, es evidente que quien promete algo, genera una confianza en el destinatario de la promesa y es, precisamente, este factor el que hay que tener en cuenta para la configuración de la naturaleza jurídica de la promesa. Es la tutela de la libertad nupcial la que, en definitiva, viene a despojar de todo atisbo de ilicitud el incumplimiento de la promesa. Es, por tanto, el empobrecimiento injusto y la correspondiente obligación de repararlo lo que protege el artículo 43 del Código Civil, ya que, aunque la Ley no oblige al cumplimiento de la promesa, hace responsable de la indemnización del empobrecimiento de la parte defraudada a quien la rompe sin justa causa. Es decir, el artículo 43 del corpus legislativo civil contempla a los esponsales como fuente de una expectativa protegida por la Ley, pero no a través del derecho de crédito, negado en el artículo 42, ni mediante la indemnización de daños, porque su infracción es un acto lícito, sino mediante la vía del empobrecimiento injusto y la obligación de repararlo. Esa indemnización por el empobrecimiento causado va a comprender los gastos hechos en consideración al matrimonio prometido y las obligaciones contraídas en consideración al mismo, si bien hay que tener en cuenta la imposibilidad de canalizar, a través de la figura del enriquecimiento injusto, las consecuencias patrimoniales del incumplimiento sin causa de la promesa de matrimonio, en la que, si bien se daría el empobrecimiento de uno de los esposos, no cabría apreciar enriquecimiento correlativo de la otra parte, tal como declararon las sentencias de la Audiencia Provincial de Teruel de 21 de diciembre de 2000, de Ciudad Real de 3 de mayo de 2005, de Toledo de 3 de abril de 2000 y de Asturias de 15 de noviembre de 2000, ya que, tal como viene exigiendo nuestra doctrina jurisprudencial, la figura del enriquecimiento injusto exige, para su aplicación, que el empobrecimiento del actor vaya acompañado de un correlativo e injustificado aumento del patrimonio del demandado, requisitos que, en los casos de autos, no concurrían.

SANCHO REBULLIDA, al referirse a este tema⁷, justificaba la obligación de resarcir en la Ley, que, por razones de equidad, estima como incorrecta la conducta de uno de los prometidos solo con fines patrimoniales, al proceder a la

ruptura de los esponsales sin justa causa, comportamiento que, desde el punto de vista de la libertad nupcial, es, sin embargo, plenamente correcto. Obviamente, a nadie se le puede obligar a contraer matrimonio *manu militari*. Pero el requisito, evidentemente, hay que situarlo en la causa y en la ruptura de los esponsales —del prometido matrimonio— sin justa causa, por lo que la promesa sería, como mero hecho, uno de los elementos, siendo el otro la conducta jurídicamente inmotivada de la persona que rehúsa contraer matrimonio.

La ruptura de la promesa de matrimonio, cualquiera que sea su causa, o incluso sin causa alguna, es siempre un comportamiento correcto y lícito, por lo que la obligación de resarcimiento establecida en el artículo 43 de nuestro Código Civil está referida a unos limitados daños patrimoniales —gastos hechos y obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido—, fundado en fines de equidad, fines que, en todo caso, son superiores, ya que, en función del artículo 7 del citado corpus legislativo civil, los derechos han de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, no amparando, como expresa, muy expresivamente, el párrafo 2.º de dicho precepto, la Ley el abuso del derecho ni el ejercicio antisocial del mismo.

En consecuencia, son dos los intereses protegidos por el legislador: de un lado, la libertad nupcial, que permite a cualquiera de los promitentes negarse a la celebración del matrimonio, y, de otro, el patrimonio del prometido ofendido, el cual, en virtud de principios de equidad, tendrá derecho al resarcimiento de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido, pero siempre en el excepcional evento de que la ruptura se realice sin causa. En este sentido, se establece un régimen limitado y básico, debido a que del tenor literal del precepto civil se deduce que el propósito del legislador se concreta en limitar las consecuencias patrimoniales directas derivadas del incumplimiento, y no a otras, el alcance de la obligación de reembolso, por lo que, con toda evidencia, hay que prescindir de la culpa y erigir, en cambio, como criterio determinante, para atribuir dicha obligación, la existencia, o no, de causa, por lo que nos hallamos en un escenario que queda absolutamente al margen de la responsabilidad civil —sea contractual o extracontractual.

VI. PROBLEMÁTICA DE LOS GASTOS HECHOS Y SU REEMBOLSO EN RELACIÓN CON LA PROMESA DE MATRIMONIO

Un tema, importante, es el referido al alcance de los gastos hechos. Hay que entender que esos gastos realizados han de encontrarse en inmediata y directa relación con el matrimonio proyectado y que efectivamente hayan sido realizados después de la promesa de matrimonio. Serían, por ejemplo, los vestidos para el acontecimiento de la celebración de la boda, el banquete, el viaje de luna de miel, etc. Así lo declaró una interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 14 de diciembre de 2005.

La doctrina es uniforme en estimar que tanto los gastos hechos como las obligaciones contraídas que corresponden ser reembolsadas deben siempre ser posteriores a la celebración de los esponsales. Y, siguiendo esta línea orientativa, se deben rechazar las obligaciones que se contrajeron condicionadas a la existencia del matrimonio o que puedan resolverse sin perjuicio para el esposo que las asumió.

Cabe plantearse si es factible el reembolso del lucro cesante. Aquí, la cuestión parece clara: estos daños deben ser desestimados en la medida que tengan su

origen en la ruptura. La doctrina jurisprudencial es unánime en entender que no cabe incluir el lucro cesante por la ganancia dejada de obtener, por ejemplo, por los alquileres que se perdieron en la vivienda de la actora donde iban a vivir, ni tampoco cabe atender la reclamación sobre las obras a realizar en la vivienda, que quedarán en beneficio de la misma, incrementando su valor en renta o arrendamiento, ni supondrán empobrecimiento alguno para la demandada, ni le supone daño patrimonial, siendo, como expresó la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 14 de diciembre de 2005, que será libre para elegir los presupuestos que tuviere por conveniente, siendo que libremente decidió ocupar el piso de su propiedad.

Se rechaza, también de forma unánime, por nuestra doctrina jurisprudencial cualquier pretensión por daño moral, al quedar fuera de los márgenes del precepto civil. Así la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 3 de abril de 2000, resolvió que este —el daño moral— no es obligación, ni gasto potencial, no obedece a un empobrecimiento asumido por el destinatario de la promesa en consideración al matrimonio prometido, porque indemnizar el daño moral equivale a dar validez jurídica a la promesa de matrimonio como esponsales de futuro, sustituyendo la obligación de hacer por la de dar, en contra de lo establecido en el artículo 42 del Código Civil.

También quedarán excluidos todos aquellos gastos relacionados con una convivencia previa, cuando no hayan sido realizados en función del matrimonio, y cuya celebración se haya prometido, y, de otro lado, las obligaciones que se condicionaron a la existencia del matrimonio, o que se puedan resolver sin perjuicio para el promitente que las asumió.

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1996 calificó de desmesurada la interpretación hecha por el recurrente del artículo 43 del Código Civil, ya que estimaba «gastos hechos» y «obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido» conceptos o partidas que se avienen mal con la relación de causalidad directa que deben guardar aquellos y estos con la promesa de matrimonio.

Una sentencia muy interesante, de la Audiencia Provincial de Toledo, de 3 de abril de 2000, excluyó del ámbito del reembolso la cantidad de ocho mil pesetas de «prueba de novia», en cuanto recogían, en realidad, un peinado consistente en «recogido, maquillaje y mechas», que no determina, por sí solo, que su destino fuera el proyectado matrimonio.

Nuestra doctrina jurisprudencial ha sido especialmente rigurosa en lo que respecta a la exigencia de la prueba de una relación de causa-efecto entre la promesa y los gastos realizados. Es decir, los gastos han de haber sido hechos porque se formuló la promesa y, en otro caso, no se hubieran hecho. La exigencia legislativa, en este sentido, se ofrece con claridad evidente, en función de lo dispuesto en el artículo 43 de nuestro Código Civil. Pero, además, en estrecha relación con lo anterior, como consecuencia obligada, la referida a la inutilidad de los gastos de no contraerse el matrimonio. Es decir, no ya solo es que los gastos se hayan hecho en consideración al matrimonio prometido, sino que solo serán reembolsables —no resarcibles— cuando, frustrado el proyecto de matrimonio, carezcan de utilidad. De lo que se infiere que, si de alguna manera, resultaren aprovechables o útiles al margen del matrimonio proyectado, tampoco a estos se entendería la obligación de reembolsar. Una sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 3 de abril de 2000, excluyó del reembolso, en el caso concreto enjuiciado, las ocho mil pesetas de prueba de novia, al no determinarse, por sí solo, que su destino fuera el proyectado matrimonio. A esto hay que

añadir que el gasto efectuado tuvo su utilidad. En esta misma línea argumental se mueve la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 10 de marzo de 1999, partiendo del presupuesto de que la actora había de ser resarcida de todos los gastos hechos en consideración exclusiva al matrimonio, de tal forma que carecen de utilidad tras la ruptura de relaciones. Algunos de los desembolsos realizados, como ajuar, ropa interior, traje y zapatos adquiridos para la boda se evidenciaron, excepto los dos últimos, como gastos inútiles para fin distinto del de la ceremonia proyectada, al haber reconocido la propia actora que el resto de los bienes carecían de características específicas que redujeran su uso a tal fin.

El reembolso se ha de limitar al interés negativo, o sea, a los gastos realizados en contemplación del contrato proyectado, con exclusión del posible lucro cesante. Esta exclusión resulta técnicamente correcta.

Hay autores, en nuestro país, que estiman inaplicables los artículos 43 y 1902 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial, en algunas resoluciones judiciales, se inclina por la compatibilidad de ambos preceptos. Así lo vemos, por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 30 de enero de 2001, al afirmar que la aplicación del artículo 1902 resulta cuanto menos discutible, al existir ya una regla especial, cual es la del artículo 43, debiendo prevalecer esta sobre cualquier precepto general.

Sin embargo, David VARGAS ARAVENA subrayaba, sobre esta cuestión, que no se puede negar que la retractación de la promesa realizada por la persona prometida está comprendida dentro de la libertad nupcial que el Ordenamiento Jurídico garantiza, por lo que el prometido abandonado sin causa solo podría obtener el resarcimiento de los limitados daños patrimoniales que le confiere el artículo 43 y de los demás que le permita el ejercicio de la acción de enriquecimiento sin causa. Pero en situaciones excepcionales como esta, y al objeto de obtener la íntegra reparación de los daños, en particular el daño moral, hay que ampararse, a juicio de este autor⁸, en el artículo 1902 del Código Civil, alegando y probando que la promesa no cumplió con los requisitos de validez al carecer de certeza, o seriedad, al no existir una voluntad real y seria en tal sentido de la prometida, y que existió una disconformidad entre la voluntad real y la declarada, en orden a celebrar los esponsales con la intención seria y cierta de celebrar más tarde el matrimonio. La certeza que el precepto requiere no solo está referida a que realmente exista certidumbre de haberse realizado la promesa de matrimonio, sino que también comprende la cierta, seria y voluntad real de parte de los prometidos, la intención verdadera de que realizarán todo lo necesario para materializar el matrimonio proyectado, voluntad que, por lo menos, debe concurrir en el momento en que se realiza la propuesta y la aceptación de los respectivos esponsales.

Habrà que examinar las condiciones y circunstancias del caso en particular, y, si bien podríamos recurrir a la aplicación del artículo 1902 del Código Civil para obtener la íntegra reparación, ello también implica que tendremos la pesada carga de la prueba de la culpa, así como de los daños alegados. De ahí que si es factible alegar y probar —sobre todo, probar— la culpa del prometido que haya roto los esponsales, se podrá acudir al artículo 1902, alegando que, si bien hubo promesa de matrimonio, esta no fue válida por falta de los requisitos de certeza y seriedad, en orden a la voluntad real declarada, sosteniendo la disconformidad entre la voluntad expresada y la verdadera intención y querer de la prometida, prescindiendo, en definitiva, del artículo 43. Pero, en caso contrario, si no existen las circunstancias que nos permiten probar la culpa, así como los demás requisitos de la tutela aquiliana, habrá que ceñirse a probar la promesa cierta de matrimonio, limitándose a obtener el resarcimiento

solo de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido.

Esta tesis citada no es admitida por muchos autores, al estimar el carácter de fórmula cerrada que, por lo que respecta al resarcimiento se adopta por el legislador, en función del artículo 43 y la dicción de este: «solo producirá». Y, de otra parte, se afirma que, al quedar excluida, por definición, la ilicitud de la conducta consistente en el incumplimiento, aun sin causa, de la promesa, no es posible la aplicación del artículo 1902.

VII. PROMESA DE MATRIMONIO Y DONACIONES PROPTER NUPTIAS

Otra cuestión interesante en relación con el tema de la promesa de matrimonio y su ruptura es la consistente en determinar qué sucede con las donaciones propter nuptias, es decir, aquellas donaciones efectuadas precisamente en razón al futuro matrimonio, tanto a favor de uno como de ambos esposos.

El proyectado matrimonio es la causa que motiva la donación, es decir, que actúa como motivo determinante en el donante, y a la inversa, la perspectiva de la donación influye en el donatario, a quien facilita el sostenimiento de las cargas familiares, tal como ha expresado LACRUZ BERDEJO⁹.

En relación con los terceros, parece clara la solución, ya que, al no celebrarse el matrimonio en su día prometido y proyectado, las donaciones quedan sin efecto, debiendo devolverlas, ya haya sido la donación hecha a uno de los esposos o a ambos.

Hay que plantearse, además, el tema de las donaciones realizadas entre los prometidos. Cuando una donación fue hecha por quien se retracta, sin causa, de los esponsales, el esposo donatario podrá conservar esta, y ello por aplicación analógica de lo establecido en los artículos 1306.2.º del Código Civil, al 1119 y al 1343.3.º.

VIII. OTRAS CONDUCTAS DAÑOSAS EN RELACIÓN CON LA PROMESA DE MATRIMONIO

Otra cuestión que hay que analizar es la relativa a determinadas conductas dañosas que pueden originarse con ocasión de la ruptura de la promesa de matrimonio. En este sentido, hay que tener en cuenta que el daño no tiene su exclusivo origen en la retractación sin causa de la promesa, sino que esta, unida a otras circunstancias, constituye una fuente, compleja, de la producción del perjuicio. Siguiendo esta línea orientativa, hay que citar, entre los daños, la seducción, las defraudaciones económicas, las vejaciones públicas, injuriosas y atentatorias a la dignidad de la persona, etc. Y que, junto a los esponsales y a su posterior ruptura sin causa, pueden dar origen a los más diversos tipos de daños, que, desde luego, exceden de las previsiones del artículo 43 de nuestro Código Civil, debiendo ser indemnizados conforme a las normas generales de la responsabilidad civil extracontractual, al constituir auténticos ilícitos civiles, llegando, incluso, muchos de estos daños a configurar verdaderos ilícitos penales que han de ser sancionados al tratarse de daños ocasionados indirectamente por la no realización del matrimonio prometido.

Sin embargo, hay juristas que se manifiestan en contra de la admisión de este tipo de daños, al fundarse en el tenor literal del artículo 43 y en el empleo

de la expresión «solo», rechazando la posibilidad de que se pueda acudir a otras acciones indemnizatorias, como el artículo 1902 del citado corpus legislativo civil, para la reclamación de otros daños que no sean los expresamente previstos en el artículo 43. Pero, desde mi punto de vista, puede haber daños que hayan de ser indemnizados conforme a las reglas generales, siempre que no estén fundados en la retractación de la promesa de matrimonio, sino en otros hechos, como, por ejemplo, injurias, calumnias, lesiones, etc., lo que corrobora, sin duda, que pueden existir factores o circunstancias que originen daños patrimoniales o no patrimoniales y que, evidentemente, han de ser indemnizables y todo ello en función del artículo 1902 del Código Civil.

De lo que se trata, en definitiva, es de aplicar el artículo 1902 para la reparación de unos daños que tienen un origen distinto, si bien cronológica o indirectamente puedan tener relación con los esponsales. En este sentido, cabe la referencia a una interesante sentencia dictada por el Tribunal Supremo, de 16 de diciembre de 1996, cuyos Hechos estaban referidos a una convivencia, de hecho, entre un hombre y una mujer, iniciada y mantenida bajo la promesa de futuro matrimonio, extendiéndose dicha relación durante más de tres años y de una forma estable, concurriendo los requisitos para ser estimada como convivencia *more uxorio*. Se alegó, y quedó probado, que la mujer aceptó iniciar y mantener la unión de hecho, fundada en la promesa de matrimonio otorgada, cuestión esta que, además, la motivó a trasladarse de ciudad junto con sus tres hijos, fruto de un matrimonio anterior, mudándose al domicilio de su prometido. El traslado de ciudad significó para la prometida entregar la vivienda que alquilaba, en la que, además, recibía a un número limitado de huéspedes que significaban un ingreso para su sustento. La certidumbre de la promesa de matrimonio se encontraba acreditada con el hecho de que se había incoado el correspondiente expediente matrimonial, habiéndose llegado, incluso, a fijar fecha para la celebración del matrimonio, celebración que nunca llegó a realizarse.

La esposa ejerció una acción civil, pretendiendo la atribución del uso y disfrute de ciertos bienes del demandado, así como la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de la promesa de matrimonio, reclamando incluso la reparación del daño moral. El demandado se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas por la actora.

El Tribunal de Primera Instancia resolvió condenar al demandado a abonar a la actora la suma de cinco millones de pesetas, concediéndole, además, el uso y disfrute, por un año, de un vehículo y, por dos años, el uso y disfrute de un piso, ambos de propiedad del demandado.

Recurrida la Sentencia, la Audiencia Provincial se limitó a rebajar la suma ordenada pagar, limitándola a la cantidad de tres millones de pesetas por concepto de daños y perjuicios por incumplimiento de la promesa de matrimonio, confirmando el resto de la Sentencia apelada.

Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo resolvió modificar el Fundamento Jurídico de la suma ordenada pagar, estimando que la argumentación de la demandante no podía encontrar cobijo en el artículo 43, cuestión que motivaba a resolver la controversia sin atender exclusivamente a la existencia, o no, de la promesa de matrimonio. El Tribunal Supremo declaró que los daños y perjuicios que se reclamaban encontraban su fundamento en la convivencia *more uxorio* desarrollada y, en particular, en la falta de previsión de ambos convivientes, pues no establecieron, con claridad, los deberes y derechos recíprocos que habían de regirlos, si bien no para el supuesto de la no celebración del matrimonio, ya que, tal como indica el artículo 42, constituiría cláusula nula.

El Tribunal Supremo estimó que la conducta del esposo había sido especialmente negligente, ya que, con su promesa, indujo a establecer la convivencia, sin reparar en las consecuencias que podían acarrear a la mujer el abandono de su hogar y de sus medios de vida. En definitiva, resolvió el Alto Tribunal estimando que los daños alegados eran reparables mediante el artículo 1902 del Código Civil, en cuanto fundamento de la responsabilidad extracontractual, pero advirtiendo que quedaban excluidos los daños morales demandados, ya que la frustración de la celebración del matrimonio no era indemnizable bajo ninguna cobertura legal, al igual que el estado de depresión reflejado y alegado por la esposa.

IX. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

¹ La generalidad de la doctrina española define así la promesa de matrimonio.

² DELGADO ECHEVERRÍA, J. Comentarios a los artículos 42 y 43, en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al título IV del libro primero del Código Civil*, Editorial Civitas, Madrid, 1994.

³ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, María Teresa. *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, trabajo inédito.

⁴ DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de derecho civil, volumen IV. Derecho de familia, derecho de sucesiones*, Editorial Tecnos, Madrid, 2006.

⁵ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. *Derecho de familia*, Madrid, 1989.

⁶ LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho Civil. Derecho de familia*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

⁷ SANCHO REBULLIDA, F. de Asís. *Elementos de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de familia*, fascículo 1.º, Editorial Bosch, Barcelona, 1989.

⁸ VARGAS ARAVENA, D. *Daños civiles en el matrimonio*, Editorial La Ley, Las Rozas (Madrid), 2009.

1.3. Derechos reales

Las consecuencias de la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario: especial referencia a los intereses moratorios*

The consequences of an abusive clause (unfair term) regarding mortgage loan: special reference to default interest

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Profa. Dra. de Derecho civil
Universidad Antonio de Nebrija*

RESUMEN: La reciente STJUE de 21 de enero de 2015 vuelve a incidir en el —ya— repetido tema de las cláusulas abusivas del préstamo hipotecario, en relación con su ejecución. En esta sentencia se analiza la existencia y eficacia de una cláusula en la que se fija el alcance de los intereses moratorios, cuando se aprecia y declara como abusiva por el juez. En concreto, se analiza si es contrario al Derecho de la Unión lo previsto en la LEC y en la LH, reformada tras la Ley 1/2013, precisamente para dar cumplimiento a lo establecido en la STJUE de 14 de marzo de 2013, con relación al alcance máximo previsto en el 114 LH para los intereses moratorios. Pero, las posibles consecuencias de la declaración de una cláusula abusiva, siempre según el TJUE, no se agotan en esas dos, sino que, de nuevo, parece que es posible la facultad del juez nacional de integrar o moderar dicha cláusula sin que se contravenga el Derecho comunitario.

¿Hay un cambio de criterio? ¿Cuál es el alcance real de la eficacia de una cláusula abusiva en un contrato de préstamo hipotecario? Con esta sentencia parece introducirse nuevas posibilidades que, en cierto modo, vuelven a introducir inseguridad jurídica. Analizamos esta sentencia y sus consecuencias.

ABSTRACT: *Recent Sentence of European Court of Justice, of January 21, 2015 again stressed the repeated theme of unfair terms of the mortgage loan. This sentence analyzes the existence and effectiveness of a clause in which the scope of default interest is fixed when shown and reported as abusive by the Judge. In particular, we analyze whether it is contrary to EU law the provisions of the Spanish Ley Enjuiciamiento Civil and the Ley Hipotecaria, renovated after Law 1/2013, specifically to comply with*

* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación «Préstamo responsable y ficheros de solvencia personal», Ministerio de Ciencia e Innovación (DER2013-46315DER 2013-46315-P), proyecto interdisciplinar con profesores de distintas universidades nacionales e internacionales, investigador principal: Matilde CUENA CASAS.

the provisions of the sentence of European Court of Justice of March 14, 2013, relative to the maximum extent provisions of 114.4 LH for default interest. The possible consequences of the declaration of an unfair term, again according to the European Court of Justice case law, are not confined to these two, if not, again, it seems possible the power of national courts to integrate or moderate this clause without contravenes EU law.

Is there a change in criteria? What is the real extent of the effectiveness of an unfair term in a contract of mortgage loan? With this ruling seems introduce new possibilities, in a way, reintroduced legal uncertainty. We analyze this sentence and its consequences.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas Abusivas. Préstamo Hipotecario. Intereses Moratorios. Eficacia. Procedimiento Ejecutivo.

KEY WORDS: *Unfair Contract Terms. Mortgage Loan. Default Interests. Effectiveness.*

SUMARIO: I. INTERESES DE DEMORA. 1. CONCEPTO Y CÁLCULO. 2. LÍMITES EN LOS INTERESES DE DEMORA.—II. LA EFICACIA DE LA CLÁUSULA ABUSIVA EN UN CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. 1. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL ANTES DE LA STJUE DE 21 DE ENERO DE 2015. 2. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DESPUÉS DE LA STJUE DE 21 DE ENERO DE 2015.—III. CONCLUSIONES.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTERESES DE DEMORA

1. CONCEPTO Y CÁLCULO

El préstamo hipotecario, normalmente, es un préstamo en el que se establecen intereses. Estos intereses son los denominados remuneratorios y equivalen al precio del dinero, o lo que cuesta que el acreedor ceda el dinero (bien fructífero) al deudor; en definitiva, los frutos que deje de obtener del mismo durante ese periodo. Es decir, los intereses remuneratorios u ordinarios son «los que se producen por el transcurso del tiempo que media entre la obtención de un crédito y su restitución», o más gráficamente, podemos decir que son «el precio del préstamo». Asimismo, las RRDGRN de 23 y 26 de octubre de 1987 añaden que «nacen del contrato mismo y vencen inexorablemente según vencen los plazos pactados» y «el nacimiento del crédito principal unido al transcurso del tiempo va determinando inexorablemente la obligación de su abono» (RDGRN de 20 de mayo de 1987).

Diferentes de estos, son los intereses de demora o moratorios. Estos últimos, sin embargo, se devengan desde el momento del incumplimiento de la obligación, como sanción a esa falta de cumplimiento, siendo esta su verdadera naturaleza, admitida, también por las RRDGRN de 23 y 26 de octubre de 1987; y, como dice YSAS SOLANES¹, su estipulación actúa como una cláusula penal, lo que justifica que su tipo sea superior al de los remuneratorios, pues así la pena sustituirá la indemnización de daños y el abono de los intereses en caso de incumplimiento.

Por lo tanto, no existen en el momento de la constitución de hipoteca, solo nacen si se incumple la obligación y, en consecuencia, su existencia y cuantía resultan indeterminadas. La distinta naturaleza de uno y otro tipos de interés da

lugar a que tengan distinto título para conseguir su efectividad hipotecaria, ya que estarán garantizados por hipotecas muy diferentes: ordinaria o de tráfico para los remuneratorios (la obligación ya ha nacido y está determinada, siempre que sean a interés fijo), e hipoteca de seguridad con fijación de un tipo máximo para los remuneratorios (pues se desconoce si la obligación llegará a nacer y la cuantía)².

Además, consideramos que el cálculo de la responsabilidad hipotecaria por estos intereses debe hacerse partiendo no del tipo de interés inicial remuneratorio, si no del tipo de interés máximo que se fija en la escritura de préstamo hipotecario para su cálculo (cuando sean a interés variable). El cálculo del máximo de responsabilidad hipotecaria por intereses se venía haciendo (RRDGRN de 22 y 23 de octubre de 1987, y de 22 de julio de 1996) con base en el tipo inicial, que generalmente es el más bajo y fijo durante un periodo determinado de tiempo, porque es el único conocido y el único del que se tiene seguridad de su existencia y cuantía. Como explicaba el Registrador en la RDGRN de 22 de julio de 1996, «los futuros tipos variables pueden no llegar a tener aplicación práctica, si no se dan los presupuestos previstos para la variación o si el prestatario los rechaza y opta por la amortización anticipada», lo cual les hace no aptos para el cómputo del máximo legal de responsabilidad hipotecaria por este concepto.

Sin embargo, no me parece del todo aceptable esta postura, y considero más adecuado aplicar el tipo máximo previsto al definir la cobertura hipotecaria por intereses variables o de demora. En efecto, el desconocimiento del alcance de la cuantía de intereses variables o moratorios que puede existir, y el hecho de que estos pueden devengarse en periodos distintos del inicial, donde ya no rige ese tipo inicial, sino uno que puede ser, debería obligar a prever el máximo del que pueda responder la finca por ese concepto. Para ello lo lógico es aplicar el tipo máximo, pues solo de esta forma el acreedor podrá ver suficientemente garantizado su crédito ante una inesperada subida de los tipos de interés o una prolongada mora. Además, si se aplicase el tipo inicial para calcular intereses variables y de demora, la responsabilidad hipotecaria o garantía hipotecaria resultaría en la práctica muy baja o escasa, pues ese tipo inicial, como ya he dicho, suele ser el más bajo, con la inseguridad que eso supondría para el acreedor hipotecario que no vería suficientemente garantizado su crédito.

Y si hablamos solo de los intereses moratorios, la determinación de la responsabilidad hipotecaria por este concepto con base en el tipo establecido para los remuneratorios, podría producir situaciones cuanto menos anómalas, sino injustas. Por ejemplo, si el tipo remuneratorio fuera muy bajo, también lo sería el de demora, contraviniendo así su finalidad de cláusula penal impuesta al deudor por el incumplimiento de la obligación, o si no existieran intereses del capital, tampoco habría moratorios dando lugar a una situación patentemente injusta para el acreedor.

Este criterio resultó confirmado por la DGRN y en la RDRGN de 18 de diciembre de 1999, afirmó que para el cálculo de la cobertura hipotecaria de los intereses moratorios debe tenerse en cuenta «el tipo máximo pactado al definir la respectiva cobertura hipotecaria, toda vez que los intereses efectivamente impagados que pretendan acogerse a dicha garantía pueden corresponder a periodos distintos del inicial, en los que puede regir aquel tipo máximo pactado para la cobertura de intereses moratorios —o uno superior incluso—».

Pues bien, cuál debe ser ese tipo máximo de responsabilidad hipotecaria en un préstamo garantizado con el derecho real, es parte del objeto de este trabajo, pues según cómo se establezca y calcule puede resultar abusivo, y si fuera así, debemos analizar después, cuáles serían las consecuencias de que esa cláusula

de intereses moratorios fuera nula, para el contrato de préstamo hipotecario y su ejecución.

2. LÍMITES EN LOS INTERESES DE DEMORA

Hasta la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, el legislador no estableció ningún límite concreto sobre la cuantía de los intereses moratorios en un préstamo hipotecario, dejando siempre como concepto indeterminado, y al arbitrio y acuerdo de las partes su cuantía, respetando el único límite de que no podrían ser considerados como usurarios.

La Ley contra la Usura no define, en concreto, cuándo los intereses adoptan tal carácter, remitiéndose a una regla general, en la que se determina que un préstamo es nulo cuando los intereses, según las circunstancias del caso concreto, sean exagerados. Subrayamos, no obstante, que ya establece la nulidad de todo el contrato de préstamo cuyo interés sea desproporcionado, usurero³.

La Ley Hipotecaria se limitaba a establecer en el artículo 114, que la responsabilidad hipotecaria por intereses frente a terceros no podría superar un máximo de 5 anualidades en ningún caso, pero no delimitaba o daba indicios de cuándo esos intereses eran abusivos y cuando no, prevaleciendo la libertad individual de contratación en este aspecto, y derivando la declaración de abusividad a criterios de equidad (en el caso concreto)⁴.

Sin embargo, la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, a instancias de la ya famosa STJUE 14 de marzo de 2013 (caso Aziz), introdujo en la LH un nuevo párrafo al artículo 114, del que sí parece (y digo parece porque la última sentencia europea que se va a comentar, lo contradice), que se establecen unos criterios objetivos para saber cuándo esos intereses son excesivos (abusivos) y cuando no.

En efecto, el nuevo artículo 114.4 LH dice lo siguiente: «*Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil*».

Esta disposición, establece un límite a los intereses de demora de los préstamos hipotecarios, y estos deberán calcularse o recalcularse conforme a lo que aquí se dispone, tal y como entiende la Disposición Transitoria 2.^a Ley 1/2013, en las hipotecas contratadas a partir de la entrada en vigor de dicha ley, o aquellas en las que ya se hubieran contratado pero cuyos intereses se devenguen con posterioridad a la misma, o cuya ejecución tuviera lugar a partir de esa entrada en vigor, obligándose a recalcular conforme a esa limite los intereses moratorios. El propio legislador utiliza la palabra «limitación» en esta Disposición Transitoria segunda, dando tal naturaleza a lo dispuesto en el 114.4 LH⁵.

A partir de esta reforma de la Ley 1/2013, parece, entonces, que el legislador quiere establecer un límite, sobrepasado el cual los intereses moratorios son abusivos. En el momento actual, si el interés legal del dinero se sitúa para el año 2015 en 3,5%, cualquier interés moratorio superior a 10,5% sería considerado abusivo.

Además, nos planteamos, justo la situación contraria, si el tipo de demora establecido en un contrato de préstamo hipotecario no supera tres veces el interés

legal del dinero ¿podría considerarse abusivo en el caso concreto, o esa regla del 114.4 LH es un límite cuantitativo nítido, en cuyo caso, todo interés moratorio que no lo superase nunca podría considerarse abusivo? A esto responde claramente la sentencia del pasado enero del Tribunal Europeo que se va a analizar.

Por otra parte, entendemos que si existe un interés abusivo, la cláusula que lo contiene sería, desde luego, nula (por contener un interés moratorio abusivo), pero, ¿podría afectar a todo el préstamo? ¿Debería simplemente excluirse del contrato? ¿Podría moderarse por el Juez para evitar consecuencias peores —nulidad del contrato entero—?

Estos son los objetivos de este estudio: determinar el alcance de la eficacia de una cláusula declarada nula por abusiva en el préstamo hipotecario y averiguar si el límite establecido en el nuevo artículo 114 LH es un límite de mínimos y máximos, o solo de máximos, a la luz de la doctrina jurisprudencial europea.

II. LA EFICACIA DE LA CLÁUSULA ABUSIVA EN UN CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

1. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL ANTES DE LA STJUE DE 21 DE ENERO DE 2015

Tras la famosa STJUE de 14 de marzo de 2013, el legislador español modificó varios preceptos legales con el fin de acompañar la legislación nacional con el Derecho de la Unión, en varios y diversos temas en relación con el proceso de ejecución hipotecaria, y sobre todo la apreciación de las cláusulas abusivas en estos contratos de préstamos hipotecario, como consecuencia de la necesaria protección al consumidor, establecida en la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

A los efectos que nos interesa resaltar en este trabajo, se modificó la LEC para permitir que el Juez apreciara de oficio la existencia de cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario, suspendiéndose la ejecución del procedimiento sumario hipotecario ya iniciado. Pero, asimismo, se introdujeron novedades sobre qué cláusulas eran abusivas, y qué debía ocurrir una vez que esas cláusulas se declaraban como tales.

En este sentido, se reformaron los artículos 695 LEC y 561 LEC.

En cuanto al primero de ellos, se añadió en el artículo 695 LEC una nueva causa de oposición a la ejecución de bienes hipotecados: la existencia de una cláusula abusiva en el préstamo hipotecario, que constituyera el fundamento de la ejecución o hubiera determinado la cantidad exigible, suspendiéndose la ejecución mientras se dirima. Si se estima esa causa de oposición, el Juez podrá acordar el sobreseimiento de la ejecución, si es que la cláusula fuera el fundamento de la misma, o, si no fuera así, podrá continuarse la ejecución con la inaplicación de dicha cláusula, nada más; se suprime o elimina la misma del contrato⁶. Dos son por tanto las posibles consecuencias de la apreciación de una cláusula abusiva en el procedimiento de ejecución hipotecaria: o inaplicarla y tenerla por no puesta, cuando no fuera determinante de la ejecución, o bien, sobreseer dicho procedimiento cuando la cláusula declarada abusiva fuera fundamento de la misma. Es decir, podría resumirse en que la eficacia de dicha cláusula abusiva puede ser doble: o la nulidad de todo el contrato que la recoge, o bien su eliminación del contrato, manteniendo el resto.

En un sentido muy parecido se manifiesta el artículo 561 LEC cuando afirma que en un procedimiento ejecutivo, cuando se hubiera formulado oposición por existir

una cláusula abusiva en el contrato, el Tribunal puede decidir la no procedencia de la ejecución o bien continuar adelante sin aplicar dicha cláusula: «cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquellas consideradas abusivas».

Por último, la Disposición transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, obliga al ejecutante a recalcular los intereses moratorios de las hipotecas que se encuentren en ejecución a la entrada en vigor de esta Ley, cuando ya se hubiera fijado la cantidad por la que se ha despachado ejecución. En este caso, sin embargo, solo se pone una obligación al ejecutante de recalcular dicha cantidad para conformarla a los intereses no abusivos, y poder mantener el procedimiento ejecutivo en marcha. Entendemos que si esto no se hiciera, la cláusula podría considerarse abusiva, debiendo decidir el Juez si se continúa con la ejecución o no, en los términos que se acaban de decir.

Según estos artículos, parece que la consecuencia normal cuando haya una cláusula abusiva por contener un tipo de interés moratorio excesivo (que supere ese porcentaje de 3 veces superior al interés legal del dinero) es que la cláusula sea, por supuesto, nula⁷; pero además, parece desprenderse que la consecuencia de la nulidad de esa cláusula es: a) tenerla por no puesta y eliminarla del contrato b) si fuera esencial para el mismo, podría dar lugar incluso a la nulidad de todo el contrato, lo que le invalidaría, por ejemplo, el título ejecutivo, haciendo nula la ejecución, c) obligación de recalcular los intereses de demora para que no superen los límites legales establecidos.

Esto es lo que se ha considerado hasta ahora, lo que se dedujo de la STJUE de 14 de marzo de 2013, y lo que interpretó entre otros la doctrina y los propios jueces.

En efecto, no podemos olvidar que estos cambios legislativos se debieron a la doctrina de la STJUE de 14 de marzo de 2013, que afirmaba la necesidad de adecuar el procedimiento ejecutivo hipotecario español al Derecho de la Unión, en el sentido de que el Juez pudiera apreciar de oficio la existencia de una cláusula abusiva en la hipoteca ejecutada, y suspender el procedimiento de ejecución mientras se dirime la abusividad o no de la cláusula. Sin embargo, el TJUE en esta sentencia, no abordó directamente las consecuencias que para el contrato de hipoteca y el ejecutivo hipotecario tendría la apreciación de la cláusula abusiva: ¿debe anularse todo el procedimiento, por ser nulo por completo el contrato préstamo hipotecario? ¿Debe moderar el juez la cláusula? ¿Debe simplemente eliminarse y tenerse por un puesto?

Los jueces españoles abordaron estas cuestiones no resueltas expresamente por la doctrina del Tribunal Europeo, pero sí implícitamente planteadas e indicadas, puesto que, a raíz de esa sentencia, los tribunales españoles empezaron a dictar resoluciones contradictorias en cuanto a los efectos de la ineficacia de la cláusula abusiva hipotecaria. De este modo, el Consejo General del Poder Judicial, en las conclusiones que hizo públicas, tras la celebración de la «Jornada sobre las repercusiones de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria. Especial referencia al régimen transitorio», y sobre el tema que nos atañe concluyó lo siguiente:

- a) Para determinar cuándo una cláusula es abusiva, y al igual que planteaba la STJUE, deberá atenderse, además de a la naturaleza y al objeto del contrato, a las circunstancias del momento de la contratación, al resto de cláusulas y a las normas de derecho interno, en particular a la nueva Ley 1/2013.

Y en concreto con respecto a la cláusula de intereses moratorios se determinó que habrá que comparar el que se haya establecido con los distintos tipos de interés referenciados en la normativa interna, y en particular el que se contempla en el nuevo artículo 114 LH (redacción Ley1/2013), que establece como tope máximo de los mismos tres veces el interés legal de los mismos.

- b) Y sobre el alcance de la ineficacia de una cláusula abusiva, y los efectos de su declaración de nulidad, entienden, con carácter general, que el Juez no puede integrar ni moderar dicha cláusula en el contrato, sino que debe limitarse a tenerla por no puesta, no puede aplicar dicha cláusula, y según la naturaleza del contrato y las circunstancias, al inaplicar la cláusula, el Juez deberá optar por continuar la ejecución sin la misma, o no despachar la ejecución pues esa cláusula formaba parte del objeto principal del contrato, título que origina dicha ejecución.

Y, además, descienden a determinar las consecuencias de la ineficacia de la cláusula abusiva de los intereses de demora, afirmando que «la nulidad comportará la exclusión de la cláusula y se considera que el principal devengará los intereses legalmente previstos, existiendo a estos efectos dos posiciones mayoritarias: la que defiende la aplicación del Código Civil (art. 1108), o la que sostiene la aplicación de la Ley Hipotecaria» (interés del nuevo 114, que es superar tres veces el interés legal).

En palabras de los jueces españoles, cuando una cláusula de un préstamo hipotecario contenga unos intereses de demora abusivos (entendemos que superan los límites del 114.4 LH), se tiene por no puesta esa cláusula y se aplican los intereses legales [hoy un 3,5%, o el máximo previsto por el nuevo 114.4 LH (10,5%)].

Entiendo que lo lógico en esta disyuntiva es aplicar el límite máximo que establece el 114.4 LH (tres veces el interés legal), pues esta solución casa mucho más con la propia naturaleza de un interés moratorio que es sancionatoria, ya que funcionan a modo de cláusula penal ante el incumplimiento voluntario del deudor, no siendo suficiente que se aplique el interés legal del dinero, más adecuado para unos intereses remuneratorios.

Y eso a pesar de la previsión legal del 1108 del Código Civil, pues esto hay que entenderlo como mínimo indemnizatorio, que procedería incluso en los casos de retraso por caso fortuito, y que tiene más sentido cuando no se hayan pactado ningún tipo de interés moratorio (1108 CC literal). Pero que, habiéndose pactado unos intereses de demora superiores, aunque luego se determinen excesivos y en consecuencia se inaplique la cláusula que los contiene, como si no se hubiera puesto, la voluntad de las partes inicialmente pactada es que estos intereses de demora fueran mayores, y por eso, entiendo más ajustado que se apliquen los intereses con el límite máximo del 114.4 LH.

Así, las cosas, parece que ante un interés moratorio abusivo, la cláusula que lo contiene no debe aplicarse, se tiene por no puesta, y se aplicaría el interés pactado en la Ley (a mi modo de entender el previsto en 114.4 LH).

Pero, creo que no determinaría la nulidad de todo el contrato, y en consecuencia de la ejecución, haciendo que se devenguen nuevos intereses de demora. Estamos de acuerdo con esta consecuencia de la ineficacia de la cláusula abusiva de intereses moratorios, pues esta eficacia menor (el tener la cláusula por no puesta), casa mejor con la propia naturaleza y función de los intereses moratorios en el préstamo hipotecario, donde no son elementos esenciales, si no obligación accesoria en el contrato. Por lo tanto, declarar la nulidad de todo el contrato por la nulidad de esta cláusula que contiene obligaciones no principales, nos parece

una consecuencia excesiva. Creemos que las resoluciones judiciales deben ir en este sentido, y no proclamar la nulidad de todo el contrato como consecuencia de la nulidad de la cláusula de intereses moratorios, como han hecho algunas⁸.

En consecuencia, ante las dos posibles efectos que se ofrecen como posibles cuando exista una cláusula con intereses moratorios abusivos —tenerla por no puesta, o declarar nulo todo el contrato— optamos por la primera de ellas, tal y como aboga el Consejo General del Poder Judicial, y parece más razonable por el propio carácter de estos intereses.

En principio la tercera opción, consecuencia de la ineficacia de una cláusula abusiva, la moderación o integración judicial de la misma no cabe porque es contradictoria con el Derecho de la Unión como se ha encargado de repetir el Tribunal Europeo. En concreto, es contrario al artículo 6 Directiva 93/13/CEE que sostiene que los «Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas». De este modo, la eficacia de una cláusula abusiva declarada como tal y por tanto nula es que no produzca efectos, no vincula al consumidor, y se debe tener por no puesta, subsistiendo en lo demás el contrato que la contiene. En este sentido se ha manifestado el TJUE en sentencias: 14 de junio de 2012 (Banco Español de Crédito C-618/10, EU:C:2010), 14 de marzo de 2013 (caso Aziz, C-415/11 EU:C: 2013), 30 de mayo de 2013 (C-604/11, EU:C:2013), 30 de abril de 2013 (Barclays Bank, C-280/13, EU:C:2014) y 17 de julio de 2014 (C-169/14, EU:C:2014). Sirva por todas ellas, lo que recoge esta última en su párrafo 23 que afirma que: «Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas (sentencia Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 40 y jurisprudencia citada)». El fundamento del artículo 6 Directiva 93/13/CEE es reemplazar de oficio el equilibrio real que deberían tener las partes en los contratos, a pie de igualdad.

La jurisprudencia española ha seguido este criterio, y, por ejemplo, la justificación concreta para que el juez tenga por no puesta la cláusula nula por abusiva de intereses moratorios, nos la da el AAP Castellón de 18 de diciembre de 2013, afirmando que si se permitiera la moderación o integración, o rebaja, por el Juez de los intereses moratorios excesivos, se estaría favoreciendo al prestamista, a quien no importaría poner elevados intereses de demora, pues sabe que, después, si se consideran abusivos se van a moderar por el Juez, no teniendo nada que perder por intentarlo, impidiendo o dificultando el objetivo que se plantea el artículo 7 Directiva 93/13/CEE: el cese del uso de cláusulas abusivas por los predisponentes. Mientras que si la cláusula se tiene por no puesta, y se extrae del contrato, a falta de intereses moratorios, se establecerá el legal, y por lo tanto, el prestamista, recibirá una menor cantidad por este concepto⁹.

Con tal justificada fundamentación, el Auto citado resuelve en contra de la posibilidad de moderación o integración por parte del Juez de la cláusula abusiva de intereses moratorios, afirmando que «no cabe aplicar un interés inferior al pactado, siendo la consecuencia su no aplicación, por lo que no cabe su moderación, que es definitiva lo que supondría la aplicación de la norma citada (Disposición Transitoria Segunda Ley1/2013)».

Entiende, por tanto, que no es aplicable tal disposición que parece permitir la moderación por los Tribunales de los intereses moratorios, ajustándolos al límite del 114.4 LH. Esto sería contrario al derecho y a la jurisprudencia de la Unión (art. 6 Directiva 93/13/CEE), en la medida que esa Disposición transitoria segunda permite la integración de la cláusula de intereses abusivos y por lo tanto, concluye, dicha disposición debe ser inaplicable por el Tribunal.

Con posterioridad, la SAP de Zamora de 4 de junio de 2014 resuelve en un sentido muy parecido al del Auto citado de Castellón. Después de analizar esta sentencia los criterios que en el caso concreto deben examinarse para saber si un interés moratorio es abusivo o no (a saber: si existen garantías, hipotecarias o no del crédito; la relación entre el interés remuneratorio y el moratorio; comparar con el tipo de interés interbancario, el interés legal del dinero, o el EURIBOR; y la apreciación de los tribunales en el caso concreto), concluye que el interés de demora del 19% del préstamo hipotecario es excesivo y abusivo. Y entiende que las consecuencias de que esa cláusula que lo contiene sea abusiva, son: la nulidad de la cláusula en concreto, y la no aplicación de la misma, con la subsistencia del contrato sin aquella, «sin otra modificación que la resultante de la supresión de la cláusula abusiva», todo ello con base en la jurisprudencia y derecho comunitario, pues así ha de interpretarse el artículo 6 en conexión con el 7 de la Directiva 93/13/CEE.

En concreto afirma que «de ello se deduce que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que permita al Juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida cláusula... el artículo 6 Directiva, debe interpretarse en el sentido de que no permite al juez nacional...limitarse a moderar el importe de la pena contractual impuesta en esa cláusula al consumidor como le autoriza el Derecho nacional, sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor».

De forma indirecta, esta vez, el AAP Girona, de 22 de diciembre de 2014, coincide con las resoluciones citadas, considera abusivo un interés moratorio del 19%, y afirma que no puede moderarse por el Juez, y que la Disposición Transitoria segunda Ley 1/2013, que parece contemplar dicha posibilidad, es contraria al Derecho comunitario, no pudiendo, en consecuencia, aplicarse la moderación allí prevista por la primacía del Derecho de la Unión.

Parece que tras todos estos pronunciamientos jurisprudenciales queda claro que la eficacia de una cláusula abusiva de intereses moratorios es tenerla por no puesta, y subsistencia del resto del contrato, si es posible. No cabe integración o moderación de los mismos. Esta posibilidad prevista en la Disposición transitoria segunda contradice el Derecho comunitario, y por tanto, debe inaplicarse esta disposición normativa de la Ley nacional española.

Sin embargo, otras dos resoluciones de los Tribunales menores (SAP Córdoba 20 de junio de 2014, SAP Alicante 11 de septiembre de 2014), parece que afirman lo contrario. De ellas parece deducirse que cabe la moderación o rebaja de los intereses moratorios hasta el máximo legalmente permitido, cuando estos sean abusivos; por otra parte, en línea con lo dispuesto en el ordenamiento patrio anterior, y el actual, según lo que establece la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 1/2013: El juez puede moderar una cláusula abusiva por intereses moratorios excesivos.

Esta consecuencia tampoco es ajena, como acabamos de subrayar, a nuestro ordenamiento. Si los intereses moratorios funcionan como pena al incumpli-

miento del deudor; a modo de cláusula penal, el juez español siempre ha podido moderar dicha cláusula conforme al artículo 1154 del Código Civil. En efecto, tal y como afirma la SAP Córdoba de 20 de junio de 2014, los intereses moratorios tienen una naturaleza disuasoria del incumplimiento e indemnizatoria del mismo, y por eso son más elevados que los intereses remuneratorios, pero esto no puede significar «un cheque en blanco» para el acreedor y que se puedan establecer unos intereses exagerados y desproporcionados, tal y como confirma la legislación de protección al consumidor. Hay que atender a las circunstancias particulares del contrato para determinar si esos intereses son abusivos o no, y compararlos con los índices legales establecidos. Por ello, considera que en el supuesto de hecho concreto de esta sentencia, los intereses del 18% anual, en un préstamo al consumo, son abusivos, pues deben compararse por analogía con el límite máximo del 114.4 LH, de tres veces el interés legal del dinero (5% en el momento del contrato). Por ello concluye que «determinada la abusividad del tipo porcentual de los intereses moratorios reclamados, el mismo, como regla general, no puede ser superior al equivalente al triple del interés legal en la fecha de celebración del contrato. Por lo expuesto la actora deberá presentar una nueva liquidación en la que se apliquen los intereses moratorios al 15%».

Es decir, hay que rebajar esos intereses, y se encarga dicha facultad al acreedor, por orden del Juez. En su argumentación recoge los argumentos de las SSAP Madrid de 7 de febrero de 2014 y Barcelona de 12 de diciembre de 2013, que declaran abusivos unos intereses moratorios muy por encima de los límites legales, y en concreto la primera de ellas afirma que sí cabe la moderación de estos cuando ha habido un pago parcial, afirmando lo siguiente: «ha de reputarse abusivo en atención a los parámetros usuales considerados al efecto y puesto que excede con mucho de 2,5 veces el interés legal del dinero a la fecha de la contratación en cuanto establecido en el 5%, intereses que son susceptibles de moderación en uso de alguna de las facultades previstas en los artículos 1103 y 1154 del Código Civil y ello porque aunque la doctrina mayoritaria es contraria a la posibilidad de revisión de las penas que puedan entenderse excesivas, cuando el incumplimiento es total, se admite el ejercicio de la facultad de moderación en ocasiones, en aras de la equidad y orillando el posible enriquecimiento de una de las partes, únicamente, cuando el incumplimiento es parcial o irregular como en este caso sucede, ya que, según el tenor literal del artículo 1154 del Código Civil, solo es posible el ejercicio de la facultad de moderación cuando la obligación principal hubiera sido «en parte o irregularmente cumplida» por el deudor (Sentencias del TS de 19 de diciembre de 1991 y 12 de febrero de 1993) dependiendo la facultad de moderación del cumplimiento parcial, no de la buena o mala fe del deudor; o de que la pena resulte desproporcionada o abusiva».

Por su parte, la SAP Alicante de 11 de septiembre de 2014, en un caso también, de crédito al consumo (una tarjeta de crédito), considera abusivo el interés de demora establecido, por imponer una indemnización desproporcionada en perjuicio del consumidor, pues esa cantidad pactada supera la que debería resultar de aplicar 2,5 veces el interés legal del dinero del momento¹⁰; es decir, supera los límites legales que deberían aplicarse y con quien deben compararse para determinar si los intereses establecidos son o no abusivos. Pero lejos de inaplicar o prescindir de tal cláusula por abusiva y nula, considera el Juez que deben recalcularse esos intereses, sin que se exceda de la cantidad máxima resultante de aplicar el 2,5% al interés legal del dinero. Concluye afirmando que «la consecuencia derivada de la nulidad es que esta solo afecta a la parte sancionadora o punitiva del interés de demora pero no a la parte resarcitoria del daño cierto causado a la entidad

financiera ante el retraso en el pago de las cuotas de amortización de manera que procede recalcular el interés de demora aplicando el que legalmente más se asimila como es el tipo equivalente a 2,5 veces el interés legal del dinero previsto en el artículo 20.4 de la Ley 16/2011, de Contratos de Crédito al Consumo».

Es decir, parece que la tercera de las posibles consecuencias de una cláusula declarada como abusiva, que parecía desechada tras la reciente jurisprudencia europea y nacional, en aras al efecto directo y primacía del Derecho comunitario sobre el interno, vuelve a «ponerse sobre la mesa», como opción posible, a pesar de que la jurisprudencia europea rechaza esa posibilidad y entiende no ajustado al Derecho comunitario la Disposición transitoria segunda Ley 1/203, al igual que la mayoría de la jurisprudencia española como hemos visto.

Un paso más, no sabemos si aclaratorio o no, sobre las consecuencias que debe tener una cláusula abusiva respecto de los intereses moratorios, se da a raíz de la STJUE de 21 de enero de 2015.

2. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DESPUÉS DE LA STJUE DE 21 DE ENERO DE 2015

Como ya hemos puesto de relieve, debemos insistir en que la facultad de moderar o integrar una cláusula abusiva por el Juez era una consecuencia normal que preveía nuestro ordenamiento. De este modo, la anterior LGDCU así lo preveía en el artículo 83¹¹, (y el 10 bis) y la propia LCGC también en el artículo 10¹².

Fue después de la Directiva 93/13/CEE, y su tardía trasposición, y más tardía aplicación en nuestro ordenamiento (después de la STJUE 14 de marzo de 2013), cuando se debe optar por la declaración de nulidad de todo el contrato en el que se inserte, o bien, tener por no puesta la cláusula, subsistiendo el mismo por entero sin aquella¹³, como se acaba de exponer. Esta interpretación es la que ha recogido la propia doctrina del TJUE, así como el TS, por ejemplo STS de 9 de mayo de 2014, y tuvo como consecuencia entre otras cosas la reforma de la LGDCU, por la Ley 3/2014, de 27 de marzo.

Sin embargo, la reciente STJUE de 21 de enero de 2015 vuelve a poner de manifiesto la posibilidad o la facultad de integrar el contrato y moderar la cláusula (en este caso los intereses moratorios) por parte del Juez que la aprecia. Se trata de una sentencia que aborda la cuestión que aquí estamos tratando de forma expresa y clara, pues se plantea, como ahora veremos, una cuestión prejudicial ante el Tribunal Europeo precisamente para que se aclaren cuáles deben ser las consecuencias que deben extraerse del carácter abusivo de una cláusula de intereses moratorios exagerados en un préstamo hipotecario.

Los hechos son los siguientes:

Se inician varios procedimientos de ejecución hipotecaria por las entidades Unicaja Banco y Caixabank, ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Marchena (Sevilla), aplicando los tipos de interés de demora pactados (18% que podría aumentarse hasta un máximo del 25%, y 22,5% en otro caso). En ambos contratos de préstamo hipotecario se establecía una cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento del mismo, exigiendo el acreedor la totalidad de la cantidad pendiente, más los intereses, los intereses moratorios, comisiones, costas y gastos.

El Juez español se plantea el carácter abusivo de dichos intereses de demora, y tiene dudas sobre las consecuencias que deben extraerse del carácter abusivo

de dichas cláusulas, por lo que plantea cuestión prejudicial ante el TJUE, ya que según el artículo 114.4 LH debería ordenar que se recalculasen los intereses de demora cuyo tipo fuera tres veces superior al interés legal del dinero, aplicándose el tipo resultante de esa operación, que sería el límite máximo que se permite.

Sin embargo, pregunta:

- a) Si esta es la solución que debe adoptar, o si, de conformidad con lo establecido en el artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE, cuando el Juez nacional aprecie una cláusula abusiva relativa a intereses moratorios en el préstamo hipotecario, debe proceder a declarar la nulidad de la cláusula, su carácter no vinculante, inaplicándola, y eliminándola del contrato, o por el contrario debe moderar esa cláusula, ordenando al acreedor que recalcule los intereses según el límite legal establecido en el artículo 114.4 LH.
- b) Si la Disposición Transitoria segunda de la Ley 1/2013 no supone una limitación clara a la protección de los intereses del consumidor, pues impone implícitamente al órgano jurisdiccional la obligación de moderar la cláusula de los intereses moratorios, recalculándolos; manteniendo por tanto la vigencia de una cláusula abusiva en lugar de declarar su nulidad y no vinculación.
- c) Si, en consecuencia, esa Disposición Transitoria segunda se opone al Derecho de la Unión, en concreto al artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE, al impedir la aplicación de los principios de equivalencia y efectividad en materia de protección al consumidor, y evitar la sanción de nulidad y no vinculación de la cláusula abusiva.

Pues bien, el TSJUE, en su sentencia de 21 de enero de 2015 afirma lo siguiente:

1. Recuerda que «en lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y un profesional, la redacción del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculante para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido del mismo». Pues, si el juez pudiera moderar o modificar el contenido de dichas cláusulas abusivas, se pondría en peligro el objetivo previsto en el artículo 7 Directiva. Esa posibilidad «contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que pura y simplemente tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas 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 (sentencias Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, apartado 69, y Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 79)».
2. Con estas consideraciones, según recoge en el párrafo 32 de la sentencia, se afirma que el artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE se opone a la norma nacional que permite al Juez, cuando declara la nulidad de una cláusula abusiva concreta, integrar dicho contrato, modificando esa cláusula.

3. Sin embargo, y dicho esto, continúa afirmando la sentencia que no se puede olvidar que la declaración como abusiva de una cláusula debe hacerse atendiendo a las circunstancias concretas en que se contrató, y a la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato; y también debe atenderse a estas circunstancias para apreciar las consecuencias que tal cláusula abusiva va a producir, conforme al marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional.
4. Por eso, no hay que olvidar que la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 no está pensada solo para contratos entre consumidores y profesionales, siendo aplicable también en los contratos de préstamo hipotecario de cualquier clase, también entre particulares, a los que debe aplicarse, en este caso, solamente la ley nacional. Y de ello, debe deducirse que superar el límite que allí se establece junto con el artículo 114.4 LH respecto de los intereses de demora, «no debe prejuzgar en absoluto la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula por la que se establecen intereses de demora»¹⁴.
5. En estas circunstancias, nada impide al Juez nacional que resuelva conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria segunda, siempre que no se le impida, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.1 Directiva, apartar o no aplicar la cláusula abusiva por intereses moratorios. En concreto afirma que «por lo tanto, es preciso considerar que, en la medida en que la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 no impide que el juez nacional pueda, en presencia de una cláusula abusiva, ejercer sus competencias y excluir la aplicación de dicha cláusula, la Directiva 93/13/CEE no se opone a la aplicación de tal disposición nacional».

No se opone por tanto esta Disposición al Derecho de la Unión; puede aplicarse, siempre que «no prejuzgue la apreciación por parte del juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula, y no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva».

En definitiva, el Juez nacional sí puede moderar los intereses moratorios siempre que pueda apreciar la existencia de una cláusula abusiva, y esta opción no le impida optar por dejar sin aplicar y poder extraer del contrato la cláusula abusiva conforme al Derecho comunitario.

Por eso, es importante subrayar que, de las afirmaciones de esta sentencia europea, también cabe como consecuencia de la existencia de una cláusula abusiva de intereses moratorios su moderación por el Juez nacional, cuando así corresponda, a la luz y sin vulnerar el Derecho de la Unión.

Es más, la STJUE, en los párrafos siguientes, concluye admitiendo que es posible que la existencia de un interés de demora inferior a los límites de los artículos 114.4 LH y de la Disposición Transitoria 2.^a nacional mencionada, pueda ser también considerado abusivo por el Juez nacional, en el sentido del artículo 3 Directiva 93/13/CEE. El hecho de que sea inferior a los límites establecidos no implica su licitud. Sin embargo, si los intereses son superiores a los límites legales, sí serán considerados como abusivos.

En consecuencia, «los límites» del 114.4 LH en relación con la Disposición Transitoria segunda, lo son solo como topes máximos y no mínimos. Son parámetros, pero el no superarlos no siempre implica licitud. En definitiva, la abusividad de una cláusula hay que declararla en el caso concreto y atendiendo a todas las circunstancias que rodearon la contratación.

Y si se declara una cláusula de intereses de demora nula por abusiva, sus consecuencias son diversas, pues atendiendo a la ley que se deba aplicar, y siempre que se respete el Derecho comunitario, debe caber tanto la eliminación y no aplicación de la misma, como su moderación judicial.

Esta es la novedad que, a mi juicio, introduce esta sentencia, que debe tenerse en cuenta, y no debe denostarse, sin más, la facultad moderadora del Juez en este caso concreto. Es una consecuencia más y posible de la cláusula de intereses moratorios abusivos, si así corresponde según las circunstancias y tipo de préstamo hipotecario en la que se inserte.

La doctrina que establece esta sentencia puede interpretarse solamente en el sentido de que la Disposición transitoria 2.^a no es contraria a la Directiva 93/13/CEE, pero que el Juez debe inaplicar la cláusula abusiva, puesto que la sentencia dice que esa facultad no puede impedírsela al Juez¹⁵. Yo la entiendo en el sentido de que, además de que debe respetarse la facultad del Juez de no aplicar la cláusula nula como dice la Directiva mencionada, puede también moderarse esos intereses moratorios cuando se trate de un préstamo hipotecario que no se haya contratado entre un profesional y un consumidor, donde cabe aplicar la legislación nacional.

En este sentido vuelve a reabrirse la posibilidad de moderación de los intereses, si bien, en un principio limitado a los préstamos hipotecarios en los que no interviene un consumidor, el hecho de que incluso se aplique por analogía la legislación prevista para préstamos hipotecarios, a otro tipo de préstamos al consumo¹⁶, puede hacernos pensar que nada obsta que también por analogía, y mucho más cercana, podría aplicarse la legislación europea a préstamos hipotecarios en los que no haya consumidor, en cuyo caso no cabría la moderación... es decir, considero que con esta interpretación que hago de la STJUE de 21 de enero de 2015, se abre de nuevo la puerta a cierta arbitrariedad, aplicación analógica, y por tanto, cierta inseguridad jurídica, al no quedar claro, de nuevo, cuáles son las consecuencias de la declaración de una cláusula abusiva por intereses moratorios.

III. CONCLUSIONES

I. La cláusula de los intereses de demora en el préstamo hipotecario tiene una especial naturaleza, cercana a la cláusula penal, que pretende sancionar al deudor que incumple el pago del préstamo. Por eso su cuantía es más elevada que la de los intereses remuneratorios.

II. Pero el hecho de que sean mas elevados no significa que puedan establecerse de una forma desproporcionada o desorbitada en el préstamo hipotecario, pues de lo contrario, serían abusivos.

III. El artículo 114.4 LH introducido por la Ley 1/2013 de protección del deudor hipotecario y su Disposición Transitoria 2.^a establecen unos límites máximos de los intereses de demora en los préstamos hipotecarios contratados para la adquisición de la vivienda habitual: no pueden superar tres veces el interés legal del dinero.

IV. Los intereses moratorios que superen dicho límite son abusivos, y por lo tanto la cláusula debe apreciarse y declararse nula por el Juez. El problema es determinar las consecuencias de la cláusula abusiva. Tres son las opciones: moderar la cláusula, recalculando los intereses, e integrar el contrato por el Juez; no aplicar la cláusula y subsistencia del resto del contrato; o no aplicar la cláusula y si fuera esencial, declarar la nulidad de todo el contrato.

V. La cláusula de intereses moratorios no es esencial, así que declarada su nulidad, se eliminaría del contrato que sigue produciendo sus efectos, por lo que la tercera de las consecuencias no procede en este caso. La duda es si cabe tanto la moderación como la inaplicación de dicha cláusula.

VI. El artículo 6.1 Directiva 93/13/ CEE junto con el 7 de la misma determinan que la consecuencia de la existencia de una cláusula abusiva en el préstamo hipotecario es su inaplicación, mientras que de los artículos 114.4 LH y la Disposición transitoria 2.ª de la Ley 1/2013 se deduce la posibilidad de moderar la cláusula abusiva de intereses de demora por el Juez.

VII. La jurisprudencia europea y española mayoritariamente ha rechazado la posibilidad de recalcular los intereses moratorios y de moderar la cláusula, optando en virtud del Derecho de la Unión, por la no aplicación de la misma en el contrato.

VIII. Sin embargo de la STJU de 21 enero 2015 parece admitirse asimismo la posibilidad de moderación de los intereses de demora por el Juez en el préstamo hipotecario. Pues esta sentencia afirma que esta Disposición Transitoria no se opone al derecho de la Unión, puede aplicarse, siempre que «no prejuzgue la apreciación por parte del juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula, y no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva».

IX. Luego, debemos concluir, que la eficacia de una cláusula abusiva por contener intereses de demora abusivos en un préstamo hipotecario puede ser tanto su no aplicación, como su moderación, recalculando los mismos para que no superen los límites máximos establecidos, cuando así sea posible por la legislación aplicable y las circunstancias del préstamo hipotecario.

X. Vuelve a reabrirse la posibilidad de admitir la moderación de los intereses, si bien, en un principio limitado a los préstamos hipotecarios en los que no interviene un consumidor; y de este modo, se abre de nuevo la puerta a cierta arbitrariedad, aplicación analógica, y por tanto, cierta inseguridad jurídica, al no quedar claro, de nuevo, cuáles son las consecuencias de la declaración de una cláusula abusiva por intereses moratorios.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (SSTJUE):

- 14 de junio de 2012
- 14 de marzo de 2013
- 30 de abril de 2013
- 30 de mayo de 2013
- 17 de julio de 2014
- 21 de enero de 2015

TRIBUNAL SUPREMO (SSTS):

- 5 de julio de 1982
- 19 de diciembre de 1991
- 12 de febrero de 1993

- 7 de mayo de 2002
- 31 de enero de 2008
- 18 de junio de 2012
- 22 de febrero de 2013
- 12 de septiembre de 2014

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (RRDGRN):

- 20 de mayo de 1987
- 23 de octubre de 1987
- 26 de octubre de 1987
- 22 de julio de 1996
- 22 de julio de 1996
- 18 de diciembre de 1999
- 17 de marzo de 2000

AUDIENCIAS PROVINCIALES (SSAP, AAP):

- SAP Castellón, 26 de febrero de 2013
- SAP Barcelona, 12 de diciembre de 2013
- SSAP Madrid, 7 de febrero de 2014
- SAP de Zamora, 4 de junio de 2014
- SAP Córdoba, 20 de junio de 2014
- SAP Alicante, 11 de septiembre de 2014
- AAP Castellón, 12 de julio de 2012
- AAP Castellón, 18 de diciembre de 2013
- AAP Girona, 22 de diciembre de 2014

PRIMERA INSTANCIA (SSTPI):

- STPI núm. 3 de Arrecife, 8 de abril de 2013
- SJPIEI de Cáceres, 23 de enero de 2015

V. BIBLIOGRAFÍA

YSAS SOLANES, M. (1993). Las obligaciones garantizadas con hipoteca en el contrato de préstamo. *DN*, núm. 34/35, 1-19.

NOTAS

¹ YSAS SOLANES, M. (1993). Las obligaciones garantizadas con hipoteca en el contrato de préstamo. *DN*, núm. 34/35, p. 3.

² De este modo, sostenemos también que por el mismo principio de especialidad no puede entenderse incluidos bajo la genérica cobertura real por intereses a los devengados en caso de mora y a los ordinarios conjuntamente, ni que puede aplicarse globalmente el límite que establece el artículo 114 LH al conjunto de ambos intereses, ya que esto no sería

congruente con naturaleza y regímenes tan distintos. Ya que si por su distinta naturaleza deben garantizarse de forma separada, y deben estar perfectamente diferenciadas las responsabilidades hipotecarias correspondientes, no se entiende que luego hayan de computarse conjuntamente a los efectos del límite del artículo 114 LH. Esta tesis fue admitida y confirmada por la propia DGRN en resoluciones 18 de diciembre de 1999 y 17 de marzo de 2000 entre otras.

³ Ley de 23 de julio de 1908, de la Usura. Artículo 1: Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

⁴ Artículo 114 LH, antes reforma Ley 1/2013: Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años.

⁵ Disposición transitoria 2.ª Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social: La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos, será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos. En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.

⁶ Artículo 695.3 LEC, tras reforma Ley 1/2013: El auto que estime la oposición basada en las causas 1.ª y 3.ª del apartado 1 de este artículo mandará sobreeser la ejecución; el que estime la oposición basada en la causa 2.ª fijará la cantidad por la que haya de seguirse la ejecución. De estimarse la causa 4.ª, se acordará el sobreesimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución. En otro caso, se continuará la ejecución con la inaplicación de la cláusula abusiva.

⁷ De esto no cabe ninguna duda pues es la consecuencia normal de toda cláusula abusiva, según el artículo 8.2 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y el artículo 83 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 (art. 83 redactado por el apartado veintisiete del artículo único de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la (BOE 28 de marzo): 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.

⁸ Sentencia del Tribunal de primera Instancia núm. 3 de Arrecife, de 8 de abril de 2013, que suspende el procedimiento ejecutivo ante la existencia de una cláusula abusiva de intereses moratorios, que al final declara nula, y con ella todo el préstamo, la garantía y el procedimiento y recoge la doctrina de STS 22 de febrero de 2013 que, a su vez, repite la de las SSTS 5 de julio de 1982, 7 de mayo de 2002, 31 de enero de 2008 y 18 de junio de 2012. En estas sentencias se aboga por la nulidad de la garantía hipotecaria, cuando el préstamo que garantiza es declarado nulo, por razones de su accesoriedad. Y considera que el préstamo es nulo en su totalidad cuando contiene una cláusula abusiva por ser usuraria (19% interés de demora), ya que: En los tiempos en que vivimos, no tiene ninguna justificación, salvo el afán de enriquecimiento de las entidades financieras, el establecimiento

de intereses moratorios superiores, ni siquiera en un punto, a los intereses normales, dado que ninguna pena o sanción se puede imponer a quien ninguna culpa tiene por no poder atender a un préstamo hipotecario. Por todo lo expuesto, entendiendo que el tipo fijado para los intereses moratorios del préstamo hipotecario que dio origen al presente procedimiento del 19% es abusivo y usurario, y en cumplimiento de la doctrina jurisprudencia expuesta en los dos primeros fundamentos jurídicos de esta resolución, debo decretar y decreto la nulidad del referido préstamo, así como de la hipoteca que lo garantiza y, en consecuencia, debo decretar la nulidad del presente procedimiento hipotecario, y de todas las actuaciones practicadas en el mismo.

⁹ Véase AAP Castellón, 18 de diciembre de 2013: En el Auto de esta Sala núm. 134, de fecha 12 de julio de 2012 y en nuestra Sentencia de esta Sala núm. 92, de fecha 26 de febrero de 2013, entre otros, al referirnos a esta cuestión ya dijimos que: La consecuencia de la declaración de nulidad de las cláusulas mencionadas es la de su no aplicación, no estando facultado el tribunal para integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusulas abusivas, como así resolvió el Tribunal de Justicia en la sentencia referida, de fecha 14 de junio de 2012, para los intereses de demora ya que dicha facultad integradora, es decir, aplicando un tipo de interés de demora inferior al pactado, se opone al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13. La razón de ello es que el ejercicio de la facultad integradora y moderadora podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13, ya que contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, 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. La consecuencia de la aplicación de dicho criterio al caso es que, eliminada del contrato la cláusula de interés moratorio y prohibida la integración del contrato en esta vertiente, la mora del deudor no puede devengar interés alguno, lo que consecuencia de la nulidad por abusiva de la cláusula inserta en el contrato y contribuye a la finalidad disuasoria a que se refiere el tribunal comunitario.

¹⁰ Tal y como establece el artículo 20.4 Ley 16/2011 de Contratos de crédito al consumo, que fija el tope máximo de los intereses moratorios en el 2,5 veces el interés legal en estas operaciones.

¹¹ Anterior artículo 83 LGDCU, antes reforma 2014: 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. La Sentencia TS, Sala 1.ª de 12 de septiembre de 2014, rec. 1460/2013, fija como doctrina jurisprudencial que la condición general de los contratos de préstamo concertados por los consumidores, en la que se prevea la firma por el prestatario (y en su caso por el fiador), de un pagaré en garantía de aquel, en el que el importe por la que se presentará la demanda de juicio cambiario es complementado por el prestamista con base en la liquidación realizada unilateralmente por él, es abusiva y, por tanto, nula, no pudiendo ser tenida por incorporada al contrato de préstamo, y, por ende, conlleva la ineficacia de la declaración cambiaria.

¹² Artículo 10 LCGC: 1. La no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si este puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia. 2. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.

¹³ Artículo 6.1 Directiva 1993/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. 1. Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

¹⁴ El párrafo 36 recoge estas ideas: Tal como señalaron tanto el Gobierno español en sus escritos y en la vista, como el Abogado General en los puntos 38 y 39 de sus conclusiones, el ámbito de aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 comprende cualquier contrato de préstamo hipotecario y, de este modo, no coincide con el de la Directiva 93/13, la cual únicamente se refiere a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor. De ello se sigue que la obligación de respetar el límite máximo del tipo de interés de demora equivalente a tres veces el interés legal del dinero, tal como la impuso el legislador, no prejuzga en absoluto la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula por la que se establecen intereses de demora.

¹⁵ Este es el sentir y la interpretación, a mi juicio, simplista que recoge la reciente SJPIEI de Cáceres, de 23 de enero de 2015, justo después de publicada la sentencia europea que se comenta. Esta sentencia del Juzgado de Primera Instancia entiende que no se puede declarar la abusividad de una cláusula y al mismo tiempo recalcular los intereses abusivos que contiene. Si se acuerda que es abusiva hay que dejar de aplicar la cláusula, y no recalcularla.

¹⁶ Véase lo ya expuesto en el SAP de Córdoba 20 de junio de 2014. Notas de urgencia sobre el derecho de transmisión. Una crítica negativa a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 y a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de marzo de 2014.

1.4. Sucesiones

Notas de urgencia sobre el «derecho de transmisión»: una crítica negativa a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 y a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de marzo de 2014

Urgent Notes on the Right of Transfer: a Negative Criticism of the Supreme Court's Ruling of 11 September 2013 and the Directorate-General of Registries and Notaries' Decision of 26 March 2014

por

CÉSAR-CARLOS PASCUAL DE LA PARTE
Notario

RESUMEN. El autor realiza un análisis crítico de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 sobre la transmisión del *ius delationis* y de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de marzo de 2014 que se acomoda a aquella. A su juicio el transmisario ejercita en nombre propio el contenido de una delación cuya titularidad corresponde a otro, pero que hereda al transmitente en virtud de una doble retroacción de efectos. Y considera que la posición jurisprudencial ahora adoptada en torno al *ius transmissionis* supone un extraño privilegio en exclusivo beneficio de los sucesores universales del transmitente y en perjuicio de su cónyuge, acreedores y reservatarios.

ABSTRACT: *The author gives a critical analysis of the Supreme Court's ruling of 11 September 2013 on a transfer of the right to accept or reject an inheritance and the decision given by the Directorate-General of Registries and Notaries of 26 March 2014 to adjust to the ruling. In the author's opinion, the transferee is exercising in his own name the contents of a right he has inherited from another, to whom it originally belonged by virtue of a double retroaction of effects. Furthermore, the author feels that the position the court has established on *jus transmissionis* entails a strange privilege to the exclusive benefit of the transferor's universal successors and the detriment of the transferor's spouse, creditors and persons for whom items of the deceased's estate are reserved.*

PALABRAS CLAVE: Derecho de transmisión. Herencia

KEY WORDS: *Right of transfer. Inheritance*

SUMARIO: I. PRELIMINAR.—II. EJEMPLOS EN DONDE SE REFUTA LA NUEVA POSICIÓN JURISPRUDENCIAL Y REGISTRAL.—III. LA *CONDITIO IURIS* (UNA ADVERTENCIA IMPORTANTE).—IV. LA ESTRUCTURA INTERNA DEL ARTÍCULO 1006 DEL CÓDIGO CIVIL.—V. LA ACEPTACIÓN DEL TRANSMISARIO Y LA INVESTIDURA *POST MORTEM* DEL TRANSMITENTE. LA RETROACCIÓN DE EFECTOS.—VI. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA.—VII. UNA MENCIÓN A LA CUESTIÓN FISCAL.—VIII. LA ACEPTACIÓN TÁCITA DEL TRANSMITENTE-DELADO: NUEVAS ORIENTACIONES JURISPRUDENCIALES.—IX. EPÍLOGO.

I. PRELIMINAR

El derecho de transmisión o, mejor, la transmisión del «*ius delationis*» en la sucesión hereditaria, se encuentra recogido, en norma precisa, en el artículo 1006 del Código Civil, que dice: «*Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasara a los suyos el mismo derecho que él tenía*».

El supuesto de hecho es el siguiente: Fallece A dejando como heredero a B, el cual fallece posteriormente sin aceptar ni repudiar la herencia de aquel, por lo que su derecho pasa (vía artículo 1006) a su heredero C, pudiendo ocurrir que, así mismo, fallezca C, también sin aceptar ni repudiar, por lo que tal derecho pasará a D..., y así sucesivamente, sin límite alguno, hasta que se adquiera la herencia en cuestión o se la repudie.

Pues bien, como escribimos para juristas ya entendidos en la materia, dejaremos de lado cualquier explicación de conceptos básicos y mínimos, para evitar cualquier distracción colateral. Por eso, tan solo recordar que, desde que fallece una persona hasta que se adquiere su herencia, se suelen distinguir una serie de fases o etapas (que pueden coincidir en el tiempo), aunque siempre pueden separarse conceptualmente.

En este sentido, es común opinión entre la práctica unanimidad de los autores distinguir, como fases de la adquisición de la herencia: 1.º) La apertura de la sucesión; 2.º) La Vocación a la herencia; 3.º) La Delación de la herencia; y 4.º) La aceptación de la herencia.

Aquí solamente, nos interesa que se preste atención a la *DELACIÓN*; es decir, desde que se abre la sucesión de una persona, que se produce en el momento de su muerte y tras el genérico llamamiento *in abstracto* de todos los posibles herederos (*vocación*), la delación de la herencia es el *concreto ofrecimiento de la misma*. Supone un paso más: implica la existencia de una persona concreta y determinada llamada a la herencia, con *posibilidad inmediata de aceptarla*. En definitiva, no todos los llamados o «vocados» van a ser «delados». Solo serán *DELADOS* aquellos que reúnan (cumulativamente) los requisitos requeridos por la Ley para ello:

1. Que la sucesión esté abierta.
2. Que exista una designación, llamamiento o vocación para suceder, siendo indispensable que el llamado esté determinado o, cuando menos, sea determinable; si bien hay que aclarar que, en este último caso (mientras el designado no se haya determinado), la herencia no está puesta a su disposición y no la puede aceptar (v. grac. cumplimiento de la condición suspensiva *conditio facti* o nacimiento del concebido).
3. Que el llamado sobreviva al difunto.
4. Que el llamado a la herencia tenga aptitud y capacidad.

Conviene, pues, retener esta idea fundamental de que solamente la persona *delada*, previamente designada (o si se prefiere, *nombrada*) por el testador o por la Ley, con carácter único o preferente, exclusivo y excluyente, va a poder ser heredera del causante. No puede serlo ninguna otra persona, pues al igual que la condición de heredero, el título o cualidad de *delado* es intrasmisible. De manera que el «muro jurídico» que supone la *delación* exclusiva y excluyente, actual y concreta a favor del transmitente (el que falleció sin aceptar ni repudiar la herencia), impide esta posibilidad.

Esto sentado y aclarado, nosotros nos ocuparemos, en este breve artículo de la cuestión que más polémica doctrinal y jurisprudencial suscita y ha suscitado siempre; a saber: Nos estamos refiriendo al problema de si el transmisario, cuando actúa o ejercita el *ius delationis* contenido en la herencia de su causante y transmitente, se convierte en heredero del primer causante o si, por el contrario, en simple heredero del transmitente (o segundo causante).

Nosotros, ya dimos respuesta y solución a este problema de manera precisa y contundente en: *Anuario de Derecho Civil, Tomo XLIX, octubre-diciembre, año 1996; pp. 1541-1597, («Sobre el carácter meramente instrumental de la transmisión del ius delationis (ex artículo 1006 del Código Civil). La posición jurídica del transmitente y del transmisario»)* de José Luis FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y César Carlos PASCUAL DE LA PARTE —Notarios—; y explicábamos cumplidamente que el *transmisario* es heredero del transmitente, y, en modo alguno, recta-vía del primer causante; aclarando, a nuestro entender, qué es, en realidad, lo que encierran las palabras del oscuro artículo 1006 de nuestro Código Civil.

Conclusiones que suscribimos plenamente en la actualidad, y a las cuales nos remitimos para su examen más pormenorizado y evitar reiteraciones innecesarias.

Sin embargo, tras la *sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 y la resolución de la DGRN de fecha 26 de marzo del año 2014* (que ha ajustado sus dictados a la doctrina de nuestro más alto tribunal), *se ha cambiado el criterio tradicional que se mantenía, sobre todo por la Dirección General, en este asunto, con graves consecuencias desfavorables para el cónyuge viudo del transmitente, así como de los legitimarios y acreedores de este último y aún de reservatarios.*

Así pues, tras estos fallos jurisprudenciales, nos ha parecido oportuno volver sobre este asunto tan discutido y puntualizar algunas cuestiones que consideramos fundamentales en su resolución.

En este sentido, pensamos que, cualquiera que sea la teoría que se siga, lo determinante para resolver la cuestión y explicar razonada y razonablemente quién hereda a quién, es configurar correctamente la trascendencia jurídica de la aceptación de la herencia por el transmisario y la retroacción de efectos por ella producidos; esto es, cómo se explica el efecto retroactivo de la misma: cómo, cuándo, porqué, y en qué cabeza operan los efectos de la misma. (Todo lo cual ya explicamos ampliamente, en nuestro anterior citado trabajo; pero algo resumido diremos a continuación).

De suerte que, no explicado este extremo convenientemente, todo lo demás son conjeturas, ideas ingeniosas o claramente erróneas, buena voluntad y fuegos de artificio.

II. EJEMPLOS EN DONDE SE REFUTA LA NUEVA POSICIÓN JURISPRUDENCIAL Y REGISTRAL

Veamos ya lo que dice nuestro *Tribunal Supremo* en la mencionada *sentencia de 11 de septiembre de 2013* para, siguiendo la teoría del profesor ALBALADEJO y

otros, asegurar que el transmisario sucede recta-vía al primer causante; pues dice: «del contexto interpretativo realizado debe concluirse, como fijación de la Doctrina Jurisprudencial aplicable a la cuestión debatida, que el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del ius delationis en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero transmisario.

No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el ius delationis, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que ex lege ostentan los herederos transmisarios; todo ello, dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el ius delationis integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente».

Y la resolución de la DGRN de 26 de marzo de 2014, reproduce literalmente como único argumento determinante para solucionar el asunto, en su considerando 4. párrafo tercero, la anterior redacción entrecomillada de nuestro Tribunal Supremo.

A modo de conclusión (que anticipamos ya), nosotros creemos que si bien se parte de una afirmación muy acertada, en el sentido de que en la transmisión del ius delationis lo único que se produce es una transmisión *instrumental* necesaria para hacer efectiva la legitimación que tiene el transmisario para aceptar o repudiar la herencia que, vía transmitente, proviene del primer causante; (el Tribunal Supremo habla de «...un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que ex lege ostentan los herederos transmisarios»); sin embargo, pensamos que la conclusión que de ello se sigue no es acertada. Es más, de tal causa, en absoluto se produce el efecto de suceder recta-vía al primer causante.

Hemos dicho que la abundancia de argumentos con todas las matizaciones posibles para refutar esta opinión, ya las hicimos en el tan aludido trabajo publicado en el *Anuario de Derecho Civil* de 1996. Pero, como un ejemplo vale más que mil palabras y razonamientos, porque se capta mejor el asunto y se visualiza más claramente lo acertado o erróneo de una construcción teórica, empezaremos con uno que creemos es emblemático, para refutar la ingeniosa idea de que el transmisario sucede recta-vía al primer causante, y no, necesariamente, a través de la herencia del transmitente. (como tradicionalmente pensaban muchos autores —desde LACRUZ a ROCA SASTRE— y así lo entendía la DGRN, en resoluciones de 12 de junio de 1930, 23 de junio de 1986, 22 de enero de 1998, 22 de octubre de 1999... con la excepción —si es que lo es— de la de 20 de septiembre de 1967).

Ejemplo (1):

El matrimonio formado por Antonio (A) y Beatriz (B), formalizan ante Notario sus respectivos testamentos, en los cuales, al no tener hijos, se nombran mutuamente herederos y se sustituyen vulgarmente por Carlos (C), cuñado de Antonio y hermano de Beatriz. Posteriormente, Antonio hace un nuevo testamento en el que sigue nombrando heredera a su esposa Beatriz pero, como ha tenido algunos altercados con su cuñado, le sustituye vulgarmente, en esta ocasión, por su amigo Diego (D). Es más, Antonio dice en su nuevo testamento que no

quiere en absoluto que le herede Carlos y da sus motivos. Sin embargo, Beatriz mantiene su testamento inicial.

A continuación, fallece Antonio (primer causante), pero su esposa Beatriz, no acepta ni repudia su herencia, falleciendo más tarde en estas circunstancias (*transmitente*).

Como consecuencia de lo anterior, el heredero de Antonio, vía *ius delationis* (art. 1006 del Código Civil), sería Carlos (único *transmisario*), es decir, ¡¡¡jaquel que fue precisamente excluido por el propio testador!!!

Conclusión: al citado testador, nunca ni jamás, le podría heredar, recta-vía, su cuñado Carlos (al que incluso excluyó expresamente en su testamento) sino por y a través de su hermana y transmitente Beatriz, que fue quien le instituyó heredero sustituto en su testamento.

Otro ejemplo (2):

Por otra parte, para apreciar la capacidad del heredero, hay que estar al momento del fallecimiento del testador; esto unido al efecto retroactivo de la aceptación o repudiación de la herencia, hace ver claramente que no se puede heredar recta-vía al primer causante.

En efecto: A instituye heredero a B; B, ignora que, posteriormente, A ha fallecido y, por tanto, ni acepta ni repudia su herencia. Muere después B dejando herederos a C y D; C nacido antes de la muerte de A y D ni siquiera concebido en tal fecha.

Por tanto, es claro y evidente que solo C podrá heredar a A, pero no podrá heredarle D, según la teoría del Profesor Albaladejo y de nuestros recientes fallos jurisprudenciales; cosa que no sucedería de seguir nuestra teoría clásicamente mantenida por nuestra DGRN, hasta el año 2014.

Así pues, es cierto que, una vez abierta la sucesión, existiendo un llamamiento o vocación para suceder y habiendo un ofrecimiento concreto de la herencia mediante la Delación (persona concreta y determinada llamada a la herencia con posibilidad inmediata de aceptarla), para que el llamado pueda heredar al causante, tiene que sobrevivirle (o estar concebido) y tener capacidad para heredar.

Ahora bien, en nuestra opinión y respecto del ejemplo propuesto anteriormente, la persona a la que tendrían que sobrevivir C y D para poder heredar a A, es a su transmitente B (y no al primer causante). Pues, de llevar hasta sus últimas consecuencias la teoría de la sucesión recta-vía al primer causante, resultaría el absurdo e imposible de que un tataranieto tuviera que sobrevivir a un primer causante fallecido medio siglo antes. Por tanto, si el transmitente B tiene capacidad para heredar a A pero no llega a aceptar ni repudiar su herencia, porque mientras tanto le sobreviene la muerte, habrá que estar a este preciso instante para determinar quién vivía (o estaba concebido) en ese preciso momento y quién no. Y si los dos transmisarios C y D, han sobrevivido a B, son precisamente estas dos personas a través de la herencia de su transmitente, mediante su aceptación, los que accederán a la herencia de A, por tal motivo. Lo cual demuestra que nunca se hereda recta-vía.

Y lo mismo sucede en el supuesto de renuncia de la herencia.

La cuestión de la capacidad se ve más claramente aún, en el supuesto de la *sustitución vulgar*. En efecto, si el llamado a ser heredero repudia una herencia a él deferida, habiéndose establecido en el testamento del causante una sustitución vulgar, sin determinación de casos, en favor de sus descendientes; en tal caso, no heredarían al causante todos estos descendientes, sino solo aquellos que teniendo

delación concreta a su favor y capacidad para ello, le hayan sobrevivido (o estén concebidos) y aceptan su herencia.

En resumen, la muerte del causante (*transmitente*) marca una foto fija, un momento esencial para determinar quiénes, en ese preciso momento, vivían o existían concebidos, y, por consiguiente, eran los llamados a heredar con exclusión de todos los demás ni siquiera concebidos (*concepturus*).

Así pues, queda aclarado y demostrado que los transmisarios no heredarán nada recta-vía de la herencia del primer causante si no sobrevivieron a su transmitente. Pero no es necesario que sobrevivan a los dos causantes, puesto que, en nuestra opinión, solo heredan al transmitente y, a través de la herencia de este, suceden en el contenido económico de la *Delación* de la herencia del primer causante.

Por consiguiente, si todo heredero debe sobrevivir al causante para poder heredar, esto impide heredar recta-vía al primer causante a aquellos transmisarios que ni vivían ni estaban concebidos a su muerte; es más, nosotros afirmamos que, de seguir a ultranza la teoría del profesor ALBALADEJO, se llegaría a resultados prohibidos por nuestro ordenamiento jurídico y solo posibles a través de las sustituciones fideicomisarias (y, aún en estas, con el límite del art. 781 del CC).

Elijamos ahora por ejemplo el caso de la *sucesión intestada*. Pues es evidente que el derecho de transmisión puede tener lugar tanto en la sucesión testamentaria como en la sucesión intestada; y ello, con los mismos requisitos, grados e intensidad tanto en una como en otra. Sin embargo, nosotros, para hacer más patente lo que queremos refutar (la sucesión recta-vía del transmisario al primer causante), nos fijaremos en la sucesión intestada.

Pues bien, de seguirse la posición del profesor ALBALADEJO y de los tal mencionados fallos jurisprudenciales que estamos criticando, nos llevaría a afirmar que, vía derecho de transmisión, se puede llegar a heredar de forma intestada y recta-vía, más allá de lo que el Código Civil permite heredar en esta clase de sucesión, pues se incumpliría su artículo 954 («No habiendo cónyuge supérstite, ni hermanos ni hijos de hermanos, sucederán en la herencia del difunto los demás parientes del mismo en línea colateral hasta el cuarto grado, más allá del cual no se extiende el derecho de heredar abintestato»).

Veamos un ejemplo (3):

Fallece A y le sobrevive (como único heredero posible), su sobrino B. Este sobrino fallece con posterioridad sin aceptar ni repudiar la herencia de su tío, dejando un hijo C (sobrino-nieto de A). Pero este hijo C, que ignora el llamamiento legal a su favor, también fallece sin hacer testamento y sin aceptar ni repudiar las herencias anteriores, dejando una sola hija, Cristina (D). Pues bien, esta hija, que no podría heredar intestada a A (pues rebasaría el cuarto grado colateral, máximo permitido por la Ley), sí que podría hacerlo, sin embargo, y aún recta-vía, en el mismo supuesto, por derecho de transmisión, lo cual sería ilegal: o, dicho de otro modo, si hereda por derecho de transmisión al primer causante, es claro y contundente que no puede hacerse directamente (recta-vía), porque rebasaría el cuarto grado, máximo permitido por la Ley en la sucesión intestada (que solo llega a los sobrino-nietos).

Y es que, es cierto que la transmisión de *ius delationis* se produce «ad infinitum» y sin límite de grado alguno. Pero esa cadena presupone que vaya heredando cada transmisario a su transmitente, pues, en otro caso, ¿cómo es posible que un tataranieto colateral pudiera heredar recta-vía al primer causante? Esto sería imposible. ¿Cómo podría heredar, recta-vía, a su abuelo el tataranieto, que nació

medio siglo después de la muerte de aquel? Esto es un absurdo antijurídico que solo se puede conseguir a través de las sustituciones fideicomisarias. Fuera de ello sería imposible, solo producto de juegos malabares jurídicos.

Un último ejemplo (4): (No queremos agotar al lector —se aclara que se trata de un caso real y contemporáneo al que esto escribe—):

A falleció intestado, heredándole su único hijo *B*, casado con *C*; poco más tarde, y en virtud de un desgraciado accidente de tráfico, muere intestado ese único hijo, sin aceptar ni repudiar la herencia de su causante, heredándole su madre *D* (esposa de *A*). Pero, debido a estos luctuosos acontecimientos, dicha madre también falleció breve tiempo después de forma intestada y sin aceptar ni repudiar la herencia a ella dejada por su mencionado hijo. Cuando falleció la madre, existían las siguientes personas interesadas en su herencia: una hermana y cuatro sobrinos de dicha madre (*D*), así como dos hermanos de su marido (*A*) (reservatarios conforme al art. 811 del CC).

Pues bien, siguiendo la tesis de nuestro Tribunal Supremo y de nuestra DGRN, que comentamos en este trabajo, el cónyuge viudo, *C*, del hijo fallecido *B*, no heredaría ¡¡¡NADA!!! en la herencia de su suegro; siendo así que le heredarían: por derecho de transmisión, una hermana y cuatro sobrinos de la madre *D*; y por derecho de reserva, dos hermanos del padre *A* (aunque seguidamente veremos que tampoco estos últimos heredarían).

Esto harían palidecer las razones que el Ministro de Gracia y Justicia ALONSO MARTÍNEZ esgrimiera para justificar la reserva lineal en nuestro Código Civil, al hablar del «*irritante espectáculo*» que provocaba el contemplar cómo unos bienes poseídos secularmente por una familia pasasen bruscamente, y por motivo del azar, a parientes desconocidos o no queridos, en perjuicio de los familiares, a veces en precaria situación, de la familia del ascendiente y descendiente fallecidos.

Pues en este caso, el dejar sin intervención posible al cónyuge viudo del transmitente en la herencia del primer causante, no solamente es escandaloso sino claramente ilegal. Y es que, lo absurdo y lo antijurídico siempre suele ser injusto. Pues se debe tener bien presente la penosa y ABSURDA situación en que se podría encontrar el *CÓNYUGE VIUDO del transmitente* (tanto en la sucesión intestada como en la testada, en donde es práctica habitual dejar al viudo el usufructo universal y vitalicio de la herencia de su consorte y transmitente) si es que se sigue la teoría del profesor ALBALADEJO y los tan aludidos fallos jurisprudenciales que criticamos.

En efecto, si tenemos en cuenta que los derechos legitimarios del cónyuge viudo siempre (en Derecho común, al menos) es *una cuota de usufructo* que recae sobre el patrimonio del transmitente, y que la extensión de aquel dependerá de que el transmisario acepte o no la herencia del causante, resulta evidente el perjuicio que para la viuda se derivaría de la eventual repudiación de este último; ello puede ser especialmente grave, en aquellos casos en los que la fortuna propia del transmitente sea muy inferior a la que recibiría del causante si fuese aceptada la herencia de este. Por tanto, si entendiéramos que los transmisarios suceden directamente al causante, y no al transmitente, se produciría el absurdo e injusto resultado de que el viudo o viuda de este (el yerno o la nuera) no tendrían derecho al usufructo de los bienes, que, en la primera herencia (del suegro o la suegra) fueron ofrecidos a su difunto cónyuge transmitente, ni aun cuando esta fuese aceptada por los transmisarios.

Y, en este punto, (que es el que contempla especialmente la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 y la resolución de la DRGN de 26

de marzo de 2014), es doblemente criticable dicha posición. En efecto, sin hacer un exhaustivo examen del asunto, bástenos con decir que el *cónyuge viudo*, por elemental aplicación del artículo 6.2 del Código Civil, teniendo en cuenta que es *titular del derecho de una cuota de usufructo sobre un patrimonio entero* y que es *un legitimario que puede ser perjudicado*, SIEMPRE tendría que *intervenir* en la partición de la herencia del primer causante, como *cónyuge* y *viudo* de su esposo transmitente. Y esto con cualesquiera de las *siguientes finalidades*: -o bien demorar y aplazar el pago de sus derechos legitimarios, respecto de la herencia del primer causante; -o bien confesarlos recibidos; -o bien renunciando total o parcialmente a ellos; -o bien pactando que se computen todos sus derechos en la herencia de su esposo y transmitente, pero que se pague solo con bienes de esa herencia, ... -o incluso para que el *cónyuge viudo* reconozca y/acepte esa pretendida sucesión recta-vía que le excluye de la herencia de sus suegros..., etc... pero nunca, como dice nuestro Tribunal Supremo y la DRGN, apartándole de dichas operaciones particionales; puesto que *¡¡¡tiene interés en ellas!!!*, ya que le afectan.

De hecho, el *cónyuge viudo*, tiene que intervenir en una partición hereditaria por el mero hecho de poder discernir y separar unos bienes de otros (privativos de otros gananciales), aunque estos bienes tiene una regulación precisa y muy técnica y rigurosa tanto en el Código Civil como en la legislación hipotecaria; y todo ello, ante la simple posibilidad de que sus derechos pudieran ser perjudicados.

Entonces, cómo no va a tener que intervenir en la discriminación y separación de bienes pertenecientes a diversas masas patrimoniales. *¡¡¡La simple posibilidad de riesgo, fraude o perjuicio!!!*, justifica su intervención, en los términos que acabamos de explicar.

Y, al hilo del ejemplo anteriormente propuesto (Ejemplo 4), nos percataremos de que la solución propuesta por el Tribunal Supremo y la DGRN, en la sentencia y resolución que comentamos, es *igualmente injusta para los RESERVATARIOS*.

En efecto, se trata del supuesto de fallecimiento del reservista del artículo 811 del Código Civil sin haber aceptado ni repudiado la herencia que, por ministerio de la Ley, le corresponde por muerte del descendiente. En tal caso, si dicho reservista ha dejado un heredero que es distinto de los reservatarios, se plantea el problema de si se está o no en el supuesto del citado artículo 811 del Código Civil.

Pues bien, de seguirse la posición de la nueva sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, en estos supuestos, jamás nacería el derecho de reserva; pues, si los herederos-transmisarios del reservista-transmitente (o sea, los herederos de la madre del descendiente causante, en el ejemplo propuesto) heredasen recta-vía al descendiente causante, nunca llegarían a heredar los parientes que forman la línea de donde proceden los bienes a dicho descendiente causante (los hermanos de su padre, en el ejemplo propuesto); nunca habría reservatarios, toda vez que serían desplazados por los transmisarios (herederos del reservista-transmitente que no aceptó ni repudió), los cuales sucederían recta-vía en todo el caudal hereditario del descendiente causante.

Tenemos, pues, de seguirse esta posición, precisamente, el injusto caso e *«irritante espectáculo»*; es decir, el presupuesto de hecho que trataba de evitar el citado artículo 811 del Código Civil al ser introducido por el Ministro ALONSO MARTÍNEZ en el texto del citado cuerpo legal con motivo de la Codificación. Lo cual es moral y éticamente intolerable.

Por eso nosotros pensamos, de acuerdo con nuestra teoría (que ahora desarrollaremos resumidamente), que la obligación del reservista transmitente se consuma (naciendo la obligación de reservar los bienes a quienes resulten ser reservatarios) en virtud de la aceptación de la herencia a él deferida, realizada

mediante el ejercicio positivo del *ius delationis* por parte del heredero del reservista (es decir, su transmisario) invistiendo como heredero o herederos *post mortem* al o los reservistas fallecidos anteriormente sin aceptar ni repudiar.

En todo caso, a través de la herencia del reservista, aceptándola y formando parte de la misma; nunca recta-vía.

Hasta aquí, los ejemplos prácticos y plásticos que ponen de relieve, de forma descarnada y contundente, algunas de las absurdas consecuencias e injustos perjuicios a que nos conducen los recientes fallos de nuestro TS y DGRN de 2013 y 2014 (a los que podríamos incluir a los *acreedores* del transmitente...; aunque, para lo que pretendemos, nos sobra con lo dicho).

Sin embargo, conviene que exponamos ya (en realidad, que *repite*mos, pues ya la expusimos anteriormente, de forma más pormenorizada, en el citado Anuario de Derecho Civil de 1996) cuál es la *construcción jurídica que mantenemos para fundamentar NUESTRA OPINIÓN*.

III. LA *CONDITIO IURIS* (UNA ADVERTENCIA IMPORTANTE)

Llegados a este punto, conviene aclarar, previamente a la explicación de nuestra opinión, para evitar despistes o malas interpretaciones que, cuando nosotros hablamos de *conditio iuris* en este trabajo, hacemos referencia exactamente al *presupuesto de eficacia de una relación jurídica*; al *presupuesto inexcusable o conditio sine qua non, ínsita en la propia naturaleza de la relación jurídica*; o, si se quiere (dicho de otra manera aún más) al *presupuesto lógico-jurídico indispensable* para que las cosas ocurran como realmente tienen y deben de ocurrir, porque, de otro modo, no ocurrirían (= sería imposible que ocurrieran).

En resumen, no hablamos ni nos referimos a la *conditio facti*, o propiamente dicha. Pues, a diferencia de la condición propia o *conditio facti* (como es la del art. 759 del CC), que establece un vínculo subjetivo y arbitrario entre el negocio jurídico y un evento externo y, por tanto, es creación exclusiva de la autonomía de la voluntad; por contra, en la *conditio iuris*, la *propia norma jurídica íntegra en su supuesto de hecho* un acontecimiento futuro e incierto del que depende la eficacia del negocio jurídico; no arbitrario ni contingente, sino *necesario y constante*.

En fin, en las «*conditio facti*», el evento condicional se une al negocio jurídico por voluntad exclusiva de las partes, como un elemento accesorio al mismo, arbitrario y contingente en cada caso; mientras que en las «*conditio iuris*», dicho evento condicional resulta de la propia naturaleza del negocio jurídico o está impuesto por el ordenamiento jurídico o por la ley, sin voluntad de las partes.

Pues bien, esto sentado, pasemos a explicar que es lo que, a nuestro modo de ver, presupone el artículo 1006 del Código Civil.

IV. LA ESTRUCTURA INTERNA DEL ARTICULO 1006 DEL CÓDIGO CIVIL

En realidad, lo que el artículo 1006 del Código Civil, incardinado en el mismo tácitamente, *por considerarlo la Ley poco equitativo*, es evitar que, aquel que estuvo a punto de ser heredero y le faltó «abrir la boca» para aceptar o repudiar una herencia a la que había sido llamado y designado en ella de forma expresa, no pueda transmitir nada a sus herederos, sus destinatarios natos y naturales.

Pero, en puridad, lo que permite el artículo 1006, para evitar un acrecimiento, la sustitución vulgar o una apertura de la sucesión intestada cosa que se produciría con el fallecimiento del transmitente *delado*, de no existir este artículo), por considerarlo injusto el legislador, es una simple transmisión ¡¡¡INSTRUMENTAL!!! (formal y no real), que posibilite una INVESTIDURA *POST MORTEM* en la figura del *delado-transmitente*: del que falleció con una concreta delación a su favor y a quien la muerte le sorprendió antes de hacer suya, aceptándola, la herencia a la que había sido llamado.

En efecto, es cierto que ha fallecido el *transmitente-delado*, y es también cierto que las titularidades hereditarias, igual que la cualidad de *delado* se extingue por la muerte de quien las ostenta.

Pero que eso no sea así, es justamente lo que excepciona el artículo 1006 del Código Civil. Un precepto que articula una transmisión instrumental «a los suyos» (es decir, a los que sean herederos —testamentarios o intestados— del transmitente, fallecido sin aceptar ni repudiar la herencia).

Sin embargo (¡y esto hay que retenerlo y recordarlo bien!), según nuestra posición jurídica y modo de ver las cosas, en realidad NO hay quiebra, vulneración ni tan siquiera excepción de los principios generales del Derecho sucesorio. Solamente existe y hay, en fase «pendiente condicione» (= «*conditio iuris*»), una simple ¡¡¡SUSPENSIÓN TEMPORAL!!! de los mismos, consustancial con la misma transmisión instrumental que, a modo de título legitimador, articula el citado artículo 1006, en la proposición jurídica que establece esta norma.

Todo ello lo explicamos resumidamente (siguiendo nuestra publicación de 1996, mencionada) a continuación; si bien, antes, conviene precisar o puntualizar alguna idea.

En efecto, no se debe desconocer ni olvidar que la delación hereditaria *trae causa* en una previa designación o nombramiento (testamentario o intestado); de manera que no se puede ofrecer a cualquiera una delación desvinculándola de su causa u origen. Por eso, la delación no puede separarse de dicha causa; pues, lo contrario, supondría cambiar alegremente la designación o el nombramiento previo, vía transmisión del *ius delationis*.

Y es que los herederos del llamado (los transmisarios) no son, además de aquel, sujetos de la vocación que origina la apertura de la primera herencia, sino que el único sujeto de tal vocación es el llamado a dicha herencia (en nuestro caso, el transmitente) que, al no poder ejercer la opción de adquirir o no la misma, esta se transfiere a sus herederos (los transmisarios), no la vocación, sino solo los efectos de la delación; o sea la facultad de aceptarla o renunciarla. La vocación, en sí, es intransmisible, mas no su aspecto objetivo o económico, o efecto inmediato de la vocación: la delación, cuyo contenido (que no su titularidad) actualmente, es considerada como patrimonial (a diferencia del Derecho romano). En resumen, el *ius delationis* es hoy transmisible porque se ha patrimonializado su contenido; pero nada más.

Y esto es así porque, en derecho sucesorio, se dan estas dos incontrovertibles verdades (que tomamos del profesor ALBALADEJO):

- El que no sucede no transmite (salvo el derecho de transmisión) a sus herederos nada, si no es su derecho a legítima cuando se es descendiente del causante, y sus descendientes herederos suyos.
- Nada corresponde de una herencia a los herederos del llamado a la misma que no llegue a heredar él (se sobreentiende que a excepción del derecho de transmisión...).

Pues bien, de seguirse la posición de la adquisición recta-vía por el transmisario (que postulan las novedosas sentencias del TS y de la DGRN, siguiendo la teoría del profesor ALBALADEJO y otros, que estamos criticando), sucedería lo siguiente: que el transmitente, al no ser sucesor del primer causante y, por tanto, no poder transmitir a sus herederos nada salvo el derecho de transmisión (dejando aparte los derechos de legítima, que aquí nos interesa), sin embargo, estaría en realidad, transmitiéndolo todo, a través del mencionado *ius transmissionis*.

Es decir, que por vía indirecta o de consecuencia, el transmitente, que no llegó a heredar al primer causante, ni pudo ser su sucesor, transmitiría la cualidad de sucesor al transmisario (o sea, este le sucede al transmitente en su derecho a ser heredero), para que dicho transmisario lo herede TODO: todo el contenido de una vocación que iba dirigida a otro. Y es que, según pensamos, NO se puede suceder a nadie por derecho de transmisión. De manera que lo que *solo se puede transmitir por testamento o por llamamiento legal abintestado* (art. 858 del CC), lo estaría transmitiendo, de hecho, el *ius transmissionis*.

Luego, si el transmisario adquiriese del transmitente la posibilidad de ser sucesor del primer causante, y adquirir la cualidad de sucesor es una transmisión en toda regla, ¿cómo se puede compaginar esto con la afirmación incontrovertible de que «nada corresponde de una herencia (la del primer causante) a los herederos del llamado a la misma (los transmisarios) que no llegue a heredar él (el transmitente)»?

El profesor Albaladejo y los que siguen su teoría (cuales son los nuevos fallos de nuestro Tribunal Supremo de 2013 y de la DGRN de 2014, que comentamos) lo explica llegando a las conclusiones/afirmaciones del siguiente tenor (contenida en su obra: La sucesión *iure transmissionis*, ADC 1952):

- «Cambia el sujeto que puede adquirir la herencia», p. 945.
- «El transmisario... es sucesor del transmitente en el *ius delationis* y sucesor del primer causante en la herencia de este», p. 953.
- «Heredero es el que sucede a título universal, aunque el derecho a tal sucesión no lo tenga por ser llamado a ella, sino por haberlo adquirido del llamado», (p. 955)... etc.

Nosotros NO pensamos así; pues decir que el que no sucede no transmite, salvo el derecho de transmisión (lo cual es incontrovertible), pero, después, conceder a tal derecho de transmisión una operatividad tan descomunal (convirtiendo al *ius transmissionis* en un verdadero título sucesorio que posibilite suceder a otro en su delación, esto es, en su concreto derecho de ser heredero), casi equivale a decir (al menos, a efectos prácticos) que el que no sucede sí trasmite.

Y es que el *ius transmissionis* NO tiene virtualidad bastante para cambiar las designaciones, vocaciones y titularidad de las delaciones; esto es, las cualidades y titularidades sucesorias y hereditarias. Por otra parte, si los que siguen la teoría del profesor ALBALADEJO parten de la base de que, con la muerte del transmitente, cambia la persona que puede adquirir la herencia (= cambia el sujeto), pero permanece la original vocación y delación; en tal caso, decimos, *resultaría chocante y contradictorio el que, no habiéndose extinguido la titularidad de la vocación-delación del transmitente, fuera otra persona (el transmisario) el sucesor; tanto su titular como el que pudiese adquirir todo su contenido*.

En resumen: si el transmisario es sucesor del primer causante recta-vía, la pregunta es la siguiente: ¿EN VIRTUD DE QUÉ TÍTULO SUCESORIO?

Con lo cual, llegamos siempre, se mire por donde se mire, al mismo punto de partida: la transmisión del *ius delationis* es ¡¡¡puramente instrumental!!!, suponiendo un simple título legitimador permitido por la ley, la cual posibilita EL EJERCICIO de una vocación o delación que pertenece a otro (el transmitente), el cual necesariamente tiene que adquirir la cualidad de heredero (aunque sea *post-mortem*, en una investidura extraordinaria), para así poder realmente transmitir los bienes hereditarios de la herencia del primer causante, para poder trasmitir.

Y todo ello sobre LA BASE de que nadie puede transmitir lo que no tiene ...a no ser que llegue a adquirir y tener, así como por la *intransmisibilidad de las titularidades sucesorias, habida cuenta su carácter personalísimo* (por más que se haya patrimonializado su contenido y transmitido la posibilidad de actuar su ejercicio).

Todo ello, de la forma y manera que a continuación pasamos a explicar.

Pero quede claro que lo que sí supone una quiebra considerable al sistema, es pensar, como lo hace el profesor ALBALADEJO y los que siguen su teoría, junto con las sentencia y resolución que criticamos, que pueda haber dos titularidades sucesivas en el *ius transmissionis*.

Está bien que se suceda por testamento o por Ley, o en parte por testamento y en parte por Ley. Pero que se pueda «suceder por derecho de transmisión»: ¿qué clase de sucesión es esa, que concede el llamamiento hereditario a quien no se dirigía y hace heredero a quien no se llamó?

V. LA ACEPTACIÓN DEL TRANSMISARIO Y LA INVESTIDURA *POST MORTEM* DEL TRANSMITENTE. LA RETROACCIÓN DE EFECTOS

Y llegamos así al punto culminante de esta vidriosa cuestión: la retroacción de efectos producidos al ejercitarse el *ius delationis*.

El efecto, tanto la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, como la Resolución de la DGRN de 26 de marzo de 2014, parecen seguir, a estos efectos, la propuesta de ALBALADEJO, (obra citada) que propone como argumento definitivo de su teoría (la sucesión recta-vía), el efecto retroactivo de la aceptación o repudiación de la herencia, pues dice: «*si la herencia del primer causante se recibiese así mismo del transmitente (es decir, se ‘sucede’ en ella al transmitente; este es el ‘causante’. Este es la persona a quien se ‘hereda’), habría que afirmar lo siguiente: los efectos de la aceptación de tal herencia solo se retrotraen hasta la muerte del transmitente. Lo cual es inadmisibile, y retrotraídos hasta el momento de la muerte del primer causante prueban que este es el causante o persona a quien directamente heredan los ya herederos del transmitente*» (obra citada en p. 954) y añade en su nota (97): «*Si a él se sucedió, él es el causante o persona a quien se hereda, a cuya muerte manda el artículo 989 del Código Español que se retrotraigan los efectos de la aceptación*»... y este argumento se considera por muchos como insalvable para quienes, siguiendo la teoría contraria de LACRUZ, opinan que es el transmitente y no el transmisario el que hereda al primer causante.

Es decir, la ocurrencia del profesor ALBALADEJO, fue decir que el transmisario sucedía al transmitente en el *ius delationis* y sucedía al primer causante en la herencia de este. Pero «sucesor directo, recta-vía y no a través del transmitente».

SIN EMBARGO, ¿cómo va a ser el transmisario heredero recta-vía del primer causante, si recibe el *ius delationis* englobado o formando parte de la herencia misma del transmitente, y todas las transmisiones de derechos tienen carácter derivativo y no originario? Es cierto que es el transmitente el que adquiere la herencia

del primer causante derivativamente, y el *ius delationis* originariamente: porque el derecho a aceptar o renunciar no se encuentra en la herencia de este. Pero, en el presente caso, tal *ius delationis*, fallecido el transmite, ya forma parte de la herencia del mismo; y solo se puede transmitir al transmisario, como el resto de sus bienes, derechos y acciones que integran su herencia, de manera derivativa; y el transmisario lo adquirirá como heredero del transmitente, por tal circunstancia.

Por lo que si el *ius delationis* lo adquiere en transmisario DERIVATIVAMENTE del transmitente (como el propio ALBALADEJO afirma), no cabe hablar de adquirir recta-vía la herencia del primer causante. Es una contradicción, que encuentra su apoyo en que la titularidad de *delado* en el transmitente se extingue a su fallecimiento, y, entonces, se produce una titularidad sucesiva en el «*ius*» (¡¡aunque persistiendo la misma y única vocación del transmitente!!, según asegura).

Sin embargo, justamente, el hecho de implicar el ejercicio del *ius delationis* dos transmisiones, siquiera una sea instrumental y la otra real, lo que nos lleva y se produce es a ¡¡DOS RETROACCIONES!! (pues si hay 2 fallecimientos hay 2 transmisiones, y si hay 2 transmisiones hay dos retroacciones).

En efecto, nosotros creemos que, en la *Sucessio Iure Transmissionis* del artículo 1006 del Código Civil, se contempla el supuesto de un llamado a ser heredero (= transmitente) que se convertiría en tal cuando se cumpla la *CONDITIO IURIS* (de carácter suspensiva) de la que depende tal circunstancia, lo cual provocará el transmisario mediante la aceptación, merced a los efectos retroactivos de la condición (*CONDITIO IURIS*) CUMPLIDA.

O, dicho de otra manera, nosotros vemos en la transmisión del *ius delationis* que permite el artículo 1006, una transmisibilidad del mismo derecho de aceptar o renunciar (derecho facultativo o de opción) bajo la *conditio iuris* suspensiva de que el transmitente adquiera la cualidad de heredero *post mortem*, mediante la aceptación que el transmisario (o los sucesivos transmisarios) verifique, prestando su consentimiento al efecto; ejercitando el derecho que del transmitente recibe (= aceptar o renunciar la herencia).

EN RESUMEN: todo lo dicho es así, porque la (= aceptación), se articula como elemento esencial para la adquisición de la herencia y la misma cualidad de heredero; y no como elemento externo y accidental (que será la propia *conditio facti* suspensiva). De manera que la *conditio iuris*, que la aceptación representa, forma parte de la estructura interna de la cualidad de heredero, elemento esencial para adquirir tal cualidad; SOLO SE PUEDE SER HEREDERO ACEPTANDO; y no como un elemento accidental, externo y añadido a la misma (como sería la *conditio facti* propia). Ahora bien, se podría argumentar en contra de lo que se acaba de decir:

- 1.º ¿No se extingue la cualidad de heredado, lo mismo que la cualidad de heredero con la muerte de su titular; justamente por ser personalísimas e intransmisibles; cómo, entonces, la va a ostentar el transmitente *delado* si ya ha fallecido?
- 2.º Por otra parte, ¿cómo va a heredar una persona muerta?

Tanto lo uno como lo otro se explican merced a la presunción que la Ley establece y el juego retroactivo de la «*conditio iuris cumplida*».

En efecto, lo que ocurre es que, teniendo en cuenta la propia configuración interna de la *conditio iuris*, la cuestión relativa a la extinción de la titularidad del *delado* (titular de la *ius delationis*) queda en estado de pendencia hasta que

la condición se cumpla o no. De manera que, lo que faculta el artículo 1006 del Código Civil es la transmisión del propio *ius delationis*, su contenido, pero no la titularidad, que es personalísima e intransmisible (y que, por tanto, de no existir tal artículo, se debería haber extinguido a su fallecimiento). Sin embargo, lo que sucede es que, TEMPORALMENTE, PROVISIONALMENTE, en la fase de *PENDENTE CONDITIONE*, la cualidad de *delado* no se extingue a su fallecimiento; tal titularidad permanece localizada temporalmente en la persona del *delado*.

De manera que, más que una excepción, lo que se produce en fase de «*pendente conditione*» es una *suspensión de principios sucesorios* (subsistencia de la titularidad o cualidad de *delado* en el transmitente, no obstante haber ocurrido su fallecimiento).

Por consiguiente:

- A) Si el transmisario ACEPTA (haciendo uso de la facultad de aceptar o renunciar que le transmite el transmitente, en virtud del artículo 1006) dicho transmitente adquiere la cualidad de heredero *post mortem* ¡¡no solo por la *vis atractiva* de la titularidad nunca perdida ni extinguida!!, sino, sobre todo, por la eficacia retroactiva de la propia *conditio iuris* CUMPLIDA. PERO, se podría argumentar: ¿Acaso la puede adquirir un muerto, toda vez que el transmitente falleció sin haber aceptado ni repudiado? No hereda un muerto (el transmitente) en modo alguno; sino que la eficacia retroactiva de efectos permite afirmar o presumir que precisamente hereda un vivo. Es decir, el propio juego de la eficacia retroactiva de la *conditio iuris* cumplida (aceptación) permite afirmar y presumir que el transmitente aceptó la herencia y adquirió la cualidad de heredero en vida: concretamente, en el último y postrero instante de su vida terrenal (coincidente con su fallecimiento, en el que transmite; o, si se quiere, sin más diferencia que un instante de razón), toda vez que, en caso contrario, nada podría haber transmitido (que sí transmite).
- B) Si el transmisario renuncia, el juego de la eficacia retroactiva de la condición *conditio iuris* incumplida (tal renuncia del transmisario), permite considerar que el transmitente nada adquirió (= no adquirió *post mortem* la cualidad de heredero) ni, en consecuencia, nada transmitió. Se ha de considerar y presumir que el transmitente renunció a la herencia del primer causante, en el último momento o instante de su vida terrenal.

O, dicho de otro modo, cabe hablar de dos transmisiones, con distinto carácter: INSTRUMENTAL la una, y REAL la otra, en lo que impropriamente suele llamarse: la sucesión *iure transmissionis* o la sucesión en el *ius delationis*.

De manera que, en fase de *PENDENTE CONDITIONE* (= *conditio iuris*), mientras no se acepte o se renuncie, la transmisión que posibilita el artículo 1006, será del objeto de la delación: del ejercicio del *ius delationis* (transmisión INSTRUMENTAL del *ius delationis*). Posteriormente, y CUMPLIDA QUE SEA LA CONDICIÓN (*conditio iuris*; cuando, merced a la aceptación por el transmisario, el transmitente *delado* adquiera la cualidad de heredero *post mortem* necesaria para transmitir), la transmisión lo será del contenido patrimonial y económico de la herencia misma, que el transmitente, ya en su condición de heredero *post mortem*, ha adquirido de su causante (transmisión REAL de la herencia).

De este modo, el transmisario recibe y adquiere la herencia del primer causante, no recta-vía como heredero del mismo, sino mediata, indirecta y derivativamente, y como heredero del transmitente.

Por eso, la transmisión REAL no puede ser nunca pura y simple, sino que está condicionada (= *conditio iuris*) y seguirá las vicisitudes y consecuencias que se deriven del cumplimiento o incumplimiento de dicha *conditio iuris* impuesta al transmitente (= heredero *post mortem* bajo condición de que acepte).

Por consiguiente, dicha transmisión real y definitiva de la herencia opera y tendrá lugar solamente, si la condición (= *conditio iuris*) que porta la transmisión instrumental, y que sobre el llamado a ser heredero gravita, se cumple (cosa que provocará el transmisario con su aceptación, convirtiendo en heredero *post mortem* al transmitente); pero no en caso contrario.

Y todo ello sobre la base tan reiterada de la intransmisibilidad de los títulos o cualidades hereditarias, y de que nadie puede transmitir lo que no tiene. Durante la fase de *pendente conditione* (*conditio iuris*), el transmitente no puede transmitir a los suyos más derechos de los que tiene y puede (aceptar o renunciar). Por eso *no puede* transmitir su titularidad de *delado*, al ser esta personalísima e intransmisible (si bien, en esta fase de *pendente conditione* dicha titularidad NO se extingue, como ya explicamos antes); y, tampoco puede transmitir la herencia misma porque *no la tiene*, no la ha hecho suya aceptándola. Por lo tanto, solo transmitirá lo que sí tiene y sí puede: *lo tiene*, porque su cualidad de *delado* le permitía ejercitar el *ius delationis*; y *sí puede* porque el artículo 1006 así lo establece imperativamente y de forma instrumental. De manera que solo la posibilidad de EJERCITAR el *ius delationis* pasará a sus herederos, y nada más.

(NOTA: Reiteramos la advertencia de que cuando hablamos de que la transmisión instrumental condiciona la posterior transmisión real, el término «condiciona» lo entendemos en el sentido de que mediatiza, estigmatiza, o tiñe dicha posterior transmisión).

En resumen, y conforme a lo dicho, el transmisario no puede tener el derecho de suceder recta-vía del primer causante, tras haberlo adquirido derivativamente del llamado o transmitente; sino que, por el contrario, ese «brinco» por encima del transmitente (designado/nombrado y *delado*) no es posible; y deberá ser el propio transmitente, imposibilitado en fase de «*pendente conditione*» (= «*conditio iuris*») para llegar a heredar (al haber fallecido), el que tendrá que convertirse en heredero *post mortem* («*conditio iuris cumplida*»), para así poder trasmitir al trasmisario (transmisión real) la herencia del primer causante.

VI. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

El Tribunal Supremo, en su indicada Sentencia de 11 de septiembre de 2013, alude a los precedentes de nuestro Código Civil, reseñando que el artículo 2365 del proyecto de 1836 ya establecía que el *ius delationis* podrían ejercitarlo los herederos en su propio nombre; que el artículo 836.1 del proyecto de 1851, recalcaba que por muerte del heredero, sin aceptar ni repudiar la herencia, «se transmitía a los suyos el mismo derecho que él tenía»; expresión que fue mantenida en el artículo 1018 del anteproyecto de 1882.

Pues bien, a la afirmación de que el *ius delationis* lo ejercitan los herederos «en su propio nombre», hay que responder lo siguiente:

En efecto, hay que aclarar que al ejercitar o actuar el *ius delationis*, el transmisario (aceptando o repudiando), lo hace en nombre propio, y no el de su causante o transmitente, PERO eso ocurre toda vez que este no podría hacerlo. Es decir, lo hace en nombre propio por cuanto ejercita el derecho (*ius delationis*), que por imperativo legal recibe del transmitente en virtud del artículo 1006.

Y aún hay más; pues no se puede considerar que lo hace en nombre del transmitente: porque ni tiene poder de este (y de tenerlo se extinguiría con la muerte del poderdante, y nada podría ejercitar), ni tampoco podría ejercitarlo en nombre del transmitente, porque, a diferencia de la titularidad, el ejercicio o actuación del *ius delationis* ya no lo ostenta aquel, sino el transmisario (que lo recibe, como dijimos, por imperativo legal al fallecimiento del mismo), al haber fallecido el transmitente, no obstante haber sobrevivido con capacidad al primer causante, sin aceptar ni repudiar su herencia. Es decir, *el transmisario ejerce en nombre propio el contenido* (que por imperativo legal *ex* artículo 1006 se le transmite) *de una delación cuya titularidad corresponde a otro*.

Esto es simplemente lo que significa el ejercicio en su propio nombre de que hablaba el proyecto de 1836.

Pero, *hablando de ANTECEDENTES*, hay que recordar que el proyecto del Código Civil de 1851, en su artículo 836 llama al transmitente «heredero»; y el anteproyecto de 1882, en su artículo 1018, también utiliza esta palabra para designar al transmitente. De manera que muy bien se podría pensar que, no obstante la incorrección terminológica del artículo 1006 (pues en realidad y técnicamente debería decir «*si el llamado a ser heredero*», lo cierto y verdad es que los distintos y variados juristas que intervinieron en la confección histórica de nuestro Código Civil, hasta plasmar el actual artículo 1005, tenían «*in mente*» que el transmitente debería ser el heredero del primer causante, toda vez que utilizan tal palabra «heredero» en todas las redacciones normativas.

Y eso, no nos tendría que extrañar nada, pues nuestro Código Civil sigue el *Derecho romano*, y por mucho que hayan evolucionado y matizado determinados principios, como es la posibilidad de la patrimonialización del *ius delationis* que posibilita la transmisión de su ejercicio, no debemos desconocer tal fundamento, columna vertebral de nuestro derecho privado; no vaya a ser que, matizando matizando, perdamos toda perspectiva histórico-jurídica y nos adentremos en el Derecho musulmán, chino, o mongol...

En efecto, en el Derecho romano, para dar salida y solución a determinados problemas que requerían de la justicia y la equidad, se establecieron multitud de *presunciones*. Dicho Derecho está plagada de ellas. Y muchas, han pasado a nuestro Derecho positivo incólumes (véanse, como más cercanos a lo que comentamos, los arts. 450, 459, 466 y 1960 de nuestro CC).

Por ello, *no nos debe extrañar, en absoluto*, la construcción que proponemos de la investidura *post mortem* del transmitente *delado*, al cual, como queda dicho, todos los textos normativos anteriores al Código le llaman «heredero».

Y es que, en realidad, la *UBICACIÓN* normativa del artículo 1006 y las soluciones que dan los artículos 1001 al 1005 por razones de protección a los acreedores y otros interesados o por motivos de equidad, es decir, *¡¡razones especiales que fundamentan excepciones o suspensión de reglas generales!!!*, podría abonar aún más esta impresión.

En efecto, los *artículos 988 y siguientes*, regulan la aceptación del llamado a ser heredero en *circunstancias normales*: Vive, puede y quiere aceptar.

A continuación el *artículo 1000*, para el caso de que viva el llamado y no emita una declaración de voluntad expresa sobre si acepta o repudia, regula una aceptación tácita, si se realizan actos que valgan como aceptación.

Seguidamente, si el llamado a ser heredero repudia la herencia en perjuicio de sus propios acreedores, *el artículo 1001* permite que el Juez autorice a tales *acreedores del llamado* para que acepten en nombre de este (¡¡¡y no por eso se convierten ellos mismos en herederos!!!).

Después, el artículo 1002, si el llamado a ser heredero —*el delado*—, ha *sustraído u ocultado maliciosamente* algunos efectos de la herencia «*pierden tal facultad de renunciarla*» o, mejor dicho, como entienden los autores, se impone al llamado la aceptación «*ex lege*»; es decir, se prescinde de la voluntad del *delado* y se atribuye a sus actos maliciosos de sustracción y ocultación de bienes hereditarios, el carácter de aceptación, que hace que se le atribuya «*ex lege*» la herencia.

Más tarde, el artículo 1005, para el supuesto de que también viva el llamado y permanezca en silencio sobre si acepta o repudia, si realizar ninguno de los actos que valen como aceptación, y tras una interpelación al mismo, impone una aceptación *ex lege* («*se tendrá la herencia por aceptada*»).

Finalmente, el artículo 1006, para el caso de que el llamado y delado haya fallecido con todos los requisitos de idoneidad para ser heredero, pero sin aceptar (ni expresa ni tácitamente), es decir, sin realizar un último acto que le convertía en heredero y le haría adquirir la herencia de su causante, por razones de equidad, permite una *legitimación extraordinaria* (transmisión del *ius delationis*) a sus herederos, los transmisarios, para que estos cierren el círculo de la adquisición hereditaria, en favor del transmitente, convirtiéndole así en heredero *post mortem*.

En resumen, parece como si el legislador entendiese que solo la persona designada, *vocada* y *delada* pudiese ser el único y auténtico heredero del causante de quien procede tal delación.

No nos debe pues extrañar, en nada, ese juego de presunciones que nosotros proponemos, siguiendo los principios romanistas que inspiran nuestro Derecho; pues lo que sí supone una quiebra considerable al sistema, es pensar, como el profesor ALBALALEJO y otros autores, así como por la sentencia del Tribunal Supremo y Resolución que criticamos en este trabajo, de que pueda haber dos delaciones sucesivas en el *ius transmissionis*. Pues nadie sucede por derecho de transmisión, sino por testamento, llamamiento intestado de la Ley o en parte por testamento y en parte por Ley (art. 658 CC)

Así, aún en contra del principio de que nadie pueda adquirir derechos sin su voluntad, siguiendo criterios romanistas, el artículo 1005, impone la aceptación (aunque sea motivada por terceros interesados) y no le hace decaer en sus derechos al *delado*. Pues lo mismo podría haber dicho que, en tales casos, la herencia se entenderá por renunciada (como sucede en el Código de Sucesiones de Cataluña); o que se pierde el derecho de aceptar (como sucede en el Derecho italiano; art. 481 de su Código Civil). Pues si se impone imperativamente la aceptación, no hay razones para pensar que el legislador no podría haber hecho lo contrario (ya que la mecánica sucesoria subsiguiente impediría dejar desamparados a los interesados de que habla el art. 1005).

De manera que, si por vía del artículo 1005, «*vivo el delado*», (y para proteger a terceros interesados), se entiende aceptada por este la herencia de su causante, ¿por qué no se puede aceptar una solución similar, «*muerto ya el delado*», aunque por vía del artículo 1006 (en este caso, por razones de equidad ¡¡especialmente para con el cónyuge viudo!!!, como hace, si mucho no nos equivocamos, el derecho aragonés); entendiéndose que dicho transmitente aceptó la herencia y fue investido «heredero *post mortem*» en el último instante de su vida terrenal, cuando el transmisario ejercita positivamente el *ius delationis* que, de manera instrumental o funcional (a modo de título legitimador) se le transmite.

El artículo 1005 «*impone*» la aceptación, porque el transmitente, a más de estar vivo, es designado/nombrado, «*vocado*» y «*delado*».

El artículo 1006, al haber fallecido el transmitente y al no ser el transmisario ni designado, no «*vocado*» ni «*delado*», *solo le puede dar la opción* (= transmisión

instrumental del *ius delationis*) de que, si quiere, puede cerrar el círculo de la adquisición hereditaria de su causante y transmitente, pero operando la aceptación o renuncia en cabeza de dicho transmitente.

VII. LA CUESTIÓN DE LA CAPACIDAD DEL TRANSMISARIO

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, que comentamos, dispone que «esta misma razón de inalterabilidad o subsistencia del *ius delationis* hace que, cumplidos ya los requisitos de capacidad sucesoria por el heredero transmitente y, por tanto, la posibilidad de transmisión del *ius delationis* «la capacidad sucesoria» de los herederos «transmisarios» en la herencia del causante deba ser «apreciada cuando estos acepten la herencia del fallecido heredero».

Pues bien, nosotros creemos que esta genérica afirmación tiene que ser aclarada y matizada.

Desde luego, resulta gracioso el contemplar los juegos de magia jurídica confeccionados por aquellos que afirman que el transmisario sucede recta-vía al primer causante, para después exigirle solo la capacidad necesaria para suceder al transmitente. Y es que se percatan de lo absurdo e imposible que sería (véase nuestro ejemplo 2) que un tataranieto, nacido 50 años después del primer causante, tuviera que tener capacidad para heredarle recta-vía. Por eso, se inventan que los transmisarios que suceden recta-vía al primer causante, basta con que tengan capacidad solo para suceder al transmitente, ya que, a fin de cuentas, es de quien reciben derivativamente la *delación* (cosa que nosotros negamos rotundamente; pues solo reciben la posibilidad de «ejercicio» de esa *delación*; por más que lo hagan en nombre propio, como antes explicamos y dejamos razonado).

Tan solo ALBALADEJO y algún otro es congruente con su teoría.

En efecto, el profesor ALBALADEJO al afirmar que es el primer causante la persona a quien directamente heredan los transmisarios (de acuerdo con su criterio sobre la RETROACCIÓN de efectos que produce la aceptación, y antes reseñado), de conformidad con ese criterio, sostiene el mismo autor la que califica de TEORÍA DE LA DOBLE CAPACIDAD, pues el heredero del llamado (el transmisario) necesita tener capacidad en relación con este (el transmitente), para adquirir la herencia de que forma parte el *ius delationis*; pero necesita, asimismo, tener capacidad en relación con el primer causante porque, en definitiva, al optar por aceptar, se convierte en su heredero (obra citada, pp. 956 a 959).

Por contra, los autores que opinan que el transmisario, cuando ejerce el *ius delationis*, hereda al transmitente («el transmisario actúa siempre como sucesor universal del transmitente, y nunca como verdadero y directo heredero del primer causante»; LACRUZ, en Elementos; Derecho de Sesiones; p. 56); tales autores, decimos, suelen considerar bastante la capacidad en el transmisario en relación el transmitente (así también ROCA-SASTRE). Si bien es de notar que no todos los autores que siguen esta última teoría piensan de esta manera.

Así PUIG BRUTAU («Compendio de Derecho Civil, IV»; año 1990 pp. 258 y 259) sobre la base de entender que el transmisario, si acepta la herencia del primer causante, en realidad sucede en bienes del mismo. Aunque también cabe señalar lo contrario: que no faltan autores que, siguiendo la teoría de Albaladejo, opinan que es menester solamente la capacidad para suceder el transmitente (Así JORDANO FRAGA, «La sucesora en el *ius delationis*», Civitas: 1990. pp. 323 y sigs.; en especial las pp. 327 y 328) y el Tribunal Supremo, a lo que parece, en la sentencia de 2013 que comentamos.

El profesor ALBALADEJO rechaza esta última teoría, no solo por los efectos retroactivos que él atribuye a la aceptación del transmisorio, sino porque «*rechazando nuestro punto de vista sobre la capacidad sucesoria en el adquirente del 'ius delationis' /el 'transmisario', podría este suceder —a través del transmitente— a alguien respecto del que fuera indigno*» (obra citada, p. 959).

Por nuestra parte, NOSOTROS opinamos lo siguiente:

- 1.º Que la teoría de ALBALADEJO de la «doble capacidad» produce consecuencias injustas en algunos casos. El mismo autor se percató de ello y propone el siguiente ejemplo: (ya mencionado en este trabajo como *ejemplo 2*). «A instituye heredero a B; B ignora que posteriormente A ha muerto y, por tanto, ni acepta ni repudia su herencia. Muere después B dejando herederos a C y a D; C, nacido antes de la muerte de A; D, ni siquiera concebido en tal fecha. Aplicando nuestra teoría —la de ALBALADEJO—, D no puede heredar a A, ni por tanto, suceder a B en el *ius delationis* a la herencia de A».
- 2.º Que respecto a las *incapacidades absolutas*, estas no son sino supuestos de inexistencia de persona y, por tanto, *no afectan al transmisorio*, toda vez que este hereda al transmitente y no al primer causante, según llevamos expuestos a lo largo de nuestro trabajo.
- 3.º Que no obstante la teoría de ALBALADEJO (aún de admitirla) se produciría «*de facto*» el mismo efecto de que un indigno o incapaz (con capacidad relativa) sucediese al primer causante; bastaría con que el transmitente aceptase la herencia del primer causante y después instituyera heredero al que hubiese sido indigno o incapaz, respecto del primer causante, de no haber aceptado dicho transmitente su herencia.
- 4.º Que, no obstante lo anterior, *al transmisorio SÍ LE AFECTAN las causas de incapacidad relativas y las de indignidad respecto del primer causante* (aunque no las causas de incapacidad absolutas); pero, en estos casos, no por lo que dice ALBALADEJO sino por lo que a continuación se razona.

En efecto, y desarrollando nuestra opinión, tenemos que:

El transmisorio ha de tener capacidad de suceder, tanto el transmitente como al primer causante (excepto la capacidad absoluta que no le afecta).

Pero ¿por qué el transmisorio ha de tener la capacidad sucesoria respecto del primer causante si NO es su heredero?

Es claro que el transmitente ha de tener plena capacidad sucesoria respecto del primer causante en cuanto que es TITULAR (*pendente conditione*, como se dejó explicado) del *ius delationis*; pero, a su vez, al transmisorio, excepto el requisito de existencia, (al no ser heredero del primer causante) le afectan las demás causas de incapacidad sucesoria, en cuanto que actúa o ejerce el contenido del *ius delationis*.

No podrán actuar el *ius delationis*, con relación a la herencia del primera causante, los transmisarios incapaces (con incapacidad relativa) ni los indignos, respecto del mismo; en cuanto que la aceptación es portada por el transmisorio. Y ello, aun cuando la aceptación por parte del transmisorio tenga carácter auxiliar, a fin de «cerrar el círculo» y consolidar el proceso de adquisición hereditaria y la cualidad de heredero, que opera en la persona del transmitente; y aunque, por tanto, con tal aceptación, el transmisorio no adquiera la cualidad de heredero respecto del primer causante.

En efecto, LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD QUE EMITE EL TRANSMISARIO AL ACEPTAR, tiene TAN MAGNA ENTIDAD QUE, de hacerlo en uno u otro sentido, CONVERTIRÁ O NO EN HEREDERO DEL PRIMER CAUSANTE AL TRANSMITENTE.

Pero, a más de lo dicho, hay que aclarar que el ejercitar o actuar el *ius delationis* el transmisario (aceptando o repudiando), lo hace ¡¡EN NOMBRE PROPIO!! y no en el de su causante o transmitente; toda vez que este no podía hacerlo.

Y lo hace en nombre propio por cuanto ejercita el derecho *ius delationis* que por imperativo legal recibe del transmitente (ya hemos explicado todo esto con anterioridad, al hablar del ejercicio que, en nombre propio, realiza el transmisario de *ius delationis*).

En resumen, al ejercitar el transmisario el *ius delationis*, emitiendo una declaración de voluntad en uno u en otro sentido, ha de tener capacidad para suceder al primer causante, en cuanto requisito para la actuación de tal derecho, que aquel ejercicio supone, ¿cómo se podría ejercitar si no?

Ahora bien, ¿Qué clase de CAPACIDAD ha de tener el transmisario?

A) No le afectan las absolutas (supuestos de inexistencia) del artículo 745 del Código Civil, bastando que los transmisarios existan y sobrevivan al fallecimiento del transmitente, aunque no existan al fallecimiento del primer causante. Son, pues, transmisarios capaces (por razón de su existencia) respecto del primer causante: los herederos del transmitente que, al fallecimiento de este, existan ya y vivan, o estén concebidos aunque no hayan nacido (*nasciturus*); no lo serán los no concebidos aún.

Aparte lo dicho al principio, el hecho de que los transmisarios no sean herederos del primer causante y de que el propio artículo 1006 del Código Civil diga que «pasa a los suyos», o sea, a los herederos del transmitente, confirma lo expuesto anteriormente.

B) Sin embargo los INDIGNOS y los incursos en causa de INCAPACIDAD RELATIVA para suceder respecto al primer causante, NO tendrán capacidad para ser transmisarios, aun cuando con su aceptación no adquieran la condición de heredero respecto del primer causante.

Tales causas de incapacidad afectan a los transmisarios por las siguientes RAZONES:

- a) El artículo 1006 no autoriza a pensar lo contrario.
- b) En tanto que las *incapacidades relativas* tiene un matiz de prohibiciones especiales establecidas *ex lege* para todo caso y circunstancia en defensa de la libertad de testar; y las causas de *indignidad sucesorias* tienen un carácter de *pena o sanción civil*, por existir una especie de incompatibilidad moral del sucesor; todo ello, decimos, impone que *razones morales y de equidad* justifiquen la incapacidad, en estos casos, para ser transmisarios.
- c) En tanto que la aceptación o renuncia supone una manifestación volitiva de tal magnitud que, emitida en uno u otro sentido, *convierte o no en heredero* del primer causante al transmitente, concluyendo el proceso de adquisición de la herencia de aquel (como ya se dijo).
- d) La misma capacidad (excepto la de existencia) que se le exige por la Ley al transmitente se le ha de exigir al *transmisario*, toda vez que este *recibe por el derecho de transmisión el mismo derecho (su contenido)*: el *ius delationis*, adquiriendo a través suyo todo el contenido patrimonial de la herencia de su causante.

De manera que, si respecto del transmitente el artículo 766 del Código Civil dice que: «El heredero... incapaz de heredar... no transmite ningún derecho a sus herederos...» (y agregamos: porque nada adquiere), la misma razón cabe invocar para justificar la necesidad del tal exigencia en la persona del transmisario. Y ello porque *el transmisario ejercita el ius delationis relativo a la herencia del primer causante*, respecto de la cual, si bien el transmisario no adquiere la cualidad de heredero, sí consolida o no la adquisición de tal cualidad y de la herencia misma en el transmitente o segundo causante. Recibiendo el transmisario la herencia del primer causante a través de la herencia de su transmitente y causante, respecto del que sí es heredero. Es decir, que *¡¡APROVECHA Y BENEFICIA!! al transmisario el ejercicio positivo que del ius delationis verifica.*

7. UNA MENCIÓN A LA CUESTIÓN FISCAL

Curiosamente, la mal denominada «Jurisprudencia menor» (procedente de los Tribunales Superiores de Justicia TSJ), siguen entendiendo, en materia de *Tributación y Plusvalía Municipal*, que existen dos transmisiones y dos herederos distintos, en la transmisión del «ius delationis».

- a) Que, en materia de PLUSVALÍA MUNICIPAL también se devengan dos transmisiones, así lo expresa, entre otras, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Barcelona núm. 10, de 30 de septiembre de 2014, Recurso 193/2013.
- b) Y en materia del IMPUESTO DE SUCESIONES, la más reciente del TSJ de Madrid de 22 de diciembre de 2014, Recurso 648/2012, afirma qué «El TEAR lo que entiende es que se producen dos transmisiones a los efectos del impuesto, una la del primer causante al llamado a su herencia y, otra, de esta último a su propio heredero, que no adquiere del causante inicialmente sino a través de la herencia del primer causante, y tal es el criterio que se deduce de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2011 (recurso 2610/2008), y que nos lleva a la desestimación del motivo y sin perjuicio de que los interesados pudiesen instar el reintegro de posibles ingresos indebidos, cuando señala. «En relación con esta cuestión en la sentencia de esta Sala de 31 de marzo de 2004».

En definitiva, concluye el Notario Joaquín ZEJALBO, *la sentencia civil del TS de 11 de septiembre de 2013, recurso 397/2011, aparte de estar desconectada de la realidad* (pues en la mayoría de las ocasiones no debería operar el derecho de transmisión por existir aceptaciones tácitas no acreditadas) y *de perjudicar al cónyuge viudo del transmitente*, (que mayoritariamente son mujeres, al haber estadísticamente, más viudas que viudos) *fiscalmente carece de consecuencias prácticas.*

Precisamente, en este último sentido apuntado, el mencionado autor señala que son muchos los autores que ponen un acento excesivo en el distinto tratamiento fiscal de seguirse una u otra teoría, cuando, en realidad, las consecuencias prácticas son muy escasas.

En efecto, los que opinan, como la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 2013, que el transmisario hereda directamente al primer causante, resaltan que fiscalmente es mucho menos gravosa su posición, ya que no es procedente una doble imposición y solo debe practicarse una liquidación.

Sin embargo, nosotros opinamos que, en el campo tributario, aplicando la nueva doctrina civil del Tribunal Supremo, en realidad, lo que procedería sería una *compensación* entre lo que se debe pagar por el transmitente, que ha fallecido sin aceptar ni repudiar la herencia del primer causante, y la liquidación que deba el heredero transmisario. Mientras que, con la doctrina clásica, si bien se adeudarían dos liquidaciones, una a cargo del transmitente y otra a cargo del transmisario, sin embargo, en esta última, se debería de *deducir* el importe de lo satisfecho por el impuesto en las transmisiones precedentes.

Con lo cual, las diferencias, si se hacen las cuentas, no resultan tan grandes. En este sentido, entendemos que debe tenerse muy presente la sentencia del Tribunal Superior de Justifica de la Comunidad Valenciana de 7 de junio de 2013; recurso 1452/2010 (recogida, junto a otras muchas e interesantes, por mi compañero Joaquín ZEJALVO MARTIN, en su «Comentarios a la Resolución de 11 de junio de 2014»; en www.notariosyregistradores.com) pues dice:

«Pues bien, debemos partir del contenido del artículo 20.3 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que bajo la rúbrica Base Liquidable señala: 'Si unos mismos bienes en un periodo máximo de diez años fueran objeto de dos o más transmisiones mortis causa en favor de descendientes, en la segunda y ulteriores, además el importe de lo satisfecho por el impuesto en las transmisiones precedentes. Se admitirá la subrogación de los bienes cuando se acredite fehacientemente'.

Así como del contenido del artículo 13 de la misma Ley que señala bajo la rúbrica deudas deducibles que: '1. En las transmisiones por causa de muerte, a efectos de la determinación del valor neto patrimonial, podrán deducirse con las deudas que dejare contraídas el causante de la sucesión siempre que su existencia se acredite por documento público o por documento privado que reúna los requisitos del artículo 1227 del Código Civil o se justifique de otro modo la existencia de aquella, salvo las que lo fuesen a favor de los herederos o de los legatarios de parte alícuota y de los cónyuges, ascendientes, descendientes o hermanos de aquellos aunque renuncien a la herencia. La Administración podrá exigir que se ratifique la deuda en documento público por los herederos, con la comparecencia del acreedor. 2. En especial, serán deducibles las cantidades que adeudare el causante por razón de tributos del Estado, de Comunidades Autónomas o de Corporaciones Locales o por deudas de la Seguridad Social y que se satisfagan por los herederos, albaceas o administradores del caudal hereditario, aunque correspondan a liquidaciones giradas después del fallecimiento'.

Atendiendo a dichos preceptos, entiende la Sala que deben estimarse las alegaciones de la actora, respecto la aplicación de la reducción prevista en el artículo 20.3 de la Ley, pues tal y como argumenta la misma y se desprende del texto de los mismos, la aplicación de la deducción por transmisión consecutiva a la hora de determinar la base liquidable conforme establece el artículo 20.3 de la Ley 29/87 es independiente de la deducción de la deuda tributaria que resulta conforme el artículo 13.2 de la Ley, pues, respecto al Impuesto correspondiente a la primera adquisición, cabe que se haya pagado por el primer adquirente y, por lo tanto, cuando este fallezca, ya no se encuentre dicho dinero en el patrimonio que va a ser objeto de la segunda transmisión, no existiendo tampoco la correspondiente deuda tributaria, o cabe que no se haya pagado, por lo que el importe de dicho Impuesto se computa como patrimonio y a su vez como deuda tributaria, que en aplicación del artículo 13.2 disminuye el patrimonio de dicha segunda transmisión, pues corresponde abonarla al segundo adquirente, llegando a un mismo resultado, razón por la que debe de entenderse que el artículo 20.3 debe de funcionar al margen

del artículo 13.2 *que además tiene por objeto determinar el valor neto patrimonial, cuando el artículo 20.3 tiene por objeto la determinación de la base liquidable* debiendo, por tanto operara la deducción prevista en el artículo 20.3 de la Ley 29/87 *en los supuestos en los que concurren los requisitos previstos, en concreto que se trate de unos mismos bienes y que sean objeto en un periodo máximo de diez años de dos o más transmisiones mortis causa a favor de descendientes; entendiendo la Sala que, cuando el precepto se refiere a que se deducirá el importe satisfecho, debe de interpretarse en un sentido amplio, como importe que se debe satisfacer por el impuesto citado, al margen de que esté efectivamente satisfecho, pues lo contrario daría lugar a situaciones injustas en las que, como sostiene la actora, se penalizarían supuestos en los que por el modo temporal en el que han tenido lugar las sucesiones consecutivas, no se haya podido satisfacer el importe del impuesto con carácter previo».*

VIII. LA ACEPTACIÓN TÁCITA DEL TRANSMITENTE-DELADO: NUEVAS ORIENTACIONES JURISPRUDENCIALES

En vista de todo lo anterior expuesto, y habida cuenta que el determinar si el transmisario, al aceptar la herencia del transmitente, sucede recta-vía al primer causante (tesis que no compartimos); o si el transmisario actúa siempre como sucesor universal del transmitente y nunca como verdadero y directo heredero del primer causante; pues solo a través de la herencia del transmitente, produciendo sus efectos en la herencia de este, como parte de la herencia de este, llega hasta la esfera jurídica del transmisario la sucesión del primer causante (tesis que compartimos); como todo este asunto, decimos, es tan cíclicamente recurrente que pareciera se intente desentrañar la esencia de la piedra filosofal, nosotros creemos que el Tribunal Supremo, en lo sucesivo, y sin desprestigiar las disquisiciones anteriores, debería centrarse más en dar cabida, en fase probatoria, a la *aceptación TÁCITA*, por parte del transmitente. Pues es este, el de la aceptación tácita, el camino que quizás se debe recorrer con más atención, según la experiencia que tenemos todos los Notarios a lo largo de nuestra vida profesional.

En efecto, como muy bien escribe VALDEOLMILLOS (La Transmisión del *ius delationis*; *Homenaje a Vallet*, Tomo IV, pp. 477-479), «el heredero electo (transmitente) no puede disponer del 'ius adeundi' en absoluto. El 'ius adeundi' es intangible y se hurta a cualquier manipulación por parte del transmitente; si lo toca, por poco que sea, se deshace y se convierte en herencia aceptada. Tal es la fragilidad del 'ius delationis' que no solo no cabe aceptarlo, pues se adquiere 'ipso iure', sino que el transmitente no puede renunciarlo abdicativamente ni desasirse de él de ninguna forma, pues no puede interrumpir la delación; ni puede enajenarlo ni disponer de él bajo ningún concepto, ya sea a título de legado o de institución de algunos herederos con exclusión de otros, o de todos en distinta proporción de sus cuotas hereditarias. En todos estos casos, por aplicación del "artículo 1000.1 del Código Civil", no habría transferencia del 'ius adeundi', sino enajenación o disposición de la herencia tácitamente aceptada», (la cursiva es nuestra). En este sentido LACRUZ. Posición contraria sigue ROCA (obra citada); e intermedia ALBALADEJO (*Estudios de Derecho Civil* 1955, pp. 287 y sigs.).».

En efecto, si como dice la resolución de la DGRN de fecha 20 de septiembre de 1967 (que es la única, aparentemente, que acepta la teoría de la sucesión recta-vía del primer causante) «Los herederos universales del primer llamado entran en la posesión de la herencia del primer causante a través del derecho

recibido del transmitente *¡y en la misma proporción en que este los ha instituido, una vez aceptada su herencia...!*»; es decir, lo que resulta de esta resolución es que, si el transmitente, al instituir a sus herederos testamentarios (transmisarios), determina la proporción en que estos deben de heredar tanto en su herencia con la del primer causante, es evidente una de estas dos cosas:

1.º. O que los transmisarios no heredan recta-vía al primer causante, porque su designación y nombramiento lo realiza el transmitente en su testamento, señalando así, igualmente, la proporción en que van a heredar a su primer causante.

En efecto, imaginemos el caso frecuente de un transmitente (heredero del primer causante) que, sin aceptar ni repudiar su herencia, haga varios y sucesivos testamentos. Pues bien, los posibles eventuales transmisarios y herederos del primer causante (de así considerar siguiendo la teoría de ALBALADEJO y los autores que le siguen, junto con la sentencia del Tribunal Supremo de 2013 y la resolución de la DRGN de 2014 que comentamos), *estarían cambiando de fecha en fecha, según los avatares y el estado de ánimo del transmitente*; que haría, así, las funciones de un verdadero comisario, prohibido por nuestro ordenamiento jurídico común (art. 670 del Código Civil), salvo supuestos excepcionadísimos (art. 831 del Código Civil).

2.º. O que el transmitente, al excluir a unos herederos o bien instituirlos en distinta proporción, en realidad, estaría aceptando tácitamente la herencia del primer causante.

En efecto, son ya varios los Notarios (Carlos SOLÍS VILLA, Adolfo CALATAYUD SIERRA...) que constatan la realidad de supuestos de aceptación tácita que no se manifiestan o se acreditan por el transmisario. Y si bien es cierto que la posesión de la herencia por el llamado, en sí misma, no puede considerarse como aceptación tácita, si permite inferir de ella, si va acompañada de cualesquiera aptos que el artículo 1000 considera como tales, que tal aceptación es evidente.

Así pues, y como recoge el *Manual de Derecho Civil* (varios autores) coordinado por Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, parece que hay actos que claramente comportan aceptación tácita. Concretamente la Jurisprudencia ha entendido que la hay en las siguientes hipótesis: *«interponer reclamaciones o demanda*, tanto en nombre propio como de la herencia yacente, respecto a los bienes relictos (STS 13.2.03-RJA 1017); *cobrar créditos hereditarios* (STS 15.6.82-RJA 3428); *impugnar el testamento* cuya única disposición se limitaba a excluir de la herencia al impugnante, quien por sentencia anterior al fallecimiento del testador, fue declarado su heredero universal (STS 24.11.92-RJA 9367); *perseguir con la dirección de un negocio* que en vida había pertenecido al causante (STS. 12.7.96-RJA 5887); *incluir en el testamento del llamado bienes* que formaban parte de la herencia deferida a su favor (SAP Las Palmas 11.1.99-AC 3114); la suscripción por los llamados del *cuaderno particional* con arreglo al cual deciden repartirse los bienes y derecho que componente el caudal hereditario (SAP Salamanca 26.7.99-AC 6515); *ejercitar la acción de elevación a escritura pública* (protocolización) del testamento del causante (SAP Almería 11.11.02-JUR 2003, 13369); *disponer de las cantidades depositadas en las cuentas bancarias del causante*, retirando los fondos allí existentes (SAP Asturias 23.1.01-AC 16); *continuar los herederos*, tras el fallecimiento del causante, *pagando las cuotas relativas a un contrato de préstamo* concertado en vida por aquel con una entidad bancaria (SAP Lugo 26.1.04-JUR 53195); *realizar pagos con cargo al caudal hereditario*, tales como ofrecer en concepto de «herederos» la entrega de los legados dispuestos por el testador, satisfacer el importe del Certificado de Actos de Última Voluntad del causante, abonar el precio de un vuelo realizado por la persona que cuidó al

causante en sus últimos días y gratificar al enterrador (SSAP Albacete 31.3.05-JUR 100060 y Madrid 26.12.05-JUR 2006, 193972); intervenir en el procedimiento particional *pidiendo que se realice la división* (SAP.Valladolid 18.9.06-JUR 251757); interponer *demanda de desahucio* contra una persona que ocupaba, sin título alguno ni pago de renta o merced, una vivienda que formaba parte de la masa relicta (STS 27.3.08-RJA 2008, 4062)».

Y otros muchos y diversos casos que se pueden dar, y de hecho se dan, en la práctica.

Lógicamente lo arriba expuesto, es aplicable tanto si el transmitente fallece con testamento o intestado.

IX. EPÍLOGO

El Derecho no es una ciencia matemática, sino discursiva y, por consiguiente, las teorías y soluciones que se pueden proponer, a propósito de una cuestión discutible, pueden ser muy variadas.

No obstante, tales soluciones deben ser razonadas y razonables y, sobre todo, justas; descartándose en la interpretación de las normas lo absurdo, injusto o estrafulario.

Además, pensamos que el Derecho, al igual que lo hizo el Derecho romano (del que nuestro CC es simple tributario), debe idear soluciones prácticas, para dar salida y solución a problemas complicados y recurrentes.

Nosotros hemos dado nuestra opinión, basada en un sólido fundamento dogmático: histórico, sistemático y teleológico; y hemos hecho notar que la nueva orientación, tanto del Tribunal Supremo como en la Dirección General de los Registros y del Notariado (esta última dando un viraje total a sus anteriores orientaciones), aparte de ser muy discutible teórica y dogmáticamente, convierten la transmisión del *ius delationis*, o la impropriamente llamada sucesión *iure transmissionis* en un singular, extraordinario y extraño privilegio en exclusivo beneficio de los sucesores universales del transmitente y en directo perjuicio de su cónyuge, acreedores, reservatarios..., en contra de la ratio de la norma y del designio del legislador.

Y es que, una solución teórica que produzca semejantes problemas teóricos y prácticos nunca es una solución acertada.

En todo caso, y dejando a un lado las construcciones dogmáticas y cuestiones teóricas, cada vez son más los notarios que agradeceríamos soluciones al problema planteado en estas notas de urgencia, desde *una nueva perspectiva más práctica*. Concretamente, la apreciación por el Tribunal juzgador, en la inmensa mayoría de los casos (en fase de prueba) de la existencia de la *aceptación tácita* por parte del transmitente *delado*.

Creemos que es un camino más seguro, más real, más práctico y, sobre todo, más equitativo.

Nota: La doctrina civil de la Sentencia de 11 de septiembre de 2013, ha sido reiterada (el Sr. ponente es el mismo) por otra de 20 de enero de 2014; Recurso 495/2001; aunque, en este caso, dicha doctrina no constituya «ratio dicendi» de la resolución del TS.

1.5. Obligaciones y contratos

La facultad judicial de moderar la cláusula penal y su análisis jurisprudencial

The judicial power to moderate the penalty clause and the jurisprudential analysis

por

ROSANA PÉREZ GURREA

*Abogada y Profesora del Máster de Acceso a la Abogacía
de la Universidad de La Rioja*

RESUMEN: En este trabajo analizamos una figura muy presente en todo el ámbito contractual como es la cláusula penal basándonos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, exponemos las funciones que puede desempeñar distinguiendo una función de garantía destinada al cumplimiento de la obligación principal, una función liquidadora de los daños y perjuicios que produciría al acreedor el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación así como la función consistente en pactar una prestación cuya ejecución permita desistir del cumplimiento de la obligación principal pagando la pena acordada. Se analiza la moderación judicial de la cláusula penal *ex* artículo 1154 del Código Civil, los requisitos de la moderación, el carácter imperativo de la misma así como los criterios que la posibilitan.

ABSTRACT: *This paper looks at a high-profile concept present throughout contractual dealings, the penalty clause. The functions penalty clauses can perform are mapped out based on Spanish Supreme Court jurisprudence. A distinction is drawn between the functions of penalty clause as guarantee (ensuring the discharge of the primary obligation), penalty clause as settler of damages (providing creditor's indemnification for damages due to breach of contract or defective discharge of an obligation) and penalty clause as service accord (promising a service whose performance enables the performing party to pay the accorded penalty in order to desist from discharge of the main obligation).*

Examination is devoted to the issues of judicial moderation of penalty clauses under section 1154 of the Civil Code, the requirements for moderation, the imperative nature of moderation and the criteria permitting moderation.

PALABRAS CLAVE: Cláusula Penal. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Funciones. Moderación Judicial. Interpretación.

KEY WORDS: *Penalty clause. Spanish Supreme Court jurisprudence. Functions. Judicial moderation. Interpretation.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. CONCEPTO Y CARACTERES.—III. INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL.—IV. FUNCIONES Y

TIPOS.—V. EFECTOS: 1. EFECTOS ANTERIORES AL CUMPLIMIENTO. 2. EFECTOS POSTERIORES AL CUMPLIMIENTO.—VI. LA MODERACIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL: 1. REQUISITOS DE LA MODERACIÓN. 2. JURISPRUDENCIA DEL TS SOBRE EL CUMPLIMIENTO PARCIAL O IRREGULAR PARA MODERAR EX ARTÍCULO 1154 DEL DEL CÓDIGO CIVIL. 3. EL CARÁCTER IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 1154. 4. CRITERIOS DE LA MODERACIÓN.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. PLANTEAMIENTO

La responsabilidad patrimonial universal del deudor constituye una garantía general para el acreedor con la finalidad de obtener lo debido o su equivalente económico de los bienes del deudor. Pero esta garantía genérica puede ser insuficiente para satisfacer el derecho del acreedor, por lo que nuestro ordenamiento jurídico admite una serie de garantías, destinadas a asegurar el exacto cumplimiento de la obligación, mediante la constitución de una garantía real o personal, entre estas últimas citamos la cláusula penal que vamos a analizar en este trabajo y que es una figura muy presente en todo el ámbito contractual¹.

Tiene razón de garantía del crédito, pero se diferencia de otras garantías en que no altera la base patrimonial sino que modifica convencionalmente la organización ordinaria de la responsabilidad por incumplimiento. Como señala AMORÓS GUARDIOLA², a través del pacto de una obligación accesorio, se produce una ampliación objetiva del débito desplazando la indemnización desde la esfera de la responsabilidad ordinaria a la del cumplimiento de un compromiso contractual y agravando con ello en principio la posición del deudor y mejorando la del acreedor, en comparación con el régimen común. SANZ VIOLA³ señala que «en la cláusula penal las partes de la relación obligatoria regulan las consecuencias del incumplimiento de tal forma que incitan al deudor a cumplir en forma regular. Pero aunque la liquidación convencional de los daños y perjuicios coincidiera con los daños reales se puede considerar que cumple con esa misión de garantía en cuanto facilita al acreedor el ejercicio de su derecho al evitarle la prueba del daño sufrido y de su cuantía para poder exigir el resarcimiento».

La cláusula penal se utiliza por los contratantes para otorgar un refuerzo a la posición jurídica del acreedor y correlativamente compeler al deudor al cumplimiento, basándose en definitiva en la fuerza obligatoria del contrato.

Es una figura que está presente en los diferentes ordenamientos jurídicos, siendo distinta en cada uno de ellos la forma de entender su función y es nuestro Código Civil el que la concibe más ampliamente como una herramienta multifuncional⁴.

El Código Civil belga ofrece un concepto restringido de cláusula penal entendiéndolo que solo puede tener la función de indemnización prefijada de los daños que puede sufrir el acreedor por el incumplimiento de la obligación principal. No se contempla la cláusula penal como medida disuasoria del incumplimiento posiblemente por considerar que no es aceptable una sanción impuesta por los particulares. En cuanto a la posible intervención del juez para moderar la pena pactada, se limita a controlar su carácter indemnizatorio, pudiendo moderar su cuantía cuando esta sea manifestamente mayor que los perjuicios previsibles en el momento de pactarse la cláusula penal y también cuando la obligación principal haya sido cumplida en parte.

En el Código Civil alemán se regula una cláusula penal que puede tener una función sancionadora o meramente indemnizatoria de los daños y perjuicios,

dando a la primera un valor prioritario. El juez a petición del deudor puede moderar la pena desproporcionadamente alta hasta hacerla razonable, para lo que se tiene en cuenta el legítimo interés del acreedor⁵.

En el Código Civil portugués las partes pueden fijar por acuerdo el importe de la indemnización exigible que es lo que se llama cláusula penal la cual está sujeta a las mismas formalidades que la obligación principal. En cuanto a su funcionamiento únicamente se contempla una función sustitutoria o liquidatoria de los daños y perjuicios⁶. El juez podrá moderar equitativamente la cláusula manifiestamente excesiva, aunque el exceso haya sido sobrevenido y también cabe la moderación cuando la obligación principal hubiera sido cumplida irregularmente, considerándose nulo cualquier pacto que pretenda excluir la moderabilidad. Respecto de las cláusulas penales contenidas en contratos de adhesión, en el Derecho portugués se consideran abusivas si fueran desproporcionadas respecto de los daños resarcibles. A diferencia de las cláusulas contenidas en contratos ordinarios, que son susceptibles de moderación, las cláusulas abusivas ínsitas en contratos de adhesión son nulas de pleno derecho.

El Código Civil italiano permite que las partes puedan pactar tanto una pena coercitiva para el cumplimiento como una indemnización de los daños en caso de incumplimiento. El juez puede moderar equitativamente la pena, tanto en el supuesto de cumplimiento parcial o irregular como cuando su cuantía sea manifiestamente excesiva, teniendo siempre en cuenta el interés del acreedor en el cumplimiento. Respecto de la cláusula penal en los contratos de consumo con condiciones generales, el Código de consumo incluye entre las que se presumen abusivas «imponer al consumidor, en caso de incumplimiento o de retraso en el cumplimiento, el pago de una suma de dinero a título de resarcimiento, cláusula penal u otro título equivalente de importe manifiestamente excesivo». La inclusión de este tipo de cláusulas se sanciona con la nulidad, sin que sea posible la moderación de las mismas.

De lo expuesto podemos concluir con carácter general que la cláusula penal como sanción no goza del favor del legislador, en los ordenamientos en que se admite ha de pactarse expresamente y en alguno como ocurre en el Código belga está incluso prohibida. En todos los Códigos que regulan la cláusula penal se contempla la facultad judicial de moderar en determinados casos la cuantía pactada, si bien los requisitos para llevarla a cabo son diferentes en cada regulación. El criterio más común es conceder al juez la facultad de moderar la pena con criterio de equidad cuando fuera manifiestamente excesiva o cuando existió un cumplimiento parcial o irregular, si bien en este último caso son numerosos los Códigos que señalan expresamente la necesidad de que el acreedor acepte dicho cumplimiento irregular.

La Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978 recomienda a los Estados miembros un modelo legislativo sobre cláusulas penales en Derecho civil. Los Principios Europeos sobre Derecho de los Contratos regulan en el artículo 9:509 PECL la indemnización pactada para el caso de incumplimiento diciendo: «Si se hubiera dispuesto en el contrato que en caso de incumplimiento de una parte esta deberá pagar una suma determinada de dinero a la parte lesionada por dicho incumplimiento, el perjudicado recibirá dicho importe con independencia del daño efectivamente causado. Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resultara manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias».

II. CONCEPTO Y CARACTERES

Nuestro Código Civil no da una definición de cláusula penal sino que solo señala de forma genérica en el artículo 1152 del Código Civil: «En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiera pactado. Solo podrá hacerse efectiva la pena cuando esta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código».

Desde el punto de vista doctrinal, se han dado numerosas definiciones de la cláusula penal, se trata de una obligación accesoria que las partes añaden a una obligación principal, para asegurar su cumplimiento, consistente generalmente en el pago de una cantidad de dinero, en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal.

Es difícil dar un concepto de cláusula penal que englobe las diferentes funciones que esta desempeña en nuestro ordenamiento jurídico, DÍAZ ALABART⁷ la define como obligación accesoria que solamente será eficaz cuando se dé el tipo acordado de incumplimiento de la obligación principal y, cuyo objeto es una prestación que satisfaga el interés del acreedor en el modo y medida prefijados por las partes.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la STS de 8 de enero de 1945 la definió como «promesa accesoria y condicionada que se incorpora a una obligación principal, con doble función reparadora y punitiva, en cuanto no solo procura la indemnización en realidad procedente, sino que la vuelve más gravosa para el deudor y establece además un régimen de privilegio a favor del acreedor»⁸.

De lo anteriormente dicho, podemos deducir los rasgos siguientes:

1. La cláusula penal supone una obligación de carácter accesorio, que se añade a una obligación principal para reforzarla; normalmente nace por acuerdo de las partes (pena convencional), pero también es posible que nazca unilateralmente de la voluntad del testador e incluso de la Ley, por tanto, es un medio de garantía de dicho crédito.
2. La obligación tiene por objeto una prestación, normalmente económica, aunque no es necesario que sea así; en el caso de que la prestación sea económica se admiten cláusulas de estabilización.
3. La cláusula penal es una obligación accesoria ya que se establece para el caso de que el deudor incumpla o cumpla defectuosamente la obligación principal.
4. Para la validez de la cláusula penal es necesario que quien la acuerda tenga capacidad suficiente para obligarse a la prestación en que consista la pena. Podría darse el caso de que teniendo capacidad general para contratar, carezca de ella para la cláusula penal accesoria de dicho contrato⁹. Aún teniendo capacidad de obrar para pactarla, puede haber ocasiones en que la cláusula penal sea nula por no haber cumplido los requisitos que tipifica la Ley para algunos tipos de contratos. La STS 1278/2006 de 7 de diciembre decretó la nulidad de la cláusula penal por falta de legitimidad de un alcalde para prestar su consentimiento en un contrato de arrendamiento ya que no siguió el procedimiento legalmente establecido para obligar al Ayuntamiento.
5. Que el incumplimiento sea imputable al deudor¹⁰, pero en base al principio de libertad de pactos y teniendo en cuenta el artículo 1105 del Código Civil, se puede acordar una pena que incluya incumplimientos no imputables al deudor debidos a caso fortuito.

La Sentencia del TS de 17 de enero de 2012 señala que: «La libertad de pactos sobre la que se asienta nuestro ordenamiento, de forma similar a otros próximos, permite asegurar el cumplimiento de las obligaciones mediante un pacto accesorio que deroga el régimen general de indemnización de daños y perjuicios para caso de incumplimiento de lo pactado, por el que en tal supuesto, se obliga al deudor a ejecutar una prestación consistente en general en el pago de una determinada cantidad de dinero, con una finalidad en ocasiones liquidatoria de los daños y perjuicios, en otras liberatoria y en otras puramente punitiva o cumulativa, siendo preciso para la exigibilidad de la pena que concurren los siguientes requisitos:

- a) Existencia de una obligación principal válida
- b) Existencia de una cláusula penal
- c) Incumplimiento de la obligación principal
- d) Que el incumplimiento coincida con la previsión contractual ya que como señala la Sentencia 271/2009, de 22 de abril, reiterando la de 18 de septiembre de 2008, las cláusulas penales «como excepción al régimen normal de las obligaciones, merecen una interpretación restrictiva»¹¹. Lo que no quiere decir que haya de interpretarse reduciendo su ámbito de aplicación sino que ha de estarse a lo que se pactó; si se acordó específicamente para la falta de pago del precio por parte del comprador; no cabe extender su aplicación a la inobservancia de otras obligaciones no previstas en la cláusula.
- e) Imputabilidad del incumplimiento al deudor.

La Sentencia del TS de 10 de diciembre de 2013 reitera cuál es el concepto de cláusula penal señalando que «es aquella que se establece en una obligación cuyo incumplimiento se sanciona con ella», añadiendo que «requiere el incumplimiento de una obligación principal».

III. INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

La interpretación es esencial en el estudio de la cláusula penal y debe realizarse teniendo en cuenta el contexto en el que se inserta la misma, por eso en casi todas las sentencias sobre cláusula penal hay referencias a las reglas de interpretación del Código Civil¹².

El TS en sentencia de 22 de octubre de 1990¹³ interpreta un pacto que verdaderamente puede ser considerado como cláusula penal y le niega tal consideración para evitar un resultado injusto. Contempla el supuesto de una compraventa de local por precio aplazado, una de las cláusulas del contrato establece que en caso de incumplimiento de las obligaciones del comprador, si el vendedor opta por la resolución del contrato «se producirá la pérdida para el comprador de las cantidades por él entregadas, previo aviso en forma fehaciente con 30 días de antelación». Ante el persistente incumplimiento el vendedor reclamó la resolución del contrato, con pérdida de la cantidad entregada y el pago de los daños y perjuicios.

El TS considera que dicho pacto no es una cláusula penal ya que «se requiere para su existencia, bien una función coercitiva o de garantía, consistente en estimular al deudor al cumplimiento de la obligación principal, ante la amenaza de tener que pagar la pena, bien una función liquidadora del daño consistente

en evaluar por anticipado los perjuicios que habría ocasionado al acreedor el incumplimiento o cumplimiento inadecuado de la obligación o bien una función estrictamente penal consistente en sancionar dicho incumplimiento o cumplimiento inadecuado, atribuyéndole consecuencias más onerosas para el deudor que las que normalmente lleva aparejada la infracción contractual». El TS considera que ninguna de estas funciones se da en este caso y, que la retención de las sumas pagadas solamente viene a compensar económicamente la inadecuada ocupación del local, cantidad que por el largo periodo transcurrido no llega a cubrir esos perjuicios.

Respecto a si este pacto debemos considerarlo como cláusula penal, en mi opinión la respuesta es afirmativa, ya que lo característico es la existencia de una pena si se produce el caso para el que se pactó (en este supuesto la resolución por impago del precio), sin que importe que la pena consista en un dar, hacer o no hacer. Podemos considerarla como sustitutoria de los daños dimanantes de la falta de cumplimiento de la obligación principal del comprador consistente en el pago puntual del precio.

El TS en sentencia de 18 de diciembre de 2006 se refiere a un caso de arrendamiento de ganado, por el que los arrendadores entregaban a los arrendatarios una partida de ganado sano que estos debían reintegrar a la expiración del plazo contractual. El ganado que se entregó al finalizar el contrato tenía graves enfermedades y sufría un gran deterioro que incluso había provocado la muerte de alguno de los animales, razón por la que los arrendadores demandaron solicitando una indemnización por la pérdida sufrida, así como la ganancia que dejaron de obtener por el incumplimiento, con expresa imposición de costas a los demandados por su mala fe y temeridad. No obstante en el contrato se había incluido una cláusula que decía: «El incumplimiento de este contrato por alguna de las partes acarrearía el abono a la parte perjudicada en la cantidad de 500.000 ptas.», sin más aclaración.

En primera instancia se condena al arrendatario al abono de dicha cantidad, al entender que la pena pactada era sustitutoria de cualquier tipo de daño provocado por el incumplimiento. En apelación se revoca la sentencia concediendo a los arrendadores la cantidad que solicitaron originalmente como indemnización. Los arrendatarios interponen recurso de casación por la interpretación de la citada cláusula penal, entendiendo que infringe el artículo 1152 del Código Civil, motivo que es desestimado por el TS en su Fundamento Jurídico 3: «Visto el considerable valor del ganado objeto del arrendamiento, era obviamente previsible que la falta de cumplimiento derivada de dicho contrato podría dar lugar a perjuicios muy superiores a la indemnización fijada en la estipulación, indemnización que por otra parte, no estimulaba por ello la voluntad de cumplimiento, sino todo lo contrario. De ahí que aplicando criterios lógicos hay que concluir que la intención de los contratantes fue solo la de fijar una indemnización genérica por la simple falta de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas; sin perjuicio, además de mantener la exigibilidad de la concreta obligación incumplida», es decir, el TS interpreta que la cláusula se pactó solamente para un incumplimiento menor, ya que de otro modo resultaría absurda.

En este caso, el TS da una solución equitativa al caso pero lo hace en una forma que no resulta la más adecuada desde el punto de vista técnico. Es evidente que la cláusula pactada resulta exigua en relación con los daños causados, pero entender que se quiso pactar solo para un incumplimiento menor resulta aventurado. Verdaderamente al pactar la pena no se tuvo en cuenta un incumplimiento de este tipo y por tanto, la cláusula penal fue pactada para incumplimientos con-

tractuales como el impago o retraso en el pago de la renta pactada, pero no para un incumplimiento que suponía la destrucción de parte del ganado arrendado.

IV. FUNCIONES Y TIPOS

La cláusula penal puede desempeñar las siguientes funciones que se corresponden con los distintos tipos de cláusula penal que pueden pactarse:

1. Una función de garantía consistente en estimular al deudor al cumplimiento de la obligación principal, ante la amenaza de tener que pagar la pena. Esta función corresponde a la denominada cláusula penal punitiva o cumulativa¹⁴, a la que se refiere el artículo 1153 del Código Civil: «El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho».
2. Una función liquidadora de los daños y perjuicios, que consiste en evaluar por anticipado los perjuicios que produciría al acreedor el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación. Esta función se cubre con la denominada cláusula penal sustitutoria o indemnizatoria. La cláusula así entendida no supone mayor garantía para el cumplimiento, ni agrava la posición jurídica del deudor aunque favorece la posición del acreedor al eximirle de la prueba de la existencia y cuantía de esos daños, pero para que cumpla efectivamente su función es necesario que la evaluación de los daños pactados se corresponda en lo esencial con los que efectivamente se hayan producido en cada caso¹⁵.
3. La tercera función consiste en pactar una prestación cuya ejecución permita desistir del cumplimiento de la obligación principal¹⁶. La cláusula que cumple esta función es la penitencial o de desistimiento¹⁷, que permite al deudor liberarse de cumplir la obligación pagando la pena acordada. En definitiva, su esquema se corresponde con el de una obligación facultativa ya que permite al deudor cumplir su obligación mediante la realización de una prestación diversa de la debida.

En principio cuando pensamos en este tipo de cláusula se parte de que la obligación principal sea de tracto único o si es de tracto sucesivo que la pena se haya pactado para permitir al deudor que desista antes de haber comenzado el cumplimiento de la obligación principal. Esta sería la típica cláusula penal de desistimiento ya que este ha de producirse antes del comienzo de la ejecución del contrato. No obstante también se admite otro subtipo de cláusula que podemos denominar atípica, que permite no ya el desistimiento, sino la resolución de un contrato en vías de ejecución¹⁸. En este caso su esquema no se corresponde con el de la obligación facultativa, ya que el deudor no elige la obligación que va a cumplir, sino que una vez comenzada la ejecución de la obligación principal pagando la pena, puede resolver el contrato lícitamente sin que sea preciso que exista causa para ello.

Frente a la gran cantidad de jurisprudencia que existe en relación con la cláusula penal, las sentencias sobre la penitencial o de desistimiento son escasas. Así la STS de 28 de diciembre de 1946 contempla realmente no una cláusula penal de desistimiento sino una facultad de resolución del contrato conferida a ambos contratantes a cambio del pago de una cantidad: «Por último, aún facultado el deudor para liberarse de la obligación pagando la pena (caso previsto en

el art. 1153 del CC), el hecho de hacer uso de esta facultad no implica *per se* la resolución del contrato, siguiéndose de las apuntadas consideraciones que en el caso ahora controvertido ni se trata de una rescisión ni de una obligación con cláusula penal».

LACRUZ BERDEJO destaca las funciones coercitiva, punitiva y sustitutiva, si bien la función punitiva concurre no solo en el caso de pena cumulativa, sino también cuando la evaluación del daño hecha mediante la cláusula penal supera la medida real del daño; y que las partes pueden establecer una pena inferior al daño que beneficie al deudor, que será válida, salvo en el caso de responsabilidad por dolo.

Las diferentes opiniones doctrinales nos permiten llegar a la conclusión de que la cláusula penal puede desempeñar simultáneamente una o varias funciones según los términos en que haya sido redactada, en base al principio de autonomía de voluntad de las partes *ex* artículo 1255 del Código Civil; sin embargo existen dos ideas esenciales en torno a las cuales gira esta figura: la primera es que la cláusula penal es un medio de garantía del derecho de crédito, que estimula al deudor al cumplimiento de la obligación principal ante la amenaza de tener que pagar la pena (función de garantía o coercitiva), la segunda es que las partes valoran de antemano los daños y perjuicios que puedan provocarse al acreedor, caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal (función liquidatoria).

Sobre su finalidad, la SAP Barcelona de 30 de abril de 2009, «las cláusulas penales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1152 del Código Civil: «En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento y cumplen una función liquidadora (evaluación por anticipado, SSTS de 20 de julio de 1981, 24 de mayo de 1982, 20 de mayo de 1986, 22 de octubre de 1990, 8 de junio de 1998) suponiendo, en definitiva, que las propias partes convienen en el momento de la conclusión del contrato cuáles serán las consecuencias en caso de incumplimiento, motivo por el cual el acreedor queda liberado de la carga de alejar y probar los perjuicios que el incumplimiento le haya ocasionado y no pudiendo pretender por tal concepto una suma mayor».

V. EFECTOS

1. EFECTOS ANTERIORES AL CUMPLIMIENTO

Antes de que el deudor principal cumpla o incumpla la obligación principal, la cláusula penal tiene un efecto coercitivo, para constreñir al deudor a su cumplimiento, lo que supone una garantía para el acreedor, no solo en el caso de la pena cumulativa sino también de pena sustitutiva cuya cuantía sea superior a los daños previstos.

Otro efecto es que la cláusula penal hace que la deuda sea más onerosa para el deudor; lo que tiene una gran trascendencia práctica a efectos de la imputación de pagos. En este sentido, el Código Civil en los artículos 1172 a 1174 señala que, cuando exista un deudor y un solo acreedor de varias obligaciones homogéneas, la imputación se hará por el orden siguiente: 1. Por el señalado por el deudor; 2. En su defecto, por el consignado en el recibo por el acreedor, cuando fuese aceptada por el deudor; 3. Por la aplicación de los intereses cuando la deuda los

produzca y 4. A falta de las circunstancias anteriores, se estimará satisfecha la deuda más onerosa al deudor, entre las que estén vencidas.

2. EFECTOS POSTERIORES AL CUMPLIMIENTO

Si se ha pactado expresamente la pena cumulativa, el acreedor tendrá derecho a exigir el cumplimiento forzoso de la obligación principal y la pena; si el primero no fuera posible, tendrá derecho a daños y perjuicios y la pena, según las reglas generales, pero no podrá elegir entre ambas cosas, salvo en el caso de que tratándose de obligaciones recíprocas, el contratante no incumplidor pida la resolución con abono de daños y perjuicios y pago de la pena.

Si se ha pactado la pena sustitutiva, la cuestión es si la indemnización de daños y abono de intereses se refiere a la que surge de la reclamación del *id quod interest* y los daños y perjuicios ocasiones o a la derivada de la resolución de la obligación principal.

La doctrina mayoritaria señala que mediante la cláusula penal, las partes sustituyen preventivamente la prestación del *id quod interest* y la ejecución forzosa en forma específica por el pago de una suma convenida, de donde puede deducirse que la pena sustituye a la indemnización correspondiente al valor de la prestación principal más los daños y perjuicios causados.

Otro efecto de la cláusula penal, caso de incumplimiento, es que el acreedor no ha de probar la existencia de daños ocasionados por incumplimiento de la obligación principal porque estos quedan determinados por la pena. La cláusula penal no solo es un pacto relativo a invertir la carga de la prueba, ya que bastaría que el deudor probase lo contrario para incurrir en la pena convencional; por esta razón la Sentencia de 10 de abril de 1956 ha declarado que el deudor no se ve liberado de la pena, probando que el incumplimiento no ha ocasionado daños al acreedor.

Se ha planteado la duda de si en los casos de acción subrogatoria del artículo 1111 del Código Civil, el acreedor puede o no ejercitar la cláusula penal que su deudor no ejercite. HERNÁNDEZ GIL señala como requisitos para poder ejercitar la acción subrogatoria:

1. Que el que intente utilizarla tenga un derecho de crédito contra el deudor aunque por el momento no sea exigible.
2. Que en el patrimonio del deudor no haya bienes suficientes para pagar al acreedor; es decir, tiene carácter subsidiario
3. Que los bienes y acciones del deudor que no ejercite puedan ser ejercitados por el acreedor; es decir, que no sean personalísimos.

La duda que se plantea es si se trata o no de un derecho personalísimo del deudor; recordemos que la función económica y social de la acción subrogatoria es asegurar el cumplimiento de la obligación principal como complemento de la garantía patrimonial universal tipificada en el artículo 1911 del Código Civil¹⁹; por lo tanto, es un medio de conservación del patrimonio del deudor; en su función de garantía de los acreedores, el Código Civil la considera como un instrumento de cobro por parte del acreedor; es decir, como un medio para conseguir el fin jurídico de que el acreedor satisfaga su crédito. Al no tratarse de un derecho personalísimo, sino de carácter patrimonial o económico, la consecuencia es que el acreedor podrá ejercitar la cláusula penal que su deudor no ejercite²⁰.

VI. LA MODERACIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL

1. REQUISITOS DE LA MODERACIÓN

Una de las cuestiones sobre la cláusula penal que mayor interés ha despertado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia es la moderación de la pena. Su fundamento central es el artículo 1154 del Código Civil dice: «El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

Nuestro Código Civil pese a ser de ámbito latino no contiene previsión alguna sobre la posibilidad de moderación de la pena excesiva²¹ con base en la equidad, sin que haya precepto equivalente al artículo 1152 del Code francés: las partes tienen libertad para establecer la cuantía de la pena, sin necesidad de ajustarse a la de los daños efectivamente causados por el incumplimiento²². En cambio, en la moderación judicial por incumplimiento parcial de la obligación principal el artículo 1154 del Código Civil sigue el modelo francés.

Precisamente la naturaleza de la cláusula penal presidida por el principio de autonomía de voluntad de las partes para establecer las modificaciones de la responsabilidad contractual que deseen dentro de los límites legales, nos lleva a entender que la intervención del juez para moderar debe ser restringida a los supuestos contemplados en el artículo 1154 del Código Civil, es decir, a los casos de cumplimiento parcial o irregular, sin que corresponda hacer una interpretación extensiva de dicho precepto²³.

Siguiendo la línea de restringir la actuación judicial en esta materia propia de los Códigos cercanos al francés, debemos dejar claro que el artículo 1154 del Código Civil no es un cheque en blanco para que el juez discrecionalmente modere la cláusula penal en los casos que le parezca injusta. Para que la moderación sea conforme a derecho tiene que cumplir dos requisitos: que haya existido un cumplimiento parcial o irregular²⁴ y que la moderación sea equitativa. Otra cosa es que algunos autores hayan echado en falta la existencia de una facultad similar a la del artículo 1154 del Código Civil para aumentar las penas irrisorias o una regla de carácter general que permita la moderación equitativa de las penas teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto.

Ya hemos visto que el artículo 1154 del Código Civil señala que: «El juez modificará equitativamente la pena». La esencia del precepto radica en que la actuación judicial debe regirse por el principio de equidad lo que obliga a que el resultado obtenido con la moderación sea equitativo para ambas partes. Por lo tanto, puede darse el caso en que, existiendo un cumplimiento parcial de la prestación, si se modera la pena se produzca un resultado faltando a la equidad, supuesto en el que el artículo 1154 del Código Civil no obliga al juez a moderar²⁵.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que la moderación depende del cumplimiento parcial o defectuoso, no de la buena o mala fe del deudor²⁶. Intentando conciliar esta doctrina con la sentada por la STS de 8 de enero de 1945, que señala como una de las circunstancias a considerar en la moderación la intensidad de la culpa del deudor, SANCHO REBULLIDA²⁷ considera que la buena o mala fe del deudor se tendrá en cuenta a efectos de concretar el quantum de la moderación, pero no para determinar si esta procede o no.

En mi opinión la moderación de la pena *ex* artículo 1154 del Código Civil no depende de la mala fe del deudor sino de la existencia de un cumplimiento parcial o irregular; otra cosa es en la línea señalada por SANCHO REBULLIDA, que la buena o mala fe del deudor se tengan en cuenta a la hora de cuantificar

la moderación judicial, teniendo en cuenta las circunstancias del caso con la finalidad de que la moderación sea equitativa.

2. JURISPRUDENCIA DEL TS SOBRE EL CUMPLIMIENTO PARCIAL O IRREGULAR PARA MODERAR EX ARTÍCULO 1154 DEL CÓDIGO CIVIL

Ya hemos visto que este artículo establece la necesidad de que exista cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal para que quepa moderación judicial de la pena. La posición doctrinal mayoritaria²⁸ entiende que no cabe la moderación judicial de la pena en los casos de incumplimiento total o si en el cumplimiento se incurrió totalmente en la irregularidad sancionada con la pena.

En la jurisprudencia del TS destacan dos líneas en cuanto a la aplicación del cumplimiento parcial o irregular que prescribe el artículo 1154 del Código Civil, una que podemos denominar laxa que atiende a las circunstancias del caso concreto y otra más respetuosa con la estricta literalidad del precepto que exige taxativamente el requisito del cumplimiento parcial o irregular para que tenga lugar la moderación judicial, ambas posturas aparecen claramente descritas en la STS de 5 de julio de 2006, la cual contempla un contrato de arrendamiento de inmuebles por una empresa a una compañía aérea. El contrato incluye una penalización por el incumplimiento contractual de la arrendataria junto con unos intereses de demora desde la fecha de presentación de la demanda. Está claro el incumplimiento de la compañía aérea que abandonó el local antes del plazo estipulado en el contrato sin abonar las rentas correspondientes al tiempo restante del contrato, lo que es discutible es si cabe la moderación de la pena resultante de dicho incumplimiento. Tanto en primera instancia como en la Audiencia se considera que cabe la moderación y el TS en esta Sentencia y siguiendo una de las líneas jurisprudenciales²⁹ antes mencionadas también considera que cabe la moderación atendiendo a las circunstancias del caso «para evitar la notoria desproporción que se podría derivar de la aplicación rigurosa del precepto y consiguiente enriquecimiento injusto». Añade transcribiendo un pasaje de la STS de 3 de febrero de 2002 que «es preciso tener en cuenta las circunstancias de cada caso en la doble perspectiva del arrendador, cuyas legítimas expectativas contractuales no cabe frustrar y del arrendatario, al que no cabe gravar con una consecuencia económica exagerada o desproporcionada cuando su comportamiento no es arbitrario, y por eventos de la vida le resulta imposible o muy dificultoso continuar en la relación contractual».

En la misma línea citamos la STS de 4 de octubre de 2007³⁰ que restringe el rigor de la doctrina que impide moderar las penas cuando se incumple totalmente la obligación, atendiendo a si se trata de un incumplimiento absoluto o parcial y, sosteniendo que puede relativizarse, atendiendo al conjunto de la obligación.

La otra línea jurisprudencial que es la predominante y por la que me inclino, exige para que proceda la moderación que se haya producido un cumplimiento parcial o irregular. Son muchas las Sentencias que siguen esta línea, entre otras la STS de 15 de octubre de 2008 que considera que el artículo 1154 es inaplicable en los casos de incumplimiento total³¹ y en los supuestos en los que el cumplimiento defectuoso o irregular es precisamente el tipo de incumplimiento sancionado con la pena, como ocurre en los casos de cláusula penal en que se prevé precisamente una sanción para la mora de alguna de las partes con subsistencia del contrato³². En el mismo sentido se pronuncia la STS de 15 de febrero de 2012: «Constituye presupuesto primordial la existencia de un incumplimiento parcial

o irregular de la obligación principal, de modo que el precepto es inaplicable ante uno de carácter total».

Esta tendencia jurisprudencial ha sido tachada por la STS de 5 de julio de 2006 antes analizada como «criterio rigorista de estricta literalidad». Considero que la línea favorable al examen de las circunstancias del caso no es aceptable porque no es respetuosa con el tenor literal del artículo 1154 del Código Civil y porque generaría una gran inseguridad para los contratantes que tendrían que esperar en cada caso cual es «la consideración de las circunstancias» que considera oportuna el TS para saber cual va a ser la solución del litigio. Si queremos ponderar las circunstancias del caso que hacen la pena desorbitada, nos bastaría con aplicar el artículo 1103 del Código Civil que expresamente lo permite, teniendo en cuenta que para poder apreciar esas circunstancias tienen que tener una entidad tal que, de no hacerlo, la equidad quede gravemente dañada.

A. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2014

Esta Sentencia fija doctrina jurisprudencial sobre la moderación judicial de la pena pactada para el caso de desistimiento unilateral de las partes cuando la cláusula penal se declara abusiva y resuelve un recurso de casación que dimana de un procedimiento en el que una empresa de ascensores solicitó la condena de la parte demandada a abonar el importe previsto en la cláusula penal contenida en un contrato de mantenimiento de ascensores por la resolución unilateral del mismo.

La Sentencia de primera instancia desestimó la demanda al considerar que el contrato contenía cláusulas abusivas que comportaban la nulidad de las mismas determinando la improcedencia de la pretensión indemnizatoria con sustento en dichas cláusulas.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Cádiz pese a mantener el carácter abusivo de dichas cláusulas y sobre la base de la integración del contrato y de las facultades de moderación que establece la legislación de consumidores, estimó parcialmente la demanda y condenó a la comunidad de propietarios al pago de una indemnización.

El Tribunal Supremo anula la sentencia de apelación y confirma la de primera instancia.

La cuestión de fondo planteada se refiere al alcance de la nulidad de la declaración de abusividad de la pena convencional pactada para el caso de desistimiento unilateral de alguna de las partes y, en particular, sobre la facultad de moderación equitativa de la pena.

Al respecto, la Sala considera que la aplicación de la facultad judicial de moderación equitativa de la pena debe ser valorada en este caso en el ámbito del particular régimen de ineficacia contractual que se deriva de la nulidad de una cláusula declarada abusiva en el marco de la contratación bajo condiciones generales, régimen que encuentra su fundamento de aplicación tanto en lo dispuesto por la legislación de consumidores y de condiciones generales a tal efecto, como en la propia naturaleza del fenómeno jurídico de las condiciones generales, como un modo de contratar, claramente diferenciado de la naturaleza y régimen del paradigma del contrato por negociación.

El Tribunal señala que esta función comporta un juicio de eficacia de la relación contractual conforme, entre otros extremos, a la naturaleza y tipicidad del contrato celebrado, al engarce o conexión contractual afectada por la cláu-

sula abusiva en cuestión y al cumplimiento obligacional observado, todo ello, conforme al principio de buena fe contractual y a la sanción de enriquecimiento injustificado por alguna de las partes.

Y en base a este criterio, la Sala concluye que no procede la concesión de indemnización a favor del predisponente con fundamento tanto en el juicio o valoración causal de la eficacia contractual, en donde la indemnización pretendida no encuentra asidero en los parámetros de ponderación aplicables, ya en orden a la observancia del principio de buena fe contractual, o bien, en aras a la sanción de enriquecimiento injustificado del adherente, como en la propia imposibilidad de moderar directamente el contenido de la cláusula declarada abusiva.

El régimen de moderación judicial de la cláusula penal establecido en el artículo 1154 del Código Civil se aplica en aquellos casos en que la obligación principal fuere parcial o irregularmente cumplida, pero no se extiende a los supuestos en que por configuración contractual se haya pactado como indemnización en caso de desistimiento unilateral por alguna de las partes. En estos casos, la moderación judicial queda excluida y «la producción del evento específicamente previsto, en nuestro caso el ejercicio unilateral de la facultad de desistimiento, determina la aplicación de la pena sin necesidad de probar la idoneidad de ese hecho en el plano del incumplimiento contractual y, en consecuencia, de los daños contractuales que pudieran derivarse. Todo ello acorde con el principio dispositivo de las partes».

Finalmente, el Tribunal fija como doctrina jurisprudencial que la declaración de abusividad de las cláusulas predispuestas bajo condiciones generales, que expresamente prevean una pena convencional para el caso del desistimiento unilateral de las partes, no permite la facultad judicial de moderación equitativa de la pena convencionalmente predispuesta, sin perjuicio del posible contenido indemnizatorio que, según los casos, pueda derivarse de la resolución contractual efectuada.

B. Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2014

Como estamos viendo, la jurisprudencia del TS reciente es clara en el sentido de afirmar que el juez puede moderar la pena en el caso de que no se produzca exactamente el incumplimiento o evento previsto en el contrato, pero no podrá hacerlo para moderar el importe de la pena cuando el supuesto de hecho previsto en el contrato haya concurrido exactamente, dado que este último aspecto se rige por la autonomía de voluntad de las partes.

En este sentido se pronuncia la STS de 3 de diciembre de 2014, las razones de la sentencia recurrida para considerar procedente la moderación consisten, únicamente, en que el aplazamiento del pago del precio total hasta el momento del otorgamiento de la escritura pública suponía que la incomparecencia del comprador a dicho acto y la consiguiente falta de pago del precio restante debía valorarse como un incumplimiento parcial de sus obligaciones contractuales, lo que por sí solo, considera que amparaba el ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 1154 del Código Civil.

Menciona la sentencia de 14 de junio de 2006 la cual manifiesta «que cuando la cláusula penal está establecida para un determinado incumplimiento, aunque fuera parcial o irregular, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil si se produce exactamente la infracción prevista; o por decirlo con otras palabras, que la moderación procede cuando se hubiera cumplido

en parte o irregularmente la obligación para cuyo incumplimiento total la pena se estableció, de modo que como afirma la doctrina, la finalidad del referido artículo no reside en resolver la cuestión de si se debe rebajar equitativamente la pena por resultar excesivamente elevada, sino en interpretar que las partes, al pactar la pena, pensaron en un incumplimiento distinto del producido (sobre ello las sentencias de 15 de octubre de 2008, de 26 de marzo de 2009, de 1 de junio de 2009 y de 31 de marzo de 2010, entre otras)».

Pues bien, la sentencia de apelación no aplica correctamente esta doctrina. La cláusula penal se insertó en el contrato de compraventa en virtud de la autonomía de la voluntad que informa el derecho de la contratación conforme al artículo 1255 del Código Civil, con una doble función punitiva y liquidatoria, según autoriza el artículo 1152, para garantizar el cumplimiento de la obligación principal que no era otra que la de poner en vigor aquel y eximir a la parte favorecida por ella de la necesidad de acreditar los daños y perjuicios sufridos. Y su aplicación resulta en contra de quienes, como los compradores desistieron de forma unilateral y sin justa causa de los contratos de compraventa suscritos negándose a otorgar las escrituras públicas de compraventa y abonar el resto del precio pendiente, que eran precisamente los supuestos de hecho que habilitaban la cláusula penal, con lo que tales obligaciones fueron incumplidas totalmente.

Como en el caso analizado por la sentencia citada, tampoco en el presente caso la sentencia recurrida reparó en que la cláusula penal se pactó libremente por las partes, con doble función punitiva y liquidadora de los daños y perjuicios que se ocasionaran al vendedor, precisamente para el supuesto de que la causa de los mismos estuviera en que los compradores desistieran unilateralmente y sin razón que lo justificase de sus obligaciones contractuales esenciales (es decir, de la obligación de escriturar y pagar en ese momento el precio restante) actuación de los compradores que entrañó un incumplimiento que cabía subsumir en el supuesto de hecho para el que se había establecido la cuestionada penalización, la cual, debía aplicarse en toda su extensión sin que hubiera lugar a moderación. Por tanto, no procedía estimar la pretensión formulada en la demanda con tal propósito, toda vez que la estipulación amparaba a la vendedora para retener íntegramente las sumas percibidas.

3. EL CARÁCTER IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 1154

En mi opinión la moderación del artículo 1154 es imperativa para el juez siempre que se cumplan los dos requisitos que antes hemos analizado: cumplimiento parcial o irregular y pleno respeto a la equidad³³. La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 23 de enero de 2012 dice: «El artículo 1154 obliga a moderar la pena de forma imperativa al decir que el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor; afirmando en su interpretación la sentencia 79/2002, de 7 de febrero que el artículo 1154 prevé la moderación con carácter imperativo y en el mismo sentido se pronuncia la sentencia 300/2011, de 4 de mayo en contraposición con el carácter potestativo que se había incorporado al artículo 1805 del Proyecto de 1851 cuando decía: el juez puede modificar equitativamente la pena estipulada». La imperatividad puede también colegirse de la invocación a la equidad que se contiene en el precepto³⁴.

En cuanto a si las partes pueden acordar válidamente la no aplicación del artículo 1154 del Código Civil, autores como MÁS BADÍA³⁵ y DÍAZ ALABART³⁶

entienden que la respuesta debería ser afirmativa. En un sistema en el que se permite el pacto válido de una pena cumulativa, en la que por definición se acuerda que ante el incumplimiento en base al artículo 1255 del Código Civil, el deudor está obligado a pagar una mayor cuantía de la de los daños causados, no hay razón para prohibir la exclusión de la moderación del artículo 1154, el cual no dice expresamente ni con nuestra regulación de la cláusula penal tendría sentido que lo dijera, que no es admisible el pacto en contra.

Si bien tanto la doctrina como la jurisprudencia³⁷ han señalado que es una norma imperativa, por lo que cualquier pacto en contrario sería nulo, es cierto también que los autores parten de la idea de que, aunque nada se diga expresamente, la pena se pacta siempre para supuestos de incumplimiento absoluto, por lo tanto si el incumplimiento producido no lo es, cabe la moderación en base al principio de equidad. Ahora bien, al igual que se puede pactar una cláusula moratoria, cuya naturaleza hace que todo incumplimiento sea total y por lo tanto que el artículo 1154 no sea aplicable, también se puede pactar una pena para un cumplimiento irregular o parcial y si es este el que se produce no habrá lugar a moderación alguna³⁸.

Los Principios Europeos de Derecho Contractual (PECL) también parten de la imperatividad de la facultad de moderación cuando la pena pactada fuese manifiestamente excesiva, y ello a pesar de que hubiera alguna previsión en contra en el contrato.

No dice el artículo 1154 si la moderación que estamos analizando ha de ser a petición de parte lo que concuerda con el principio de justicia rogada o si puede realizarse de oficio por el juez como ocurre en el Código francés o belga. Tanto la doctrina³⁹ como la jurisprudencia⁴⁰ se inclinan por la aplicación de oficio.

Finalmente, como indica la STS de 8 de noviembre de 2002 con doctrina reiterada en la 632/2010, de 5 de octubre, la facultad concedida al juez por este artículo no es susceptible de recurso de casación o lo que es lo mismo no es revisable por el TS por tratarse de un juicio de equidad, lo que ratifica la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 23 de enero de 2012.

4. CRITERIOS DE MODERACIÓN

Ya hemos analizado los que establece el artículo 1154, pero cabe preguntarse si pueden existir otras circunstancias que permitan la moderación judicial. PUIG PEÑA⁴¹ dice que la modificación ha de ser equitativa, debiendo tenerse en cuenta los intereses de ambas partes y el beneficio que haya obtenido el acreedor del cumplimiento parcial o irregular. ALBADALEJO señala que el criterio ha de consistir en reducir la pena en proporción a lo que se cumplió, de modo que calculada la pena total para el incumplimiento total, habría que descontar la parte de pena adjudicable a lo que se cumplió como es debido. Otros criterios podrían ser el grado de culpa del deudor incumplidor o la intensidad del perjuicio que se haya ocasionado.

También podríamos considerar como criterio la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, es decir, el cambio no previsible de las circunstancias bajo las que se pactó y afectan directamente al equilibrio del contrato.

El criterio jurisprudencial es que aunque el TS haya dicho que no modera el supuesto de cláusulas penales exageradas, de hecho lo hace en algunas ocasiones⁴². Los Principios Europeos de Derecho Contractual siguen como criterio para moderar que el importe resulte manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento, criterio al que se añade con carácter

muy amplio «y a las demás circunstancias», lo que permite tener en cuenta las especialidades que concurran en cada caso.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO GARCÍA, M. (1993). Comentario al artículo 1154, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por él y Silvia DÍAZ ALABART, tomo XV, vol. 2.º, Edersa, Madrid, pp. 481-489.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (1992). Comentario a la STS de 21 de mayo de 1991, *PJ*, núm. 25, marzo.
- (1993). *La función liquidatoria de la cláusula penal en la jurisprudencia del TS*, ed. Bosch, Barcelona.
- BLANCO GÓMEZ, J. J. (1996). *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, ed. Dykinson, Madrid.
- DÁVILA GONZÁLEZ, J. (1992). *La obligación con cláusula penal*, ed. Montecorvo, Madrid.
- DE CASTRO VÍTORES, G. (2009). *La cláusula penal ante la armonización del derecho contractual europeo*, ed. Dykinson, Madrid.
- DÍAZ ALABART, S. (1989). Comentario al artículo 1103 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1.º, Edersa, Madrid, pp. 475-584.
- (2011). *La cláusula penal*, colección Derecho Español Contemporáneo, ed. Reus, Madrid.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2006). Cláusula penal y resolución del contrato en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, pp. 385-408.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1990). Comentario a la STS de 22 de octubre de 1990, *CCJC*, núm. 24, pp. 1083-1095.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (1999). La moderación judicial de la cláusula penal, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 653, pp. 1455-1494.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (1998). *Principios de Derecho Civil*, tomo 2, Trivium, 5.º ed., Madrid.
- MAS BADÍA, M.ª D. (1995) *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Valencia.
- MASIDE MIRANDA, E. (2006). La cláusula penal, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, pp. 427-523.
- ORTÍ VALLEJO, A. (1982) Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal, en *RGLJ*, pp. 281-319.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. (1993). Sobre la cláusula penal en el Código Civil, *ADC*, vol. 46.
- SANCHO REBULLIDA, F. (1994). La pena convencional, en *Elementos de Derecho Civil*, tomo II (Derecho de Obligaciones), vol. I, 3.ª ed., J. M. Bosch editor, Barcelona, pp. 272-284.
- VIVES MARTÍNEZ, G. (2000). *El juez y el abogado ante la cláusula penal y su moderación*, Tirant lo Blanch, Valencia.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 8 de enero de 1945

- STS de 28 de diciembre de 1946
- STS de 29 de noviembre de 1962
- STS de 3 de julio de 1979
- STS de 10 de noviembre de 1983
- STS de 12 de marzo de 1984
- STS de 17 de marzo de 1986
- STS de 22 de octubre de 1990
- SS de 27 de diciembre de 1991
- STS de 14 de febrero de 1992
- STS de 25 de enero de 1995
- STS de 27 de enero de 1995
- STS de 12 de julio de 1996
- STS de 17 de octubre de 1998
- STS de 12 de enero de 1999
- STS de 10 de mayo de 2001
- STS de 3 de febrero de 2002
- STS de 6 de mayo de 2002
- STS de 15 de julio de 2002
- STS de 11 de noviembre de 2002
- STS de 5 de diciembre de 2003
- STS de 21 de junio de 2004
- STS de 15 de diciembre de 2004
- STS de 18 de julio de 2005
- STS de 20 de julio de 2005
- STS de 3 de octubre de 2005
- STS de 5 de julio de 2006
- STS de 28 de septiembre de 2006
- STS de 31 de octubre de 2006
- STS de 7 de diciembre de 2006
- STS de 18 de diciembre de 2006
- STS de 4 de octubre de 2007
- STS de 25 de enero de 2008
- STS de 13 de febrero de 2008
- STS de 30 de abril de 2008
- STS de 18 de septiembre de 2008
- STS de 16 de octubre de 2008
- STS de 1 de junio de 2009
- STS de 26 de marzo de 2009
- STS de 22 de abril de 2009
- STS de 29 de diciembre de 2009
- STS de 5 de octubre de 2010
- STS de 4 de mayo de 2011
- STS de 17 de enero de 2012
- STS de 15 de febrero de 2012
- STS de 10 de diciembre de 2013
- STS de 11 de marzo de 2014
- STS de 3 de diciembre de 2014
- SAP de Barcelona de 30 de abril de 2009
- SAP de Asturias de 23 de enero de 2012

NOTAS

¹ La regulación de la cláusula penal se encuentra en el Libro III, Título III, Capítulo IV, bajo la rúbrica, De las distintas clases de obligaciones.

² AMORÓS GUARDIOLA, M. (1972). La garantía patrimonial y sus formas, *Revista General de Jurisprudencia y Legislación*, mayo, 1972, pp. 560 y sigs.

³ SANZ VIOLA, A. M. (1994). *La cláusula penal en el Código Civil*, Barcelona, p. 18.

⁴ DÍAZ ALABART, S. (2011). *La cláusula penal*, Colección de Derecho Español Contemporáneo, Madrid: Ed. Reus, p. 10.

⁵ En el Código Civil alemán la moderación de la pena no queda unida automáticamente al cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal sino que ha de tenerse en cuenta si dicho cumplimiento inexacto satisface el interés del acreedor para cuya satisfacción se pactaron la obligación principal y la pena.

⁶ Si bien la doctrina no sigue un criterio rígido en el sentido de entender que la cláusula penal solamente puede ser liquidatoria y considera que también puede tener un cierto carácter coercitivo por voluntad de las partes.

⁷ DÍAZ ALABART, *op. cit.*, p. 59.

⁸ Posteriormente citada por otras como la de 12 de enero de 1999, 12 de julio de 1996 y 25 de enero de 2008, entre otras.

⁹ Pensemos, por ejemplo, en el caso de un menor emancipado que arrienda una finca rústica y se le impone una pena por el incumplimiento del pago de la renta que al superar los seis meses le obliga a entregar al acreedor el inmueble. En este supuesto tiene capacidad para arrendar la finca, pero necesitaría el complemento de capacidad pertinente para acordar válidamente la pena *ex* artículo 323 CC.

¹⁰ Es frecuente establecer en las cláusulas penales moratorias que la pena será exigible cuando no se cumpla a tiempo o correctamente por causas imputables al deudor. Con relación a la imputabilidad destacamos la STS de 31 de octubre de 2006 referida a un contrato de compraventa de inmueble, en el que se pactó que en el caso de que el contrato se incumpliera por causa imputable a la vendedora, el comprador podía exigir judicialmente el cumplimiento del mismo o la devolución duplicada de la cantidad entregada previamente. Antes del otorgamiento de la escritura, los compradores comprobaron que sobre la vivienda pesaban más cargas que las previstas inicialmente por lo que piden la efectividad de la cláusula penal pactada. El TS considera que en este caso hubo un incumplimiento sustancial y además imputable a los vendedores por lo que consideró efectiva la cláusula penal.

¹¹ En el mismo sentido se pronuncian las sentencias del TS de 10 de noviembre de 1983, 27 de diciembre de 1991, 14 de febrero de 1992, 18 de julio de 2005.

¹² Muchas cuestiones de cláusula penal se resuelven como cuestiones de interpretación del contrato, son varios los ejemplos que encontramos en la jurisprudencia: STS de 17 de marzo de 1986 (para evitar la aplicación de una pena que resultaba escasa atendiendo a las circunstancias, aunque pudiera haberse interpretado como cumulativa), 25 de enero de 1995 (para moderar una pena), 20 de julio de 2005 (para declarar improcedente la moderación), 28 de septiembre de 2006 (para moderar), 18 de diciembre de 2006 (para moderar una pena irrisoria).

¹³ Sentencia comentada por GUILARTE GUTIÉRREZ, V. en *CCJC*, núm. 24, septiembre-diciembre 1990, pp. 1083 y sigs.

¹⁴ La jurisprudencia sobre pena cumulativa no es muy abundante, podemos citar la STS de 13 de febrero de 2008 que trata de un contrato de arrendamiento de una serie de apartamentos a una empresa para su explotación turística. En el contrato se estipularon ciertas penalizaciones para la mora en el cumplimiento de las obligaciones por parte de la arrendataria. Ante la reclamación del pago de la pena acordada se alega que *ex* artículo 1152 CC no es posible acumular la pena pactada y el interés estipulado, pero el TS pone de manifiesto que de acuerdo con el texto de la cláusula, en el caso de autos tales garantías pueden acumularse al preverse así en la propia cláusula.

¹⁵ La gran mayoría de pronunciamientos jurisprudenciales se refieren a este tipo de cláusulas, así las SSTs de 21 de junio de 2004, de 30 de abril de 2008 y de 16 de octubre de 2008.

¹⁶ Así lo entiende GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (1990). Comentarios a la STS de 22 de octubre de 1990, en *CCJC*, núm. 24, septiembre-octubre 1990, p. 1088.

¹⁷ A ella se refiere el artículo 1153 CC, segunda frase: Tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada.

¹⁸ Se discute que estos pactos sean verdaderas cláusulas penales con encaje dentro del artículo 1153 CC. La letra del artículo no distingue entre que se haya comenzado o no a cumplir, si bien es cierto que la mayoría de la doctrina no aprecia esta modalidad de cláusula penal penitencial o de desistimiento.

¹⁹ STS de 29 de noviembre de 1962.

²⁰ El TS ha reconocido la posibilidad de ejercicio vía subrogatoria de la acción para pedir la moderación de la cláusula penal (Sentencia de 3 de julio de 1979) y para admitir la acción de rescisión por lesión *ultra dimidium* en Cataluña (Sentencia de 12 de marzo de 1984).

²¹ La sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 23 de enero de 2012 dice: Sin perjuicio de aquellos supuestos en los que resulta aplicable la legislación tuitiva de los consumidores, también a diferencia de otros ordenamientos que toleran la modificación de las cláusulas penales excesivas y pese a la tendencia que se expresa en el artículo 1150 del Anteproyecto de Modernización del Derecho de Obligaciones y en el artículo 9:509 de los Principios Europeos de Derecho Europeo de los Contratos, nuestro sistema actualmente no permite al juez moderar la pena exclusivamente por ser excesiva ya que como afirma la Sentencia 473/2001, de 10 de mayo, reproduciendo otra anterior «la cuantía de la misma fue libremente pactada por las partes.

²² Solo alguna STS aislada destaca el caso de pena excesiva, pero tratándose de un supuesto de cumplimiento parcial o irregular. La sentencia de 26 de diciembre de 1990 incluso, pese a señalar que la pena es excesiva, la mantiene en virtud del principio de autonomía privada.

²³ La STS de 1 de junio de 2009 no admitió la moderación en un caso en el que no existió ningún tipo de cumplimiento ya que la finalidad del artículo 1154 CC: no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino en que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis.

²⁴ La STS de 15 de febrero de 2012 dice: Según la jurisprudencia de esta Sala, para la aplicación del artículo 1154 CC, constituye presupuesto primordial la existencia de un incumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, de modo que el precepto es inaplicable ante uno de carácter total (entre otras SSTs de 3 de octubre de 2005 y 10 de mayo de 2001); y asimismo, con relación al artículo 1103 CC tampoco procede la moderación equitativa cuando el incumplimiento de la obligación sea completo (por todas STS de 6 de mayo de 2002).

²⁵ La STS de 28 de febrero de 2001, después de decir que el artículo 1154 CC es imperativo, añade que hay que tomarlo «según la equidad, por lo que en base de tal principio podía (el tribunal) haber mantenido lo pactado al respecto (SSTS de 20 de noviembre de 1970 y 30 de junio de 1981 o modificarlo, indudablemente a menos... Por su parte, la STS de 5 de diciembre de 2003 en un caso de moderación de la pena acordada, dice que no procede porque el incumplimiento parcial era el previsto en la cláusula y además porque, el comprador que no ha pagado el precio pactado y que aceptó la cláusula penal poseyó la finca desde 1989, es decir, desde hace 14 años. Con el primer argumento ya está claro que no procede la moderación, pero el segundo deja claro que cualquier tipo de moderación sería contraria a la equidad.

²⁶ SSTs de 21 de mayo de 1948 y 8 de marzo de 1951; en el mismo sentido se pronuncia DÁVILA GONZÁLEZ, en *La obligación con cláusula penal*, ed. Montecorvo, Madrid, 1992, p. 394.

²⁷ SANCHO REBULLIDA, F. (1994). La pena convencional en *Elementos de Derecho Civil*, tomo II (Derecho de Obligaciones), vol. I, 3.^a ed. Barcelona: Bosch, pp. 272-284.

²⁸ En contra de esta idea existe una posición minoritaria seguida por Francisco JORDANO FRAGA, en *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, ed. Civitas, Madrid, 1992, pp. 199 y sigs., y José Miguel RODRIGUEZ TAPIA, en *Sobre la cláusula*

penal en el Código Civil, *ADC*, tomo XLVI, 1993, pp. 582-584, estos autores consideran que «el dato esencial que determina la aplicación del artículo 1154 no es la existencia de un cumplimiento parcial o irregular, sino la existencia de una desproporción en la pena atendidas las circunstancias del caso concreto. El precepto se refiere al supuesto de incumplimiento parcial, por ser un caso en el que se da normalmente esa desproporción, pero ni todo cumplimiento parcial o irregular da lugar a la moderación de la pena, ni tampoco está prohibida la moderación en casos de incumplimiento total. Por tanto, también en el caso de incumplimiento total procederá la modificación judicial de la pena si es desproporcionada, abusiva o excesiva.

²⁹ En la Sentencia se citan como pertenecientes a esta línea jurisprudencial las SSTS de 2 de julio de 1984, 15 de junio de 1993, 25 de enero de 1996, 17 de octubre de 1998, 25 de marzo de 1999, 23 de mayo de 2001, 15 de julio de 2002, 11 de noviembre de 2002 y 15 de diciembre de 2004.

³⁰ La cual es citada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Islas Baleares de 14 de febrero de 2012.

³¹ SSTS de 30 de marzo de 1999, 7 de febrero de 2002 y 8 de octubre de 2002.

³² SSTS de 10 de mayo de 2001, 7 de febrero y 8 de octubre de 2002.

³³ La jurisprudencia también ha seguido este criterio en SSTS de 6 de octubre de 1976, 8 de febrero de 1993, 31 de mayo de 1994, 2 de noviembre de 1994. En contra, SSTS de 26 de mayo de 1980, 11 de mayo de 1982, 23 de mayo de 1990, entre otras.

³⁴ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (1999). La moderación judicial de la cláusula penal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 653, pp. 1455-1494.

³⁵ MAS BADÍA, M. D. (1995). *La revisión judicial de las cláusulas penales*. Valencia, p. 77.

³⁶ DÍAZ ALABART, S., *op. cit.*, p. 118.

³⁷ STS 211/2009 de 26 de marzo.

³⁸ STS de 20 de julio de 2005. En el mismo sentido la STS de 29 de diciembre de 2009 considera que no procede la moderación porque el incumplimiento producido era precisamente el supuesto contemplado para la eficacia de la pena.

³⁹ DÍAZ ALABART, S., La cláusula penal y las arras» en *El contrato de compraventa, Cuadernos de Derecho Judicial*, XXI, CGPJ, 1993, p. 297; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Comentario al artículo 1154 del CC*, del Ministerio de Justicia, vol. II, Madrid, 1991, pp. 160 y 161. La postura contraria de que solo cabe moderar a instancia de parte la sigue Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Civitas, Madrid, 1993, p. 402 aunque en coautoría con GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1983, p. 383 se muestra partidario de la aplicación de oficio.

⁴⁰ SSTS de 6 de noviembre de 1987, 12 de diciembre de 1996.

⁴¹ PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil Español*, tomo III, p. 137.

⁴² SSTS de 2 de diciembre de 1988, 1 de octubre de 1990, 28 de septiembre de 2006, 10 de diciembre de 2009.

1.6. Responsabilidad civil

La naturaleza de la responsabilidad civil precontractual y la obligación de indemnizar: deberes y obligaciones derivadas de la buena fe, información y lealtad

The nature of the precontractual civil responsibility and the obligation of rescission: obligations of the good faith, information and loyalty

por

M.^a CARMEN NÚÑEZ MUÑIZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)*

RESUMEN: En ocasiones, fundamentalmente cuando las partes pretenden celebrar un contrato de cierta envergadura económica, este va precedido de conversaciones o tratos entre los futuros contratantes, denominados tratos preliminares en los que, pese a que en esta fase no existe en sentido estricto un contrato, a las partes se les pueden imponer ciertas obligaciones o deberes de conducta derivados del contacto social y de la confianza que genera, como actuar de acuerdo a la buena fe, deberes de información, lealtad, confidencialidad, en ciertos casos y dependiendo del sistema de referencia, el de protección. Deberes cuyo incumplimiento puede acarrear la obligación para la parte incumplidora, el deber de indemnizar a la otra los perjuicios ocasionados, lo que genera la llamada responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*. Se trata de una responsabilidad en la que se discute casi todo, pues no es pacífico en la doctrina ni su nombre; esto es, si responsabilidad precontractual y culpa *in contrahendo* son sinónimos, ni su naturaleza jurídica: si se trata de una responsabilidad contractual o extracontractual, extremo en el que nos detendremos especialmente. Dada la existencia de distintos regímenes de responsabilidad en nuestro Derecho, cada uno con su propia y distinta regulación, hace que no sea indiferente a las partes ejercitar una u otra acción; esto es, la de responsabilidad contractual o extracontractual, y el supuesto que estudiamos es considerado por la doctrina un caso dudoso de responsabilidad. Tampoco son pacíficos los casos que pueden agruparse, entre otras cuestiones controvertidas. Al estudio de la responsabilidad que surge en esta fase de preparación de un contrato, especialmente el de su naturaleza jurídica, es a lo que vamos a dedicar el presente trabajo.

ABSTRACT: *When the parts seek to celebrate a contract with important consequences economic, is preceded of conversations or treatments among the future contracting, denominated preliminary treatments. In this phase a contract doesn't*

exist in strict sense, but the parts certain obligations derived behavior duties of the social contact, can be imposed and of the trust that generates, as acting according to the good faith, duties of information, loyalty, confidentiality, and depending on the reference system, that of protection. Is possible the obligation for the part that don't continued whit the contract, the duty of reimbursing to the other one the caused damages, what generates the call precontractual responsibility in *contrahendo*. It is a responsibility in the one that you almost everything discusses, because it is not peaceful in the doctrine their name; if precontractual responsibility and it accuses in *contrahendo* they are synonymous, neither their artificial nature: if it is a contractual responsibility or extracontractual, end in which we will stop especially. The existence of different system of responsibility in our Law, each one with their own and different regulation, in consequence not to be indifferent to the parts to exercise an or another action; this is, that of contractual responsibility or extracontractual, and the supposition that we study are considered by the doctrine a case of responsibility. To the study of the responsibility in this phase of preparation of a contract, that of their artificial nature, is especially to what we will dedicate the present work.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil. Culpa *in contrahendo*. Tratos Preliminares. Buena fe. Deber de información. Contrato. Precontrato. Responsabilidad contractual. Responsabilidad extracontractual.

KEY WORDS: Civil responsibility. Responsibility in *contrahendo*. Treatments preliminary. Good faith. Information. Contract. Precontrato. Contractual and extra contractual responsibility.

SUMARIO: I. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: CONCEPTO Y ÁMBITO.—II. BREVE REFERENCIA AL ORIGEN DE LA CULPA *IN CONTRAHENDO*.—III. DEBERES PRECONTRACTUALES.—IV. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL O CULPA *IN CONTRAHENDO*.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: CONCEPTO Y ÁMBITO

Parece oportuno, antes de definir la responsabilidad precontractual, clarificar lo que sea la institución de la responsabilidad, definición que, dada su amplitud, bien podría aplicarse a la culpa *in contrahendo* propiamente dicha¹.

En sentido técnico, la institución jurídica de la «responsabilidad» se refiere al estado de sumisión en que se encuentra una persona (deudor), o más concretamente su patrimonio², al poder coactivo del acreedor, por haber incumplido una obligación, o infringido el deber genérico de no causar daño a otro, a consecuencia de lo cual este sufre un perjuicio que debe ser reparado. Cuando esto sucede, se dice que el causante del daño incurre en responsabilidad³.

La responsabilidad precontractual ha sido definida por ALONSO PÉREZ, M.⁴ como «la derivada del incumplimiento de la relación jurídica preparatoria del negocio». Y en un sentido más concreto, la conceptúa como «la que dimana de vulnerar la bona fides *in contrahendo*. Responsabilidad que se concreta en

la obligación de resarcir o indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por la actuación desleal en las obligaciones preliminares».

Obsérvese que en la primera definición el autor habla de incumplimiento de la relación jurídica cuando en esta fase de preparación del contrato no existe tal, sino un mero «contacto social» que efectivamente, debe estar presidido por la buena fe⁵, lealtad⁶, etc., pero no parece que deba hablarse de una relación jurídica, toda vez que de ser así tal vez habría que sostener la existencia de una responsabilidad contractual y, en la misma línea, en la segunda definición se refiere a la vulneración de las obligaciones preliminares.

En su virtud, no es fácil compartir la terminología empleada por el autor, pues entendemos que una cosa es que en la relación existente en el periodo precontractual surjan unos «deberes» de conducta entre las partes, como el actuar de buena fe y lealtad estableciéndose una relación de confianza que no debe ser defraudada, y otra muy distinta la existencia de obligaciones, toda vez que estas nacen entre otras fuentes, de los contratos. Por tanto, no parece apropiado afirmar que en este periodo de simples negociaciones preparatorias de un futuro contrato que puede que no llegue a celebrarse surgen entre las partes obligaciones propiamente dichas⁷.

Por su parte, ASÚA GONZÁLEZ, C. I.⁸, partiendo del estudio realizado de esta institución en países como Alemania (donde aparece por primera vez en 1861 de la mano de IHERING), Italia o Francia, considera que tal responsabilidad es la que surge de actos lesivos que tienen su origen en el periodo de preparación del contrato, pero su ámbito es distinto en cada uno de los sistemas jurídicos estudiados. Considera que en los Derechos francés e italiano, a diferencia del alemán, la invocación de la responsabilidad precontractual debe limitarse a los casos de no contratación o invalidez del contrato y, en su opinión, esta es también la línea que debe mantenerse en el Derecho español; esto es, la responsabilidad precontractual debe tener su origen en comportamientos reconducibles al periodo de formación del contrato, opinión que compartimos.

En esta línea, no se tratará de una responsabilidad precontractual, sino contractual, la derivada del cumplimiento de obligaciones que si bien no fueron pactadas por las partes debido a un defecto de información en la formación del contrato por una de ellas, se consideran integradas en el contrato a través del artículo 1258 y por ello se podrían exigir⁹.

Tampoco lo serán aquellos casos en los que el comportamiento precontractual haya configurado un contrato que no resulta satisfactorio aunque despliegue esos efectos no deseados y el acreedor no pueda exigir la prestación de otra forma, pero sí una indemnización de daños y perjuicios que incluso podría adquirir la forma de modificación de los términos contractuales por traducirse en una rebaja del precio. La conclusión de la autora, es que no se puede invocar la responsabilidad precontractual cuando se trate de un contrato válido que resulte insatisfactorio, con independencia de que se ejecute o termine por resolverse, pues aún entonces, la indemnización se haría desde una óptica contractual¹⁰.

Nosotros coincidimos en que la responsabilidad que debe invocarse es la contractual, en los casos en los que el contrato es válido, pero insatisfactorio aunque lo sea a consecuencia de un defecto de información derivada de la etapa precontractual. Empero, si el contrato realmente se resuelve, tenemos serias dudas de que proceda el ejercicio de una acción de responsabilidad contractual, pues el TS exige para que surja la responsabilidad contractual que el acto lesivo se haya producido en la rigurosa órbita de lo pactado, y como desarrollo del concreto contenido negocial¹¹, y todo lo que rebase este ámbito entraría en el terreno de

la responsabilidad extracontractual. No considera suficiente la existencia de una previa y concreta vinculación entre las partes, sino que es necesario que el acto dañoso se produzca en la rigurosa órbita de lo pactado, cosa difícil si el contrato no se ejecuta porque se ha resuelto.

Pero también debemos destacar que, a pesar de la denominación de responsabilidad contractual, el Tribunal Supremo ha señalado en reiteradas ocasiones que no es necesario que entre las partes exista un contrato para que surja este tipo de responsabilidad, siendo suficiente que estén ligadas por una específica relación semejante a un contrato, por ejemplo, las relaciones surgidas de la comunidad de bienes, o de la propiedad horizontal, o incluso, una relación de Derecho público semejante a un contrato de Derecho privado¹².

Así lo puso de manifiesto, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de enero de 1984¹³, que, adicionalmente, aclaraba que aunque no haya obligación derivada de un contrato, sí hay otra relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento. Ello excluye la aplicación del artículo 1902 del Código Civil, pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual. En cualquier caso, se exige la existencia de una relación entre las partes, lo que no se dará si el contrato se resuelve, por lo que nos resulta difícil reconducirlo al ámbito del contrato cuando este no se ejecuta¹⁴.

Por su parte, CABANILLAS SÁNCHEZ, A.¹⁵ considera que en virtud de la responsabilidad precontractual, se hace responsable a quien, en la fase de tratos preliminares ha llevado a cabo un comportamiento lesivo y contrario a los imperativos de la buena fe. Esta peculiar responsabilidad —dice el autor— se refiere a la infracción de las reglas de lealtad y diligencia que impone la buena fe en el periodo de formación del contrato.

Si bien en la definición no hace referencia al supuesto de contrato inválido, más adelante opina que este es un caso típico de *culpa in contrahendo*, entendiendo, frente a lo sostenido por ASÚA GONZÁLEZ¹⁶ que hay que recurrir a la *culpa in contrahendo* cuando se ha celebrado un contrato válido y una de las partes ve lesionados sus intereses por su contenido, debiéndose a un comportamiento reprochable en el periodo precontractual, de la otra.

II. BREVE REFERENCIA AL ORIGEN DE LA CULPA IN CONTRAHENDO

Como ya se ha puesto de relieve en líneas anteriores, el origen de la culpa *in contrahendo* se remonta a la segunda mitad del siglo XIX, cuando RUDOLF VON IHERING trató de responder a la cuestión de si la parte que había cometido un error esencial en la celebración de un contrato respondía frente a la otra del daño causado por su culpa. El análisis de las fuentes romanas le lleva a sostener que la parte que ocasiona la nulidad de un contrato responde frente a la otra de los daños causados por la anulación, no porque el contrato sea nulo, sino porque teniendo conocimiento de ello, no previno a la otra causándole con ello un daño.

La idea fue recogida por autores posteriores y recibida por diversos Códigos, tanto el BGB como el Código Civil suizo y el Código de obligaciones de este mismo país, si bien en ninguno se formula un principio general de la responsabilidad que se genera en este periodo de la formación de un contrato. Será a mediados del siglo XIX, cuando tal principio se consagra en el Código Civil griego de 1940 y en el italiano poco después. En las décadas siguientes el principio se incorporó a otros Códigos como el portugués o el de la República Democrática Alemana¹⁷.

Es de destacar que, por la fecha de publicación de nuestro Código Civil, no dedica precepto alguno relativo a tal tipo de responsabilidad, si bien existen artículos en los cuales hay huellas de la responsabilidad en la etapa de preparación de un contrato. En este sentido, puede destacarse el artículo 1258, en el cual la remisión a la buena fe constituye una fuente heterónoma de la integración del contrato que posee eficacia normativa directa¹⁸, así como el 7.1, que constituye un intento de plasmar lo que ya era un principio general de nuestro Derecho, si bien, a juicio de GARCÍA RUBIO, M. P.¹⁹ resulta un intento parcialmente fallido, en tanto que la buena fe debe ser exigible no solo en el ejercicio de los derechos, sino también en el cumplimiento de las obligaciones y en los actos jurídicos.

En ambos preceptos mencionados, se alude a la buena fe en sentido objetivo, es decir, buena fe como respeto a las normas de conducta colectiva que son propias de toda conciencia honrada y leal y van implícitamente exigidas en cada caso como necesarias para el normal y feliz término de todo negocio jurídico o como exigencia de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atenuamiento de las consecuencias que todo acto consciente y libre pueda provocar en el ámbito de la confianza ajena²⁰.

GARCÍA RUBIO, M. P.²¹ considera que en nuestro Derecho la aplicación de la buena fe en la etapa precontractual encuentra múltiples justificaciones. En primer lugar puede considerarse la aplicación analógica del artículo 1258 del Código Civil extendiéndolo a la etapa prenegocial²². Así mismo, cabe valorar la aplicación del artículo 7.1 del Código Civil en relación con los derechos ejercitables en la etapa precontractual, y también se puede acudir, según la autora citada, a la eficacia de la buena fe como principio general del Derecho español, lo cual obliga a las partes a comportarse lealmente no solo en el desenvolvimiento de las relaciones ya constituidas, sino también a adoptar un comportamiento leal en la fase previa a la constitución de dichas relaciones.

III. DEBERES PRECONTRACTUALES

Como señala DE ÁNGEL YAGÜEZ, R²³, el Derecho codificado ha prestado poca atención a la fase de preparación del contrato. Es por ello que los códigos no se ocupan de establecer los deberes de conducta que incumben a quienes participan en negociaciones preliminares. Solo hay, a veces, referencias a la buena fe que debe presidir su desarrollo.

La responsabilidad *in contrahendo* se sostiene sobre la base de la buena fe; buena fe entendida como canon de comportamiento en el ejercicio de los derechos (art. 7.1 CC español), bien considerada como criterio de integración del contrato por analogía (art. 1258 CC). Con todo, en el trasfondo de todo ello, se encuentra la idea de confianza creada en una de las partes de la negociación por las manifestaciones de la otra²⁴.

No obstante, en las dos últimas décadas se observa una tendencia europea a positivizar y recoger de modo expreso en diversas normas de distinto alcance y contenido, los deberes precontractuales basados fundamentalmente en la buena fe y la lealtad en los tratos²⁵.

De este modo el artículo 1:201 de los *Principios de Derecho Europeo de los Contratos*, PECL consagra, entre los deberes generales incluidos en la Sección 2 de su Capítulo 1, el principio general de buena fe y lealtad en los tratos. Los propios PECL contienen varios preceptos que resultan especificaciones concretas

del mismo. Así, bajo el título *Responsabilidad por negociaciones*, la Sección 3 del Capítulo 2 incluye dos artículos que se denominan, respectivamente, *Negociaciones contrarias a la buena fe* (art. 2:301) y *Ruptura de la confidencialidad* (art. 2:302).

A su vez, en el artículo 4:106, relativo a la validez de los contratos, contiene un precepto dedicado al caso de celebración del contrato bajo el supuesto de haber sufrido «información incorrecta»²⁶, claramente relacionado con otros artículos de este mismo capítulo, como el 4:107 y el 4:109.

En este sentido, el artículo 2:301 dispone:

«1. Las partes son libres de negociar y no son responsables por el hecho de que no se alcance un acuerdo.

2. Sin embargo, la parte que hubiera negociado o roto las negociaciones en forma contraria a la buena fe y a la lealtad, es responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.

3. Es contrario a la buena fe y a la lealtad, en particular, que una de las partes inicie o continúe negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra».

Este precepto reconoce un principio de libertad en la contratación y pueden las partes abandonar libremente las negociaciones, pues no se impone la necesidad de llegar a un acuerdo²⁷. Pese a todo, si las negociaciones están lo suficientemente avanzadas como para que una de las partes confíe en que el contrato se celebrará, si la otra rompe de modo injustificado incurre en responsabilidad. Puede decirse que se llega a un punto de no retorno en que las negociaciones no pueden romperse sin faltar a la buena fe²⁸. Nuestro TS se ha pronunciado sobre la ruptura de los tratos preliminares en ese punto que puede considerarse, como decimos, de no retorno en la sentencia, de 16 de mayo de 1988²⁹.

Pese a lo dispuesto en el punto 3 del precepto transcrito, BERNAD MAI-NAR³⁰ distingue dos grados de voluntad que presiden los tratos preliminares: el simple ánimo de entenderse sin crear vínculo jurídico alguno; y, por otro lado, la verdadera intención de contratar.

En nuestra opinión los tratos preliminares se caracterizan por la inexistencia de vínculo jurídico, si bien con intención de las partes de llegar a adquirirlo y, desde luego, disentimos de la diferenciación establecida por el autor; pues en puridad de principio, lo normal es que las partes inicien negociaciones con intención de contratar con independencia de que luego lleguen a un acuerdo o no, pero no simplemente con el propósito de entenderse, sin otra aspiración ulterior.

En parecido sentido, el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos en su artículo 6 dispone: «Cada una de las partes es libre para emprender tratativas con vistas a concluir un contrato sin que se le pueda imputar ninguna responsabilidad en caso de que el contrato no sea celebrado, salvo si su comportamiento es contrario a la buena fe».

Por su parte, el artículo 2:302 establece deberes de confidencialidad cuando señala: «Si en el curso de unas negociaciones una de las partes facilita a la otra una información confidencial, esta última queda obligada a no revelar la información recibida, ni a utilizarla para sus propios fines, tanto si el contrato queda posteriormente concluido como si no. La inobservancia de este deber puede incluir una compensación por pérdida sufrida y la restitución del beneficio obtenido por la otra parte».

Este deber de confidencialidad también es recogido en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos al disponer que «las partes tienen el deber de

hacer un uso reservado de las informaciones obtenidas confidencialmente en el curso de las tratativas».

BERNAD MAINAR, R., se refiere en esta etapa de preparación del contrato, a un deber de veracidad entre las partes concretado en un deber de información a los fines de obtener un consentimiento libre y concienzudo, toda vez que la información precontractual, basada en el principio de la buena fe, no debería entenderse como absoluto, sino que debe estar sujeto a ciertos límites, ya derivados del derecho a la intimidad o del deber que a su vez el otro contratante tiene de autoinformarse³¹.

Como puede observarse, los deberes que han de presidir la actuación de las partes en la fase de tratos previos a la celebración de un contrato ya están siendo positivizados, al menos en la UE, si bien existen normas que expresamente los recogen y de cuyo incumplimiento, de los deberes, surge una responsabilidad, pues en esta etapa del contrato siempre ha existido la duda respecto a la responsabilidad de las partes dada la inexistencia de contrato entre las mismas. Evidentemente, concurren otras normas que expresamente recogen estos deberes, pero nos hemos limitado a las citadas por razones de espacio y con la única finalidad de poner de manifiesto la positivización de los deberes de las partes en esta fase previa al contrato.

Otro punto extremadamente conflictivo es el tipo de responsabilidad que se contrae en este periodo; esto es, contractual o extracontractual, aspecto al que vamos a dedicar las siguientes líneas.

IV. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL O CULPA *IN CONTRAHENDO*

Uno de los problemas más debatidos que plantea la responsabilidad precontractual, es el de su naturaleza contractual o extracontractual, incluso ha llegado a plantearse la conveniencia de una tercera categoría distinta de la contractual y la extracontractual en la que sería encuadrable la culpa *in contrahendo*.

La responsabilidad civil, tema de notable importancia y constante actualidad —aunque al decir de algunos, en franca decadencia³²—, presenta en la práctica un buen número de cuestiones controvertidas motivadas, en buena medida, por la concurrencia de distintos regímenes jurídicos aplicables dependiendo de su origen, esto es, contractual o extracontractual. Las dificultades al respecto, podrían ser agrupadas en dos apartados, si bien desembocan en una duda de carácter práctico esencial para el resarcimiento de la víctima: ¿qué acción ejercitar en cada caso?

En este sentido, de una parte, ha de ser afrontada la existencia de una zona de, por expresarlo de alguna forma, dudosa contractualidad; esto es, la concurrencia de relaciones entre partes en las cuales no está claro si «el vínculo» existente entre ellas tiene entidad suficiente para generar responsabilidad contractual, o, si por el contrario, la acción adecuada será la de responsabilidad extracontractual; cuestión esta que no es baladí, dadas las diferencias existentes entre ambos institutos en nuestro Derecho. Es el caso, por ejemplo, de la distinta prescripción de la acción, un año para la responsabilidad extracontractual y quince para la contractual, el *quantum* indemnizatorio, la carga de la prueba... Todo esto hace que resulte prioritario determinar qué tipo de responsabilidad se contrae en este periodo.

Sabido es que dos son los distintos orígenes de la responsabilidad: si lo que se infringe es el deber genérico de no causar daño a otro, sin que entre el causante y

la víctima exista una previa y concreta relación, sino que esta surge a consecuencia del evento dañoso, en cuyo caso puede decirse que la relación entre ambos es un *posterius*³³. Por tanto, nos hallamos en presencia de la llamada responsabilidad civil extracontractual, regulada en los artículos 1902 y sigs. del Código Civil, a cuyo tenor el que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Sin embargo, también puede ocurrir que entre ambas partes exista una previa relación obligatoria (generalmente un contrato) que resulta incumplida, o defectuosamente cumplida por el deudor, en cuyo caso estamos en presencia de la responsabilidad contractual, u obligacional³⁴, regulada en los artículos 1101 y sigs. del Código Civil, al disponer el citado precepto que quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieran el tenor de aquellas.

Debemos destacar que, a pesar de su denominación, el Tribunal Supremo ha señalado en reiteradas ocasiones que no es necesario que entre las partes exista un contrato para que surja este tipo de responsabilidad, siendo suficiente que estén ligadas por una específica relación semejante a un contrato, por ejemplo, las relaciones surgidas de la comunidad de bienes, o de la propiedad horizontal, o incluso, una relación de Derecho público semejante a un contrato de Derecho privado. Así lo puso de manifiesto, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de enero de 1984³⁵ la que, además, aclaraba que aunque no haya obligación derivada de un contrato, si hay otra relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento, excluye la aplicación del artículo 1902 del Código Civil, pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual.

Esto supone la existencia de un buen número de supuestos en los que no es fácil determinar si nos encontramos ante una relación susceptible de generar responsabilidad contractual o extracontractual, como es el caso analizado.

En este supuesto, no faltan autores que sostienen que en nuestro Derecho no es imprescindible recurrir a una idea de responsabilidad precontractual por disponer de una amplia fórmula de responsabilidad extracontractual, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el Derecho alemán, aunque reconociendo su utilidad en un intento de que las partes actúen con el debido respeto de los intereses de la persona con la que se entablan negociaciones³⁶.

Buena parte de la doctrina considera más acertado que el tipo de responsabilidad que se contraiga en este periodo sea extracontractual³⁷; sin embargo, también hay argumentos que permiten defender su carácter contractual³⁸.

Es más, incluso ha llegado a mantener una posición intermedia que, aceptando la posibilidad genérica de encuadramiento en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, sostiene la necesidad de contar con normas propias. En este sentido CABANILLAS SÁNCHEZ, A.³⁹ pone de manifiesto que la heterogeneidad de los supuestos que se sitúan en el marco de la responsabilidad precontractual explican que la obligación resarcitoria que nos ocupa, no admita un único encasillamiento; permite la ubicación extracontractual, pero en no pocas ocasiones encuentre cabida en la responsabilidad contractual. Una reflexión de esta naturaleza exige el análisis de las distintas situaciones en las que puede aislarse un supuesto de culpa *in contrahendo* para delimitar sus características estructurales y el régimen que se puede plantear adecuado al sistema⁴⁰.

Con todo, y a nuestro juicio, parece más adecuado pensar que estamos en presencia de una responsabilidad extracontractual, pues no puede decirse que

exista en este periodo una concreta relación obligatoria a cargo de las partes, aunque su actuación debe acomodarse a las exigencias de la buena fe. Desde luego, compartimos la opinión de la no necesidad de un tercer tipo de normas que regulen la responsabilidad que pueda contraerse en esta fase, pues, en definitiva, se trata de indemnizar unos perjuicios ocasionados y no vemos razón para que deba atenderse al origen de estos, al momento de su producción o las circunstancias en que tienen lugar para regularlo de una forma u otra; sencillamente se han causado unos daños por una cuantía determinada a una de las partes que hay que reparar, y, dada la dicotomía existente en nuestro Código Civil según se trate de culpa contractual o aquiliana, habrá que clasificarlos en una de las dos categorías para aplicarle una de ambas normativas, pero no elaborar normas específicas.

Sin embargo, cuando los daños derivan del incumplimiento de un precontrato existe una clara vinculación entre las partes que originaría una responsabilidad contractual⁴¹. El TS también se ha pronunciado en este mismo sentido en la Sentencia, de 16 de mayo de 1988, pues manifiesta que «si no existe contrato ni promesa de contrato no puede mantenerse que hubo un incumplimiento contractual, generador de una obligación de resarcimiento, conforme a los mencionados preceptos legales», de donde se deduce claramente, que la promesa de contrato da lugar a responsabilidad contractual. Y, por el contrario, considera extracontractual la responsabilidad dimanante de la *culpa in contrahendo*; dice lo siguiente: «la existencia de culpa *in contrahendo* que al fallar aquella relación contractual se nos ofrece como aquiliana, puesto que no puede negársele al constituir una violación del principio *neminem laedere*, que determina la responsabilidad de los demandados...».

El supuesto de hecho de la sentencia es el siguiente: el demandante, empleado de un Banco, inicia conversaciones con los directivos sobre su traslado a otra oficina de la compañía, sita en Miami (EEUU). En un punto determinado de las conversaciones, él y su esposa, empezaron a realizar disposiciones relativas al traslado, que debieron de considerar inminente; vendieron el automóvil y la esposa pidió excedencia en su trabajo como auxiliar de clínica de la Seguridad Social. Finalmente, el traslado no se produjo, con los consiguientes perjuicios derivados de los gastos mencionados y las decisiones adoptadas, por lo que interpone una demanda ante la Jurisdicción laboral, que fue desestimada. Posteriormente, y junto con su esposa, exige indemnización de daños y perjuicios al Banco y sus directivos, al amparo del artículo 1101 del Código Civil, por vulneración de un contrato de compromiso. En primera instancia se concede una indemnización pero por responsabilidad extracontractual, sentencia que fue revocada en segunda instancia por incongruente. El TS casa la sentencia y confirma la de Primera Instancia en todos sus extremos apreciando la existencia de culpa *in contrahendo* en los demandados, pero considerando que esta es extracontractual.

De todas formas, creemos que la solución a este problema pasa, como indica GARCÍA RUBIO, M. P.⁴², por la unificación de ambos tipos de responsabilidad con pequeñas variaciones que en ningún caso justifican la bipartición, ni por supuesto la división tripartita en caso de prevalecer la tesis ecléctica que sostiene la conveniencia de un tipo de normas específicas para la responsabilidad que se contrae en este periodo.

A nuestro juicio, no hay razón para mantener la diferente regulación de ambos tipos contractuales y dejar en el limbo la responsabilidad contraída en ese periodo previo a la perfección del contrato, pues si bien es cierto que en los últimos años la culpa *in contrahendo* ha sido objeto de más atención por

parte de la doctrina e inclusión por la legislación, si bien en la UE, como se ha tenido ocasión de comprobar. En nuestro Código Civil la situación sigue siendo la misma que en la época de la codificación, cuando la realidad ha cambiado sustancialmente, pasando de un esquema contractual basado en la igualdad de las partes contratantes a sistema de contratación en masa. Con todo, hay que reconocer que la contratación individual aún conserva su importancia, y en contratos de una cierta entidad económica en los que por supuesto, existen conversaciones previas a su perfección, como puede ser la compra-venta de inmuebles.

Por todo ello, se propone de *lege ferenda* la unificación de la normativa de la responsabilidad civil eliminando las diferencias existentes dependiendo del origen de la misma, si bien debe reconocerse que las mismas en la práctica está muy atenuadas⁴³ y la tendencia, tanto doctrinal como jurisprudencialmente es a la unificación.

V. CONCLUSIONES

1. La responsabilidad precontractual, pese a la escasa atención de que ha sido objeto por parte de la doctrina y, por supuesto de los Códigos, al menos en nuestro país, en la actualidad está adquiriendo gran auge debido a la complejidad de la contratación actual que difiere considerablemente de la de la época de la codificación.

2. Consecuencia de ello es la positivización de ciertos deberes precontractuales que las partes han de observar en este periodo previo a la perfección del contrato, al menos en la UE, lo que se traduce en una mayor atención doctrinal a esta fase del contrato.

3. Uno de los problemas más discutidos, sobre todo doctrinalmente, pues la jurisprudencia ha tenido escasas ocasiones de pronunciarse sobre el tema, es la naturaleza de tal tipo de responsabilidad habida cuenta de la existencia de distintos regímenes de responsabilidad dependiendo de su origen, esto es, contractual o extracontractual.

4. Teniendo en cuenta la regulación actual de nuestro Código Civil, entendemos que la responsabilidad precontractual tiene más encaje en la responsabilidad extracontractual, si bien creemos que es más adecuado la unificación de ambos regímenes de responsabilidad y cuando se cause un daño a alguna persona, deba ser indemnizado con independencia del origen de la responsabilidad, esto es, contractual, extracontractual o que se haya producido en el ámbito de preparación de un posible futuro contrato.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1997). *Derecho civil, II*, vol. 1.º, Bosch, Barcelona.
- ALONSO PÉREZ, M. (1971). La responsabilidad precontractual, *RCDI*, núm. 485, pp. 959-922.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (1989). *Culpa in contrahendo. (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Departamento de publicaciones de la Universidad del País Vasco, Bilbao.
- BERNAD MAINAR, R. (2013). Naturaleza jurídica de los tratos preliminares a la luz del Derecho Comparado, *RCDI*, núm. 740, pp. 4009-4040.

- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., (1995). El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo, *RCDI*, núm. 628, pp. 747-788.
- CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L. H. (1991). La responsabilidad civil contractual y extracontractual, *Academia Sevillana del Notariado*, t. IV, pp. 165-185.
- (2004). Notas sobre el denominado precontrato, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, pp. 1081-1091.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1995). *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, Civitas, Madrid.
- (2010). Lealtad en el periodo precontractual, *ADC*, núm. LXIII, pp. 575-636.
- DE COSSÍO, A. (1966). La causalidad en la responsabilidad civil estudio de Derecho español, *ADC*, vol. 19, pp. 527-554.
- GARCÍA RUBIO, M. P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, Tecnos.
- GARCÍA RUBIO, M. P. y OTERO CRESPO, M. (2010). La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo, *Indret*, pp. 2-62.
- GÓMEZ CALLE, E. (1994). *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., (2013). Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de obligaciones, *RCDI*, núm. 738, pp. 2253-2328.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (1980). Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. (En torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1977) *RDP*, pp. 50-78.
- (2014). *Principios de Derecho civil, III. Contratos*, Marcial Pons, Madrid.
- MANZANARES SECADES, A. (1985). La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo, *ADC*, vol. 38, núm. 4, pp. 979-1009.
- MEDINA ALCOZ, M., La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual. *V Lex*, pp. 1-42. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/ruptura-injustificada-precontractua-289829>.
- MONSALVE CABALLERO, V. La ruptura injustificada de los tratos preliminares y su relación jurídica prenegocial, en el Derecho europeo continental, *V Lex*, <http://doctrina.vlex.com.co/vid/ruptura-injustificada-tratos-prenegocial-42562628>.
- NÚÑEZ MUÑOZ, M. C. (2013). El distinto origen de la responsabilidad contractual y extracontractual: aportaciones para una revisión crítica de las controversias jurisprudenciales y doctrinales planteadas ante esta dualidad, *RCDI*, núm. 736, pp. 1190-1229.
- OVIEDO ALBÁN, J. (2008). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual, *Universitas*. Bogotá (Colombia), núm. 115, pp. 83-116.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (2011). Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación de un futuro Código Latinoamericano de contratos, *ADC*, pp. 897-929.
- Comentario de la STS de 19 de junio de 1984, *CCJC*.
- SALEILLES, M. R. De la responsabilidad precontractual a propósito de un estudio sobre la materia, *V Lex*, <http://vlex.com/vid/responsabilidad-precontractual-proposito-estudio-232259893>.
- VALES DUQUE, P. (2006). La responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo, en *Libro-Homenaje al Profesor AMORÓS GUARDIOLA*, T. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.

VERDA Y VEHAMONTE, J. M. (2006). El dolo *in contrahendo*, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16, pp. 25-40.

YZQUIERDO TOLSADA (1991). La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderna unificación, *RCDI*.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 26 de enero de 1984
- STS de 19 de junio de 1984
- STS de 9 de julio de 1984
- STS de 16 de diciembre de 1986
- STS de 16 de mayo de 1988
- STS de 10 de junio de 1991
- STS de 10 de junio de 1991
- STS de 11 de octubre de 1991
- STS de 1 de febrero de 1994
- STS de 8 de julio de 1996
- STS de 21 noviembre de 1996

NOTAS

¹ Contacto social o pura relación social, pero con consecuencias jurídicas, *vid.* ALONSO PÉREZ, M. (1971), La Responsabilidad precontractual, *RCDI*, núm. 485, pp. 859-922.

² En este sentido DE COSSÍO, A. (1966). La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español, *ADC*, vol. 19, pp. 527-554, advierte que no se trata tanto de imputar a una persona un hecho dañoso como de determinar cuál es el patrimonio que en último término habrá de soportar sus consecuencias dañosas.

³ NÚÑEZ MUÑIZ, M. C., *ob. cit.*

⁴ *Ob. cit.*

⁵ Sobre este punto, *vid.*, JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (2013), Los deberes de información precontractual en la legislación actual y en las distintas propuestas de modernización del Derecho de Obligaciones, *RCDI*, núm. 738, pp. 2253-2328; GÓMEZ CALLE, E., (1994) *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid.

⁶ Sobre este punto, véase, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (2010), Lealtad en el periodo precontractual, *ADC*, núm. LXIII, pp. 575-636.

⁷ Aunque algún autor como CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1995), El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*, *RCDI*, núm. 628, pp. 747-788, considera que ambas expresiones pueden utilizarse indistintamente.

⁸ (1989), *Culpa in contrahendo. (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Departamento de publicaciones de la Universidad del País Vasco, Bilbao.

⁹ Cfr. NÚÑEZ MUÑIZ, M. C. (2013), El distinto origen de la responsabilidad contractual y extracontractual: aportaciones para una revisión crítica de las controversias jurisprudenciales y doctrinales planteadas ante esta dualidad, *RCDI*, núm., 736, pp. 1190-1229.

¹⁰ ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *ob. cit.*

¹¹ Pueden citarse, entre otras muchas, las sentencias de 16 de diciembre de 1986; 10 de junio de 1991; 11 de octubre de 1991; 1 de febrero de 1994; 21 de noviembre de 1996; 8 de julio de 1996.

¹² Cfr. GARCÍA RUBIO, M. P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, Tecnos.

¹³ También las de 19 de junio de 1984; 9 de julio de 1984; 10 de junio de 1991; 8 de julio de 1996, entre otras.

¹⁴ Cfr. VALES DUQUE, P. (2006). La responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*, en *Libro-Homenaje al Profesor AMORÓS GUARDIOLA*, T. I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.

¹⁵ *Ob. cit.*

¹⁶ *Ob. cit.*

¹⁷ GARCÍA RUBIO, M. P. y OTERO CRESPO, M. (2010). La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo, *InDret*, pp. 2-62; GARCÍA RUBIO, M. P., (1991), *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Madrid, Tecnos; ASÚA GONZÁLEZ, C. I., *ob. cit.*

¹⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C. (1980), Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. (En torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1977) *RD*, pp. 50-78.

¹⁹ *Ob. cit.*

²⁰ GARCÍA RUBIO, M. P., *ob. cit.*

²¹ *Ob. cit.*

²² En este sentido ALONSO PÉREZ, M., *ob. cit.*

²³ *Ob. cit.*, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2014), *Principios de Derecho civil, III. Contratos*, Marcial Pons, Madrid.

²⁴ DE ANGEL YAGÜEZ, R., *ob. cit.*

²⁵ Cfr. GARCÍA RUBIO, M. P. y OTERO CRESPO, M., *ob. cit.*

²⁶ Tradicionalmente se partía de un principio de igualdad entre ambas partes contratantes y se consideraba que cada una tenía un deber de autoinformarse y no podía hablarse de un deber de información de una parte a la otra propiamente dicho, sino que cada cual debía velar por sus propios intereses, pero en la actualidad empieza a considerarse el tema desde otra perspectiva. Sobre los deberes de información, véase entre otros, JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *ob. cit.*, y GÓMEZ CALLE, E., *ob. cit.*

²⁷ En este sentido se manifiesta BERNAD MAINAR, R. (2013), Naturaleza jurídica de los tratos preliminares a la luz del Derecho Comparado», *RCDI*, núm. 740, pp. 4009-4040, quien, sin embargo admite la posibilidad de incluir en los tratos preliminares eventuales cláusulas penales para el caso de que el contrato no llegue a celebrarse.

²⁸ Cfr. *ob. ult. cit.* Sobre la ruptura de las negociaciones, véase MONSALVE CABALLERO, V., La ruptura injustificada de los tratos preliminares y su relación jurídica prenegocial, en el Derecho europeo continental, *V Lex*, <http://doctrina.vlex.com.co/vid/ruptura-injustificada-tratos-prenegocial-42562628>

²⁹ El supuesto de hecho es el siguiente: el demandante, empleado de un Banco, inicia conversaciones con los directivos sobre su traslado a otra oficina de la compañía, sita en Miami (EE.UU). En un punto determinado de las conversaciones, él y su esposa, empezaron a realizar disposiciones relativas al traslado, que debieron de considerar inminente; vendieron el automóvil y la esposa pidió excedencia en su trabajo como auxiliar de clínica de la Seguridad Social. Finalmente, el traslado no se produjo, con los consiguientes perjuicios derivados de los gastos mencionados y las decisiones adoptadas, por lo que interpone una demanda ante la Jurisdicción laboral, que fue desestimada. Posteriormente, y junto con su esposa, exige indemnización de daños y perjuicios al Banco y sus directivos, al amparo del artículo 1101 CC. por vulneración de un contrato de compromiso. En primera instancia se concede una indemnización pero por responsabilidad extracontractual, sentencia que fue revocada en segunda instancia por incongruente. El TS casa la sentencia y confirma la de Primera Instancia en todos sus extremos apreciando la existencia de culpa *in contrahendo* en los demandados.

³⁰ BERNAD MAINAR, R., *ob. cit.*

³¹ BERNAD MAINAR, R., *ob. cit.* Véase también JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *ob. cit.*, y GÓMEZ CALLE, E. *ob. cit.*

³² Según DE ÁNGEL YAGÜEZ (1995), *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, ciertos postulados permiten poner en tela de juicio la misma noción de responsabilidad civil.

³³ En este sentido se ha pronunciado el TS en las sentencias de 9 de julio de 1984 y 10 de junio de 1991.

³⁴ CLAVERÍA GOSÁLVEZ (1991), La responsabilidad civil contractual y extracontractual, *Academia Sevillana del Notariado*, t. IV, pp. 165-185, considera incorrecta la denominación de responsabilidad contractual, puesto que esta responsabilidad deriva, no solo del incumplimiento de un contrato, sino del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de cualquier obligación, ya provenga esta del contrato o de cualquier otra fuente. También ALBALADEJO GARCÍA, M. (1997), *Derecho civil*, II, vol. 1.º, Bosch, Barcelona.

³⁵ También las de 19 de junio de 1984; 9 de julio de 1984; 10 de junio de 1991; 8 de julio de 1996, entre otras.

³⁶ Cfr. ASÚA GONZÁLEZ (1989), *La culpa in contrahendo*, Universidad del País Vasco, Bilbao.

³⁷ En este sentido ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (1988), Comentario de la STS de 16 de mayo de 1988, *CCJC*; *La culpa in contrahendo*, *ob. cit.*; DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, *ob. cit.*, y Díez Pícazo-Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, *ob. cit.*

³⁸ Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo*, *ob. cit.*; Comentario de la Sentencia de 16 de mayo de 1988, *ob. cit.*, YZQUIERDO TOLSADA (1991), La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderna unificación, *RCDI*; PANTALEÓN PRIETO, Comentario de la STS de 19 de junio de 1984, *CCJC*, plantea la posibilidad de que la responsabilidad contractual se pueda extender a todos aquellos casos en que entre el dañante y la víctima exista una relación de contacto social (tratos preliminares, responsabilidad precontractual, relaciones de hecho etc.), aunque advierte sus dudas al respecto porque la gran «volatilidad» de los medios de prueba que caracteriza a tales relaciones inclina a aplicarles el breve plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad extracontractual, y no el demasiado largo de la responsabilidad contractual.

³⁹ *Ob. cit.*

⁴⁰ GARCÍA RUBIO, M. P., *La responsabilidad precontractual...* *ob. cit.*, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *ob. cit.*

⁴¹ Respecto del precontrato, véase CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L. H. (2004), Notas sobre el denominado precontrato, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, *ob. cit.*, pp. 1081-1091.

⁴² *Responsabilidad precontractual...*, *ob. cit.*

⁴³ NÚÑEZ MUÑOZ, M. C., *ob. cit.*

1.7. Concursal Civil

Ejecución hipotecaria y arrendamiento,
tras la Ley 4/2013, de 4 de junio

*Foreclosure and lease agreements after the
enactment of Law 4/2013 of June 4*

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil

RESUMEN: En el presente artículo la autora analiza, desde una perspectiva histórica y jurisprudencial, la incidencia de la hipoteca en la subsistencia o no del arrendamiento concertado con el propietario hipotecante, ofreciendo una interpretación del artículo 13 LAU, en la redacción dada por la Ley 4/2013, que combina la prioridad registral con la aplicación del principio de fe pública registral (arts. 32 y 34 LH). Entendiendo por ejemplo, que a pesar del principio de purga establecido en el artículo 13, salvo que el arrendamiento hubiese accedido al Registro antes que la hipoteca, un arrendamiento constituido con anterioridad a la hipoteca (e inscrito, o no) posteriormente, puede subsistir o no tras la ejecución hipotecaria en función de la buena o mala fe del acreedor hipotecario y del adjudicatario. Teniendo presente, en todo caso, que la adquisición del adjudicatario trae causa de la adquisición de la hipoteca por el acreedor hipotecario, por lo que si la fe pública operó en favor de este, la posición del adjudicatario se apoya en la anterior operancia de la fe pública registral a favor de su causante.

ABSTRACT: *In this article the author examines, from a historical and jurisprudential perspective, the effect the existence of a mortgage has on the continued validity of a lease agreed with the mortgagor owner, offering an interpretation of artículo 13 of the Urban Leases Act (LAU), as amended by Law 4/2013, which combines registration priority with the application of the principle of registration certainty (arts. 32 and 34 of the Mortgage Law (LH)). Thus and by way of example, despite the principle of discharge and cancellation established at artículo 13, and unless the lease was recorded in the Register before the mortgage, a lease created prior to the mortgage (and subsequently registered or not) may or may not remain in force following foreclosure in accordance with whether the mortgagee and the new buyer acted in good or bad faith. It should however be recalled that the acquisition by the new buyer following foreclosure results from the acquisition of the mortgage by the mortgagee, and as such if the principle of registration certainty operated in favour of the latter, the position of the purchaser has its basis in the prior operation of the principle of registration certainty in favour of the pertinent party.*

PALABRAS CLAVE: Hipoteca. Arrendamiento. Venta de finca arrendada. Principios de prioridad y fe pública registral.

KEY WORDS: *Mortgage. Lease. Sale of leasehold property. Principles of priority and registration certainty.*

SUMARIO: I. LA VENTA DE FINCA URBANA ARRENDADA EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.—II. LA VENTA DE FINCA URBANA ARRENDADA EN LA LAU 1994, TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 4/2013.—III. LA RESOLUCIÓN DEL DERECHO DEL ARRENDADOR POR LA REALIZACIÓN FORZOSA DE LA VIVIENDA ARRENDADA, TRAS LA LEY 4/2013: 1. EN PARTICULAR, LA RESOLUCIÓN DEL DERECHO DEL ARRENDADOR DERIVADA DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. INCIDENCIA EN EL ARRENDAMIENTO ANTERIOR Y POSTERIOR A LA HIPOTECA: A) *Arrendamientos para uso distinto de vivienda.*- B) *Arrendamientos para uso de vivienda.*—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA VENTA DE FINCA URBANA ARRENDADA EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

La LH de 1861 incorporó entre la materia registrable (art. 2.5.º) «los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un periodo que exceda de 6 años». De acuerdo con los artículos 23, 27 y 34 de dicha Ley, el título arrendaticio no inscrito no perjudicaba al tercero hipotecario que reuniese los requisitos del artículo 34 LH. Con anterioridad, el RD de 23 de mayo de 1845 y después el RD de 19 de agosto de 1853, en el ámbito del antiguo Registro denominado Oficio de Hipotecas, determinó la inscripción de los arrendamientos. Igualmente, el Proyecto de Código Civil de 1851 sujetaba a inscripción «los arrendamientos por seis años o más, y las anticipaciones de alquileres o rentas por más de un año» (art. 1831. 5.º)¹.

La Ley de 21 de diciembre de 1869, que reformó la LH de 1861, y concretamente su artículo 2.5.º sujetó a inscripción «los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un periodo que exceda de 6 años, o en los que se hayan anticipado las rentas de tres o más años, o cuando sin tener ninguna de estas condiciones hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriban».

Publicado el Código Civil de 1889, este remitió a la LH (art. 608) en cuanto a la materia inscribible y efectos de la inscripción, y en su artículo 1571 acogió el principio «venta quita renta» (*emptio tollit locatio*), procedente del Derecho Romano y seguido también en la legislación de Partidas, al indicar que «el comprador de una finca arrendada tiene derecho a que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». Disposición de la LH que el artículo 1549 del Código Civil reproducía al indicar que «con relación a terceros¹, no surtirán efecto los arrendamientos de bienes raíces que no se hallen debidamente inscritos en el Registro de la Propiedad». Es decir, el artículo 1571.1 del Código Civil acogía la regla *emptio tollit locatio*, pero no con efectos automáticos sino a instancia del adquirente, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. Dicho pacto no podía ser un pacto entre arrendador y arrendatario (por el que se acordase que en caso de venta el comprador debería asumir la posición de arrendador), pues no tendría eficacia (art. 1257 CC) salvo con el consentimiento de tal adquirente². Se trataría más bien, según una opinión doctrinal, de un pacto entre arrendador y comprador, acordando la subsistencia del arrendamiento, en beneficio del arrendatario

(esto es, una estipulación a favor de tercero del artículo 1257.2.º CC). También sería posible un pacto directo entre comprador y arrendatario³. Ahora bien, si el arrendamiento estaba inscrito, como la inscripción le dotaba de oponibilidad *erga omnes*, perjudicaba a todo tercer adquirente posterior de la propiedad⁴. Esta regulación se completaba con las normas de los artículos 13, 14 y 15 RH de 1947⁵. Este régimen era aplicable a todos los arrendamientos inmobiliarios, incluidos los urbanos con destino a vivienda, hasta que la legislación especial configuró una serie de supuestos en que el arrendamiento era mantenido frente a terceros adquirentes, incluso aunque fuesen terceros hipotecarios de los artículos 32 y 34 LH (como excepción a la fe pública registral)⁶.

Así, el artículo 57 del TRLAU de 1964 (con precedente en la LAU de 22 de diciembre de 1955) dispuso que «cualquiera que sea la fecha de ocupación de viviendas, con o sin mobiliario, y locales de negocio, llegado el día del vencimiento del plazo pactado, este se prorrogará obligatoriamente para el arrendador y potestativamente para el inquilino o arrendatario *aun cuando un tercero suceda al arrendador en sus derechos y obligaciones*. Se aplicará igual norma en los casos de extinción de usufructo, sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 114 causa 12»⁷.

El Real Decreto-ley 2/1985 suprimió la prórroga forzosa como contenido legal imperativo del contrato de arrendamiento urbano, aunque podía pactarse voluntariamente. La supresión no tuvo efectos retroactivos por lo que el artículo 57 LAU 1964 continuó siendo aplicable⁸.

Posteriormente fue promulgada la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, reguladora de los arrendamientos urbanos, que mediante su Disposición Adicional 2.^a dio nueva redacción al artículo 2.5.º LH, el cual quedó con el siguiente tenor: «En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: ... 5.º Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarrendos, cesiones y subrogaciones de los mismos». El RD 297/1996, de 23 de febrero, estableció los requisitos de acceso de los contratos de arrendamiento urbano al Registro de la Propiedad (tal y como preveía la Disposición Adicional Segunda.2 de LAU 1994), exigiendo escritura pública notarial, y optando por el asiento de inscripción⁹.

La LAU de 1994 se caracterizó (frente al Decreto Boyer) por proporcionar una estabilidad al arrendatario de vivienda durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, confiriéndole ventajas de las que no iba a gozar el arrendatario de inmueble para uso distinto del de vivienda, en relación con el cual no se exceptuó el juego de la fe pública registral (art. 29 LAU). Así, tratándose de *fincas no inmatriculadas*, en caso de enajenación voluntaria de la finca arrendada para uso de vivienda, de acuerdo con el artículo 9.1 y 14.1 y 2 de la LAU, el arrendamiento *continuará por el plazo de duración garantizado de cinco años o por todo el tiempo pactado, si el arrendamiento se estipuló por un plazo de duración más extenso*. No se aplica el principio «venta quita renta» formulado por el artículo 1571 del Código Civil, al venir derogado por la LAU en cuanto ley especial. Tratándose de enajenación forzosa, el arrendatario tenía derecho a continuar en el arrendamiento, en todo caso, hasta que se cumpliesen cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación del artículo 9.1. Pero en los contratos de duración superior a cinco años, *si el derecho del arrendador quedaba resuelto (por la enajenación forzosa), una vez transcurrido el periodo garantizado de cinco años*, el arrendamiento quedaría extinguido (art. 13.1 y 2 LAU 1994). Tratándose de *fincas inmatriculadas, destinadas a vivienda*, con independencia de que el arrendamiento estuviese o no inscrito, y de su duración, el arrendatario tenía garantizada una permanencia en el inmueble durante los cinco primeros años de vigencia del contrato (como excepción al principio de fe pública regis-

tral, arts. 32 y 34 LH). En efecto, el artículo 14 LAU 1994 disponía, en beneficio de los arrendatarios, que el adquirente de una finca arrendada (en enajenación voluntaria), *aun cuando fuese tercero del artículo 34 LH*, quedaría subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador *durante los cinco primeros años de vigencia del contrato*. Es decir, aunque el arrendamiento no estuviese inscrito en el Registro y el comprador lo desconociese, cumpliendo con los demás requisitos del artículo 34 LH, el arrendamiento le perjudicaría. Para arrendamientos de vivienda por un plazo superior a cinco años, *el adquirente quedaba subrogado en la totalidad de la duración pactada, salvo que fuese tercero del artículo 34 LH, en cuyo caso, solo estaba obligado a soportarlo durante el tiempo que restase hasta transcurrir cinco años*, debiendo el enajenante indemnizar al arrendatario con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que, excediendo del plazo citado de cinco años, restase por cumplir.

Por su parte, el artículo 13.1 LAU 1994, en relación con la resolución del derecho de propiedad del arrendador (por enajenación forzosa u otras causas), disponía que *si el contrato de arrendamiento de vivienda había accedido al Registro con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador (hipoteca, anotación de embargo, p.e.), el arrendamiento debería ser soportado por el rematante o adjudicatario durante la duración pactada. En otro caso, esto es, si el arrendamiento no accedió a Registro o accedió con posterioridad a tales derechos, el arrendatario tendría derecho a permanecer en el arriendo (en perjuicio del adquirente posterior)*, durante los cinco primeros años de vigencia del contrato^{10, 11}.

II. LA VENTA DE FINCA URBANA ARRENDADA EN LA LAU 1994, TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 4/2013.

La LAU de 1994 ha sido objeto de reforma por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas. Con esta reforma el legislador somete la oponibilidad del arrendamiento frente a terceros adquirentes a los principios del sistema de publicidad registral inmobiliaria (arts. 13, 32 y 34 LH), eliminando la antigua excepción a la fe pública registral establecida en beneficio del arrendatario de vivienda. De manera que siendo la inscripción del arrendamiento voluntaria, el arrendatario tendría la carga de inscribir. Si la finca no está inmatriculada, el arrendatario podría hacer uso del procedimiento del artículo 312 RH (para la inscripción de derechos reales sobre fincas no inscritas, pero aplicable por analogía, teniendo presente el artículo 1554.3.º CC), para lograr la inscripción de su derecho. De acuerdo con el artículo 7.2 LAU 1994 en su nueva redacción dada por la Ley 4/2013, «en todo caso, para que los arrendamientos concertados sobre fincas urbanas, surtan efecto frente a terceros que hayan inscrito su derecho [o *a fortiori*, *no lo hayan hecho*], dichos arrendamientos deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad». Este artículo 7.2 LAU estaría haciendo referencia al efecto de afección de lo inscrito a terceros adquirentes de que habla ROCA SASTRE¹², y sentaría el mismo principio que el artículo 1549 del Código Civil establece para los arrendamientos sujetos al Código Civil.

La Ley 4/2013, de 4 de junio, prevé una disposición transitoria primera según la cual, el nuevo régimen que establece para los arrendamientos urbanos será de aplicación a los contratos de arrendamiento celebrados tras la entrada en vigor de la Ley, esto es, a partir del 6 de junio de 2013, subsistiendo el régimen jurídico que les fuese de aplicación para los contratos celebrados antes de esa fecha¹³.

En concreto, a pesar de la posibilidad de, por acuerdo de las partes, someter los contratos celebrados antes del 6 de junio de 2013, al régimen jurídico establecido en la Ley 4/2013, cabría señalar que en relación con la subsistencia o no del contrato arrendaticio en caso de venta voluntaria o forzosa de la vivienda arrendada, el plazo de 5 años garantizado por la LAU 1994 en su redacción originaria era derecho semi-imperativo, no cabiendo pacto en perjuicio del arrendatario (art. 6 LAU 1994¹⁴).

La Ley 14/2013 reduce de cinco a tres años la prórroga obligatoria y de tres a uno la prórroga tácita¹⁵. Complementando el artículo 7.2, el artículo 10.2 en su nueva redacción establece que una vez inscrito el contrato de arrendamiento, la prórroga legal de tres años (art. 9) y la prórroga tácita de un año (art. 10), se impondrán respecto de cualquier tercer adquirente, incluso aquellos que reúnan los requisitos del artículo 34 LH. Y el artículo 14 LAU señala que el adquirente de una finca inscrita, arrendada como vivienda, que reúna los requisitos del artículo 34 LH, no se verá afectado por el arrendamiento no inscrito. Así se desprende del tenor del artículo, que literalmente señala: «1. El adquirente de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, arrendada como vivienda en todo o en parte, *que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 LH, solo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento se hallase inscrito, conforme a lo dispuesto por los artículos 7 y 10 de la presente ley, con anterioridad a la transmisión de la finca*»^{16, 17}. El tercero, pues, *que reúne los requisitos del artículo 34 LH, si el arrendamiento no consta inscrito, puede desconocerlo (art. 32 LH), pero si el adquirente lo fuese a título gratuito o fuese heredero del arrendador, o no ostentase buena fe o no hubiese adquirido de titular registral, quedará subrogado en el arrendamiento, aunque no constase inscrito (art. 14 a sensu contrario), por el tiempo indicado en el artículo 9.1 y 10.1 LAU.*

Si la finca no estuviese inmatriculada, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1571 del Código Civil (art. 14.2 LAU). Y si el comprador usare del derecho a pedir la extinción del arriendo, reconocido en dicho precepto, el arrendatario podrá exigir que se le deje continuar en la vivienda durante un plazo de tres meses desde que el adquirente le notifique fehacientemente su propósito, durante los cuales deberá satisfacer al nuevo propietario la renta y demás cantidades que se devenguen. A su vez, el arrendador-vendedor, deberá indemnizar al arrendatario los daños y perjuicios que la enajenación de la vivienda le haya causado. Si la finca estuviese inmatriculada, pero ni el arrendamiento ni el derecho del adquirente han accedido al Registro, la solución viene dada por los artículos 9.1 y 10.1 LAU y el artículo 14.1 (*a sensu contrario*). Para MAS BADÍA, la indemnización de que habla el artículo 14.2 es «la misma que contempla el propio artículo 1571 del Código Civil en su número 2, *in fine*»¹⁸. «Tal indemnización sustituye a la que regulaba el antiguo artículo 14 LAU, cuyo montante correspondía, por disposición expresa de la Ley a una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que no se vaya a cumplir. Ahora la carga de la prueba de la existencia y cuantía de los daños *corresponde* al inquilino y será dicha prueba la que determine el montante de la compensación económica»^{19, 20}.

III. LA RESOLUCIÓN DEL DERECHO DEL ARRENDADOR POR LA REALIZACIÓN FORZOSA DE LA VIVIENDA ARRENDADA, TRAS LA LEY 4/2013

Para el caso de resolución del derecho del arrendador (por enajenación forzosa de la vivienda arrendada), el artículo 13, en su nueva redacción, en relación

con el artículo 7.2 y 10.2 indica que: «1. Si durante la duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria, o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, *quedará extinguido el arrendamiento. Conforme a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 7 y en el artículo 14, se exceptúan los supuestos en los que el contrato de arrendamiento hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este caso continuará el arrendamiento por la duración pactada. Cuando se trate de finca no inscrita se estará a la duración establecida en el apartado 4 del artículo 9*».

La remisión que el artículo 13.1 *in fine* hace al artículo 9.4, para el caso de resolución del derecho del arrendador cuando la finca no está inmatriculada es algo confusa, pues el artículo 9.4 se refiere al caso de arrendamiento otorgado por propietario aparente. Parecería pues, que la remisión del artículo 13.1.3.º al artículo 9.4 sería más bien a la consecuencia jurídica prevista en el mismo, pero no al supuesto de hecho²¹. La cuestión es que el artículo 9.4 contempla tres consecuencias jurídicas distintas para las relaciones entre arrendador (aparente) y arrendatario; para el caso de que el propietario aparente enajene la finca y para el caso de que aquel sea vencido por el *verus dominus*. Si la remisión se entiende hecha a la primera consecuencia jurídica, el arrendamiento debería perjudicar al adquirente de finca no inmatriculada en la enajenación forzosa, por un periodo de tres años (art. 9.1 LAU), resultando la solución más beneficiosa en este caso para el arrendatario, que si la finca estaba inmatriculada, y él no inscribió su derecho antes del derecho determinante de la resolución, pues en este caso el artículo 13.1 determina la extinción del arriendo. *Pero esta solución no sería coherente con la prevista en el artículo 14.2 para la enajenación voluntaria de finca arrendada no inmatriculada. Parece más coherente entender, entonces, que la remisión se refiere al inciso 2.º y 3.º del artículo 9.4 que se remiten al artículo 1571 del Código Civil. La solución sería así la misma, en caso de enajenación voluntaria y forzosa de la vivienda arrendada no inmatriculada*²².

1. EN PARTICULAR, LA RESOLUCIÓN DEL DERECHO DEL ARRENDADOR DERIVADA DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. INCIDENCIA EN EL ARRENDAMIENTO ANTERIOR Y POSTERIOR A LA HIPOTECA

Tratándose de finca inmatriculada, y de enajenación forzosa derivada de título hipotecario o de sentencia judicial, el arrendamiento queda extinguido, a diferencia del texto del antiguo artículo 13. La resolución del contrato de arrendamiento se produce de pleno derecho sin necesidad de ser instada por el adquirente (como ocurre en el artículo 1571 CC). Si el arrendamiento se encontrase inscrito antes que la hipoteca o la anotación de embargo, perdura, por la «duración pactada», existiendo la duda de si se refiere a la duración pactada que conste inscrita en el Registro o aquella que haya de deducirse de la norma como consecuencia de la prórroga legal y tácita de los artículos 9.1 y 10.1. La respuesta parecería venir dada por el tenor del artículo 10.2 LAU.

El artículo 13 LAU, en su nueva redacción, tan solo se refiere al supuesto concreto de ejecución hipotecaria y de ejecución de sentencia, «careciendo de previsiones respecto de la enajenación de la finca arrendada en el resto de procedimientos de ejecución, como pueda ser la resolución que ponga fin al proceso monitorio»²³. La tendencia de la jurisprudencia es interpretar el término sentencia

en un sentido lato, como resolución que pone fin al procedimiento. Para GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, «aparte de estos supuestos discutibles, lo que es claro es que no cabe hacer extensivas sus previsiones a otro tipo de adquisiciones derivadas de ejecución forzosa como la que pueda darse en el ámbito del procedimiento general de recaudación»²⁴.

A) Arrendamientos para uso distinto de vivienda

En relación con los arrendamientos para uso distinto de vivienda, no está expresamente regulada (ni con el texto anterior, ni con la reforma), la cuestión de la resolución del derecho del arrendador. El artículo 29 LAU regularía genéricamente los supuestos de adquisición de fincas arrendadas para uso distinto del de vivienda en el artículo 29, sin distinguir según el carácter forzoso o no de la enajenación, indicando que «el adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador salvo que concurran en el adquirente los requisitos del artículo 34 LH». El criterio mayoritario en la doctrina y en la jurisprudencia «tiende a asimilar a quien adquiere en un procedimiento de ejecución forzosa dentro del concepto genérico de adquirente a que se refiere el artículo 29 LAU». No obstante se ha propugnado excluir las ejecuciones forzosas de viviendas arrendadas para uso diverso del de vivienda, del artículo 29 LAU, siguiendo la regla general del Código Civil (art. 1571), basada en el principio *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis*. *El arrendamiento, entonces, sería inoponible respecto de situaciones reales anteriores al mismo y que hubiesen accedido al Registro de la Propiedad (hipoteca o anotación de embargo), lo que determinaría la purga (solicitándolo el adquirente) de los arrendamientos posteriores*. Pero según la doctrina mayoritaria, como hemos dicho, la expresión «enajenación» del artículo 29 LAU englobaría no solo los casos de venta voluntaria, sino también otros negocios de orden traslativo, lo que incluiría la venta forzosa de la finca. «Así el adjudicatario quedaría subrogado en la posición del arrendador sin derecho por tanto, a que termine el arrendamiento. Tal conclusión resultaría incluso extensiva a los arrendamientos concertados tras la inscripción de hipoteca, y aun los no inscritos, salvo que el adjudicatario tenga la condición de tercero hipotecario de buena fe del artículo 34 LH», teniendo presente además que la publicidad de la situación posesoria, establecida para la subasta en el artículo 661 en relación con el artículo 675.3 LEC, excluiría en la mayoría de los casos el reconocimiento de esta condición de buena fe al adjudicatario de la subasta²⁵. Para GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, la solución sería la misma tanto para la enajenación forzosa de finca arrendada *para uso distinto de vivienda*, como para la finca arrendada *para uso de vivienda y que es objeto de enajenación forzosa por título distinto de la ejecución hipotecaria o sentencia judicial*, dependiendo tal solución, en todo caso, *de la condición o no de tercero hipotecario del adquirente*. Lo cual requeriría el requisito de la buena fe, difícil de darse, según algunos autores, en el proceso de ejecución hipotecaria, ya que lo más probable es que en el curso de la ejecución se ponga de manifiesto a los licitadores la existencia del arrendamiento en virtud de los artículos 661.1, 661.2 o 675 LEC. Si bien las cargas o gravámenes que el deudor hipotecario constituya con posterioridad a la hipoteca, se verán resueltos como consecuencia de la ejecución, en el caso del arrendamiento, en principio, como se trata de un contrato oneroso «el hecho de concertar un arrendamiento [con] posterioridad a la constitución del título hipotecario no puede suponer gravamen alguno. En

tal sentido, como tiene sentado la jurisprudencia [STS de 6 de mayo de 1991] tratándose el contrato de arrendamiento de un contrato en principio oneroso y conmutativo, la situación jurídica del adquirente no va a quedar alterada, pues no existiendo desequilibrio patrimonial alguno (recuérdese que estamos ante un contrato conmutativo) ningún detrimento jurídico puede derivarse para el ... [adjudicatario] ... por el solo hecho de que aquel se halla concertado sin su consentimiento. El problema viene dado cuando... la situación económica que se deriva puede resultar leonina para el nuevo propietario. Tal sería el caso de los arrendamientos concertados a un coste inferior del normal de mercado, los cuales determinan una alteración del *ius disponendi*, no porque restrinjan las facultades dispositivas del propietario sino porque constriñen su ejercicio al tener que soportar el nuevo adquirente un arrendamiento antieconómico». De ahí que la jurisprudencia tenga en cuenta si el arrendamiento se hizo con la sola intención de perjudicar el resultado de la subasta (STS de 31 de octubre de 1986 y 23 de noviembre de 1988), o si hubo fraude de los derechos del acreedor hipotecario por concierto entre el propietario y el arrendatario. También exige un mínimo de diligencia en el adquirente en orden a conocer la situación real de la finca, con independencia de lo que figure en el Registro de la Propiedad. Si el adquirente ostenta, pues, la condición de tercero hipotecario (art. 14 y 29 LU y 32 y 34 LH) no se subrogará en el arrendamiento existente. En tal caso, sería de aplicación la previsión del artículo 1571 CC (derecho supletorio, artículo 4.2 y 3 LAU) y cabría reconocer al arrendatario el derecho a que se le indemnice de los daños y perjuicios causados. «Respecto a estos últimos, como es conocido, nuestra jurisprudencia no se muestra especialmente pródiga en su reconocimiento, exigiendo una cumplida justificación de los daños y perjuicios que se pretenda indemnizar. Concretamente nuestra jurisprudencia anterior al Decreto Bugallal venía reconociendo los siguientes derechos: 1.º) los gastos de mudanza; 2.º) el desarme y montaje del local destinado a industria; 3.º) el levantamiento y colocación del portal para la publicidad, y 4.º) el importe de los acopios de material e inversiones realizadas en previsión del negocio que se pretenda establecer (MANRESA)²⁶.

B) Arrendamientos para uso de vivienda (art. 13 LAU en su nueva redacción).

El artículo 13 LAU, en su nueva redacción, parecería aplicar un criterio de estricta prioridad registral (art. 17 LH) en la determinación de la subsistencia o no del arrendamiento tras la ejecución forzosa derivada de sentencia o tras la ejecución hipotecaria. Pero parece que este inicial criterio debería ser matizado.

En efecto, en relación con la hipoteca podríamos indicar que, de acuerdo con el artículo 13 LAU, la adquisición del rematante o del adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria trae causa del derecho del acreedor hipotecario *en el estado en que fue adquirido por este*, razón por la que si jugaron la presunción de legitimación registral del artículo 38 LH y el principio de fe pública registral (arts. 32 y 34 LH) a favor de tal acreedor hipotecario, su derecho, purificado por el juego de este principio, de derechos anteriores no inscritos (arrendamientos no inscritos), es el que da origen al derecho (libre de cargas) del adjudicatario.

Sentado este principio, habría que indicar que al adjudicatario, por lo tanto, no le pueden perjudicar arrendamientos posteriores a la hipoteca, que son inoponibles al acreedor hipotecario (art. 10.2) y consecuentemente al adjudicatario.

Aplicando simples reglas de Derecho Civil puro, resuelto el derecho del que da (propietario hipotecante), por la ejecución de la hipoteca, quedan resueltos los derechos concedidos (arrendamiento posterior a la hipoteca). *Es claro, pues, que el arrendamiento constituido e inscrito (o no inscrito) en el Registro después de la constitución de la hipoteca queda extinguido como consecuencia de la realización de la hipoteca por las razones expuestas (art. 13.1 LAU), pues no puede ser de mejor condición el arrendamiento posterior no inscrito que el inscrito.*

Igualmente es claro, de acuerdo con el tenor literal del artículo 13 LAU, que el arrendamiento constituido e inscrito antes de la hipoteca, subsiste tras la realización de esta [no solo por el tiempo pactado sino durante la prórroga legal y voluntaria (art. 10.2 LAU)].

Ahora bien, en cuanto al arrendamiento constituido antes de la inscripción de la hipoteca, e inscrito después que esta, es evidente que caben tres alternativas. Primera, aplicar un criterio estricto de prioridad registral (art. 17 LH), que llevaría en todo caso a la extinción del derecho de arrendamiento por ser de inscripción posterior a la hipoteca. Esta solución no la encontramos acertada por su carácter estrictamente formalista, al no tener en cuenta la buena o mala fe que pudo haber concurrido en el acreedor hipotecario o en el adjudicatario. Segunda, atender a la posición del adjudicatario autónomamente, respecto de la del acreedor hipotecario, midiendo respecto del mismo la buena o mala fe concurrente. Y así, inscrito el arrendamiento antes de su adquisición, el rematante o adjudicatario tendría siempre mala fe (derivada de la afectación de la inscripción) y debería soportar el derecho de arrendamiento. Y no inscrito, pero conocido por el adjudicatario, perjudicaría a este, aunque el acreedor hipotecario hubiera sido tercero del artículo 34 LH. Esta posición desconoce que la adquisición del adjudicatario trae causa de la del acreedor hipotecario y que este pudo ser tercero hipotecario, beneficiándose el adjudicatario de la operancia anterior de la fe pública en beneficio del acreedor hipotecario. Tercera, entender que el adjudicatario puede resultar protegido indirectamente por el artículo 34 LH, si lo fue ya el acreedor hipotecario, ya que su adquisición trae causa de este. Por lo que si operó la fe pública registral en beneficio del acreedor hipotecario, el arrendamiento constituido con anterioridad a la hipoteca e inscrito (o no) después no perjudicaría al adjudicatario, al traer su adquisición causa de la del acreedor hipotecario. Por el contrario, si el acreedor hipotecario tuvo mala fe en su adquisición (art. 10.2 a sensu contrario, según el cual el arrendamiento no inscrito es oponible a terceros adquirentes que no reúnan los requisitos del artículo 34 LH y arg. ex artículo 14) ese arrendamiento, inscrito con posterioridad a la hipoteca, perjudicaría al adjudicatario, ya que no operó la fe pública registral a favor del acreedor hipotecario, ni tampoco puede operar en su favor por impedirlo la inscripción. Si el arrendamiento constituido con anterioridad a la hipoteca no hubiese sido inscrito, no reuniendo el acreedor hipotecario la condición de tercero hipotecario, habría que tener en cuenta, entonces, si el adjudicatario es tercero hipotecario en relación con el mismo (art. 10.2 LAU y 32 y 34 LH).

Esta posición tendría la ventaja de matizar la prioridad registral que se expresa en la purga de cargas posteriores a la hipoteca (art. 17 LH) con el principio de fe pública registral (arts. 32 y 34 LH) y la buena fe²⁷.

En conclusión, pues, en relación con la venta forzosa derivada del *ius distrahendi* del acreedor hipotecario, producida la resolución del derecho del arrendador por la ejecución de la hipoteca, el arrendamiento constituido e inscrito con posterioridad deberá quedar purgado y cancelado, pudiendo subsistir el arrendamiento si fuese anterior a la hipoteca en función de los casos²⁸.

IV. CONCLUSIONES

I. La Ley 4/2013 suprime la excepción existente en la LAU al juego de la fe pública registral en beneficio del tercero hipotecario, no imponiendo el plazo de prórroga legal y voluntaria al tercero de los artículos 32 y 34 LH, más que si el arrendamiento consta inscrito.

II. Si el arrendamiento no consta inscrito y el comprador de la vivienda o del local arrendado reúne los requisitos del artículo 34 LH, puede desconocer el arrendamiento anterior no inscrito (arts. 14 y 29)

III. Si el comprador de la finca arrendada no es tercero del artículo 34 LH, el arrendamiento inscrito le perjudica como consecuencia del efecto de afección a terceros de la publicidad registral (art. 7.1 LAU y artículo 1549 CC). Si no está inscrito, este le perjudica (art. 10.2 y 14 *a sensu contrario*, al no poder operar la fe pública registral y estar establecida una duración mínima del contrato durante 3 años, que se impone obligatoriamente al arrendador y su causahabiente (art. 9.1 LAU).

IV. La resolución del derecho del arrendador aparece regulada en el artículo 13 LAU (en sede de arrendamiento de vivienda), surgiendo la duda de cuál sea el régimen aplicable en caso de ejecución hipotecaria de un local arrendado. La doctrina mayoritaria se inclina por aplicar a este caso el artículo 29 LAU, incluyendo en el término «adquirente», el rematante o adjudicatario de una subasta, y valorando respecto del mismo la concurrencia de los requisitos del artículo 34 LH. La falta de los mismos determina la subsistencia del arriendo incluso posterior a la hipoteca.

V. En el caso de resolución del derecho del arrendador de vivienda, el artículo 13 LAU, en su nueva redacción, ofrece una solución aparentemente basada en la pura prioridad registral en el acceso del arrendamiento (antes que la hipoteca) y la purga y cancelación de todo arrendamiento inscrito después. Sin embargo si bien es clara la purga del arrendamiento constituido (e inscrito, o no) con posterioridad, y la subsistencia del arrendamiento constituido e inscrito antes que la hipoteca, la solución para el caso de arrendamiento constituido antes que la hipoteca (e inscrito, o no) con posterioridad, pasa por la aplicación del principio de fe pública registral (arts. 32 y 34 LH). Si tal principio operó en favor del acreedor hipotecario, aprovecha al adjudicatario, adquiriendo la finca libre del arrendamiento (en el estado en que el acreedor hipotecario adquirió su derecho de hipoteca). Si tal principio no operó a favor del mismo, puede jugar o no en favor del adjudicatario. No jugará, en caso de arrendamiento inscrito, pues la inscripción enerva su buena fe, adquiriendo la finca gravada con el arrendamiento (art. 10.2 y *arg. ex* artículo 14.1 LAU). Pero el principio de fe pública operará en su favor, si no estando inscrito, lo desconocía (art. 10.2 y 14.1 LAU).

VI. La nueva redacción del artículo 13 LAU privilegia la posición del acreedor hipotecario frente al arrendatario, en la medida en que ya no es obligatorio para el adjudicatario soportar el arrendamiento de vivienda hasta completar el plazo de antigua prórroga legal de cinco años (con independencia de la duración del arriendo y si estaba o no inscrito).

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC de 2 de octubre de 1997
- STS de 5 de febrero de 1945

- STS de 22 de diciembre de 1945
- STS de 22 de mayo de 1963
- STS de 31 de octubre de 1986
- STS de 31 de diciembre de 1986
- STS de 23 de diciembre de 1988
- STS de 17 de noviembre de 1989
- STS de 9 de junio de 1990
- STS de 23 de febrero de 1991
- STS de 6 de mayo de 1991
- STS de 9 de mayo de 1996
- STS de 21 de julio de 1998
- STS de 7 de abril de 2000
- SAP de Sevilla de 5 de febrero de 1992
- SAP de Asturias (Sección 6.^a), de 9 de abril de 2001
- AAP de Madrid (Sección 21.^a), de 1 de abril de 2000

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (1994). *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*. Vol. 1.º. Barcelona: José María Bosch, Editor.
- ACHÓN BRUÑEN, M.^a J. (2004). La problemática relativa al desalojo de los terceros ocupantes de inmuebles subastados. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 681, 11-52.
- BLANCO CARRASCO, M. (2014). *La reforma de los arrendamientos urbanos efectuada por Ley 4/2013*. Madrid: Editorial Reus.
- CALLEJO CARRIÓN, S.; DE PRADA RODRÍGUEZ, M. (2014). Arrendamientos y ejecución hipotecaria: a propósito de la Ley de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (1). *Actualidad civil*, núm. 2.
- CARRASCO PERERA, A. (2013). La reforma del arrendamiento de vivienda: comentario y valoración. *Revista Otrost*, núm. 13, 5.^a época, 15-23.
- CRESPO ALLUE, F; GUILARTE GUTIÉRREZ, V *et alii*. (2014). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Valladolid: Thomson Reuters.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, A. E. (2013). La subsistencia del arrendamiento tras la realización en pública subasta de la finca arrendada. *Diario La Ley*, núm. 8130.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B (1869). *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español. Tratado de las Obligaciones*. Tomo IV. Madrid: Imprenta de Antonio Peñuelas.
- LUCAS FERNÁNDEZ, F. (1997) Comentario a los artículos 1571 y 1572 CC. En: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (Dir.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XX. Vol. 1.º B. Madrid: Edersa, pp. 1347-1409.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2004). La ejecución hipotecaria de la vivienda arrendada. Estado de la cuestión en la normativa vigente (Con ocasión de la STS 237/2003, de 17 de marzo). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 684, 1901-1923.
- MAS BADÍA, M.^a D. (2014). Arrendamiento de vivienda, tutela del inquilino y seguridad del tráfico: en especial, la inoponibilidad del arrendamiento no inscrito tras la Ley 4/2013, de 4 de junio. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 746, 3049-3108.

- PARRA, M. A.^a. (2014). *El contrato de arrendamiento de vivienda: desde la salvaguardia de los derechos del arrendatario a su desprotección*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi.
- PAU PEDRÓN, A. (1995). *La protección del arrendamiento urbano*. Madrid: Editorial Civitas.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- PÉREZ GURREA, R. (2006) Análisis jurisprudencial de los efectos que produce la ejecución hipotecaria sobre los arrendamientos posteriores a su constitución. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 695, 1215-1220.
- (2014). La resolución del derecho del arrendador y la enajenación de la vivienda arrendada en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, y su nuevo régimen tras la Ley 4/2013 de 4 de junio. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 743, 1444-1464.
- QUICIOS MOLINA, S. (2013). Comentario al artículo 1571 CC. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios al Código Civil*. Tomo VIII. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ROCA SASTRE, R. M.^a, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1995). *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*. Tomo I. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A.
- SABATER BAYLE, I. (1993). Arrendamientos y finca hipotecada. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 615, 551-618.

NOTAS

¹ Seguimos en esta exposición histórica a MAS BADÍA. (MAS BADÍA, 2014, 3065-3071). Sobre el arrendamiento en el Derecho histórico español, *vid.*: BENITO GUTIÉRREZ, 1869, 371-436.

² Se trataría de una estipulación a cargo de tercero (posible a tenor de los arts. 1255, 1257.2.º y 1259 CC), en virtud de la cual una parte, en nombre propio, prometería a otra la prestación de un tercero, que queda obligado a realizarla (subrogarse en la posición del arrendador), pero haciendo falta para ello el consentimiento del tercero, que pudo haber dado previamente (en cuyo caso habría quedado obligado desde la celebración del contrato con la estipulación a su cargo) o bien con posterioridad (en cuyo caso la obligación nacería al consentir). *Cfr.* ALBALADEJO, 1994, 434.

³ El pacto en contrario a que se refiere el artículo 1571 CC, según otra opinión, se trataría de un pacto incluido en el contrato de compraventa en virtud del cual el comprador *renuncia* al derecho que la ley le concede a que termine el arriendo vigente sobre la finca que compra. Es un pacto que puede beneficiar al arrendatario que quiera seguir en la posesión arrendaticia, y en cierto modo al vendedor; ya que con ello se suprime la causa de indemnizar al arrendatario prevista a su cargo en el artículo 1571 CC. Según LUCAS FERNÁNDEZ no estaríamos ante una estipulación a favor de tercero en el sentido y con las consecuencias del artículo 1257.2.º CC porque el comprador no se obliga a nada en favor de tercero. Simplemente *renuncia* a ejercitar el derecho a que termine el arriendo, derecho que quedaría así extinguido en virtud del contrato de compraventa así otorgado. Ello no obstaría para que pudiese, de propósito, configurarse una estipulación a favor de tercero. En otros términos, con tal pacto, el comprador estaría manifestando una voluntad conforme a la subsistencia del arriendo justamente en el momento en que está celebrando el contrato por el que adquiere la propiedad de la cosa arrendada. Más aún, está asumiendo las obligaciones y derechos que tenía el vendedor en su calidad de arrendador: *Puede verse ahí una cesión de contrato*. La cuestión es si el arrendatario debe entenderse vinculado ante el cambio de arrendador producido al margen de su voluntad, o si podrá desligarse del

contrato al haberse producido el cambio sin su voluntad. MUCIUS SCAEVOLA considera que el cambio de acreedor es una subrogación de acreedor, por lo que no es necesario el consentimiento del arrendatario para la pervivencia de la relación (habría una cesión de derechos del anterior arrendador al nuevo; no una cesión de contrato). En cambio LUCAS FERNÁNDEZ opina que la afirmación de que el cambio de arrendador es una subrogación de acreedor «no es del todo cierta, dado el carácter bilateral del contrato. El arrendador es, al propio tiempo acreedor y deudor, y la sucesión en su posición lo es de su calidad de acreedor, pero también de deudor, y para esto último ya no es tan fácil admitir que se pueda llevar a cabo sin consentimiento expreso o tácito del otro acreedor-deudor, del arrendatario». La cesión de contrato no consentida no obligaría a este a permanecer en el arriendo. Podría verse un tácito consentimiento al cambio de arrendador si el arrendamiento se hubiera inscrito en el Registro con consentimiento del arrendatario o a instancia de este (LUCAS FERNÁNDEZ, 1997, 1352, 1353, 1356, 1357).

⁴ Cfr.: ALBALADEJO, 1994, 326-327; QUICIOS MOLINA, 2013, 11120.

⁵ Artículo 13 RH 1947: Sin perjuicio de las prohibiciones establecidas en las leyes, los subarriendos, subrogaciones, y cesiones de arrendamiento serán inscribibles cuanto tengan las circunstancias expresadas en el párrafo quinto del artículo 2 de la Ley [del mismo tenor que la redacción dada en 1869], y las retrocesiones lo serán en todo caso. Artículo 14 RH 1947: Será inscribible el contrato de opción de compra o el pacto o estipulación expresa que lo determine en algún otro contrato inscribible, siempre que además de las circunstancias necesarias para la inscripción reúna las siguientes: Primera. Convenio expreso de las partes para que se inscriba. Segunda. Precio estipulado para la adquisición de la finca y, en su caso, el que se hubiere convenido para conceder la opción. Tercera. Plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años. En el arriendo con opción de compra la duración de la opción podrá alcanzar la totalidad del plazo de aquel, pero caducará necesariamente en caso de prórroga, tácita o legal, del contrato de arrendamiento. Artículo 15 RH (introducido por Decreto de 17 de marzo de 1959): Los inquilinos y arrendatarios que tengan derecho de retorno al piso o local arrendado, ya sea por disposición legal o por convenio con el arrendador, podrán hacerlo constar en el Registro de la Propiedad mediante nota al margen de la inscripción de dominio de la finca que se reedifique. Sin esta constancia no perjudicará a terceros adquirentes el expresado derecho. Para extender la nota bastará solicitud del interesado, acompañada del contrato de inquilinato o arriendo y el título contractual, judicial o administrativo del que resulte el derecho de retorno. Transcurridos cinco años desde su fecha, las expresadas notas se cancelarán por caducidad.

⁶ Según LUCAS FERNÁNDEZ el artículo 1571 CC regula [para los arriendos sometidos al CC] una nueva causa de desahucio a añadir a las que enumera el artículo 1569 CC, lo cual ha venido siendo admitido por el TS. Se trata de un derecho atribuido al comprador de finca arrendada de extinguir el arriendo existente y que podrá ejercitar a través del juicio sumario de desahucio ante el Juzgado de Primera Instancia. Para nuestro Código Civil, en un precepto como el que examinamos de clara inspiración romana, el contrato de arrendamiento es, frente al nuevo dueño, una *res inter alios acta* que, no obstante, le afecta en cierta medida, pero no hasta el grado de tener que soportarlo. Al contrario, en el conflicto que se plantea con la venta de la finca arrendada entre el nuevo dueño y el arrendatario, se da preferencia a la situación de aquel, a menos que la del arrendatario se halle robustecida con la publicidad registral (o que exista pacto...). Mas, pese a ello, no puede decirse con rigor que «venta quita renta» si por tal se entiende que el mero otorgamiento del contrato de compraventa produce la extinción del arriendo. El arriendo no se extingue por el mero otorgamiento de la compraventa, porque como hemos dicho antes, el artículo 1571 no proclama tal extinción, sino que atribuye al comprador el derecho a que se extinga. Derecho que podrá o no ejercitar. Y si no solo no lo ejercita, sino que de modo expreso o tácito manifiesta una voluntad favorable a la continuación del arriendo, puede el arrendatario continuar la relación con el nuevo dueño». El ejercicio de este derecho reconocido al comprador por el artículo 1571 no exige un preaviso «ya que el artículo 1571 deja a voluntad del comprador el ejercicio del derecho que establece, sin condicionarlo a plazo alguno, pudiendo esa voluntad, por no existir precepto que la condicione, expresarse judicial o extrajudicialmente, mediante demanda de desahucio o requerimiento, sin que este,

y en concepto de preaviso, tenga forzosamente que preceder a la acción judicial, tesis que refuerza la causa 2.^a del artículo 1562 LECA... (LUCAS FERNÁNDEZ, 1997, 1348-1350).

⁷ Artículo 114.12.^a TRLAU 1964: El contrato de arrendamiento urbano, lo sea de vivienda o de local de negocio, podrá resolverse a instancia del arrendador por alguna de las causas siguientes: ... 12.^a. En los casos de extinción de usufructo, cuando el titular dominical pruebe que las condiciones pactadas para el arrendamiento por el usufructuario anterior fueron notoriamente gravosas para la propiedad». De acuerdo con los concordantes artículos 53 y 94 TRLAU de 1964, aun sin inscripción del arrendamiento, este continúa incluso cuando el tercer adquirente de la finca reúna los requisitos del artículo 34 LH. La LAU de 1994 no derogó el artículo 57 TRLAU 1964 para aquellos arrendamientos de vivienda anteriores al 9 de mayo de 1985 a los que se refiere su Disp. Transitoria 2.^a sobre viviendas, por lo que continuará siendo de aplicación.

⁸ Artículo 9 RD-ley 2/1985, de 30 de abril, de medidas de política económica (Decreto Boyer): 1. Los contratos de arrendamientos de viviendas o locales de negocio que se celebren a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley [9 de mayo de 1985] tendrán la duración que libremente estipulen las partes contratantes, sin que les sea aplicable forzosamente el régimen de prórroga establecido por el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, Texto Refundido aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, y sin perjuicio de la tácita reconducción prevista en el artículo 1566 del Código Civil. 2. Dichos contratos, salvo lo dispuesto en el apartado anterior se regularán por las disposiciones vigentes sobre arrendamientos urbanos. Disposición Transitoria: Los contratos de arrendamiento de viviendas y locales de negocios, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, seguirán rigiéndose en su totalidad por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y demás disposiciones vigentes. Artículo 1566 CC: Si al terminar el contrato, permanece el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador, se entiende que hay tácita reconducción por el tiempo que establecen los artículos 1577 y 1581, a menos que haya precedido requerimiento. Artículo 1581 CC: Si no se hubiese fijado plazo al arrendamiento, se entiende hecho por años cuando se ha fijado un alquiler anual, por meses cuando es mensual, por días cuando es diario. En todo caso, cesa el arrendamiento, sin necesidad de requerimiento especial, cumplido el término.

⁹ Este RD sigue en vigor a pesar de que la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas prevé en su Disposición Final segunda que: en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno adaptará la regulación contenida en el RD 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos, a las previsiones de la misma, en especial en lo concerniente a las condiciones de cancelación de la inscripción de los arrendamientos y a la modificación de los aranceles notariales y registrales aplicables.

¹⁰ Artículo 9 LAU 1994. *Plazo mínimo*. La duración del arrendamiento será la libremente pactada por las partes. Si esta fuera inferior a cinco años, llegado el día del vencimiento del contrato, este se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de cinco años, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador con treinta días de antelación como mínimo a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de las prórrogas, su voluntad de no renovarlo. El plazo comenzará a contarse desde la fecha del contrato o desde la puesta del inmueble a disposición del arrendatario si esta fuere posterior. Corresponderá al arrendatario la prueba de la fecha de la puesta a disposición. Artículo 14 LAU 1994. *Enajenación de la vivienda arrendada*: El adquirente de una vivienda arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador durante los cinco primeros años de vigencia del contrato, aun cuando concurran en él los requisitos del artículo 34 LH. Si la duración pactada fuera superior a cinco años, el adquirente quedará subrogado por la totalidad de la duración pactada, salvo que concurran en él los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En este caso, el adquirente solo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años, debiendo el enajenante indemnizar al arrendatario con una cantidad equivalente a una mensualidad de la renta en vigor por cada año del contrato que, excediendo del plazo citado de cinco años, reste por cumplir. Cuando las partes hayan estipulado que la enajenación

de la vivienda arrendada extinguirá el arrendamiento, el adquirente solo deberá soportar el arrendamiento durante el tiempo que reste para el transcurso del plazo de cinco años. Artículo 13 LAU 1994. *Resolución del derecho del arrendador*. 1. Si durante los cinco primeros años de duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1. En contratos de duración pactada superior a cinco años, si, transcurridos los cinco primeros años del mismo, el derecho del arrendador quedara resuelto por cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo anterior, quedará extinguido el arrendamiento. Se exceptúa el supuesto en que el contrato de arrendamiento haya accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador. En este caso, continuará el arrendamiento por la duración pactada.

¹¹ Para los arrendamientos sujetos al Código Civil, el principio *venta quita renta*, se traduce en la ejecución hipotecaria, en que el rematante o adjudicatario *tiene derecho a que termine* el arrendamiento vigente (del que puede o no usar), pero con una notable excepción: el rematante o adjudicatario no tendrá este derecho si el arrendatario había inscrito su derecho de arrendamiento en el Registro de la Propiedad con anterioridad al derecho de hipoteca —en la que *in nuce* está ya la enajenación—; en este caso, a pesar de la ejecución hipotecaria, persistirá el arrendamiento por toda la duración pactada (cfr. arts. 1549 y 1571 CC), [Pero téngase en cuenta lo que decimos *ut infra*, en relación con el nuevo artículo 13 LAU para el arrendamiento constituido antes de la hipoteca e inscrito después que esta]. Ahora bien, en relación con la resolución del derecho del arrendador, «siguen hoy pendientes las cuestiones que plantean los arrendamientos urbanos regidos todavía por la legislación especial anterior a la vigente LAU [1994]. Cabría entender que también, conforme a esta legislación especial, la efectividad de la hipoteca anterior implicaba la resolución de los arrendamientos constituidos con posterioridad, pues no es lógico que un derecho personal (el arrendamiento) constituido por propietario en cuya propiedad pesa ya la hipoteca, tenga, frente a la efectividad de esa hipoteca anterior, más fuerza que la que tendrían los derechos reales (p. ej. derecho de usufructo) constituidos por ese mismo propietario en cuya propiedad pesa ya la hipoteca. Ahora bien, los términos con que la antigua LAU [1964] protege la persistencia del arrendamiento constituido por el usufructuario a pesar de la resolución del derecho del arrendador (cfr. art. 114-12 LAU 1964) han hecho pensar que respecto de los arrendamientos sujetos a la LAU 1964 no procede la purga por ejecución de la hipoteca anterior (ejecución que por sí constituye, también, un caso de resolución del derecho del arrendador); sin perjuicio de que pueda proceder la resolución por aplicación analógica (cfr. art. 8.º LAU de 1964) de lo dispuesto para el arrendamiento pactado por el usufructuario de la finca hipotecada en condiciones notoriamente gravosas para la propiedad (cfr. art. 114-12.º LAU de 1964). De la idea de que no procede la purga de los arrendamientos posteriores parte el artículo 219-2.º RH, que, a la vez, y por ello mismo, es un argumento más en favor de tal tesis. Aunque se admitiera la tesis de que no procede la purga de los arrendamientos posteriores a la hipoteca que se ejecuta si es que están sujetos a la LAU de 1964, debería... regir la doctrina de la resolución respecto de los arrendamientos concertados tras el RD-ley de 30 de abril de 1985 (puesto que se pudo convenir el arrendamiento sin esa pervivencia *posterior* a la resolución del derecho del arrendador). *La jurisprudencia ha sido vacilante*» en cuanto a los arrendamientos sujetos a la LAU 1964. *Pero en todo caso ha hecho excepción a la continuación del arrendamiento si hubiera simulación, fraude o grave perjuicio económico del acreedor hipotecario (capitalizando la renta al 6%: cfr. artículo 219-2 RH)* (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, 201 y 203-205). La STS de 6 de mayo de 1991 desestima un recurso de casación planteado por el demandado en un juicio de retracto arrendaticio (adjudicatario de la finca arrendada, ejecutada en virtud de hipoteca anterior al contrato de arrendamiento). En instancia y en apelación se había estimado la demanda del arrendatario de local de negocio por la que ejercía su derecho de retracto. En casación el adjudicatario discute la preferencia del derecho arrendaticio como título

suficiente para el ejercicio del retracto. Así, alega infracción de las reglas 8.^a, 10.^a y 17.^a del artículo 131 de la LH en relación con el artículo 57 LAU 1964, sosteniendo que la cancelación de las cargas posteriores a la hipoteca, que ordena la regla 17.^a, incluyó los derechos arrendaticios, que han de quedar también extinguidos en virtud de la ejecución hipotecaria, máxime cuando el derecho del arrendatario, que no fue inscrito, se constituyó después de la hipoteca, con cita de la STS de 31 de octubre de 1986. El Alto Tribunal señala que «el motivo decae al examinar la sentencia que se indica de 31 de octubre de 1986, en la que la extinción del arriendo se declaró fundamentalmente porque se contrató conociendo la existencia previa de la hipoteca y sobre todo con ánimo de perjudicar al acreedor hipotecario, en cuanto fue un contrato concertado entre parientes próximos sobre bienes pertenecientes a la familia y con la idea de que en realidad no salieran de la misma ... Y estas circunstancias no se dan en el caso ahora contemplado, en cuanto nada se alegó en sentido igual o similar y menos se probó ...» El Tribunal, reiterando la doctrina de la STS de 23 de febrero de 1991, señala que la subsistencia del arriendo (que da base al ejercicio del retracto) obedece a que es compatible el arrendamiento con el derecho de dominio de un tercero al transmitir la cosa el propietario arrendador; que no hay fraude, dolo o confabulación entre arrendador y arrendatario; que la regla 17.^a del artículo 131 LH afecta a las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ha realizado, pero de ahí no se deriva que deba afectar a derechos personales que no han tenido acceso al Registro, al no reunir los requisitos que señala el artículo 2.5.º de la LH para su acceso; si el arrendamiento no subsistiera se daría lugar a una causa de extinción del arrendamiento urbano no incluida en la relación imperativa del artículo 114 LAU 1964; que en el supuesto debatido (arriendo anterior a la vigencia del RD-Ley de 30 de abril de 1985), es aplicable la prórroga legal que establece el artículo 57 LAU 1964, que se infringiría si no subsistiese el arriendo tras la ejecución de la hipoteca; y que esta solución de la *litis* no es contrapuesta a la que la Sala adoptó en supuestos de cierta similitud pero con diferencias sustanciales. Así en STS de 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989, casos en que no se acreditó la existencia del arriendo que fue, en el caso de la primera, totalmente simulado, y en la segunda, concertado fijando una renta contra las prevenciones marcadas en el artículo 219 RH y con ausencia de buena fe por parte de arrendador y arrendatario; circunstancias que no se ha comprobado concurren en el caso ahora controvertido, procediendo la desestimación del motivo. Un criterio diverso puede apreciarse en la SAP de Sevilla de 5 de febrero de 1992. Indica la referida sentencia, en relación con una demanda interpuesta por la arrendataria de local de negocio, contra el adjudicatario de la finca en ejecución hipotecaria que: «Se plantea en el caso de autos una cuestión, clásica y polémica, sobre la cual la propia jurisprudencia del TS ha mantenido una actitud vacilante: decidir si el arrendamiento de un bien inmueble, concertado después de la constitución de una hipoteca sobre el mismo, subsiste o se extingue al ejecutarse esta. ... Como señala la doctrina científica la hipoteca opera a modo de condición resolutoria que, cumplida, produce la total liberación de cualesquiera cargas o gravámenes que sean posteriores, y provoca la cancelación de las inscripciones de arrendamientos practicadas al amparo del artículo 2.5 de la LH. Este criterio doctrinal encuentra su apoyo jurisprudencial en las STS de 5 de febrero de 1945 y 22 de diciembre de 1945 ... Si la ejecución de la hipoteca extingue, libera o purga totalmente el gravamen, el arrendamiento, inscrito o no, debe seguir la misma suerte que los demás gravámenes posteriores. Idéntica conclusión ha de extraerse de las SSTS de 22 de mayo de 1963, 31 de octubre de 1986 ... 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989 en el sentido de que el arrendamiento no puede prevalecer sobre una hipoteca anterior que se ejecuta ni puede hacer ineficaz el efecto real de la atribución del dominio del inmueble al acreedor; pues, de una parte, al ejecutarse la hipoteca constituida antes del arrendamiento, se resuelve el derecho del arrendador concedente y se extingue el arrendamiento, y, de otra parte, al cancelarse en el Auto de adjudicación con eficacia «erga omnes» todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca, no debe hacerse de mejor condición un mero derecho personal como es el que confiere el contrato de arrendamiento, lo que comporta la extinción del mismo por resolución del derecho del arrendador. Por otra parte, la hipoteca vincula el valor económico de realización de la finca hipotecada, a la vista del estado de la misma al constituirse aquel derecho real

de garantía, y el acreedor hipotecario confía y cuenta con la seguridad de que ese valor no sufrirá disminución por cargas o gravámenes ulteriores, inoperantes en la ejecución... No cabe, finalmente olvidar que la venta judicial no puede identificarse plenamente con la compraventa ordinaria, pues aquella no constituye sino un mecanismo legal por el que se opera el pleno desarrollo y consumación funcional del derecho de hipoteca; el adjudicatario en subasta adquiere el derecho del ejecutado en la situación que tenía no al producirse la transmisión forzosa sino al constituirse la hipoteca. Ciertamente es que nuestro Tribunal Supremo, STS de 23 de febrero y 6 de mayo de 1991 parece haber iniciado una orientación favorable a la subsistencia de los arrendamientos (no inscritos) concertados después de la constitución de la hipoteca no obstante la ejecución de esta ... [pero] A). Se trata de un criterio jurisprudencial incipiente y no plenamente consolidado ... B) Se parte en las sentencias indicadas de la inexistencia de fraude, confabulación, dolo o mala fe entre arrendador y arrendatario, en perjuicio, antes, del acreedor hipotecario y, después, del adjudicatario en subasta del inmueble ... pues bien, en el caso de autos el contrato arrendatario sobre locales comerciales de 857 metros cuadrados de superficie ubicados en una avenida cordobesa, suscrito el 27 de junio de 1984 (la escritura constitutiva de la hipoteca fue autorizada el 19 de septiembre de 1979), estipula una renta anual no revisable, de 120.000 ptas. que capitalizada al 6% reglamentario, arroja una cantidad de 2 millones de pesetas, muy inferior no ya a la responsabilidad total asegurada por la hipoteca (10.725.000) sino incluso al principal de 6.500.000 de ptas., lo que conforme al artículo 219.2 del RH patenzan un ánimo defraudatorio, presunto y no desvirtuado mediante prueba en contrario que enmarcaría la cuestión en los artículos 1291 y sigs. (rescisión) del CC; C). Si se entiende que la regla 17.^a del artículo 131 LH no afecta a derechos personales que no han accedido al Registro de la Propiedad, resulta que el arrendamiento inscrito es de peor condición que el no inscrito; D). Los argumentos favorables a la extinción del arrendamiento por resolución del derecho del arrendador, no resultan desvirtuados». Sin embargo, la STS de 9 de mayo de 1996 considera que la doctrina sentada fundamentalmente, en las STS de 9 de junio de 1990, 23 de febrero de 1991 y 6 de mayo de 1991 es doctrina consolidada (que en el caso se aplica a unos arrendamientos de vivienda), pudiendo resumirse tal doctrina en que «partiendo de un arrendamiento válidamente constituido, y la compatibilidad del derecho real dominical con el derecho personal arrendatario sobre una misma cosa, no puede declararse extinguido el segundo, cuando la finca se ha transmitido mediante adjudicación hipotecaria», dado el artículo 57 y 114 LAU 1964, quebrando tal doctrina, a) cuando se ha declarado la inexistencia por simulación de la relación arrendaticia (STS de 17 de noviembre de 1989); b) cuando se pruebe que ha mediado fraude, dolo o confabulación entre el arrendador y el arrendatario, y c) cuando con el arrendamiento se haya causado un grave perjuicio económico al acreedor hipotecario, disminuyendo el valor de garantía o de subasta de la finca hipotecada, para lo cual puede servir como pauta, salvo prueba en contrario, las disposiciones del artículo 219.2.^o RH.

¹² Según ROCA SASTRE, la publicidad registral despliega una función de: *afección*, de tipo, por tanto, *negativo*, de todo cuanto conste inscrito, sin perjuicio, no obstante, de que el posterior adquirente pueda lograr que se decreta su cancelación o rectificación cuando adolezca de nulidad, caducidad u otra adecuada causa extintiva. Con esta salvedad, lo inscrito o publicado por el Registro *afecta o perjudica a tercero*, en la medida que no sirva positivamente de apoyo a dicho tercero [para ser mantenido en su adquisición] sino en cuanto le perjudique. Este modo de producirse lo inscrito adquiere especial relieve en algunos casos de cargas, gravámenes, o limitaciones inscritas que, por su especial índole o naturaleza jurídica, no pueden servir de apoyo, base o soporte al tercer adquirente, por tratarse de cargas, gravámenes o limitaciones generalmente no susceptibles de transmisión protegida por el Registro de la Propiedad, por su carácter meramente negativo. ...Mas, cuando esta función o cometido de afección de lo inscrito respecto de terceros alcanza especial consideración y relieve tiene lugar en los supuestos de *inscripción de los contratos de arrendamiento y de opción de compra de inmuebles* (art. 2.5.^o LH y 13 y 14 RH), *del derecho de retorno arrendatario* (art. 15 del RH) y *de los estatutos de las comunidades de casas por pisos o locales* (art. 5 LPH de 21 de julio de 1960 y art. 8.4.^o LH). Todos estos actos o derechos no deberían tener acceso al Registro de la Propiedad por no tener carácter real inmobiliario,

mas, excepcionalmente, se admite su inscripción para que su publicidad registral los invista de efectos erga omnes, pero sin que dicha inscripción los convierta en derechos reales. En los sistemas de presunción de exactitud del contenido del Registro, «como la protección del tercer adquirente se manifiesta principalmente en orden al principio de fe pública registral en el aspecto de mantenerlo en su adquisición, dicho juego de afección da la impresión de destacarse como *complementario*. Pero, por otra parte, si bien el resultado de afección a terceros adquirentes de lo inscrito es común en todos los sistemas [francés, alemán y australiano], ya que es efecto directo y ordinario de la publicidad registral en general, no obstante, en los sistemas inmobiliarios registrales basados en la presunción de exactitud registral alcanza mayor trascendencia jurídica en cuanto se exige que el tercero positivamente protegido por la fe pública registral frente a lo no registrado [art. 32 LH, presunción negativa de veracidad del Registro o presunción de integridad] reúna las condiciones que la misma preconiza y requiere, en nuestro Derecho las del artículo 34 de la LH, por cuanto, negativamente, tal tercero únicamente queda afectado por lo que consta inscrito. (ROCA SASTRE, 1995, pp. 116-119). Lo que coincide con lo dispuesto en el artículo 14 LAU de 1994, en su redacción actual.

¹³ Disposición transitoria primera. *Régimen de los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley*. Los contratos de arrendamiento sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, continuarán rigiéndose por lo establecido en el régimen jurídico que les era de aplicación. Sin perjuicio de ello, cuando las partes lo acuerden y no resulte contrario a las previsiones legales, los contratos preexistentes podrán adaptarse al régimen jurídico establecido en esta ley.

¹⁴ Artículo 6 LAU de 1994. *Naturaleza de las normas*. Son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente Título [Título II, De los arrendamientos de vivienda, arts. 6 a 28], salvo en los casos en que la propia norma expresamente lo autorice.

¹⁵ Artículo 9 LAU de 1994, en redacción dada por Ley 4/2013. *Plazo mínimo*. 1. La duración del arrendamiento será libremente pactada por las partes. Si esta fuera inferior a tres años, llegado el día del vencimiento del contrato, este se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de tres años, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador, con treinta días de antelación como mínimo a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de las prórrogas, su voluntad de no renovarlo. El plazo comenzará a contarse desde la fecha del contrato o desde la puesta del inmueble a disposición del arrendatario si esta fuere posterior. Corresponderá al arrendatario la prueba de la fecha de la puesta a disposición. Artículo 10 LAU de 1994, en redacción dada por Ley 4/2013. *Prórroga del contrato*. 1. Si llegada la fecha de vencimiento del contrato, o de cualquiera de sus prórrogas, una vez transcurridos como mínimo tres años de duración de aquel, ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con treinta días de antelación a aquella fecha, su voluntad de no renovarlo, el contrato se prorrogará necesariamente durante un año más.

¹⁶ Ahora bien, como señala MAS BADÍA, si faltaran al menos treinta días para que venciera el contrato, el adquirente podría notificar al arrendatario que no deseaba renovarlo y enervar la prórroga voluntaria del artículo 10 igual que lo hubiera podido hacer el primitivo arrendador (MAS BADÍA, 2014, 3075).

¹⁷ La mención que hace el artículo 14 LAU a que la inscripción del arrendamiento debería ser previa a la transmisión de la finca para perjudicar al comprador, genera ciertos interrogantes. Si un arrendamiento previamente constituido, no estuviere inscrito al otorgar la escritura pública de venta, siendo de buena fe en ese momento el comprador, pero accediese luego al Registro, antes que la escritura pública de venta, habría que pensar que perjudicaría al tercero hipotecario cuya buena fe en el momento de la adquisición, habría quedado enervada por la inscripción del arrendamiento antes de la inscripción de su título adquisitivo. En este sentido, aunque relativa a una anotación de embargo, puede verse la STS de 7 de abril de 2000, en la que se señala: De lo anterior se desprende que la sentencia de instancia ...no ha infringido el artículo 32 de la LH: este ...junto con el artículo 34 plasma el llamado principio de fe pública registral ... y cuando dispone que los títulos no inscritos

no perjudican a tercero, debe recordarse el concepto de tercero, tercero hipotecario o tercero registral, que no es el simple tercero civil el cual no es parte en la relación jurídica, sino el *tercero adquirente que, de buena fe, ha inscrito en el Registro de la Propiedad el derecho que ha adquirido de titular registral*. A él no podrá oponérsele lo no inscrito, según el artículo 32 de la LH pero no es el caso presente en el que el recurrente adquiere una finca ya embargada y cuando inscribe ya estaba anotado (con el asiento de presentación) el embargo. Distinto sería el supuesto de que la compraventa se formalizase antes en escritura pública, estando la finca sin arrendar, se otorgase después un arrendamiento sobre finca ajena (con apoyo en la apariencia registral) y accediese al Registro el arrendamiento antes que la compraventa. Este caso parecería reconducirse al artículo 9.4 LAU, que aunque referido a fincas no inmatriculadas, podría aplicarse al supuesto de las fincas inmatriculadas. De acuerdo con su primer inciso, la buena fe del arrendatario podría exigir que el arrendamiento durase tres años, sin perjuicio de la facultad de no renovación del artículo 9.1. Pero la ausencia de buena fe, determinaría el decaimiento del arrendamiento (art. 9.4 a contrario sensu).

¹⁸ El artículo 1571 CC (para los arrendamientos sujetos al CC) y el artículo 14.2 LAU (que remite a aquel), prevé que si el comprador ejercita el derecho a que termine el arriendo, el arrendatario *podrá exigir al vendedor-arrendador que le indemnice los daños y perjuicios que se le causen*. El arrendatario debe ejercitar este derecho frente al vendedor, y ello aunque el comprador tuviese conocimiento de la existencia del arriendo. Como señala LUCAS FERNÁNDEZ esa obligación del vendedor tiene indudablemente su origen y fundamento en la presunta culpa contractual que la ley supone en general a todo contratante que abusivamente rompe por su sola voluntad los vínculos de una convención... y en especial en el quebrantamiento de la obligación que al dueño arrendador impone el artículo 1554, número 3.º, de mantener al colono en el goce pacífico de la cosa arrendada por todo el tiempo por que adquirió el compromiso... En el juicio correspondiente, pues, diverso del juicio de desahucio seguido, en su caso, por el comprador para ejercitar su derecho a la terminación del arriendo, podrá exigirse indemnización de los daños y perjuicios realmente causados (art. 1107 CC), corriendo a cargo del que los demanda la prueba de su realidad. La indemnización puede comprender el valor de la pérdida sufrida y la ganancia frustrada (arts. 1106 y 1107 CC). Extendiéndose la obligación del deudor de buena fe a los daños y perjuicios previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean una consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. La prueba de los daños sería imprescindible pues no puede negarse la posibilidad de que el mero incumplimiento de una obligación carezca de consecuencias perjudiciales (LUCAS FERNÁNDEZ, 1997, pp. 1358-1361).

¹⁹ MAS BADÍA, 2014, p. 3077.

²⁰ No obstante, lo que parecería desprenderse de la nueva regulación como señala GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, bajo la sistemática adoptada por el legislador la regla subyacente en todos los casos, aunque ciertamente residual, *sigue siendo la subrogación del comprador en la posición del arrendador* y esto es de la mayor importancia en cuanto que al hacerlo así, se mantiene teóricamente la excepción a la regla general del artículo 1209 de que la subrogación no se presume. Artículo 1209 CC: La subrogación de un tercero en los derechos del acreedor no puede presumirse fuera de los casos expresamente mencionados en este Código. En los demás será preciso establecerla con claridad para que produzca efecto (GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2013, p. 2).

²¹ Artículo 9.4 LAU, en la redacción dada por Ley 4/2013: Tratándose de finca no inscrita, también durarán tres años los arrendamientos de vivienda que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que parezca ser propietaria en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el apartado 1 de este artículo. Si el arrendador enajenase la vivienda arrendada, se estará a lo dispuesto en el artículo 1571 CC. Si fuere vencido en juicio por el verdadero propietario, se estará a lo dispuesto en el citado artículo 1571 CC, además de que corresponda indemnizar los daños y perjuicios causados.

²² MAS BADÍA, 2014, pp. 3077-3080.

²³ Artículo 816 LEC: 1. Si el deudor no atiende el requerimiento de pago o no compareciere, el secretario judicial dictará decreto dando por terminado el proceso monitorio

y dará traslado al acreedor para que inste el despacho de ejecución, bastando para ello con la mera solicitud. 2. Despachada ejecución, proseguirá esta conforme a lo dispuesto para la de sentencias judiciales, pudiendo formularse la oposición prevista en estos casos, pero el solicitante del proceso monitorio y el deudor ejecutado no podrán pretender ulteriormente en proceso ordinario la cantidad reclamada en el monitorio o la devolución de la que con la ejecución se obtuviere. Desde que se dicte el auto despachando ejecución la deuda devengará el interés a que se refiere el artículo 576.

²⁴ GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2013, 3. Señala este autor que «resulta claro que la realización en subasta pública aunque sea a consecuencia del ejercicio de los poderes exorbitantes de la Administración en materia de recaudación ejecutiva no dejan de referirse a una transmisión de bienes entre sujetos de derecho, encuadrándose perfectamente dentro del marco de las disposiciones contenidas en dicho artículo 14 (y no en el art. 13) para la enajenación o transmisión de bienes. En tal sentido el rematante en un procedimiento administrativo no deja de perder tal condición de adquirente por el hecho de que su adquisición se haya verificado mediante la enajenación forzosa de los bienes. Por todo ello, las previsiones del artículo 14 no son ajenas también a los supuestos de enajenación forzosa, previsiones que se mueven en el marco de la fe pública registral y de la condición de tercero hipotecario». Parecería, pues, según este autor que aunque el apremio administrativo hubiese accedido al Registro de la Propiedad, y con anterioridad o posterioridad se hubiese concertado el arriendo, si fuese conocido del tercer adquirente (extrarregistralmente o incluso por medio de la inscripción posterior a la constancia registral del apremio administrativo), le perjudicaría (al no poder ser tercero del artículo 34 LH, debiendo soportar el arriendo). Pero si lo desconociese, podría no perjudicarle (arts. 32 y 34 LH).

²⁵ Artículo 661. *Comunicación de la ejecución a arrendatarios y a ocupantes de hecho. Publicidad de la situación posesoria en el anuncio de la subasta.* 1. Cuando, por la manifestación de bienes del ejecutado, por indicación del ejecutante o de cualquier otro modo, conste en el procedimiento la existencia e identidad de personas, distintas del ejecutado, que ocupen el inmueble embargado, se les notificará la existencia de la ejecución, para que, en el plazo de diez días, presenten ante el Tribunal los títulos que justifiquen su situación. En el anuncio de la subasta se expresará, con el posible detalle, la situación posesoria del inmueble o que, por el contrario, se encuentra desocupado, si se acreditase cumplidamente esta circunstancia al secretario judicial responsable de la ejecución. 2. El ejecutante podrá pedir que, antes de anunciarse la subasta, el tribunal declare que el ocupante u ocupantes no tiene derecho a permanecer en el inmueble, una vez que este se haya enajenado en la ejecución. La petición se tramitará con arreglo a lo establecido en el apartado 3 del artículo 675 y el tribunal accederá a ella y hará, por medio de auto no recurrible, la declaración solicitada, cuando el ocupante u ocupantes puedan considerarse de mero hecho o sin título suficiente. En otro caso, declarará, también sin ulterior recurso, que el ocupante u ocupantes tienen derecho a permanecer en el inmueble, dejando a salvo las acciones que pudieran corresponder al futuro adquirente para desalojar a aquellos. Las declaraciones a que se refiere el párrafo anterior se harán constar en el anuncio de la subasta.

²⁶ En esta exposición hemos seguido a GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, 2013, pp. 4-10. El AAP de Madrid, (Sección 21.ª), de 1 de abril de 2000, en relación con un arrendamiento de local de negocio, pactado con arreglo a la LAU 1994, y que el juzgador de instancia había declarado resuelto por la ejecución hipotecaria del local señala que la LAU contiene «una regulación sustantiva del contrato de arrendamiento esencialmente diferente cuando el objeto del mismo es una vivienda, de cuando lo es una finca destinada a uso diferente del de vivienda, por considerar, tal y como se refleja en la propia Exposición de Motivos de la Ley locativa, que las realidades económicas subyacentes en uno y otro tipo de contratos son distintas, mereciendo una especial protección los arrendamientos de vivienda, siendo por ello por lo que se mantiene un carácter tuitivo en su regulación, por entender el legislador que las medidas de protección al arrendatario solo deben dispensarse cuando la finalidad del arrendamiento es la de satisfacer la necesidad de vivienda del individuo y su familia, ... La LAU 1994 carece de una norma especial que regule el supuesto en que el arrendador de local de negocio pierde su cualidad de tal por causas ajenas a su voluntad, como la ejecución hipotecaria. Ante tal falta de norma expresa y teniendo en cuenta que

«no cabe aplicar las normas contenidas en la LAU para los arrendamientos de viviendas a los contratos de arrendamientos para uso distinto del de vivienda, salvo remisión expresa a dichos preceptos contenida en la misma Ley», la doctrina ofrece dos soluciones: una consistente en aplicar el artículo 29 LAU, de manera que si el arrendamiento no está inscrito en el Registro, el nuevo adquirente (adjudicatario), al ignorar la existencia del mismo y adquirir a título oneroso de quien figura en el Registro como propietario de la finca, no estaría obligado a subrogarse en la posición del arrendador. Otra, consistente en aplicar el artículo 1571 CC, precepto, que la mayor parte de los autores admiten que es de aplicación general a cualquier enajenación por título diferente del de venta, de manera que si el adjudicatario lo solicita, la enajenación del inmueble conllevará la extinción del arriendo. En el caso presente, no estando el arrendamiento inscrito en el Registro, la solución sería la misma de aplicar una u otra interpretación, procediendo entender que la adjudicación de la finca a Caja Madrid supuso la extinción de la relación arrendaticia (como había entendido el Juzgador de Instancia). En sentido contrario se pronuncia, sin embargo, la SAP de Asturias (Sección 6.^a), de 9 de abril de 2001. Don Ángel (adjudicatario en un procedimiento de ejecución hipotecaria) interpuso demanda de resolución de contrato de arrendamiento para uso distinto de vivienda contra la entidad Maquinaria y Encofrados Asturianos, S.L., declarándose en 1.^a Instancia resuelto el contrato. Interpuesto recurso de apelación por la demandada, la Audiencia revoca la demanda y declara subsistente el contrato sobre la base de los siguientes argumentos: la «omisión [de la regulación de la resolución anticipada del derecho del arrendador por enajenación forzosa de la finca, en los arrendamientos para uso distinto de vivienda] ha llevado a la doctrina científica a defender dos posturas con resultados antitéticos: A) los que estiman que procede la aplicación analógica de lo previsto en el párrafo primero del artículo 13, ... con fundamento en que una interpretación extensiva del artículo 29 de la propia ley, llevaría a la consecuencia de que tendría una mayor protección [el arrendamiento para uso diverso del de vivienda] que los arrendamientos de vivienda ... lo que lleva a defender a este sector doctrinal ... la aplicación del citado párrafo primero del artículo 13 pero sin derecho a la permanencia en el arrendamiento durante los 5 primeros años, al no tener los arrendamientos para uso distinto tiempo mínimo de duración y prórroga obligatoria como las viviendas, y B) por el contrario otro sector doctrinal, *este mayoritario, entiende que el artículo 29 de la LAU ha de aplicarse a todos los supuestos de transmisión inter vivos de la propiedad, análogos al de compraventa, esto es, en definitiva a cualquier negocio que suponga un acto traslativo y de disposición por el que se transmita la titularidad de la cosa a un tercero, entre los que estaría la enajenación forzosa. Consecuencia de ello es que la regla general para este sector doctrinal será la subrogación en el contrato del adquirente durante el plazo pactado con la única limitación de que este ostente el carácter de tercero hipotecario*. Excepción que aquí deviene inaplicable, pues el actor, adquirente de la finca, conocía la existencia del arrendamiento con anterioridad a su adjudicación ... Pues bien, llegados a este punto, *esta Sala se decanta por este último criterio*», porque es el más acorde con el tenor literal de la Ley; porque la tesis que propugna aplicar el artículo 13 de la LAU, quiebra el sistema de fuentes aplicable, según el artículo 4.3 LAU, que rechaza la aplicación supletoria del Título II a los arrendamientos para uso distinto; y porque la aplicación analógica exige la concurrencia de una laguna legal aquí inexistente dado el artículo 29 LAU y sus amplios términos; y porque la analogía propugnada luego excluye los efectos previstos por el legislador en la misma (subrogación del adquirente por 5 años); y finalmente porque la STS de 21 de julio de 1998, estima que el artículo 29 LAU dispone que el adquirente por cualquier título de la finca arrendada quede subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador salvo si concurre en él los requisitos del artículo 34 LH.

²⁷ En relación con la redacción originaria del artículo 13 LAU de 1994 señalaba PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS que el arrendamiento anterior a la hipoteca continúa tras la ejecución (incluso no estando inscrito), hasta completar los cinco primeros años de vigencia del contrato (art. 13.1 y 14 LAU). El arrendamiento anterior por tiempo superior a cinco años solo afectaba al tercero hipotecario del artículo 34 LH por el tiempo que restase hasta completar cinco años. En este sentido indicaba: «Cuando se lleve a cabo la ejecución hipotecaria, el arrendamiento anterior a la hipoteca no afectará a quien en la ejecución resulte adjudicatario si el acreedor hipotecario (de quien el adjudicatario trae causa) resultaba ya

por sí protegido frente al arrendamiento por el artículo 34 LH, y aunque el adjudicatario conozca la existencia del arrendamiento anterior a la hipoteca. También podrá resultar directamente protegido por el artículo 34 LH el mismo adjudicatario de la finca arrendada si en él —y no en el acreedor hipotecario— se reúnen los requisitos exigidos por dicho artículo. El arrendamiento anterior a la hipoteca que accedió al Registro antes que esta, continuaría durante la duración pactada, tras la ejecución (art. 13.1.2.º LAU 1994, en su redacción originaria) (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, pp. 201-203).

²⁸ Nos referimos al arrendamiento constituido e inscrito con posterioridad, pues según lo indicado antes, un arrendamiento constituido antes de la hipoteca e inscrito después podría subsistir. El TC sentó en una antigua doctrina, hoy abandonada, que para el desalojo y lanzamiento de quien al ejecutar la hipoteca poseía como arrendatario, no bastaban las diligencias judiciales consiguientes al acto de adjudicación del bien en el procedimiento de ejecución sino que se requería en el antiguo procedimiento especial de ejecución hipotecaria (art. 131 LH), como exigencia constitucional, que la cuestión del lanzamiento del arrendatario fuese previamente resuelta en un proceso declarativo en el que fuesen partes el arrendatario y el adjudicatario del bien. No bastaba que el arrendatario afectado pudiera, después de la ejecución y lanzamiento, iniciar un juicio declarativo (art. 132 LH, hoy artículo 698 LEC). Por STC de 2 de octubre de 1997, el TC decidió una nueva doctrina. Para el lanzamiento del arrendatario o de otros poseedores, basta que tengan conocimiento de la ejecución (mediante los obligados requerimientos de desalojo y ulterior lanzamiento) y *tengan la posibilidad de aducir la existencia de un derecho que en apariencia pueda subsistir. Y si hacen esta alegación es al Juez al que corresponderá decidir si el título exhibido por el poseedor acredita una situación posesoria que deba persistir. Quedando abierta en cualquier caso la posibilidad de recurrir al declarativo ordinario (art. 132 LH) para ventilar dicha cuestión si se produjo el lanzamiento*. Esta doctrina fue reiterada posteriormente por el TC y acogida por la LEC (arts. 661 y 675 LEC). Así, 1.º En el anuncio de la subasta se expresará, con el posible detalle, la situación posesoria del inmueble. Y a este efecto, se notificará *antes* a los ocupantes del inmueble la existencia de la ejecución, para que, en el plazo de diez días, presenten al tribunal los títulos que justifiquen su situación». El ejecutante podrá incluso pedir que, antes de anunciarse la subasta, el tribunal declare, en un procedimiento especial y sin fuerza de cosa juzgada, si los ocupantes del inmueble tienen derecho o no, a permanecer en el inmueble una vez que este se haya enajenado en la ejecución; esta declaración se hará constar en el anuncio de la subasta (cfr. arts. 661 y 675.3 LEC).- 2.º Verificada la enajenación del inmueble en la ejecución, el adquirente podrá pedir el lanzamiento de los arrendatarios u ocupantes en procedimientos especiales, sin fuerza de cosa juzgada. Este posible lanzamiento puede proceder, ya si antes de la subasta hubiere precedido la declaración judicial en este sentido antes referida, ya por haberse decidido así en procedimiento especial, también sin fuerza de cosa juzgada, iniciado por el adquirente antes de que transcurra un año a contar desde la adquisición (cfr. art. 675 LEC) (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, pp. 206-208).

2. DERECHO MERCANTIL

Los dividendos de las acciones en un caso de compraventa de empresa. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2014

Share Dividends and Company Sale. On the Supreme Court Ruling of 25 April 2014

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUMEN. En la sentencia del Tribunal Supremo de 25 abril de 2014 se analiza si la obligación de entrega de los frutos nace en todo caso desde la perfección de la venta o bien desde la exigibilidad de dicha obligación, realizando una interpretación de los artículos 1095 y 1468 del Código Civil desde las instituciones de la *exceptio non adimpleti contractus* y de la *mora credendi*.

ABSTRACT: *The Supreme Court's ruling of 25 April 2014 concerns whether the obligation to deliver the fruits begins at the conclusion of the sale or at the point when the obligation becomes payable. The Supreme Court interprets articles 1095 and 1468 of the Civil Code from the standpoints of the institutions of exceptio non adimpleti contractus and mora credendi.*

PALABRAS CLAVE: Compraventa de empresa. Acciones. Dividendos. Entrega de los frutos. Cosa vendida.

KEY WORDS: *Company sale. Shares. Dividends. Delivery of fruits. Item sold.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA DE LOS FRUTOS DE LA COSA VENDIDA (LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS* Y LA *MORA CREDENDI*).—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo núm. 208/2014 de 25 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 4205), enjuicia un interesante caso donde la cuestión de fondo a esclarecer

consistía en determinar si los dividendos debían ser objeto de entrega al comprador de las mismas desde el momento de perfección de la compraventa —en este caso, comunicación de ejercicio de la correspondiente opción de venta— o bien, desde el momento en que fuera exigible al vendedor la entrega de dichos dividendos, ante el incumplimiento del concedente de la opción de venta a formalizar la correspondiente compraventa. Es decir, la cuestión versa sobre si la obligación de entrega de los frutos nace en todo caso desde la perfección de la venta o bien desde la exigibilidad de dicha obligación.

Los hechos del debate son los siguientes:

a) El treinta de diciembre de mil novecientos noventa y siete, Grupo Torras, SA convino con Alimentos y Aceites, SA (en lo sucesivo Alycesa) en concederse cada una el derecho de optar, respectivamente, por vender y por comprar, a determinado precio, las acciones representativas del capital de la entonces denominada Ebro Agrícolas Compañía de Alimentación, SA, de las que Grupo Torras, SA era titular.

Dentro del plazo establecido —en concreto, el treinta y uno de octubre de dos mil— Grupo Torras, SA comunicó a Alycesa que optaba por venderle las acciones en los términos convenidos.

El trece de noviembre de dos mil, Alycesa contestó a Grupo Torras, SA que no aceptaba su opción y, por lo tanto, que no estaba dispuesta a comprar, con el argumento de que había tenido conocimiento de ciertos datos sobre la situación patrimonial de Ebro Agrícolas Compañía de Alimentación, SA «que eran ignorados en el momento del acuerdo y que tienen indudable incidencia en el desenvolvimiento del mismo».

Ante esa actitud, Grupo Torras, SA el catorce de noviembre de dos mil uno interpuso demanda contra Alycesa, poniendo en marcha un primer proceso a fin de que la demandada fuera condenada a formalizar y cumplir el contrato de compraventa proyectado en la opción.

Alycesa se opuso a dicha demanda y, por medio de reconvencción, pretendió la anulación del contrato de opción, por diversas causas —subsidiariamente interesó la reducción del precio convenido para cada acción—.

El Juzgado de Primera Instancia competente desestimó la reconvencción de Alycesa y estimó la demanda de Grupo Torras, SA, por sentencia de treinta y uno de marzo de dos mil tres, la cual fue apelada por la entonces demandada y confirmada por el Tribunal de apelación, mediante sentencia de seis de junio de dos mil cinco (*JUR* 2012, 788).

En ejecución de la mencionada sentencia de condena, se formalizó la compraventa de las acciones, por el precio establecido, lo que el Juzgado de Primera Instancia, mediante auto de dos de diciembre de dos mil cinco, declaró había sucedido el veintisiete de septiembre del mismo año.

La efectiva transmisión de las acciones se produjo el trece de febrero de dos mil seis, en ejecución de la sentencia que la imponía, tras unas discrepancias entre las partes sobre los intereses del precio y el número de las acciones.

b) Consumado el cambio de titularidad de las acciones, Alycesa interpuso contra Grupo Torras, SA la demanda que dio inicio a un segundo proceso —del que deriva el recurso de casación que hemos de decidir—, con la pretensión de que fuera condenada Grupo Torras, SA a entregarle el importe de los dividendos que había percibido por las acciones objeto de la opción, durante los ejercicios correspondientes al tiempo transcurrido desde que exteriorizó y le comunicó la voluntad de vender —por la razón de que entonces puso en vigor la proyectada

compraventa y quedó obligada a la transmisión—, hasta que, efectivamente y como socia, se convirtió en titular del derecho al dividendo.

El Tribunal de apelación, al igual que había hecho el de la primera instancia, condenó a Grupo Torras, SA a entregar a Alycesa las ganancias sociales mencionadas, pues consideró que los dividendos percibidos por la ahora demandada eran frutos civiles de las acciones y correspondían a la compradora desde el momento en que había nacido para ella el derecho a las acciones, de conformidad con lo dispuesto en la norma del segundo párrafo del artículo 1468, en relación con la del artículo 1095, ambos del Código Civil (LEG 1889, 27).

Al final del fundamento de derecho quinto de su sentencia, el Tribunal de apelación argumentó su decisión con el siguiente razonamiento: pese a que «la legislación mercantil impide hacer efectivo ese derecho hasta que se adquiere la condición de accionista, es decir, que solo a partir del trece de febrero de dos mil seis, Alycesa pudo reclamar los frutos de esas acciones», hay que tener en cuenta que «la perfección del contrato de compraventa tuvo lugar con el ejercicio de la opción el treinta y uno de octubre de dos mil y, desde ese momento, Alycesa tiene derecho a los frutos de las acciones», por cuanto «el artículo 1095 del Código Civil anticipa el nacimiento del derecho de crédito sobre los frutos, haciéndolo coetáneo con el nacimiento de la obligación de entregar la cosa—el momento de perfección de la compraventa— no desde que sea exigible y ello porque, como hemos dicho, perfecto el contrato los beneficios y riesgos de la cosa fructífera corren a cargo o en beneficio del adquirente».

Contra la sentencia de segundo grado interpuso Grupo Torras, SA recurso de casación, siendo la *ratio decidendi* de la sentencia de casación la que a continuación exponemos:

«B. Hay que señalar, por tanto, que el Tribunal de apelación no fundamentó la condena de la recurrente en regla negocial alguna de las generadas por el contrato de opción —la cual, en su caso, sería la primera que debería haber sido aplicada, en su caso, al tratarse de una materia regulada por preceptos de derecho dispositivo—.

Prescindió, igualmente, de toda hipotética conexión entre el derecho a los frutos de la cosa vendida y el del otro contratante a los intereses legales del precio, los cuales, por cierto, aparecen legalmente vinculados en nuestro sistema a la mora del deudor —artículo 1100 del Código Civil— y expresamente referidos —en todos los apartados del artículo 1501 del Código Civil— al tiempo que media entre la entrega de la cosa y el pago del precio.

Por último, no aplicó el Tribunal las reglas establecidas —en los artículos 451, 452 y 455 del Código Civil— para la liquidación de los estados posesorios, las cuales se basan, fundamentalmente, en que el poseedor sea de buena o mala fe.

II. El artículo 1468, párrafo segundo —en que, como indicamos, se apoya la condena contra la que Grupo Torras, SA recurre—, tiene una explicación discutida. Su antecedente inmediato se encuentra en el artículo 1391, segundo párrafo, del Proyecto de 1851, el cual, tras obligar al vendedor a entregar la cosa vendida en el estado en que se hallase al perfeccionarse el contrato, añadía que, «desde ese día, todos los frutos pertenecen al comprador» —se trataba de una regla que era coherente con un sistema en el que la entrega de la cosa no era necesaria para la transmisión de la propiedad, conforme al artículo 981, de modo que los frutos correspondían al dueño desde la celebración del contrato—.

Siguió el Tribunal de apelación la opinión general que relaciona el artículo 1468 con el 1095 del mismo Código, el cual atribuye el derecho a los frutos al acreedor

desde que «nace la obligación «de entregarle la cosa fructífera —relación que es evidente, si se tiene en cuenta que, conforme al artículo 1450, la venta obliga a ambos contratantes desde que el contrato se perfecciona—.

III. Sin embargo, el Tribunal de apelación, al aplicar las referidas normas, no dio la significación que merecía al dato de que Alycesa, tan pronto como Grupo Torras, SA le comunicó su voluntad de vender, se hubiera opuesto a comprar —esto es, a ser socia—, dando causa a que la optante iniciara un proceso a fin de forzarle a ello; proceso totalmente justificado, como evidencia el que hubiera terminado con una sentencia estimatoria de la demanda —y desestimatoria de la reconvencción formulada por la entonces demandada—.

Ese antecedente hubiera sido determinante si el conflicto se hubiera decidido según las reglas de la liquidación de los estados posesorios, por la indudable buena fe de Grupo Torras, SA —en el punto a que nos estamos refiriendo—, mientras no se considerase legalmente interrumpida su posesión —artículo 451 del Código Civil—.

La referencia que en la sentencia recurrida se hace a los riesgos pierde su utilidad ante la evidencia —extraída del propio relato de los hechos probados que contiene la sentencia recurrida— de que Alycesa incurrió en «mora credendi», ya que el objetivo retraso a ella imputable como acreedora desplazó en su contra, sin necesidad de intimidación alguna, el régimen de dichos riesgos —artículos 1096, 1182, 1452, 1589 y 1590 del Código Civil—, lo que priva de justificación cualquier compensación de los mismos con el derecho a los frutos.

IV. Con razón alega la recurrente que la excepción de contrato incumplido le permitía eludir la exigibilidad de cualquier reclamación de Alycesa, durante el largo tiempo en que se negó a cumplir la opción —al respecto, sentencia 132/2011, de 11 de marzo (RJ 2011, 3320)—. Es cierto, y así lo apunta el Tribunal de apelación, que el artículo 1468, párrafo segundo, atribuye al comprador el derecho a los frutos «desde el día en que se perfeccionó el contrato»; día que, según el artículo 1450, es aquel en que la venta «será obligatoria» para los contratantes y en el que «nace la obligación de entrega», en términos del artículo 1095. Pero esas precisiones legales son consecuencia de considerar que la obligación pura es exigible desde que existe como tal —art. 1113 del Código Civil—, regla general que admite excepciones, en las que, pese a que la obligación de entregar la cosa existe —y el deudor está vinculado—, la misma no puede reclamarse y el objeto del contrato lo conserva legítimamente en su poder, con los accesorios, el deudor. Este es el sentido del artículo 1468, párrafo segundo, del Código Civil.

Entre las referidas excepciones a la coincidencia de existencia o nacimiento y exigibilidad de la obligación de entrega de la cosa fructífera se encuentra aquella en que el vendedor no puede ser compelido por no haber cumplido su contraprestación la otra parte, de acuerdo con las reglas que disciplinan el funcionamiento sinalagmático de las obligaciones bilaterales y recíprocas».

Es decir, apela principalmente el Tribunal Supremo a los siguientes argumentos para estimar el recurso de casación:

- i. La inexistencia de previsión contractual al respecto.
- ii. La relación entre el derecho a los frutos para el comprador y el derecho a los intereses del precio de la cosa vendida para el vendedor, en los casos de mora del deudor.
- iii. Las reglas sobre la liquidación de estados posesorios.
- iv. La relación entre los artículos 1095 y 1468 del Código Civil.
- v. La *mora credendi*.
- vi. La *exceptio non adimpleti contractus*.

II. LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA DE LOS FRUTOS DE LA COSA VENDIDA (LA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS* Y LA *MORA CREDENDI*)

Ya en el Digesto se recogía la posibilidad del vendedor de retener en prenda ante la falta de cumplimiento del comprador, como antecedente remoto de la *exceptio non adimpleti contractus*.

De esta forma, el Digesto 19.1.13.8 expresaba lo siguiente: «*El precio debe ser ofrecido por el comprador cuando se demanda con la acción de compra, y por ello, aunque se ofreciese una parte del precio no se da todavía la acción de compra; pues el vendedor puede retener la cosa que vendió como si fuera una prenda*»¹.

Por otro lado, el Digesto 21.1.31.8 establecía que: «*Dice el mismo Marcelo que no puede uno de los dueños conseguir por la acción de compra que el vendedor le haga una entrega de su parte aunque le dé su parte del precio. Y esto dice que debe observarse también cuando el comprador tiene varios herederos, pues el vendedor retiene a modo de prenda lo que vendió hasta que el comprador satisfaga*».

Asimismo, el Digesto 47.2.14.1 recogía que: «*El comprador al que no se entregó la cosa comprada no tiene la acción de hurto, sino que ha escrito Celso que esta acción corresponde todavía al vendedor. Claro que deberá ceder por mandato la acción al comprador, así como la condición y la reivindicatoria y si se hubiera conseguido algo con estas acciones, debe entregarlo al comprador, opinión que es justa, como dice también Juliano. Ciertamente el riesgo de la cosa «comprada» corresponde al comprador, con tal de que el vendedor responda por custodia antes de la entrega. (1) Hasta tal punto es cierto que el comprador no tiene la acción de hurto antes de la entrega, que se ha preguntado si no responderá él mismo por hurto, si sustrae la cosa «comprada»*»².

Por su parte, POTHIER³ cuando analizaba lo que comprende en la obligación de entrega de la cosa por parte del vendedor expresaba lo siguiente: «47. La obligación de entregar una cosa se extiende a cuanto hace parte de la misma, o es su accesorio. Deben entregarse en clase de accesorios todos los títulos y papeles concernientes a una heredad. Entran también en la entrega los frutos naturales y civiles, nacidos y percibidos después de que el comprador hubo satisfecho el precio», es decir, el insigne jurista francés supeditaba la obligación de entrega de los frutos por parte del vendedor al pago del precio por parte del comprador, teniendo por tanto este derecho a la entrega de dichos frutos *nacidos y percibidos* después del pago.

Dentro del análisis de la conocida *exceptio non adimpleti contractus*, resulta de obligatoria referencia las reflexiones que sobre la cuestión hiciera en su día Espín Canovas⁴ cuando analizando los efectos de la misma estimara que: «Creo más adecuado a la naturaleza de las obligaciones que nacen equilibradas en el contrato bilateral, mantener la misma situación en que se encontraban las partes llegado el momento del cumplimiento simultáneo, no cumplido por ninguna. En realidad el que una de las partes se adelante indebidamente a reclamar motivando la fundada alegación de la excepción por el demandado, no varía en su favor la situación de cumplimiento diferido en que se encuentra».

Conforme a este principio de mantenimiento de la misma situación contractual anterior el vencimiento simultáneo de las obligaciones recíprocas, creemos deberán resolverse los problemas que puedan surgir, además de los indicados del perecimiento fortuito y deber de diligencia en la custodia (por ejemplo, gastos hechos en la conservación de la cosa, producción de frutos)».

Es decir, efectuada la alegación por contrato no cumplido por el *excipiens* solo se podrá exigir la prestación debida, entre la que sin duda se encuentra

la entrega de los frutos de la cosa, cuando simultáneamente se produzca el cumplimiento por parte del demandante comprador, en función de la propia simultaneidad de las prestaciones en los contratos sinalagmáticos, bilaterales y recíprocos.

Por su parte y dentro del análisis del deber de entrega de los frutos de la cosa debida, DÍEZ-PICAZO⁵ abordando el alcance y efectos del artículo 1095 del Código Civil razona lo siguiente: «La expresión del artículo 1095 es de algún modo equívoca. El precepto dice desde que nace la obligación. ¿Significa ello que el derecho del acreedor a los frutos existe desde el momento en que la obligación ha quedado constituida o desde el momento que ha devenido exigible? La primera solución —los frutos pertenecen al acreedor desde el momento de la constitución de la obligación— es la que parece más conforme con la letra del artículo 1095, que se refiere al nacimiento de la deuda, y además, la que casa mejor con el criterio del artículo 1468 que, en el caso de compraventa, determina que los frutos pertenecen al comprador desde el día en que se perfeccionó el contrato. En cambio, la solución contraria aparece consignada en el artículo 1120 para el caso de una relación obligatoria pendiente de una condición suspensiva. Se entiende que, por lo general, y a menos que de la naturaleza y circunstancias del negocio quepa inferir otra cosa, es el deudor quien hace suyos los frutos devengados durante el periodo de inexigibilidad de la obligación.

La cuestión aparece sobremanera difícil de puntualizar por lo que se refiere a la obligación a término durante el tiempo de aplazamiento de la obligación. Según el artículo 1125, estas obligaciones solo son exigibles cuando el día llegue. ¿Se refiere a la exigibilidad a la entrega de la cosa o también a la entrega de los frutos? Aunque el Código no lo diga con claridad, parece que los frutos devengados durante el aplazamiento son del deudor; a menos que otra cosa aparezca expresamente pactada. El artículo 1126, en su párrafo 2.º, permite al deudor que paga anticipadamente por ignorar la existencia del plazo reclamar al acreedor «los frutos que este hubiese percibido de la cosa». Esta solución no tendría sentido si el acreedor tuviera derecho a los frutos desde el momento de la constitución de la obligación. En cambio, el artículo 1501, que contempla los casos de compraventa con precio aplazado, no resuelve la cuestión, pues aunque impone al comprador el deber de pagar intereses si la cosa produce fruto o renta, se enfrenta con un supuesto de aplazamiento de la obligación de pago del precio, pero en cambio supone una cosa ya entregada.

En síntesis, hay que inclinarse a favor de la tesis de que el derecho a los frutos se adquiere con la exigibilidad de la obligación de entrega».

Por lo tanto, DÍEZ-PICAZO, atendiendo incluso a la relación existente entre el artículo 1095 y 1468 del Código Civil, a la que igualmente recurre el Tribunal Supremo en la presente sentencia, sienta que es la exigibilidad de la obligación de entrega el momento para determinar el nacimiento del derecho a los frutos por parte del acreedor.

MARTÍN PÉREZ⁶, aparte de hacerse eco de la opinión de DÍEZ-PICAZO, se muestra también partidario de la exigibilidad como el momento en que nace el derecho a los frutos, al opinar sobre la base de reflexiones de autores como POTHIER, ALONSO PÉREZ, COSSÍO, LACRUZ y VATTIER FUENZALIDA, pronunciándose del siguiente modo: «Se ocupa de este tema, con gran brillantez, ALONSO PÉREZ y de su exposición de la doctrina desde el Derecho romano al común, parece resultar que en cuanto a los riesgos y a sus correlativos frutos y ventajas, «el sistema romano común seguido por nuestro Código Civil (art. 1452) no traspassa los *commoda et incommoda* al comprador por el hecho de la conclu-

sión de la venta (*emptio contracta*) o de la tradición (relación jurídica-real, posesoria o dominical), sino cuando la venta es realizable, lista para la consumación».

No basta que la venta sea perfecta, dice en otro lugar, conforme al significado del Código Civil (arts. 1258 y 1450), sino que es menester exista la posibilidad inmediata de poner la cosa a disposición del comprador, su total «realizabilidad», porque, en definitiva, la cosa se pierde para el comprador no tanto por su calidad de tal, cuanto por estar llamado inexorablemente a adquirir la cosa vendida. «Algo así, diríamos, como si el comprador tuviera un *ius ad rem*, una vocación a la efectiva titularidad real» (...)

Ahora bien, el juego de la reciprocidad establecerá aún un condicionamiento en el nacimiento del derecho a los frutos para el acreedor-comprador, en el mismo contrato de compraventa, y es el de que cumpla por su parte la obligación que le compete; en el caso, el pago del precio. Al respecto señala POTHIER que el vendedor debe entregar, con la cosa, «los frutos, tanto naturales como civiles, nacidos y percibidos desde que el comprador ha pagado el precio». Y esta doctrina es generalizable, como indica LACRUZ, a todas las obligaciones sinalagmáticas, en las cuales el derecho a los frutos «solo nace cuando, a su vez, se entrega la contraprestación, pues solo entonces es exigible la entrega (salvo si media aplazamiento)»

Prácticamente a los mismos resultados llega VATTIER FUENZALIDA, pero no en el marco del artículo 1.095, sino más bien fuera de él. En cuanto que restringe la hipótesis contemplada en el artículo a la de «una obligación de dar simple, por lo que su nacimiento debe entenderse referido al momento de su constitución, a diferencia de otros supuestos de obligaciones de dar sujetas a condición suspensiva o a término, en los que parece debe prevalecer el momento del vencimiento, solución que hay que extender al caso de las obligaciones recíprocas, pues la facultad de percibir los frutos nace con la entrega de la contraprestación y “solo entonces es exigible la entrega”, como se ha escrito, de la cosa fructífera debida»

Por tanto, si la propia transmisión del riesgo no se producía en Derecho Romano sino con la realizabilidad de la venta y no con su conclusión, conectando también este problema con el que nos ocupa, a juicio de MARTÍN PÉREZ, también es la exigibilidad de la prestación la que origina el nacimiento del derecho a los frutos y no el mero nacimiento de la obligación de entrega.

Pero sin duda alguna, es necesario hacer notar en este contexto los loables esfuerzos de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, ya que en su seno han visto la luz dos trabajos importantísimos por la trascendencia de los mismos en cuanto al calado de las modificaciones del Código Civil que con ellos se pretenden⁷.

Un primer trabajo titulado «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de Contrato de Compraventa»⁸ motivado principalmente por la incorporación al Ordenamiento español de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, a través de una ley especial, la Ley 23/2003, de 10 de julio de Garantía en la Venta de Bienes de Consumo (hoy ubicada en el Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). Como es conocido, el legislador español optó por este sistema de implementación, a diferencia de lo ocurrido en otros países europeos (v. gr. Alemania) donde se efectuó mediante una reforma del BGB en el año 2001.

En palabras de la propia Exposición de Motivos de dicha Propuesta «La Directiva que se acaba de incorporar se caracteriza por regular la responsabilidad

del vendedor en lo que a las cualidades de la cosa se refiere de modo diferente al tradicional, utilizado por el Código Civil español y otros Códigos europeos, tanto latinos como germánicos. Emplea el sistema de responsabilidad contractual de la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980, ratificada por España, que es el que también proponen, con vistas a la unificación, los Principios del Derecho Contractual Europeo. Es además al que en buena medida se viene orientando desde hace tiempo la evolución del propio Ordenamiento español».

En tiempos mucho más recientes ha cristalizado el segundo de los trabajos de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, con el título de «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos»⁹, la cual después de razonar los motivos de la misma recoge como precedentes la meritada Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercaderías de 1980, los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado europeo (UNIDROIT), los Principios del Derecho Europeo de Contratos y las directivas comunitarias sobre protección de consumidores, con la finalidad de que «...hay que tratar de establecer las reglas que resulten más acordes con las necesidades apremiantemente sentidas en los tiempos que corren, lo cual significa tratar de eliminar las posibles dosis de arbitrariedad que en la aplicación de los anejos conceptos pudieran existir y, al mismo tiempo, dotarlas de operatividad, de manera que la suerte de los contratos y de las obligaciones resulte aquella que concuerde mejor con el desarrollo económico. Una segunda finalidad, esta evidente, habrá de ser buscar la mayor aproximación posible del Derecho español a los ordenamientos europeos, tal y como estos son concebidos hoy. No es discutible que la existencia de diferencias no muy grandes entre unos y otros ordenamientos dentro de la Unión Europea, puede facilitar lo que reiteradamente se denominan operaciones transfronterizas. Y todo ello, en espera de una unificación de las normas de Derecho Europeo de Contratos que, en algún momento, podrá producirse».

Al hilo del problema que nos ocupa «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil en materia de Contrato de Compraventa» sugiere la modificación del actual sistema de riesgos previsto en el artículo 1452 del Código Civil para que el problema de la transmisión del riesgo sea tratado en sede de los incumplimientos contractuales, debiéndose situar por tanto la transmisión del riesgo en el momento de entrega de la cosa vendida.

La justificación realizada es la siguiente: «El anterior artículo 1452, dedicado a la regulación del riesgo en el contrato de compraventa, debe ser modificado para adaptarlo al sistema de regulación del incumplimiento contractual que adopta la reforma, sistema en el que se inspira la Directiva 1999/44 y que está presente en la Convención de Viena. Este es también el sistema que se propone para la unificación de los derechos europeos en los Principios del Derecho Europeo de Contratos.

Toda pérdida o deterioro casual de la cosa, que ocurra antes del momento en que el vendedor haya cumplido su obligación de entregarla, es a riesgo del vendedor: la pérdida de la cosa provoca el incumplimiento de la obligación de entregar y el deterioro de la misma desemboca en el incumplimiento de la obligación de entregarla en conformidad con el contrato. El incumplimiento determina responsabilidad contractual, con la consiguiente aplicación de los correspondientes remedios».

Evidentemente y en coherencia con la reforma propuesta en materia de transmisión de riesgos, se propone igualmente que sea no en el momento de la perfección del contrato, sino a partir del momento en que se transmite el riesgo al comprador; es decir, con la entrega de la cosa debida, cuando efectivamente

tenga este derecho a los frutos de la cosa, justificándose por tanto la modificación de los artículos 1452¹⁰ y 1468¹¹ del Código Civil, de la siguiente forma:

«El que el comprador haga suyos los frutos de la cosa vendida desde el día de la perfección del contrato puede tener justificación en un sistema en el que el riesgo de pérdida o deterioro de la cosa es también suyo desde ese momento; pero no la tiene en un sistema, como el que se propone, en el que el riesgo es del vendedor».

Por otro lado y en coherencia con lo anterior, la «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos» se ocupa de la reforma del vigente artículo 1095 del Código Civil, cuyo texto sería el siguiente: *«Artículo 1095. El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que la obligación de entregarla es exigible. La obligación de dar cosa determinada comprende el deber de entregar todos sus accesorios».*

O sea si el sistema de traslación del riesgo ha de girar en torno a la categoría del incumplimiento contractual, no transmitiéndose el mismo hasta la entrega, el comprador no puede tener derecho a los frutos sino desde el momento de la misma, debiéndose tener presente que la obligación de entrega habrá de concretarse cuando la misma sea exigible y solo desde ese momento.

La modificación propuesta no nos puede parecer más acertada donde como puede observarse la exigibilidad viene a sustituir a la perfección como el *dies a quo* del derecho a los frutos de la cosa vendida, lo cual guarda sin duda relación y coherencia dicho sistema con el régimen de la *exceptio non adimpleti contractus*, de ahí que nos parezca correcta la decisión del Tribunal Supremo en esta sentencia de 25 de abril de 2014, en relación con la resolución del supuesto sobre la base de la ausencia de previsión contractual al respecto, la relación existente entre los artículos 1095, 1468 y 1501 del Código Civil y la aplicabilidad de la *exceptio non adimpleti contractus*, lo que concuerda con las propuestas de modificación de los artículos 1095, 1452 y 1468 del Código Civil, tal y como hemos tenido ocasión de ver.

En cuanto al recurso que utiliza la sentencia del Tribunal Supremo a la *mora credendi*, resulta conveniente observar el reflejo que de la misma realizan tanto la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos como los textos de armonización del Derecho Privado en Europa (PECL y DFCR). Si bien en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos siguiendo el modelo de la Convención de Viena 1980 de compraventa internacional de mercaderías, lo que en realidad se recoge es la imposibilidad de que una parte pueda invocar el incumplimiento de la otra si ha sido causado por acción u omisión de quien lo invoque, es cierto, que en los PECL y en el DFCR es donde efectivamente se niega la posibilidad de utilizar los remedios que asisten al contratante cumplidor cuando el incumplimiento ha sido originado por su parte¹².

En este sentido, cabe destacar que nuestro Ordenamiento Jurídico no realiza una regulación de la *mora creditoris* (más allá de lo que podamos apreciar en los artículos 1096, 1182, 1452, 1589 y 1590 del Código Civil) como por el contrario ocurre en otros países, como por ejemplo, en Alemania (parágrafos 294 a 304) del BGB), Portugal (art. 813 del Código Civil) e Italia (arts. 1206 y 1207 del Código Civil).

En nuestra Jurisprudencia, se afirma que la consideración mayoritaria por parte de la doctrina en relación con la *mora credendi* es que esta constituye una omisión por el acreedor del comportamiento preciso para que se produzca el resultado de entrega en la obligación de dar, cuando tal conducta es necesaria. Y no es solo que en el supuesto ahora enjuiciado exista una actitud omisiva

del acreedor, sino que el mismo ha procedido a realizar una conducta activa encaminada a rechazar o a condicionar el pago, en términos que, al final, han resultado improcedentes.

Tal situación de mora del acreedor tiene indudables efectos jurídicos. Así se traslada al acreedor el riesgo de pérdida de la cosa debida y sobre todo, y a los efectos que ahora interesan, la mora del acreedor excluye la del deudor, y aquel pierde la facultad, obvio resulta, de resolver el contrato por un incumplimiento del deudor de la obligación que no ha podido ser realizada precisamente por la oposición del acreedor.

Esta distinción entre los efectos de la consignación y los derivados por la mora del acreedor es clara en la doctrina legal, siendo de destacar así los siguientes pronunciamientos judiciales. En la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1996 (RJ 1986, 2835) se recordarán los requisitos de la mora del acreedor, debiendo concurrir *«una obligación vencida para cuyo cumplimiento haga falta el concurso del acreedor; la realización por el deudor de todo lo que conduce a la ejecución de la prestación y, finalmente, la falta de cooperación por parte del acreedor sin justificación legal alguna al cumplimiento de la obligación, determinando con ello su incumplimiento»*, señalando a continuación como efectos de tal situación de mora del acreedor, además de la atribución al acreedor del riesgo de pérdida de la cosa debida y *«la exclusión de la mora del deudor»*.

Y tal efecto se produce aún sin consignación judicial. Y sin mora del deudor en el cumplimiento de la obligación de pago, no es, jurídicamente, aceptable que se generen intereses moratorios.

Particularmente clarificadora resulta la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de junio de 1987 (RJ 1987, 4469), que distingue entre los efectos de la consignación y las de la mora del acreedor, señalando que *«es lo cierto que, la consignación con todos sus requisitos legales lo que comporta es una liberación total del pago, pero la oferta real también tiene efecto positivo, aunque de menos alcance jurídico, cual es el de la constitución al acreedor en mora, que imposibilita la atribución del incumplimiento a quien ha de entregarla y no puede hacerlo por la negativa de quien ha de recibirla (Sentencias de 9 de julio de 1941 [RJ 1941, 905] y 5 de junio de 1944 [RJ 1944, 698])»*.

Esta doctrina será reiterada y recordada en las sentencias de 13 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3876), y la de 27 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6861), precisando esta última que el artículo 1100 del Código Civil *«se refiere a la situación de mora en las obligaciones recíprocas y opera respecto al deudor cuando incurre en retraso contrario a derecho de la prestación que le incumbe por causas a él imputables, dejando de tener efectividad en los supuestos en los que la contraparte no ha cumplido con las obligaciones asumidas contractualmente, y de esta manera la mora del deudor se extingue por concurrir mora en el acreedor (compensación de la mora)»*.

Sin embargo en relación con la mora del acreedor, observamos como la solución que nos ofrece el Código Civil italiano (art. 1207), donde el artículo 1477 coincide con nuestro artículo 1468 del Código Civil en materia de frutos, es que se dejan de deber los intereses y los frutos de la cosa que no hayan sido percibidos por el deudor, es decir, que aún en el caso de *mora credendi solo corresponderá la restitución de los frutos que hubiese percibido efectivamente el deudor*.

Pues bien, íntimamente ligada con la construcción de la *mora creditoris* que procede del Derecho Intermedio, se encuentra la doctrina de la cooperación del acreedor para que el deudor pueda cumplir con la prestación debida, pese a la controversia doctrinal sobre la naturaleza jurídica de dicha cooperación.

Destacan en la doctrina italiana autores como FALZEA¹³ que observan dicha cooperación como un deber del acreedor que deriva de la propia obligación en base a los artículos 1206 y 1207 del Código Civil italiano¹⁴. Otro sector doctrinal se decanta por la consideración de tal cooperación como un deber secundario de conducta en el sentido de entender que la buena fe con que ha de actuar el acreedor impediría impedir o dificultar el cumplimiento del deudor, mientras que por otros autores se observa como una mera facultad del acreedor y para otra corriente como una auténtica carga¹⁵.

Entre nuestros autores, Díez-PICAZO¹⁶ opina que: «El acreedor ha de realizar todo aquello que en su mano esté —dice A. CABANILLAS—, a fin de que el deudor pueda liberarse de la deuda. Este concurso presenta, dice el autor citado, un doble aspecto, positivo y negativo: facilitar el cumplimiento del deudor y no agravar el empeño del deudor en realizar la prestación. La inobservancia de esta carga coloca al acreedor en mora (mora creditoris) y permite al deudor acudir a los medios legalmente establecidos para obtener su liberación (ofrecimiento de pago, consignación, etc.) (...). No ofrece series dudas que esta colaboración necesaria no es un deber del acreedor. No engendra un deber de prestación a su cargo, porque generalmente el deber del acreedor es pagar la contraprestación, ni tampoco un deber accesorio o de protección, porque en ningún caso pueden aplicarse las consecuencias propias de un incumplimiento. Como ha señalado CABANILLAS¹⁷, la falta de colaboración del acreedor en los casos en que sea necesaria, determina que el deudor no pueda ser colocado en mora y que, si se produce una imposibilidad sobrevenida de la prestación por aquella causa, a la que debiera atribuirse un carácter definitivo, deberá considerarse como imposibilidad imputable al acreedor, de manera que habrá de considerarse al deudor liberado de su obligación o, por lo menos, facultado para exigir la resolución del contrato sin perder su derecho a la contraprestación».

LANDO y BEALE¹⁸ cuando tratan el «*deber de colaboración*» de las partes contractuales en su Comentario al artículo 1:202 («Cada parte tiene el deber de colaborar con la otra parte para que el contrato surta plenos efectos»), sí se refieren incluso en esta materia al tema de los frutos cuando especifican lo siguiente: «Las partes tienen el deber de cooperar entre sí para asegurar el pleno cumplimiento del contrato, lo cual incluye el deber de permitir que la otra parte cumpla sus obligaciones y así obtener los frutos de la prestación pactada en el contrato».

Una vez expuestas las consideraciones anteriores y retomando estrictamente la cuestión de la *mora credendi*, a priori, ha de decirse que para la constitución del deudor en mora, cuya operatividad no fue pactada de forma automática en el contrato, deben cumplirse una serie de requisitos o presupuestos, algunos de los cuales son una peculiaridad de las obligaciones dinerarias, y aunque el Código Civil, en sus artículos 1100 y concordantes, no contiene una regulación exhaustiva de los mismos han sido completados por la doctrina y la jurisprudencia, y se resumen en la existencia de una obligación positiva, que la obligación no haya sido cumplida, que la obligación sea exigible vencida y líquida, que se haya producido la interpelación o la operatividad de la denominada «mora automática», que el retraso sea culpable imputable al deudor, que no se produzca la *mora credendi* o *accipiendi*.

Ello nos hace observar que desde el lado de la *mora credendi* y cuando se incurre en la misma, la mora del acreedor excluye a la mora del deudor; lo que en el plano de los frutos civiles, ha de suponer por tanto a nuestro juicio la inexistencia de los mismos del acreedor moroso.

Al hilo de lo anterior, hemos de recordar que la deuda de intereses tiene la consideración de frutos civiles, tal y como a los mismos, con carácter general, se refiere nuestra Doctrina¹⁹ y de acuerdo con la configuración de los intereses moratorios como frutos civiles que efectúa la Jurisprudencia, según se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 615/1995 de 19 de junio (RJ 1995, 5324) que razona lo siguiente: *sin perjuicio de la doctrina que cita el recurrente, la Sala ha acuñado otra más reciente sostenida, entre otras, en Sentencias de 5 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2389) y 18 de febrero y 26 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1097), en la que se dice que si se pretende conceder una protección más completa de los derechos del acreedor no basta con entregar aquello que, en su día se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe presentar tal suma, y ello, no por tratarse de una deuda de valor, sino, también, y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos (léase frutos civiles o intereses), no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, el acreedor.*

Por otro lado, también estimamos que la situación de la *mora credendi* nace como consecuencia del incumplimiento de la carga que tiene el acreedor no solo de rechazar injustificadamente la prestación del deudor, sin necesidad de atisbar en el acreedor un reproche culpabilístico, lo que cohonestado con la falta de colaboración del acreedor en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor supone por tanto que el incumplimiento de esta «carga de facilitar la liberación del deudor» implique la situación de *mora credendi* y por tanto la falta de justificación de adquisición de frutos civiles por parte del acreedor moroso quien rechazó sin argumentos la prestación ofrecida por el deudor.

Es decir, en el caso enjuiciado por la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2014, también encontramos justificada la utilización que efectúa el Alto Tribunal al instituto de la *mora credendi* para denegar la percepción de los dividendos (frutos civiles) de las acciones a la contraparte que injustificadamente se negó a facilitar el cumplimiento de la prestación convenida, aunque tal razonamiento no pueda apoyarse como hace el Tribunal Supremo en la regulación del artículo 1501 del Código Civil, ya que la consecuencia jurídica de esta norma está anudada a un supuesto de hecho consistente en una cosa ya entregada.

No obstante, si bien nos parecen acertados los citados argumentos del Tribunal Supremo para superponer el concepto de la exigibilidad al de la perfección contractual en materia de reclamación de frutos civiles (dividendos de las acciones), no podemos decir lo mismo a la referencia que realiza a la posible solución del problema mediante las reglas de la liquidación de estados posesorios.

De esta forma, se ha sostenido que la aplicación de dichas normas, entre las que se encuentra la percepción de los frutos por parte de poseedor de buena fe (art. 451 del Código Civil) solo se produce cuando no exista una regulación convencional o legal entre las partes que ofrezca solución al problema. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1990 (RJ 1990, 6909) prevé que: *El artículo 451 del Código Civil, según el cual «el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión» no resulta de aplicación al presente caso ya que al tratarse en este precepto de la atribución de los frutos al poseedor de buena fe el mismo se está refiriendo al poseedor a título de dueño, y solo entra en juego cuando no existe una relación entre las partes en la que el destino de los frutos se encuentre legal o convencionalmente regulado.*

Pero como afirma, MARTÍN PÉREZ²⁰ lo esencial —a los efectos que nos ocupan— para la aplicación del artículo 451 del Código Civil es que, sea un poseedor derrotado (arts. 453, 2.º; 454 y 455), como decíamos, significa que es un poseedor sin derecho a poseer —es la posesión —indebida—, artículo 435, o —ilegítima—, artículo 455, *a contrario*—, y la consecuencia no será otra que la liquidación del estado posesorio, en la que se tendrá que valorar la buena o mala fe, sin que en este caso enjuiciado por la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2014 podamos calificar como de poseedor sin derecho a poseer y como poseedor derrotado al deudor que ofrece (incluso, reclama judicialmente) el cumplimiento de la prestación debida la cual es rechazada con carácter injustificado por el deudor de la misma.

III. BIBLIOGRAFÍA

- A. D'ORS. F. HERNÁNDEZ TEJERO, P. FUENTESECA. M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO (1968). *Digesto de Justiniano*. Tomo I. Constituciones Preliminares y Libros 1-19. Editorial Aranzadi, Pamplona, (versión castellana).
- CABANILLAS SÁNCHEZ (1988). *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*. Madrid. Montecorvo.
- DÍEZ-PICAZO (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*. Sexta edición. Thomson Civitas.
- ESPÍN CANOVAS (1964-III). La excepción de incumplimiento contractual. *Anuario de Derecho Civil*.
- FALZEA (1947). *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano: Giuffrè.
- LANDO Y BEALE (2007). *Principios de Derecho Contractual Europeo*. Parte I (Los trabajos de la Comisión de Derecho contractual europeo). Edición Ole Lando y Hugh Beale. Colegios Notariales de España.
- MARTÍN PÉREZ (2004). *Comentarios al Código Civil*. Editorial Edersa. Tomo XV, vol. 1.º, artículos 1088 a 1124 del Código Civil.
- (2005). *Comentarios al Código Civil*. Editorial Edersa. Tomo VI, artículos 430 a 466 del Código Civil.
- MORALES MORENO (2006). *La Modernización del Derecho de Obligaciones*. Thomson-Civitas.
- POTHIER (1841). *Tratado del contrato de Compra y Venta*. Traducido al español con notas de derecho patrio por una Sociedad de Amigos Colaboradores. Barcelona, Imprenta y Litografía de J. Roger.
- ROCA TRÍAS (2012). El incumplimiento de los contratos en la *Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*. Boletín Ministerio de Justicia, año LIV, núm. 2132, junio.
- SAN MARTÍN NEIRA (2009). Sobre la naturaleza jurídica de la 'cooperación' del acreedor al cumplimiento de la obligación. La posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no solo de derechos, sino también de cargas y deberes. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, núm. 225-226.
- SANSÓN RODRÍGUEZ (2001). La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales en el Derecho Romano Clásico. Especial referencia al problema de la bilateralidad en los contratos consensuales. *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, núm. 18, 2.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 15 de junio de 1987 (RJ 1987, 4469)
- STS de 27 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6861)
- STS de 28 de septiembre de 1990 (RJ 1990, 6909)
- STS de 19 de junio de 1995 (RJ 1995, 5324)
- STS de 13 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3876)
- STS de 30 de mayo de 1996 (RJ 1986, 2835)
- STS de 25 de abril de 2014 (RJ 2014, 4205)

NOTAS

¹ *El Digesto de Justiniano*. Tomo I. Constituciones Preliminares y Libros 1-19. Versión castellana por A. D'ORS. F. HERNÁNDEZ TEJERO, P. FUENTESECA. M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1968.

² Sobre el alcance de estos textos del Digesto, *vid.* SANSÓN RODRÍGUEZ. La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales en el Derecho Romano Clásico. Especial referencia al problema de la bilateralidad en los contratos consensuales. *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, núm. 18, 2, 2001, pp. 35-55, cuando razona lo siguiente: Pero las decisiones de JULIANO, MARCELO y ULPIANO, que sientan el derecho de retención en la compraventa, no hacen referencia expresa a la buena fe como fundamento del mismo, pues en ellas el derecho de retención se basa en su asimilación a la prenda. En los contratos de compraventa y arrendamiento la reclamación de una parte dependía de la reclamación de la otra parte; en virtud de esta bilateralidad el demandado podía retener su prestación hasta tanto no le fuera ofrecida la contraprestación (es la *exceptio non adimpleti contractus* del Derecho común), y en estos *bonae fidei iudicia* no era necesaria ninguna *exceptio* para hacer valer este derecho de retención. Así Ulp. D.19,1,13,826, MARCEL-ULPIANO D.21,1,31,8 y ULP.-JUL. D.47,2,14,1 reconocen la facultad de retener, a modo de prenda, hasta que el precio sea ofrecido por el comprador. Se ha dicho que la bilateralidad en estos casos no se basa en la buena fe propia de estos *iudicia*, pues el derecho de retención mencionado no se identifica por los juristas con la buena fe en estos textos, ya que en ellos se dice que se puede retener la cosa como si fuera una prenda; MEYLAN entendió por ello que, además de la buena fe, la bilateralidad funcional pudo tener otras expresiones, y esta podría ser otra de las expresiones posibles de la misma. Sin embargo, resulta extraño que los juristas decidieran esto para la compraventa consensual; sería extraño que decidieran aquí que el vendedor, que por el hecho del contrato de venta no pierde su propiedad sobre la cosa y sigue siendo propietario, pudiera a la vez retener la posesión de la cosa en concepto de derecho de prenda. Esta construcción no se aviene bien, así pues, con la compraventa consensual —integrada relativamente pronto en el *ius civile*—; en esta sería más lógico que el derecho de retención del vendedor se basara en la buena fe propia del contrato de compraventa consensual, protegido por un *iudicium bonae fidei*, y resulta extraño que en ella el principio de buena fe no hubiera irrumpido ya en la época de Juliano en la fundamentación del derecho de retención. La explicación de este interrogante podría ser histórica, estar vinculada a la concepción de la bilateralidad en instituciones del *ius civile* precedentes en tiempo histórico a la compraventa consensual como creía MEYLAN. Pero la explicación puede ser otra, pues hay que tener en cuenta que el *ius retentionis* se da también en otro tipo de contratos bilaterales imperfectos, reales o consensuales, e incluso fundamenta la *exceptio doli* frente a acciones de derecho estricto, y ello obliga a tener en cuenta un enfoque más amplio del problema, pues en alguno de estos casos, como el del derecho de retención del poseedor de buena fe (*exceptio doli*) frente a la *rei vindicatio* del propietario por las *impensas*, no puede haber conexión entre la *retentio* y la bilateralidad, pues no existe contrato previo entre las partes en litigio que imponga bilateralidad, y el *ius retentionis* se basa aquí en la protección del poseedor de buena fe frente a un enriquecimiento injustificado del demandante, en definitiva, en razones de equidad que se aplican a situaciones protegidas

por el ordenamiento jurídico. El *ius retentionis* no es pues necesariamente expresión de la bilateralidad», sino del rechazo de un enriquecimiento injustificado de una de las partes en el litigio a costa de otra (demandada) que merece protección. (Cuestión independiente de esta es que el rechazo de un tal enriquecimiento sí pueda ser expresión, en los *iudicia bonae fidei*, del principio *bonae fidei hoc congruit ne de alienum lucrum sentiat* cuando el enriquecimiento beneficiaba al demandado y del principio *in bonae fidei iudicia exceptio doli inest* cuando aquel beneficiaba al demandante, y que pudiera además justificar en los *iudicia stricta* la concesión de la *exceptio doli*). Según lo dicho, el derecho de retención del vendedor no sería una prueba, no podría serlo, de que pudo haber otras manifestaciones, otros fundamentos, de la bilateralidad en los contratos consensuales además de la buena fe, porque el derecho de retención no responde a la exigencia de bilateralidad, sino al rechazo del enriquecimiento injustificado.

³ POTHIER. *Tratado del contrato de Compra y Venta*. Traducido al español con notas de derecho patrio por una Sociedad de Amigos Colaboradores. Barcelona, Imprenta y Litografía de J. Roger, 1841, p. 27.

⁴ ESPÍN CANOVAS. La excepción de incumplimiento contractual. *Anuario de Derecho Civil*, 1964-III, pp. 573 y 574.

⁵ Díez-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II. Las relaciones obligatorias*. Sexta edición. Thomson Civitas, 2008, p. 275.

⁶ MARTÍN PÉREZ. *Comentarios al Código Civil*. Editorial Edersa, 2004. Tomo XV, vol. 1.º, artículos 1088 a 1124 del Código Civil.

⁷ Sobre estos aspectos, *vid.* MORALES MORENO. *La Modernización del Derecho de Obligaciones*. Thomson-Civitas. 2006.

⁸ Boletín del Ministerio de Justicia núm. 1988, pp. 108 y sigs.

⁹ Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXIII. Enero de 2009. En el artículo 1191 de esta Propuesta se recoge el régimen de la *exceptio non adimpleti contractus* de la siguiente forma: *En las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendido el alcance del incumplimiento.*

¹⁰ La redacción propuesta del artículo 1452 del Código Civil es la siguiente: *El riesgo de pérdida o deterioro casual de la cosa vendida corresponde al comprador desde que el vendedor haya hecho cuanto le incumba en el cumplimiento de su obligación de entregar la cosa. Cuando el vendedor deba cumplir su obligación de entrega poniendo la cosa a disposición del comprador para que este la retire del establecimiento de aquel, no se imputará el riesgo al comprador hasta que reciba la cosa o se retrase en recibirla. A partir del momento en que pasa el riesgo al comprador corresponderán a este los frutos y beneficios de la cosa y soportará las cargas propias del disfrute. El traspaso del riesgo al comprador no priva a este de los derechos que tuviera si la cosa entregada no fuere conforme con el contrato o no estuviere libre de derechos de terceros.*

¹¹ La redacción propuesta del artículo 1468 del Código Civil es la siguiente: *El vendedor deberá entregar la cosa vendida con todos los accesorios. Entre los accesorios se incluyen los títulos y demás documentos que, en relación con la cosa, sean útiles al comprador. Si estos fueran también útiles al vendedor, este facilitará copia al comprador a expensas de este.*

¹² *Vid.* ROCA TRÍAS. El incumplimiento de los contratos en la *Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*. Boletín Ministerio de Justicia, año LIV, número 2132, junio de 2012, p. 8, se trata la cuestión de la siguiente forma: c) También el acreedor puede haber ocasionado el incumplimiento. Sin embargo, no aparece directamente mencionado en la Propuesta como supuesto de tal, sino que puede considerarse incluido en el segundo párrafo del artículo 1188, que dice: «Nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque. La regla aparece en el artículo 80 CISG que dice que “una parte no podrá invocar el incumplimiento de la otra en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por acción u omisión de aquella”. Una norma de tal tipo no existe en los PECL ni en el DCFR, aunque sí existe el deber de cooperación impuesto al deudor y al acreedor para obtener la finalidad perseguida con

el contrato. El tratamiento del incumplimiento de este deber de cooperar es distinto en los PECL y en el DCFR; en los PECL, la infracción del deber de cooperación produce el incumplimiento (art. 1:301 (4)), mientras que no queda incluida en el artículo III.-1:102 (3), que contiene una redacción más general. Las referencias al comportamiento del acreedor en relación al incumplimiento aparecen tanto en los PECL, como en el DCFR no como una categoría específica del incumplimiento, ni tampoco como una causa de exoneración del deudor; como ocurre en la CISG y en la Propuesta española, sino como una causa que impide ejercitar los remedios establecidos para el incumplimiento. Así el artículo 8:101 (3) PECL dice que “una parte no puede recurrir a ninguno de los remedios establecidos en el capítulo 9 en la medida en que su propio comportamiento causó el incumplimiento de la otra parte”; también el artículo III.-3:101 (3) DCFR establece que el acreedor no puede recurrir a ninguno de los remedios por el incumplimiento establecidos en el propio artículo cuando el propio acreedor haya causado el incumplimiento del deudor. Lo que debe remarcar es que en estos textos parten de la existencia de una buena fe en el cumplimiento, en base al deber de cooperación entre ambas partes, por lo que sería contrario a la buena fe “que el acreedor dispusiera de un remedio siendo, al mismo tiempo, responsable del incumplimiento”».

En definitiva, todos los textos estudiados asumen de una forma u otra la denominada mora del acreedor; no tanto como causa de exoneración del deudor; sino como supuesto que impedirá al acreedor ejercitar alguno de los remedios previstos para el incumplimiento. No es, por tanto, el mismo supuesto que se plantea en la Propuesta, que se inclina a favor del artículo 80 CISG.

¹³ FALZEA. *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano: Giuffrè, 1947.

¹⁴ CC. it. artículo 1206: *Condizioni - Il creditore è in mora quando, senza motivo legittimo, non riceve il pagamento offertogli nei modi indicati dagli articoli seguenti o non compie quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere l'obbligazione*. [El acreedor está en mora cuando, sin motivo legítimo, no recibe el pago que se le ofrece así como se indica en los artículos siguientes o no ejecuta cuanto es necesario a fin que el deudor pueda cumplir la obligación]. CC. it. Art. 1207: *Effetti. - Quando il creditore è in mora, è a suo carico l'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore. Non sono più dovuti gli interessi né i frutti della cosa che non siano stati percepiti dal debitore. Il creditore è pure tenuto a risarcire i danni derivati dalla sua mora e a sostenere le spese per la custodia e la conservazione della cosa dovuta. Gli effetti della mora si verificano dal giorno dell'offerta, se questa è successivamente dichiarata valida con sentenza passata in giudicato o se è accettata dal creditore*. [Cuando el acreedor está en mora, se hace responsable de la imposibilidad de la prestación sobrevenida por causa no imputable al deudor. Se dejan de deber los intereses y los frutos de la cosa que no hayan sido percibidos por el deudor. El acreedor queda también obligado a resarcir los daños derivados de su mora y a soportar los gastos para la custodia y conservación de la cosa debida. Los efectos de la mora se verifican desde el día de la oferta, si esta es sucesivamente declarada válida por sentencia con autoridad de cosa juzgada o si es aceptada por el acreedor].

¹⁵ Para una recopilación de las diferentes doctrinas al respecto y un análisis comparado de la cuestión, *vid.* SAN MARTÍN NEIRA. Sobre la naturaleza jurídica de la ‘cooperación’ del acreedor al cumplimiento de la obligación. La posición dinámica del acreedor en la relación obligatoria, como sujeto no solo de derechos, sino también de cargas y deberes. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, núm. 225-226, 2009, pp. 135-196.

¹⁶ *Vid. op. cit.* pp. 136 y 137.

¹⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ. *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*. Madrid. Montecorvo, 1988.

¹⁸ OLE LANDO y HUGH BEALE. *Principios de Derecho Contractual Europeo*. Parte I (Los trabajos de la Comisión de Derecho contractual europeo. Edición Ole Lando y Hugh Beale. Colegios Notariales de España, 2007.

¹⁹ Díez-PICAZO, (*op. cit.* p. 321): El interés es considerado como un fruto o producto del capital y se engloba dentro de la categoría de los frutos civiles (cfr. arts. 354 y 355).

²⁰ MARTÍN PÉREZ. *Comentarios al Código Civil*. Editorial Edersa, 2005. Tomo VI: Artículos 430 a 466 del Código Civil.

3. URBANISMO

Requisitos para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los aprovechamientos generados por bienes demaniales

Requirements of registration in the Real Estate Registry of urban development rights generated from goods of public domain

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

Abogado

RESUMEN: En este comentario se analizan los diferentes requisitos de la inscripción en el Registro de la Propiedad de los aprovechamientos procedentes de suelos de dominio público, desde el punto de vista legal y jurisprudencial.

ABSTRACT: *Requirements of registration in the Real Estate Registry of urban development rights generated from goods of public domain from a legal and case-law point of view.*

PALABRAS CLAVE: Aprovechamiento. Dominio público. Registro de la Propiedad.

KEY WORDS: *Urban development rights. Public domain. Real Estate Registry.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE LA INSCRIPCIÓN DE LOS APROVECHAMIENTOS URBANÍSTICOS.—II. PRESUPUESTOS DERIVADOS DE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA: 1. LA ADQUISICIÓN DEL DERECHO AL APROVECHAMIENTO. 2. EL PRINCIPIO HIPOTECARIO DE ESPECIALIDAD.—III. REQUISITOS DE ORDEN ADMINISTRATIVO Y URBANÍSTICO: 1. EL TÍTULO DE ADQUISICIÓN DE LOS BIENES DE LOS QUE DIMANA EL APROVECHAMIENTO Y EL CÓMPUTO DE LOS MISMOS EN SU DETERMINACIÓN. A) *Antecedentes legislativos.* B) *Normativa actual.* C) *La STS de 16 de julio de 2008.* D) *Las SSTs de 29 de enero de 2010 y 17 de diciembre de 2013.* E) *La STS de 15 de julio de 2013.* 2. LA DESAFECTACIÓN DEL APROVECHAMIENTO PROCEDENTE DE LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES INICIALES SOBRE LA INSCRIPCIÓN DE LOS APROVECHAMIENTOS URBANÍSTICOS

La inscripción en el Registro de la Propiedad de los derechos de aprovechamiento urbanístico se encuentra regulada en el Capítulo V del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, comprensivo de los artículos 33 a 44.

Como señala su preámbulo, ha tenido que establecerse una regulación que siendo respetuosa con la institución registral se adapte a un concepto, el de aprovechamiento urbanístico, que forma parte del contenido de la propiedad urbana, pero, no obstante, es susceptible de tráfico jurídico (aunque con finalidad preestablecida) o incluso es considerado como finca registral en determinados supuestos. Así, la adquisición del derecho al aprovechamiento urbanístico apropiable puede hacerse constar por nota marginal en la finca de la que forma parte, la transmisión o distribución entre distintas fincas se hace constar en un asiento de inscripción y su tratamiento como finca registral independizada lleva a la apertura de folio también independiente.

Los supuestos de apertura de folio independiente son los previstos en el artículo 39 del Real Decreto:

«1. Cuando la Administración solicite que el aprovechamiento que le corresponda se inscriba bajo esta modalidad, como disgregado de la finca o fincas de que procede.

2. Cuando tenga lugar la ocupación directa de fincas mediante el reconocimiento de unidades de aprovechamiento en los casos previstos por las leyes.

3. En los casos de expropiación forzosa de fincas determinadas en los que el justiprecio consista en la atribución posterior de fincas futuras pendientes de formación.

4. En los sistemas de gestión privada en que la ejecución de la urbanización corresponde a los particulares, cuando una cuota de valor de las mismas se haga constar en unidades convencionales de aprovechamiento y se adjudiquen estas a empresas urbanizadoras o se transmitan por cualquier título a tercero, antes de la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución correspondiente».

El apartado 1 se encuentra desarrollado por el artículo 40, del siguiente tenor:

«La inscripción en folio independiente de aprovechamientos pertenecientes a la Administración se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se tomará nota al margen de la última inscripción de dominio de la finca de que procede el aprovechamiento y se abrirá folio independiente con atribución de número de finca propio al aprovechamiento. Podrá inscribirse en un solo folio el aprovechamiento correspondiente a diferentes fincas de origen, siempre que estas pertenezcan al mismo Ayuntamiento o Sección. Asimismo, los aprovechamientos procedentes de fincas del mismo Ayuntamiento o Sección podrán inscribirse en el folio ya abierto, mediante agregación solicitada expresamente por la Administración.

2. En el folio abierto al aprovechamiento deberán constar, en todo caso, los datos registrales de la finca de que procede el aprovechamiento y, en el caso de que proceda de varias, las unidades correspondientes a cada finca de origen.

3. La inscripción del aprovechamiento en los términos previstos por el presente artículo deberá realizarse libre de toda carga o gravamen».

En el desarrollo de las actuaciones de transformación urbanística, y en particular en los procesos reparcelatorios, es frecuente que dentro del ámbito o sector de que se trate existan bienes de dominio público que hayan de mantener esta calificación a pesar de hallarse inmersos en tales actuaciones. Piénsese, por ejemplo, en el desarrollo de un ámbito o unidad de ejecución en que existan terrenos ocupados por una estación o por vías de ferrocarril o por instalaciones militares, inmuebles que no obstante la actuación urbanística deben mantenerse para prestar el uso o servicio público al que están afectos.

En ocasiones los bienes demaniales participan de la equidistribución como cualquier otro generando así el aprovechamiento urbanístico correspondiente, debiendo la Administración, como veremos, proceder a la inscripción de tal aprovechamiento urbanístico como una finca registral independiente que, si bien dimana del suelo afecto a un uso o servicio público, se desgaja de la propiedad de dicho suelo, con un contenido patrimonial propio. En tales casos, el objeto inicial de propiedad, que es el suelo, se desdobra de algún modo para pasar a constituir dos realidades registrales diferentes: a) por un lado, la finca o fincas iniciales, correspondientes al suelo ocupado por el bien de dominio público y que tras la reparcelación va a mantener su mismo destino y b) la finca o fincas registrales constituidas por los derechos de aprovechamiento procedentes de las primeras, las cuales van a quedar plenamente integradas en el proceso reparcelatorio y tras su culminación serán sustituidas por suelos de resultado por la vía de la subrogación real propia de dicho proceso.

El objeto de este trabajo es el examen de los requisitos legales y jurisprudenciales del acceso al Registro de la Propiedad del aprovechamiento generado por los bienes demaniales. Para ello partiremos de los presupuestos derivados de la legislación hipotecaria y de la reguladora del Patrimonio de las Administraciones Públicas y nos centraremos después en los requisitos de Derecho administrativo, todo ello con carácter adicional a las disposiciones generales sobre inscripción del aprovechamiento urbanístico contenidas en el citado Real Decreto de 1997.

En el Derecho Urbanístico español se ha admitido expresamente que, en razón de la proyección del planeamiento urbanístico sobre los suelos, no solo los suelos físicos sino también los derechos o aprovechamientos urbanísticos derivados de tales suelos se configuren como objeto de derecho susceptible de participar a todos los efectos en el tráfico jurídico.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1987 (Ar. 5532) señaló expresó que el urbanismo producía *«la desmaterialización del derecho de propiedad»*, lo cual se traducía en la posibilidad real de configurar el aprovechamiento como un bien más, esto es, como objeto de derecho desgajado del suelo sujeto por ello mismo a su posible venta, siendo susceptible de ser enajenado y gravado y de participar en los procesos urbanísticos.

Dado el carácter abstracto del aprovechamiento urbanístico, solo mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad es cuando adquiriría entidad jurídica objetiva e independiente. Por ello, el Real Decreto 1093/1997 de adecuación del sistema registral al urbanístico otorga al acto de inscripción del aprovechamiento un valor prácticamente constitutivo del derecho.

En el proceso reparcelatorio, las eventuales desviaciones entre los aprovechamientos inicialmente identificados y los definitivos por razón de la superficie final de los suelos de los que procedieran admitiría la realización de reajustes en el precio de modo sobrevenido mediante la previsión anticipada en los actos preparatorios de la enajenación de los mecanismos al efecto pertinentes.

II. PRESUPUESTOS DERIVADOS DE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA

Al margen de los requisitos generales de la constatación registral procedentes de los principios hipotecarios tales como el de legalidad o el de legitimación, interesa aquí que nos detengamos en dos aspectos concretos: la previa adquisición del derecho de aprovechamiento como presupuesto para su inscripción y la aplicación al caso concreto del principio de especialidad o determinación, que pasamos a examinar seguidamente.

1. LA ADQUISICIÓN DEL DERECHO AL APROVECHAMIENTO

No se regula de manera inmediata en la legislación estatal el momento a partir del cual cabe reconocer el derecho al aprovechamiento urbanístico a los efectos de proceder a su inscripción en el Registro de la Propiedad ni la forma de su acreditación ante este, si bien sí contempla ciertas previsiones en orden a su reconocimiento como veremos en el apartado III.

Para despejar el interrogante cabe acudir analógicamente a la regulación sobre ocupación directa, consistente en la posibilidad de que la Administración obtenga coactivamente suelos afectos a dotaciones públicas a cambio de reconocer a su titular el aprovechamiento correspondiente en un ámbito determinado.

En la actualidad habrá de estarse a lo dispuesto en cada caso por la legislación autonómica, que suele establecer como momento a partir del cual se entiende reconocido el aprovechamiento urbanístico el de la aprobación definitiva del instrumento de planeamiento que defina la ordenación de detalle. Así, la Ley 9/2001 del Suelo de la Comunidad de Madrid contempla la cuestión en su artículo 92.2, que establece lo siguiente:

«La ocupación directa requiere que esté aprobada la ordenación por menorizada, tanto de los terrenos a ocupar, con determinación del aprovechamiento que corresponda a su propietario, como del sector o unidad de ejecución en la que haya de integrarse».

Con ello parece haberse superado la norma contenida en el Reglamento de Gestión Urbanística de 1978, cuyo artículo 52.1 contemplaba la procedencia de iniciar el proceso de obtención de los entonces llamados sistemas generales adscritos *«una vez se haya iniciado el procedimiento de reparcelación o compensación en el polígono en el que hayan de hacer efectivos sus derechos los propietarios afectados por los sistemas generales»*.

2. EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD.

El principio hipotecario de especialidad o determinación exige que los bienes o derechos que acceden al Registro estén perfectamente definidos en toda su extensión.

En cuanto a la determinación exacta del número y características de las unidades de aprovechamiento que han de ser objeto de inscripción, parece que habrá de acreditarse ante el Registrador mediante el documento municipal del que resulten. Así parece desprenderse del artículo 42.1 del Real Decreto 1093/1997, que para la ocupación directa contempla como título inscribible la certificación

municipal en la que consten las circunstancias que enumera, entre las cuales la letra e) incluye la *«descripción de las fincas o partes de fincas objeto de ocupación junto con plano de las mismas, sus datos registrales, la superficie ocupada, las unidades de aprovechamiento que le correspondan y la unidad de ejecución donde han de hacerse efectivos estos aprovechamientos»*.

Esta era, por otro lado, la razón de ser de la regulación contenida en los artículos 55 y 56 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre la Reforma del régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, en orden a la necesaria creación del Registro de Transferencias de Aprovechamiento, el cual estaba llamado a cumplir una función esencial de coordinación con el Registro de la Propiedad¹.

La cuestión es, por lo tanto, que no puede quedar al arbitrio de los particulares, ni incluso de la Administración cuando actúa como mero propietario de suelos o aprovechamientos, su cuantificación, tarea propia de la Administración urbanística en cuanto tal.

III. REQUISITOS DE ORDEN ADMINISTRATIVO Y URBANÍSTICO.

1. EL TÍTULO DE ADQUISICIÓN DE LOS BIENES DE LOS QUE DIMANA EL APROVECHAMIENTO Y EL CÁMPUTO DE LOS MISMOS EN SU DETERMINACIÓN

A) Antecedentes legislativos

El texto refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 establecía un régimen específico con vistas al cálculo del aprovechamiento denominado entonces tipo, diferenciando su aplicación según se actuara sobre suelo urbano o suelo urbanizable. En relación con el suelo urbano, y en cuanto a la delimitación de las áreas de reparto, que eran justamente los ámbitos espaciales en los que posteriormente debía efectuarse el cálculo del aprovechamiento tipo, se decía, en el artículo 94.3.a), lo siguiente: *«en suelo urbano quedarán excluidos de las áreas de reparto los terrenos destinados a sistemas generales adscritos o incluidos en él»*.

En cuanto al cálculo del aprovechamiento tipo, el artículo 96 añadía que *«en suelo urbano, el aprovechamiento tipo de cada área de reparto se obtendrá dividiendo el aprovechamiento lucrativo total, incluido el dotacional privado, correspondiente a la misma, expresado siempre en m² construibles del uso y tipología edificatoria característicos, por su superficie total excluidos los terrenos afectos a dotaciones públicas, de carácter general o local, ya existentes»*.

Por lo tanto, cuando se actuaba sobre suelo urbano, y justamente a diferencia del régimen para el suelo urbanizable, al que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2008 a la que más adelante aludiremos, las denominadas dotaciones públicas, ya fueran de carácter general o local, preexistentes a la nueva ordenación, no intervenían ni en el ámbito objeto de delimitación del área de reparto, ni posteriormente en el cálculo del aprovechamiento tipo, lo cual coherentemente significaba que dichos terrenos eran superficies de suelo que no generaban aprovechamiento urbanístico. Esta regla general se justificaba en que las dotaciones locales preexistentes constituían terrenos que ya habían concluido el ciclo urbanístico de la gestión y que por lo tanto no debían verse involucrados en nuevos procesos urbanísticos.

Este régimen excepcional se es confirmado por la Disposición Transitoria Sexta, número Tres, del mismo texto refundido de 1992 cuando decía que *«en la superficie a computar para el cálculo del aprovechamiento tipo al que se refiere el*

artículo 96.1 podrán incluirse también los terrenos afectos a dotaciones y equipamientos que, en ejecución de instrumentos de planeamiento general adaptados a la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, se hubieran obtenido mediante expropiación forzosa».

Con ello adquiriría pleno sentido el artículo 154.2, anulado por el Tribunal Constitucional en la STC 61/1997, de 20 de marzo, en cuanto la generación de aprovechamiento de las dotaciones públicas obtenidas por expropiación era, ciertamente, la regla general en el suelo urbanizable en el que el artículo 97 no establecía la exclusión que para el suelo urbano contemplaba el artículo 96 respecto de las dotaciones existentes; y, a la vez, era solo la excepción cuando por aplicación de la Disposición Transitoria Sexta, Tres, se optara por computar, para el reparto de edificabilidades, la superficie de las dotaciones que *«se hubieran obtenido mediante expropiación forzosa»*.

Es decir, solo excepcionalmente y, además, con carácter potestativo, cabía la posibilidad de que el planeamiento general a la hora de delimitar las áreas de reparto y efectuar el cálculo del aprovechamiento tipo en suelo urbano, considerase la superficie que se correspondiera con las dotaciones públicas de carácter general o local ya existentes.

Este antecedente tuvo su reflejo lógico en la legislación autonómica. Cabe citar como ejemplo la Ley 20/1997, de 15 de julio, de Medidas Urgentes en Materia de Suelo y Urbanismo de la Comunidad de Madrid en sus artículos 1 y 2, que se referían, respectivamente, a la delimitación de las áreas de reparto y al cálculo del aprovechamiento tipo. En el primero de ellos se decía en relación con la delimitación de las áreas de reparto en suelo urbano por el planeamiento general, a diferencia del régimen anterior y en todo caso con carácter potestativo, que *«podrán ser incluidos los terrenos destinados a sistemas generales adscritos a, o incluidos en él»*. Por su parte, en el artículo 2 se expresaba en relación con el cálculo del aprovechamiento tipo para el suelo urbano que el mismo se obtendría para cada área de reparto *«dividiendo el aprovechamiento lucrativo total, incluido el dotacional privado, correspondiente a la misma, expresado siempre en m² construibles del uso y tipología edificatoria característicos, por su superficie total excluidos los terrenos afectos a dotaciones públicas, de carácter general o local, ya existentes»*.

Es decir, se reproducía casi literalmente lo dispuesto en la Ley del Suelo de 1992 si bien se introducía la alteración de que en el suelo urbano en la delimitación de las áreas de reparto potestativamente cabría incluir la superficie correspondiente a los suelos de sistemas generales, entendiendo que estos sistemas generales eran precisamente los correspondientes a los suelos a obtener, por cuanto en el cálculo del aprovechamiento tipo el artículo 2 seguía contemplando la exclusión en el reparto de las edificabilidades de aquellos suelos destinados a dotaciones públicas ya existentes.

B) Normativa actual

Respecto de los bienes del Estado, el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, de aprobación del texto refundido de la vigente Ley de Suelo en su Disposición Adicional Cuarta dio nueva redacción al artículo 190 bis de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, al señalar que *«cuando los instrumentos de ordenación territorial y urbanística incluyan en el ámbito de las actuaciones de urbanización o adscriban a ellas te-*

renos afectados o destinados a usos o servicios públicos de competencia estatal, la Administración General del Estado o los organismos públicos titulares de los mismos que los hayan adquirido por expropiación u otra forma onerosa participarán en la equidistribución de beneficios y cargas en los términos que establezca la legislación sobre ordenación territorial y urbanística». Esta regulación deja a salvo la aplicación del artículo 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística en relación con aquellos suelos afectos al dominio público municipal preexistente y las consecuencias en orden a su participación en los procesos reparcelatorios dependiendo de su título de adquisición y de su dimensión en relación con los de nueva creación.

De la legislación urbanística cabe citar, a título de ejemplo, la vigente Ley 9/2001, de 17 julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, que establece en su Disposición Transitoria Sexta que «los terrenos efectivamente afectos al tiempo de entrada en vigor de la presente Ley a dotaciones o infraestructuras, equipamientos y servicios públicos que hubieran sido adquiridos, sea o no en ejecución de Planes de Ordenación Urbanística, mediante expropiación forzosa o por cualquier otro título oneroso, podrán computarse a efectos del cálculo, conforme a esta Ley, de los coeficientes de edificabilidad de los ámbitos de actuación o del aprovechamiento urbanístico unitario de los sectores en los que queden comprendidos. En tal supuesto, los terrenos o solares resultantes en los que deba localizarse el 90 por 100 del aprovechamiento imputable a dichos terrenos o solares, se adjudicarán a la Administración titular de las dotaciones o infraestructuras, equipamientos y servicios públicos (...)».

Esta regulación autonómica, mantenida en parte en el artículo 73 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, modificado por la Ley 4/2008, de 15 de septiembre, rompe con la excepcionalidad contemplada en la legislación precedente y admite, por lo tanto, con un carácter potestativo, que los suelos afectos a redes públicas preexistentes pudieran ser tomados en consideración a los efectos del cálculo del aprovechamiento de tal modo que de serlo su titular respectivo habría de participar sucesivamente en los procesos reparcelatorios como un propietario más y de no serlo habría de quedar al margen.

C) La STS de 16 de julio de 2008

En cuanto al tratamiento por la jurisprudencia de los suelos de redes públicas en la fase de gestión en razón de su participación en el cálculo del aprovechamiento, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2008 (RJ 2008, 4425), para que los suelos afectos a redes públicas en un ámbito de planeamiento puedan participar en el reparto de los aprovechamientos urbanísticos, además del ya expuesto requisito de la adquisición onerosa de los suelos respectivos como condición necesaria para el reconocimiento de aprovechamientos, exige que el suelo destinado a sistemas generales haya sido tenido en cuenta en el cálculo del aprovechamiento, condición fundamental que, como veremos, de modo sumamente expresivo es resaltado en la sentencia.

Y es que en ella, en efecto, se pone especial énfasis en el hecho central de que solo si el suelo ha sido tenido en cuenta en el cálculo del aprovechamiento su titular tiene derecho a participar en su reparto, circunstancia que liga con plena coherencia a la razonable conclusión de que las infraestructuras ya existentes fueran excluidas de dicho cálculo.

A estos efectos, de entre los diversos párrafos en que así se resalta nos permitimos reproducir el último del Fundamento de Derecho Undécimo cuando, sin margen para la duda, dice lo siguiente:

«Esta Sala hace suya la perplejidad reflejada en el informe pericial, al resultar difícilmente comprensible que se haya dotado de aprovechamiento en el Plan General de Ordenación Urbana a los terrenos destinados a sistema general ferroviario, pues, al continuar siendo propiedad de RENFE, lo razonable hubiese sido no adscribirlos a ningún sector de suelo urbanizable, pero, al haber así procedido, generando con ello un aprovechamiento, lo que no cabe es sustraerlo a su titular para beneficiarse de él la Administración municipal cuando, como hemos repetido, ese suelo fue adquirido a título oneroso por expropiación».

Debe por tanto entenderse que un suelo de redes públicas preexistente que se mantiene puede participar en el cálculo del aprovechamiento, siendo esta participación necesaria para su ulterior aportación a los procesos de gestión.

D) Las SSTs de 29 de enero de 2010 y 17 de diciembre de 2013

Las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2010 (RJ 2010, 232) y 17 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 8474) presentan una gran importancia que resulta reforzada por el hecho de tomar en consideración la modificación operada en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas por la Ley de Suelo estatal. Por ello, y pese a su extensión, consideramos oportuno reproducir parte de sus fundamentos de los que resulta el derecho de la Administración a participar en los procesos reparcelatorios con los suelos de los que fuera propietaria y que hubieran sido adquiridos a título oneroso.

La segunda sentencia citada reproduce el de la primera en los siguientes términos:

«En nuestra STS de 29 de enero de 2010 (RJ 2010, 232) —en relación con una cuestión relativa al País Vasco y con cita del artículo 146 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco— se expuso:

«Esta Sala del Tribunal Supremo ha interpretado en su más reciente jurisprudencia lo dispuesto en el artículo 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por Real Decreto 3188/1978, de 25 de agosto —RGU— [reproducido, con matices, en el apartado IV de la disposición adicional primera de la Ley vasca 5/1998, de 6 de marzo (LPV 1998, 132), de medidas urgentes en materia de régimen del suelo y ordenación urbana), en el sentido de que cuando los bienes de dominio público preexistentes en un polígono o unidad de ejecución objeto de equidistribución hubiesen sido obtenidos a título oneroso (ad. ex. expropiación) «el aprovechamiento urbanístico atribuido a su superficie pertenecerá a la Administración titular de aquellos», mientras que si se hubiesen adquirido gratuitamente, se entenderán sustituidos por los resultantes de la ejecución del plan, no entrando en el reparto del aprovechamiento urbanístico. Y ello [rectificándose en este sentido lo señalado al respecto en la anterior sentencia de 28 de noviembre de 2006 (RJ 2007, 2032) de esta Sala del Tribunal Supremo —RC 2003, 4203—] al margen de que la Administración titular del bien de dominio público sea o no municipal, de que su adquisición por aquella no obedeciese a causas urbanísticas y de que se

mantuviese su anterior destino y afección demanial por exigirlo así un instrumento de ordenación del territorio o una determinación supramunicipal vinculante sobre el plan urbanístico.

Dicho criterio se halla actualmente positivizado en el artículo 190 bis de la Ley estatal 33/2003, de 3 de noviembre (RCL 2003, 2594), del Patrimonio de las Administraciones Públicas —introducido por la Ley 8/2007, de 28 de mayo (RCL 2007, 1020), de Suelo—, que citamos a efectos meramente ilustrativos al no ser aplicable por razones cronológicas, y en el que se dispone que:

«Cuando los instrumentos de ordenación territorial y urbanística incluyan en el ámbito de las actuaciones de urbanización o adscriban a ellas terrenos afectados o destinados a usos o servicios públicos de competencia estatal, la Administración General del Estado o los organismos públicos titulares de los mismos que los hayan adquirido por expropiación u otra forma onerosa participarán en la equidistribución de beneficios y cargas en los términos que establezca la legislación sobre ordenación territorial y urbanística».

También en el artículo 146.1 de la Ley 2/2006, de 30 de junio, del suelo y urbanismo del País Vasco, en el que se preceptúa que:

«Cuando en una unidad de ejecución existan bienes de dominio y uso o servicio público que no hubieran sido obtenidos por cesión gratuita, la edificabilidad urbanística correspondiente a su superficie pertenecerá a la Administración titular de aquellas».

Podemos mencionar en tal sentido las recientes sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 2219) (RC 2006, 293), 3 de junio de 2009 (RC 2005, 393) y 16 de julio de 2008 (RJ 2008, 4425) (RC 2004, 5186), en dos de las cuales se estimaron sendos recursos de casación interpuestos por la ahora recurrente (ADIF) en supuestos muy similares al presente. En la última de las citadas afirmamos lo siguiente:

«(...) En el segundo motivo de casación se aduce por la representación procesal de la recurrente que la Sala de instancia ha infringido lo establecido en los artículos 154.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (RCL 1992, 1468 y RCL 1993, 485) y 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística, así como la doctrina jurisprudencial que los interpreta, recogida, entre otras, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de fecha 23 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8520), según la cual es necesario atender a la forma de obtención de los bienes de dominio y uso público que se aportan al polígono o unidad de actuación de que se trate, y así cuando los mismos no han sido obtenidos por cesión gratuita, el aprovechamiento urbanístico atribuido a su superficie pertenecerá a la Administración titular de aquellos, mientras que si dichos bienes se obtuvieran en cumplimiento de la referida obligación operará el mandato del artículo 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística con sustitución de unas superficies por otras.

Aunque el artículo 154.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 fue declarado inconstitucional y nulo por la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 (RTC 1997, 61), lo cierto es que en el mismo se sintetizaba perfectamente la doctrina jurisprudencial que, desde antiguo (Sentencia de 30 de junio de 1982 y 7 de marzo de 1987 (RJ 1987, 3512) había venido a interpretar el artículo 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística, y que se ha mantenido inalterada en nuestras

más recientes sentencias de fechas 23 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8520) (recurso núm. 1385/1990, fundamento jurídico sexto), 20 de julio de 2005 (recurso de casación 1758/2002, fundamento jurídico tercero), ..., 4 de julio de 2007 (RJ 2007, 4836) (recurso de casación 8567/2003, fundamento jurídico cuarto) y 5 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 8981) (recurso de casación 9975/2003, fundamento jurídico quinto).

En las aludidas sentencias hemos considerado que del propio contexto del artículo 47 del Reglamento de Gestión Urbanística y del enunciado del capítulo, en que dicho precepto está incluido: «cesiones obligatorias y aprovechamiento medio», la sustitución a que se refiere dicho precepto se refiere exclusivamente a aquellos bienes de dominio y uso público que hubiesen sido obtenidos como consecuencia del cumplimiento de deberes urbanísticos de cesión gratuita, pues no en vano el apartado 1 del mismo precepto establece que «la Administración actuante está obligada a afectar, a los fines previstos en el Plan, el suelo que adquiera como consecuencia del cumplimiento de los deberes de cesión obligatoria que recaen sobre los propietarios», para, después, al contemplar las modificaciones del planeamiento, disponer que «en todo caso deberá tenerse en cuenta que cuando las superficies de los bienes de dominio y uso público, anteriormente existentes, fuesen igual o inferior a la que resulte como consecuencia de la ejecución del Plan, se entenderán sustituidas unas por otras».

En la mentada sentencia de fecha 20 de julio de 2005 (RJ 2005, 6727) (recurso de casación 1758/2002) declaramos que, en definitiva, para que opere la sustitución contemplada en el referido artículo 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística, los bienes de dominio y uso público aportados por la Administración deben proceder de cesiones obligatorias y gratuitas como consecuencia de los deberes de cesión obligatoria que, por razones urbanísticas, recaen sobre los propietarios del suelo.

Esta interpretación jurisprudencial fue la que claramente dispuso el artículo 154 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, aunque este precepto por otras razones fue declarado inconstitucional en Sentencia 61/97 del Tribunal Constitucional (RTC 1997, 61), pero en el apartado 2, párrafo primero, de dicho artículo, se establecía que «cuando en la unidad de ejecución existan bienes de dominio y uso público no obtenidos por cesión gratuita, el aprovechamiento urbanístico correspondiente a su superficie pertenecerá a la Administración titular de aquellos», para en el párrafo segundo ordenar que «en el supuesto de obtención por cesión gratuita, cuando la superficie de los bienes de dominio y uso público, anteriormente existentes, fueran iguales o inferiores a las que resultan como consecuencia de la ejecución del Plan, se entenderán sustituidas unas por otras. Si tales superficies fueran superiores, la Administración percibirá el exceso, en la proporción que corresponda, en terrenos edificables».

No cabe duda que el legislador estatal en este precepto vino a aclarar lo que ya dispusiera el artículo 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial que de este se había hecho desde la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 1982, razones todas por las que el segundo motivo de casación también debe prosperar».

Por lo tanto, la Administración titular de un bien de dominio público preexistente en un ámbito sujeto a un proceso reparcelatorio tiene derecho, en la medida en que su adquisición se hubiera producido a título oneroso, a participar como un propietario más en la distribución del aprovechamiento urbanístico reconocido por el planeamiento objeto de ejecución mediante la adjudicación de

los suelos de resultado que por subrogación real le correspondan en proporción a la superficie respectiva efectivamente aportada. Este derecho era reconocido por la jurisprudencia con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo artículo 190 bis en la Ley sobre el Patrimonio de las Administraciones Públicas, debiendo entenderse que el mismo ha «*positivizado*» el criterio jurisprudencial hasta entonces sostenido y que se remonta a la sentencia de 16 de julio de 2008 a la que se ha hecho referencia en la letra C) precedente.

Cabría preguntarse si la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2013 (*RJ* 2013/6175) contradice el criterio de las dos anteriores. Dicha sentencia resuelve un recurso contencioso—administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Valencia contra el Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento de Valoraciones de la Ley de Suelo. El supuesto contemplado por ella parte de la supuesta aplicación indebida del contenido de la edificabilidad media a que se refiere el artículo 24 de esta última en la determinación del valor de los suelos a los que el planeamiento no atribuyera aprovechamiento lucrativo por detraer el artículo 21 reglamentario de la fórmula matemática respectiva la superficie del suelo dotacional público existente, de lo cual cabría plantearse, al mantenerse su legalidad por desestimación del recurso, su eventual relevancia en el reconocimiento de aprovechamientos urbanísticos a tales suelos en los procesos reparcelatorios.

Ello no es así, en primer lugar, porque dicha Sentencia es anterior a la de 17 de diciembre de 2013, en la que se deja claro que la Administración tiene derecho a participar en los procesos reparcelatorios con los suelos adquiridos a título oneroso aun cuando vinieran afectos a redes públicas preexistentes objeto de mantenimiento siempre que fueran computados en el cálculo del aprovechamiento, lo que por sí solo relevaría de un mayor análisis sobre la sentencia de 15 de julio de 2013.

Por su parte, el artículo 24 de la Ley del Suelo de 20 de junio de 2008, con el claro precedente del artículo 29 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, y el 21 del Reglamento de Valoraciones no hacen otra cosa que, siguiendo la terminología del Tribunal Supremo, *positivizar* lo que ya había sido declarado en una jurisprudencia precedente de la que es testimonio la sentencia de 13 de marzo de 2001 (*RJ* 2001/6224) en la que, con referencia a una serie de Sentencias previas al texto legal de 1998, señaló lo siguiente sobre la valoración de los suelos carentes de aprovechamiento:

«Según hemos declarado en nuestras sentencias de 18 de diciembre de 1992, 17 de marzo de 1993, 5 de febrero, 18 y 24 de junio y 24 de octubre de 1994, 15 de julio de 1995, 2 y 29 de enero de 1996, 6 y 15 de febrero 12 de abril y 21 de junio y 20 de noviembre de 1997, en los supuestos de terrenos sin aprovechamiento reconocido en el Plan a los que no resulte aplicable el valor reconocido a efectos de la contribución territorial urbana y siempre que no exista un polígono fijado a efectos de compensación del que pueda extraerse el aprovechamiento medio, el valor urbanístico reconocido en el Plan debe determinarse con arreglo al que corresponde a los terrenos colindantes o del entorno (...)».

Partiendo entonces de la jurisprudencia y del marco legal con la consiguiente aceptación de la referencia al aprovechamiento medio del suelo urbano colindante sin consideración de la superficie dotacional objeto de valoración, por cierto siguiendo el mismo criterio fijado por el Tribunal Superior de Justicia de

Madrid a fin de establecer la indemnización en el caso de concurrencia de un supuesto indemnizatorio por vinculación singular, por ejemplo en su sentencia de 27 de junio de 2002 (rec. núm. 1274/97), lo que en último término hace el Reglamento no es más que reproducir idéntica solución con efectos exclusivos, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2013, en cuanto a la valoración. Una cosa es calcular el aprovechamiento urbanístico ponderado de un ámbito concreto, para lo cual han de aplicarse los criterios ya vistos en el tratamiento de los suelos expropiados que se corresponden con usos dotacionales preexistentes, y otra muy distinta proceder a la valoración de un suelo urbano consolidado carente de aprovechamiento por haber quedado consumido el originalmente asignado a él en los terrenos colindantes.

Para este concreto caso es por ello razonable la solución dada por el Reglamento en cuanto el contenido del derecho solo puede ser establecido tomando como referencia la relación existente entre la edificabilidad lucrativa existente y los suelos respectivos sobre los que se ubica o admite, sin computar entre estos no ya solo la superficie del suelo dotacional, pues en otro caso se estaría distorsionando el término de comparación y con ello rompiendo el equilibrio exigido como premisa ineludible derivada de la aplicación del principio de equidistribución, sino también los restantes suelos afectos a redes públicas por carecer por definición de aprovechamiento alguno.

En consecuencia, por lo tanto, tampoco en razón de la sentencia aquí comentada cabe concluir con una interpretación que difiera de la que viene sosteniéndose a lo largo de este comentario, lo cual cuenta además con el argumento adicional de que en otro caso se llegaría a la insostenible contradicción de dar carta de naturaleza a la inaplicación del artículo 190 bis de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas olvidando lo afirmado respecto de él en las sentencias de 29 de enero de 2010 y 17 de diciembre de 2013, ya examinadas.

2. LA DESAFECTACIÓN DEL APROVECHAMIENTO PROCEDENTE DE LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO

La inscripción registral del aprovechamiento correspondiente a los suelos procedentes de redes públicas precisa de otro requisito adicional previsto en el Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprobó el Reglamento General de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, en cuyo artículo 119.2 se contempla, para el caso de bienes o derechos incluidos en actuaciones de transformación urbanística que mantuvieran su destino a un fin o servicio público, la necesidad de proceder a la desafectación o desadscripción de los aprovechamientos urbanísticos que de ellos procedieran.

Señala al respecto Laso Baeza lo siguiente²: *«Más allá de lo discutible de la exigencia de desafectación o desadscripción de unos aprovechamientos que en cuanto producto de la ordenación urbanística no admiten salvo en un sentido meramente analógico la expresión legal de que «se deriven» de los correspondientes bienes o servicios, de tal modo que por definición, al ser expresión de los usos lucrativos y homogeneizados del ámbito, su naturaleza jurídica de origen es la propia de un bien patrimonial, la previsión legal citada revela en todo caso el carácter necesariamente abierto que ha de darse a una regulación reglamentaria, la contenida en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que al tiempo que no puede ser restrictivamente interpretada en el sentido de rechazar a su amparo el respaldo registral de supuestos de configuración jurídica autónoma del aprovechamiento susceptibles de ser identificados, ofrece sin embargo una técnica registral que, con el cumplimiento de*

las exigencias administrativas fundamentalmente situadas en la necesaria acreditación o constatación fehaciente previa de la cuantía de los aprovechamientos cuya inscripción se pretendiera, garantiza también respecto de ellos la seguridad jurídica inherente al acceso a los libros del Registro».

IV. CONCLUSIONES.

Al margen de las normas generales contenidas en la legislación hipotecaria y el Real Decreto 1093/1993 para la inscripción de los derechos de aprovechamiento dimanantes de bienes de dominio público, es necesaria a tal fin la concurrencia de los siguientes requisitos y presupuestos:

1. Que los bienes hayan sido adquiridos por la Administración por expropiación u otro título oneroso.
2. Que se haya aprobado definitivamente el instrumento de planeamiento que contenga la ordenación pormenorizada del ámbito, sector o unidad de ejecución en el que se encuentran situados los bienes de dominio público.
3. Que tales bienes hayan sido tenidos en cuenta en el cálculo del aprovechamiento por el planeamiento general.
4. Que, por concurrir los requisitos precedentes, se aporte el documento municipal del que resulte el número de unidades de aprovechamiento correspondientes a la finca registral de la que proceden.
5. Y, en fin, que se acredite el hecho de haberse producido la desafectación del aprovechamiento urbanístico cuya inscripción se pretende.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 16 de julio de 2008 (*RJ* 2008/4425)
- STS de 29 de enero de 2010 (*RJ* 2010/232)
- STS de 17 de diciembre de 2013 (*RJ* 2013/8474)
- STS de 15 de julio de 2013 (*RJ* 2013/6175)

NOTAS

¹ Sobre el particular, puede verse LASO MARTÍNEZ, J. L. y LASO BAEZA, V. (1995): *El aprovechamiento urbanístico*, Marcial Pons (pp. 211-213).

² LASO BAEZA, V., La inscripción del aprovechamiento urbanístico y sus alternativas a la vista de la Resolución de 14 de junio de 2011, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 733 (septiembre-octubre, 2012).

4. DERECHO BANCARIO

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

The application of MIFID regulation and the article 79 quater of the Spanish Securities Market Act in banking contracts in accordance with its interpretation by the judgment of the Court Justice of the European Union issued on May 30th, 2013, the judgment of the National Court (Audiencia Nacional) issued on July 15th, 2013 and case law from the Spanish Supreme Court

por

SERGIO AGUILAR LOBATO
y Pr. Dr. HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS
Abogados

RESUMEN: La aplicación de la conocida como normativa MIFID es objeto de frecuente controversia en litigios relacionados con la contratación bancaria. A este respecto se han seguido diversos criterios por los tribunales y por la doctrina.

Así, en algunos casos se ha sostenido su aplicación directa incluso antes de su transposición en España. En otros se ha estimado su falta de exigibilidad durante el periodo transitorio previsto (para su implementación por las entidades financieras) en la normativa española que la incorporaba a nuestro ordenamiento. Asimismo, se ha postulado su inaplicabilidad a determinados casos como los swaps de tipos de interés con función de cobertura en virtud del artículo 79 quáter de la LMV.

Esta última cuestión es precisamente la abordada en pleitos sobre permutas financieras por las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la Audiencia Nacional que son comentadas en este artículo. Según los señalados pronunciamientos judiciales, la excepción contemplada en el precepto 79 quáter de la LMV no resulta aplicable. Fundamentalmente por la ausencia de un producto financiero vinculado al swap que esté sujeto a la normativa MIFID.

Sin perjuicio de lo anterior, en este trabajo también se estudia la jurisprudencia vacilante que ha recaído sobre la aplicación temporal y material de la normativa MIFID en disputas sobre contratos bancarios, para apuntar una serie de conclusiones y criterios al respecto.

ABSTRACT: The application of the so called MIFID regulation is frequently disputed in lawsuits regarding banking contracts. Different criteria on this subject matter has been applied by courts and pointed out by scholars.

Thus, in some case law it has been held its direct application, even before its effective transposition in Spain. In other judgments it has been declared that its compliance can only be required after the interim period contemplated (for its implementation by financial entities) in the Spanish regulation had expired. Besides, it has been suggested that MIFID regulation is not applicable to certain cases regarding swaps like the interest rate swap with coverage function pursuant to the article 79 quater of the Spanish Securities Market Act.

The last topic is particularly addressed in relation to disputes concerning swaps by the judgments of the Court of Justice of the European Union and the Spanish National Court (Audiencia Nacional) that are analyzed in this article. According to the said case law, the exception contemplated in article 79 quater of the Spanish Securities Market Act is not applicable. Mainly because there is no financial product subjected to the MIFID regulation which is linked to the particular swap of the case.

Notwithstanding the above, the conflicting case law regarding the temporal application and the scope of MIFID in relation to banking contracts is also discussed in this article. Some criteria and conclusions on this issue are pointed out in this work.

PALABRAS CLAVE: MIFID. LMV. Contratación bancaria. Swap. Permuta financiera.

KEY WORDS: MIFID. Spanish Securities Market Act. Banking contracts. Swap.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA APLICACIÓN TEMPORAL DE LA NORMATIVA MIFID. 1. ESTUDIO DEL POTENCIAL EFECTO DIRECTO DE LA REGULACIÓN MIFID. 2. ANÁLISIS DE LOS POSIBLES DIFERENTES PERIODOS DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN MIFID.—III. LA APLICACIÓN DE LA LMV A LAS PERMUTAS FINANCIERAS. 1. COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, SALA CUARTA, DE 30 DE MAYO DE 2013. 2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, DE 15 DE JULIO DE 2013.—IV. CONCLUSIONES.—V. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Una cuestión recurrente en las controversias sobre contratos bancarios es la aplicación de la normativa conocida como MIFID¹, puesto que la misma regula la conducta, y en cierta manera el contenido, del deber informativo de las entidades financieras a la hora de comercializar productos financieros o de inversión.

Tal normativa de Derecho de la Unión Europea² fue transpuesta al ordenamiento español por la Ley 47/2007³ (que al modificar la LMV⁴ se integra dentro de la misma) y el Real Decreto 217/2008⁵.

Dentro de los aspectos habitualmente discutidos a este respecto se encuentra la posible inaplicabilidad de la referida normativa a las permutas financieras, debido a que dicha regulación está contenida en la LMV (por lo que se sostiene que los swaps estarían fuera de su ámbito de aplicación al no ser propiamente un valor que cotice en dichos mercados). A su vez, tal posicionamiento sostiene que el artículo 79 quáter de la mencionada Ley parece que podría excluir su aplicación, cuando la permuta financiera está efectivamente vinculada con un producto financiero al que le proporciona cobertura⁶. Lo cual suele ser el caso típico, o al menos así es alegado usualmente por los bancos⁷, de los swaps de tipos de interés suscritos con ocasión de la concesión de un préstamo hipotecario de tipo de interés variable⁸. En esos supuestos frecuentemente se sostiene que el ofrecimiento de la permuta financiera de tipos de interés se realiza en cumplimiento del artículo 19º de la Ley 36/2003¹⁰.

Con independencia de la correcta aplicación del citado artículo (que se circunscribe principalmente a la información sobre una cobertura real de tipos de interés incluida en la oferta vinculante del préstamo hipotecario) y de las posibles consecuencias de su incumplimiento¹¹, en este estudio trataremos de analizar la operativa de la excepción contemplada en el artículo 79 quáter de la LMV a la luz de la STJUE¹² de 30 de mayo de 2013 y de la SAN de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 15 de julio de 2013. Estas dos resoluciones han causado un gran impacto en nuestra jurisprudencia¹³ y en la doctrina especializada¹⁴.

En estrecha relación con lo previamente comentado, surgió otra cuestión, cual era la aplicación temporal de la normativa MIFID —transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico vía reforma de la LMV—, antes de su efectiva implementación en España (invocándose su efecto directo), así como la posible falta de exigibilidad de su cumplimiento durante el periodo transitorio contemplado en la referida regulación española¹⁵. Los anteriores interrogantes han generado una jurisprudencia contradictoria dentro del Tribunal Supremo¹⁶ y emisiones de notas aclaratorias por parte de los organismos supervisores¹⁷.

Profundizando más en el asunto, se hace necesario advertir de que la verdadera relevancia de esta controversia radica en que la normativa MIFID prevé un régimen sensiblemente distinto en relación a los deberes de información y transparencia ligados a la comercialización de los diversos productos bancarios por parte de las entidades financieras.

Como se expondrá en este trabajo, la respuesta a las cuestiones previamente planteadas está estrechamente relacionada con la posible ulterior estimación de las acciones que usualmente se han interpuesto a lo largo de estos últimos años ante los órganos del orden jurisdiccional civil¹⁸. En efecto, dichas normas han establecido una serie de obligaciones que han de cumplir las entidades comercializadoras de estos productos. La inobservancia de las mismas puede determinar la anulación de los contratos, generalmente por vicio del consentimiento¹⁹. Los requisitos para apreciar tal concurrencia ya fueron expuestos por el Tribunal Supremo²⁰, si bien en alguna ocasión se ha estimado la nulidad radical del negocio jurídico suscrito por vulneración de la normativa imperativa²¹.

II. LA APLICACIÓN TEMPORAL DE LA NORMATIVA MIFID

Como a continuación se detallará, la aplicación temporal de la regulación MIFID ha planteado esencialmente dos problemas interpretativos. El primero, en cuanto a su posible efecto directo. El segundo, en relación a los instrumentos normativos que transpusieron su contenido al Derecho nacional, y más específicamente, a su plena exigibilidad. De la respuesta que se dé a las antedichas cuestiones, dependerá, en definitiva, que se aplique bien el primitivo artículo 79 de la LMV junto al artículo 16 del Real Decreto 629/1993²² (ambos actualmente derogados), bien el régimen MIFID con todos sus efectos.

Este espacio de tiempo, como luego se verá, debe a su vez parcelarse en diferentes periodos, separados cada uno de ellos por sus correlativos hitos normativos. Lo anterior es determinante para subsumir y evaluar la conducta de la entidad de crédito durante la fase precontractual y contractual. Esta relevancia proviene del establecimiento por la normativa MIFID de un sistema más riguroso que el previsto por el primitivo contenido de la LMV, tanto respecto a la actuación de las entidades financieras, como sobre la información que estas deben suministrar al cliente minorista.

Dada la complejidad técnica de la temática tratada, esta cuestión será analizada siguiendo un estricto orden cronológico.

1. ESTUDIO DEL POTENCIAL EFECTO DIRECTO DE LA REGULACIÓN MIFID

A este respecto se hace necesario partir de un hito de singular relevancia: la entrada en vigor de la regulación MIFID. Esta, como previamente se ha señalado, está compuesta por dos directivas y un reglamento (que por su contenido normativo y su efecto directo no resulta de interés a estos efectos). La primera del año 2004 entró en vigor el 30 de abril de 2004²³. La segunda del año 2006 entró en vigor el 22 de septiembre de 2006²⁴. Si bien conviene matizar que el plazo de transposición para la primera directiva finalizaba el 30 de abril de 2006²⁵ y el de la segunda el 31 de enero de 2007²⁶. No obstante, el artículo 53.2 de la segunda directiva puntualizaba que «*los Estados miembros aplicarán dichas disposiciones a partir del 1 de noviembre de 2007*»²⁷. Fecha que ha sido tomada como referencia respecto a su exigibilidad en España por determinadas sentencias como la SAP de Barcelona, Sec. 16.^a, de 17 de julio de 2014.

Como puede apreciarse del articulado de la directiva del año 2006, esta se dedica en gran medida a desarrollar y precisar el contenido de la primera directiva del año 2004²⁸. Dentro de esta especificación se encuentra la información que se debe suministrar por parte de las entidades financieras²⁹ o la evaluación de la idoneidad³⁰ y la conveniencia³¹. Es decir, los aspectos que suelen alegarse que son vulnerados en los pleitos sobre contratos bancarios. Por lo tanto, parece razonable seguir el criterio de la sentencia citada y considerar que en ningún caso tales disposiciones pueden resultar exigibles antes del 1 de noviembre de 2007, puesto que esa es la voluntad expresa del legislador europeo en la normativa que precisa el contenido de la regulación MIFID. Consecuentemente, no parece razonable exigir su cumplimiento antes de dicha concreción del contenido obligacional en contra de la comentada manifestación del autor de la norma. No obstante, siempre cabría cuestionarse si debería exigirse el cumplimiento de la primera directiva dentro de los plazos establecidos en ella. Lo cual, por las razones previamente descritas, no parece ser el posicionamiento más acertado.

A lo anterior hay que añadir que el aludido régimen normativo se transpuso finalmente a nuestro Derecho interno con cierto retraso. En concreto, en diciembre del citado año a nivel legislativo³² y en febrero de 2008³³ a nivel reglamentario. En esta situación, se planteó un posible efecto directo de estas directivas durante el lapso temporal comprendido desde el 1 de noviembre de 2007 (o la fecha prevista en la propia normativa para su incorporación al Derecho interno) hasta su efectiva transposición. Este posicionamiento ha tenido un cierto reconocimiento en alguna sentencia de nuestras Audiencias Provinciales³⁴ e incluso del Tribunal Supremo³⁵.

A este respecto, debe objetarse que el efecto directo de la normativa MIFID es un criterio jurídicamente discutible puesto que, aun cuando en determinadas ocasiones el TJUE ha otorgado aplicabilidad directa a determinadas directivas europeas³⁶, no es menos cierto que dichos instrumentos regulatorios están desprovistos, como norma general, de eficacia directa³⁷. Por ello, una eventual invocación al mismo debe estar inexcusablemente sometida a determinados requisitos emanados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El primero de ellos exige que haya expirado el plazo concedido a los Estados miembros para su incorporación al Derecho interno. Circunstancia que como se ha expuesto, a pesar de las diferentes fechas de referencia parece que debería fijarse a estos efectos en el 1 de noviembre de 2007. Por lo tanto, el efecto directo parece que sería especialmente predicable (para el caso de que finalmente fuera aplicable) respecto del intervalo de tiempo transcurrido desde tal fecha hasta la efectiva transposición en España.

Otra de las condiciones requeridas por el TJUE es que la disposición cuyo efecto directo se alega sea suficientemente precisa e incondicional³⁸. En este sentido, parece que algunas de las normas de conducta establecidas en la regulación MIFID distan de ser un sistema preciso en cuanto a su contenido. Este aspecto puede constatare en cierta medida si atendemos a la inseguridad jurídica que se ha instalado en nuestro orden jurisdiccional civil respecto de la aplicación de las comentadas reglas. Un ejemplo lo podemos encontrar con la controvertida obligación de informar sobre la previsión de los tipos de interés en el caso de las permutas financieras³⁹ antes de la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011⁴⁰. A mayor abundamiento, tampoco se ha establecido con el grado de exactitud que sería deseable la consecuencia jurídica de incumplir esta regulación⁴¹. Por consiguiente, podría considerarse que las obligaciones cuyo efecto directo se pretende no son lo suficientemente claras y precisas como para cumplir este requisito.

La tercera de las condiciones exigidas precisa que el efecto directo se invoque en el seno de una relación vertical. Consecuentemente, parece que difícilmente las directivas comentadas pueden ser directamente aplicadas en una relación horizontal o *inter privados*⁴², como la que surge entre la entidad de crédito y el adquirente del producto bancario.

El criterio anteriormente expuesto pareció ser acogido implícitamente por el Tribunal Supremo en un primer momento. Ello puede constatare en su sentencia de 15 de noviembre de 2012, que versa principalmente sobre la interpretación de ciertas cláusulas de un contrato de permuta financiera cuya suscripción se había llevado a cabo el 22 de octubre de 2007. Es decir, después de la fecha que según la propia normativa podían los Estados miembros aplicar dichas disposiciones. En este pronunciamiento se analiza detalladamente la operativa de los artículos 1281 y siguientes del Código Civil relativos a la interpretación de los contratos⁴³.

Sin embargo, en la resolución comentada no se alude a la normativa MIFID a pesar de la señalada fecha de celebración del contrato litigioso.

Pocos días después, en la sentencia de 21 de noviembre de 2012, se enjuician dos swaps concluidos el 8 de marzo de 2005. Consecuentemente ya había entrado en vigor la primera de las directivas MIFID cuando se celebraron los referidos contratos⁴⁴. En este caso, la sentencia analiza la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento, definiendo claramente la diferencia entre falta de información y consentimiento viciado por error. Si bien tampoco se plantea la aplicación del régimen MIFID, pese a que en 2005 ya habría entrado en vigor una de sus directivas.

Esta aparente tendencia acerca de la falta de eficacia directa de las disposiciones contenidas en la normativa MIFID sobre productos adquiridos con anterioridad a su transposición al ordenamiento nacional, dio un giro radical a raíz de la STS de 18 de abril de 2013. En esta resolución se abordó esta cuestión explícitamente. En dicha sentencia el Alto Tribunal estaba conociendo un asunto relacionado con un contrato de gestión discrecional de cartera de inversión, que desembocó en la adquisición de participaciones preferentes⁴⁵. Estas se contrataron el 19 de julio de 2007. Es decir, después de que finalizara el comentado plazo concedido para la transposición al ordenamiento jurídico español de las dos directivas que componen la normativa MIFID, pero antes de que concluyera el plazo concedido para que los Estados miembros aplicaran las disposiciones de la citada regulación. En este caso el Alto Tribunal formula el siguiente razonamiento al respecto:

«La progresión en la protección del inversor que supone la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MIFID (Markets in Financial Instruments Directive), ha de ser tomada también en consideración en la interpretación de las obligaciones de la empresa que prestaba los servicios de inversión aunque cuando las partes concertaron el contrato no hubiera transcurrido el plazo de transposición, pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado expresamente que la obligación de interpretación del Derecho interno a la luz de la letra y la finalidad de la Directiva vincula a los jueces con independencia de que haya transcurrido o no el plazo para la transposición»⁴⁶.

La referida línea argumental quedó posteriormente refrendada por la STS de 7 de julio de 2014. En ella, remitiéndose a la STS de 18 de abril de 2013, en un litigio relativo a un producto concertado antes de la transposición de la normativa MIFID, se estableció que debían reiterarse los criterios de interpretación y aplicación de esta regulación, con la consiguiente incidencia de su incumplimiento en el análisis de la concurrencia del error vicio del consentimiento.

Sentado lo anterior, se hace necesario advertir de que en otros pronunciamientos parece volver a desechar el efecto directo. Así sucede en la STS de 17 de febrero de 2014⁴⁷ respecto a unas permutas financieras concluidas en el año 2006 o en la STS de 8 de septiembre de 2014, en la que en un litigio sobre unas participaciones preferentes contratadas el 30 de marzo de 2006 y el 19 de julio de 2007, establece lo siguiente:

«Para entonces, como muy bien apunta el recurso, todavía no regía el actual artículo 79 bis LMV, que contiene la transposición de la normativa MIFID y entró en vigor el 17 de febrero de 2008. Por lo tanto, no cabe analizar la infracción de una norma aplicable al caso. Nos ceñiremos a los deberes de información exigibles en la normativa aplicable, que era el RD 629/1993, de 3 de mayo».

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, parece evidente que el propio Tribunal Supremo no tiene un posicionamiento claro en la materia, por lo que habrá que esperar a nuevas resoluciones para que la jurisprudencia quede asentada en este punto. Sin perjuicio de lo anterior, sí se puede indicar que el criterio que parece más acertado según lo previamente comentado es el de no conceder efecto directo a esta regulación, ya que aparentemente no concurren los requisitos exigidos tradicionalmente por la jurisprudencia de los tribunales europeos para que pueda otorgarse tal efecto.

2. ANÁLISIS DE LOS POSIBLES DIFERENTES PERIODOS DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN MIFID

Una vez expuestas las tesis relativas al posible efecto directo, abordaremos en este apartado la cuestión relativa al inicio de su plena exigibilidad en nuestro ordenamiento jurídico a raíz de lo preceptuado por los textos legales que la transpusieron.

Como previamente se ha indicado, el aludido cuerpo normativo fue transpuesto en nuestro Derecho interno a través de dos instrumentos: la Ley 47/2007 y el Real Decreto 217/2008.

En primer lugar, a la luz de lo manifestado por la disposición final sexta de la Ley 47/2007, dicho texto debía entrar en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado⁴⁸. Siguiendo esta previsión, podría colegirse que su cumplimiento sería exigible desde el 21 de diciembre de 2008. No obstante, —y aquí se produce el origen de esta controversia— cabe advertir que la misma norma establece, en su disposición transitoria primera, lo siguiente:

«Las entidades que presten servicios de inversión deberán adaptar sus estatutos, programas de actividades y reglamentos internos de conducta a lo dispuesto en esta Ley y en su normativa de desarrollo en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley».

Por otra parte, el Real Decreto 217/2008, en su disposición final cuarta, dispone:

«El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores».

Este aparente periodo transitorio concedido a las entidades financieras para su adaptación a la nueva normativa parece provenir del señalado diferimiento en la aplicación de estas disposiciones por parte de los Estados miembros contemplado en el artículo 53.2 de la Directiva 2006/73.

En cualquier caso, del apartado VII de la Ley 47/2007 parece inferirse el criterio finalista⁴⁹ que motivó al legislador a introducir estas dos últimas disposiciones: conceder un plazo de adaptación a las entidades financieras para el cumplimiento de la citada regulación, debido a la complejidad técnica de cambiar una dinámica que estaba siendo seguida por la práctica totalidad de los oferentes de estos productos. Así, la puesta en marcha del nuevo régimen requería la implementación de una serie de mecanismos, que abarcaban desde la propia formación del personal de las entidades de crédito, a la redacción y posterior sustitución de toda la documentación relativa a este tipo de contratos. En esta

misma línea, esta suerte de prórroga también puede hallar su justificación (al menos en parte) en la necesidad de un reglamento que desarrollara todas las previsiones contempladas en esta Ley 47/2007, para cuya publicación hubo que esperar hasta febrero de 2008.

En todo caso, la existencia del referido plazo de adaptación es confirmada en la reproducida disposición final cuarta del Real Decreto 217/2008, en la que puede observarse cómo se contempla y se coordina el periodo transitorio establecido en la Ley 47/2007.

A estos efectos, conviene aclarar que el *dies a quo* del citado periodo transitorio de seis meses comenzaba a computar desde la entrada en vigor de la Ley 47/2007. Como tal norma fue publicada en el Boletín Oficial del Estado el 20 de diciembre de 2007, siguiendo lo establecido en la disposición final sexta de la Ley⁵⁰ hay que entender que la misma entró en vigor el 21 de diciembre. Consecuentemente, conforme a las pautas recogidas en el artículo 5 del Código Civil⁵¹, el comentado plazo de adaptación empezaría en dicha fecha y terminaría el 21 de junio de 2008⁵².

Así en este caso deberíamos acudir nuevamente a los criterios interpretativos contemplados en el artículo 3 del Código Civil. Dicho texto da prioridad en primer lugar al criterio gramatical o literal, y en segundo lugar, al contextual, debiendo las normas ser interpretadas de acuerdo con la estructura sistemática en la que se dictan. Conforme a tales criterios, y en consonancia con la finalidad del plazo de adaptación previamente comentado, parece que puede concluirse que antes del 21 de junio de 2008 no podría exigirse el cumplimiento de la normativa MIFID. No debemos olvidar a este respecto los principios de legalidad e irretroactividad del procedimiento administrativo sancionador, previstos en los artículos 127 y 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

De todo lo anteriormente expuesto, podría deducirse que no resulta procedente imponer sanción alguna a la hipotética parte infractora de la regulación MIFID antes de la mencionada fecha. Máxime cuando se pretende como consecuencia de tal vulneración la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil o la alegación de un vicio en el consentimiento. Y es que antes del 21 de junio de 2008 el régimen consagrado por la normativa MIFID no sería plenamente exigible a la entidad financiera de acuerdo con las citadas disposiciones transitorias y finales. En esta línea se han pronunciado varios juzgados de primera instancia, siendo destacables las sentencias del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Irún, de 29 de marzo de 2012, del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Irún, de 18 de mayo de 2012 y del Juzgado de Primera Instancia núm. 1, de Móstoles, de 27 de julio de 2012.

Sin perjuicio de lo anterior, debe advertirse que este enfoque no ha sido respaldado mayoritariamente si nos atenemos al elevado número de resoluciones provenientes de Audiencias Provinciales que han parecido obviar las antedichas disposiciones⁵³. Tal posicionamiento parece corroborarse con los últimos pronunciamientos que el Tribunal Supremo ha dictado sobre el particular, puesto que en las más recientes resoluciones sí que aplica la normativa MIFID a contratos de swap celebrados con anterioridad a la finalización del mencionado plazo de prórroga concedido a las entidades financieras. Así, puede destacarse la sentencia de 20 de enero de 2014, en la que se enjuicia la validez de una permuta financiera suscrita el 13 de junio de 2008. En este caso, el Tribunal Supremo considera aplicables las normas de conducta establecidas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39, así como las correlativas obligaciones contenidas en los artículos 78 y siguientes de la por aquel entonces reformada LMV, y las contempladas en el

Real Decreto 217/2008. En dicha sentencia⁵⁴, el Alto Tribunal se pronunció del siguiente modo:

«Al tiempo en que se llevó la contratación objeto de enjuiciamiento (13 de junio de 2008), las normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes del artículo 19 de la Directiva 2004/39/CE ya habían sido transpuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre...También había entrado en vigor el RD 217/2008, de 15 de febrero».

La importancia de este pronunciamiento resulta patente, al haber sido expresamente refrendado por la STS de 7 de julio de 2014, que dirime la nulidad de un swap celebrado el 6 de junio de 2008.

En definitiva, de esta reflexión sobre la aplicación temporal de la normativa MIFID podemos inferir básicamente la existencia de diversas etapas diferenciadas⁵⁵:

- Desde la entrada en vigor de la Directiva 2004/39, el 30 de abril de 2004, hasta la finalización de su plazo de transposición el 30 de abril de 2006. En ese tiempo podría, en su caso, predicarse el efecto directo de la regulación. No obstante, esa postura no parece ser la más acertada según lo previamente comentado (fundamentalmente porque no ha transcurrido el periodo concedido para su transposición).
- Desde la entrada en vigor de la Directiva 2006/73, el 22 de septiembre de 2006, hasta la finalización de su plazo de incorporación al Derecho interno el 31 de enero de 2007. Aunque en este caso podría haber más razones para postular su efecto directo, puesto que ya se había desarrollado el contenido de la primera directiva MIFID, nuevamente parece que hay que concluir que tampoco cabría su eficacia directa ya que se seguirían sin cumplir los requisitos establecidos para ello (principalmente el concurrir en una relación horizontal y no haber transcurrido el plazo para su transposición). Asimismo no hay que olvidar que según la propia normativa los Estados miembros aplicarían las referidas disposiciones a partir del 1 de noviembre de 2007.
- Desde el 31 de enero de 2007 al 1 de noviembre de 2007. Conforme al artículo 53.2 de la Directiva 2006/73 parece que tampoco podría aplicarse la normativa MIFID.
- Desde el 1 de noviembre de 2007 hasta el 21 de diciembre de 2007, fecha en que entró en vigor la Ley 47/2007. El mayor obstáculo para la aplicación del efecto directo sería la ausencia de una relación vertical entre las partes. Sin perjuicio de que la ausencia de reglamento y el plazo de adaptación contemplado en la regulación española sugirieran también que no sea plenamente exigible la normativa MIFID.
- Desde el 21 de diciembre de 2007 hasta el 17 de febrero de 2008, momento en el que entró en vigor el reglamento que transpone MIFID⁵⁶. La falta del desarrollo normativo y el régimen transitorio explicado podrían ayudar a sostener que la regulación MIFID no era plenamente exigible a las entidades financieras.
- Desde el 17 de febrero de 2008 hasta el 21 de junio de 2008, que es cuando vencía el periodo de adaptación concedido a las entidades financieras tanto por la Ley 47/2007 como por el Real Decreto 217/2008. La aplicabilidad de la normativa MIFID contenida en las mismas dependerá de la eficacia

que se quiera otorgar a las disposiciones transitoria primera y final cuarta de las referidas normas.

- Desde el 21 de junio de 2008, fecha en la que es indubitado que el referido régimen normativo es aplicable.

III. LA APLICACIÓN DE LA LMV A LAS PERMUTAS FINANCIERAS

Los swaps son objeto de una regulación fragmentada, dispersa y carente de unidad sistemática, que se ocupa únicamente de algunos aspectos sectoriales del contrato⁵⁷. Por si la aludida situación no fuera suficientemente comprometida, esta se agravó profundamente al cuestionarse desde varios sectores el régimen que debía ser aplicable a su comercialización.

Al hilo de lo anterior, era necesario plantearse, como punto de partida, si la fase precontractual y contractual de estos productos estaba sometida a la LMV. La respuesta a esta cuestión se antojaba de suma importancia, puesto que si dicho texto no fuera de aplicación, ello conllevaría que las permutas financieras estuvieran exentas de los cánones de comercialización e información establecidos por la normativa MIFID. Y ello porque dicha regulación fue traspuesta mediante la modificación de la LMV introducida por la Ley 47/2007.

En un contexto como el anteriormente descrito, cierto sector doctrinal⁵⁸ se inclinó por considerar que no existía problema interpretativo alguna, dando por hecho que debía aplicarse la LMV. Tal posicionamiento se basaba fundamentalmente en el tenor de lo dispuesto en el artículo 2.2 del citado texto, que define el ámbito material de aplicación de la citada ley. En dicho precepto se cita expresamente a las permutas financieras. Este argumento ha sido esgrimido por varias sentencias⁵⁹ para aplicar la referida legislación sectorial a los swaps.

A favor de esta postura también se adujo que la calificación del swap como producto complejo evidenciaba la necesidad de aplicar la protección dispensada por la normativa MIFID. Este argumento gozó de gran aceptación entre nuestra jurisprudencia menor⁶⁰. Esta complejidad inherente asignada a los swap conllevaba que se presumiera que solo un determinado perfil de cliente, cual es el profesional financiero, tenía capacidad suficiente para entender el producto que estaba contratando⁶¹. Lo cual justificaría la aplicación de la LMV, contrarrestando, de acuerdo con lo postulado por sus defensores, la postura inicial de asimetría informativa sobre la permuta financiera. A su vez, otros pronunciamientos han alegado para aplicar esta regulación que el swap litigioso no forma parte de ningún producto financiero previo (SAP de Palencia, Sec. 1.ª, de 30 de junio de 2011), o incluso que este es un producto puro y simplemente especulativo (SAP de Madrid, Sec. 18.ª, de 6 de julio de 2011).

Desde otro punto de vista, de posición antagónica, se proponía como normativa en la que debe subsumirse la comercialización de este instrumento financiero aquella que regula la actividad específicamente bancaria⁶². Posiblemente, la causa subyacente de esta postura radicaba en evitar la observancia del elevadísimo rigor informativo al que se encuentran vinculadas las entidades oferentes de los swaps en virtud del Título VII de la LMV, tanto durante la fase precontractual como en la contractual. Este título, particularmente en sus artículos 79 bis y siguientes, ha establecido las obligaciones que deben cumplir las entidades financieras con sus clientes en la comercialización de estos productos⁶³. La interpretación aludida, si bien no fue mayoritaria, tuvo cierta influencia en algunas sentencias⁶⁴, por las razones que exponemos a continuación.

En primer lugar, esta corriente defendía que los swaps ni son propiamente valores ni suelen cotizar en mercados organizados, negociándose en mercados no organizados de derivados extrabursátiles —conocidos como «*over the counter*», o por sus siglas en inglés «OTC»⁶⁵—. Estos constituyen mercados más opacos y carentes de regulación⁶⁶. Por ello, en este último caso puede inferirse que no se están negociando en una plataforma con reglas específicas, al constituir una de sus características esenciales el hecho de que la contratación se lleva a cabo directamente entre dos partes, siendo ajena, por ende, a cualquier organismo regulador del mercado. Según la argumentación expuesta tal situación excluiría la aplicación de la LMV. Dicho enfoque ha sido sostenido por la SAP de Barcelona, Sec. 14.^a, de 16 de noviembre de 2012, que comentaba:

«Este producto, cuando se negocia particularmente, sin entrar en el mercado de valores, no está supervisado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores ni le es de aplicación la Ley que regula tales mercados».

Por otra parte, hemos de añadir que alguna resolución⁶⁷ ha calificado al contrato de permuta financiera como esencialmente bancario. Dicha circunstancia ha situado al swap *extramuros* de la legislación sobre el mercado de valores, si bien habría que precisar que quedaría sujeto a la normativa que regula la actividad bancaria. Lo anterior se fundamenta desde tres puntos de vista. El primero de ellos —perspectiva objetiva— se basa en entender que para la inclusión de un swap dentro del ámbito de la aludida legislación sectorial, este debe guardar relación con valores, divisas u otros instrumentos financieros derivados o medidas financieras que se puedan liquidar. El segundo —perspectiva subjetiva— analiza la naturaleza de la parte oferente del producto, excluyéndola del calificativo de «*empresa de inversión*», al haber actuado en el ámbito estrictamente bancario. Este criterio también se aplica en ocasiones al adquirente del swap, cuya intención al contratarlo era obtener una cobertura, en vez de invertir. Para finalizar, otro de los argumentos invocados ha sido la relación intrínseca que une a la permuta financiera (generalmente de tipo de interés) con el producto bancario al que da cobertura, resultando de aplicación la excepción contemplada en el artículo 79 quáter de la LMV.

Esta segunda postura ha sido defendida por los supervisores financieros, siendo prueba de ello la nota conjunta de 20 de abril de 2010 emitida por el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores⁶⁸. En ella se declaraban expresamente a favor de la aplicación a los swaps de la excepción contenida en el artículo 79 quáter de la LMV⁶⁹ cuando estos cumplieran una función de cobertura conforme a determinados requisitos establecidos en la mencionada nota⁷⁰. (Aunque esta excepción podría ser en principio aplicable a otros servicios de inversión que formen parte de un producto financiero que esté sometido a una regulación que imponga obligaciones similares a las entidades de crédito que los comercializan). En la defensa de esta postura han llegado a abogar por una inaplicación total de dicho texto respecto a los swaps que prestan cobertura a productos bancarios, excediendo (aparentemente) la exención de las obligaciones contenidas en los artículos 79 bis y ter de la LMV, tal y como disponía el precepto. De hecho, este posicionamiento de los organismos supervisores fue denunciado a la Autoridad Europea de Valores y Mercados. Lo cual ha desembocado en un requerimiento de rectificación del mencionado criterio establecido en la nota conjunta. No obstante, tanto el Banco de España como la CNMV parecen seguir reafirmando en su interpretación del citado artículo⁷¹.

Esta interpretación ha tenido cierta repercusión en la jurisprudencia⁷², llegando algún tribunal en sus sentencias a pronunciarse acerca del alcance de este informe conjunto. Así, alguna resolución ha invocado su valor normativo⁷³, si bien otras muchas han negado este parecer, ya fuera de un modo concluyente⁷⁴, o bien relativizando su valor, confiriéndole una influencia meramente orientativa⁷⁵.

Sentado lo anterior, conviene precisar que es mayoritaria la tesis que defiende que la comercialización de los swaps debe subsumirse en la legislación del mercado de valores⁷⁶. Consecuencia inmediata de la aplicación de esta norma, —caracterizada por las obligaciones de carácter informativo que consagra— es su íntima conexión con la doctrina de los vicios del consentimiento. Esta es alegada reiteradamente en las demandas presentadas en relación a este producto, puesto que el cliente minorista es un acreedor privilegiado de las obligaciones de información previstas por el Título VII de la LMV, relativo a las normas de conducta. Así dicha norma se convierte en la piedra angular para determinar el contenido de la *lex artis* que deben cumplir las entidades financieras en la comercialización de las permutas financieras⁷⁷. La contravención de este régimen podría comportar la nulidad del swap, y ello, no por la mera inobservancia de la norma imperativa al amparo del artículo 6.3 del Código Civil, sino por el error en que incurriría el cliente bancario al contratar el producto, desconociendo su propia naturaleza, así como los riesgos asociados que puede conllevar. En este sentido se ha pronunciado, entre otros, el ATS, Sala 1.^a, de 14 de octubre de 2014.

Esta cuestión parece haberse resuelto de forma definitiva a favor de la inaplicación de la excepción contemplada en el artículo 79 quáter, mediante las STJUE de 30 de mayo de 2013 y la SAN de 15 de julio de 2013, que son objeto de análisis en este artículo. Máxime cuando el legislador ha querido sumarse a este enfoque, modificando su dicción⁷⁸. (Lo que no implica que esa nueva redacción se aplique de manera automática en todos los pleitos en los que suscite esta cuestión, ya que ello dependerá de la fecha de celebración del contrato litigioso). Así, el tenor literal del artículo 79 quáter de la LMV ha sido, finalmente, sustituido por la disposición final 1.20 de la Ley 10/2014. Su contenido pasa a ser el siguiente:

«Las obligaciones de información y registro contempladas en los artículos 79 bis y 79 ter anteriores serán de aplicación a los servicios de inversión que se ofrezcan como parte de otros productos financieros, sin perjuicio de la aplicación a estos últimos de su normativa específica, especialmente aquella relacionada con la valoración de los riesgos y los requisitos de información a suministrar a los clientes».

1. COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, SALA CUARTA, DE 30 DE MAYO DE 2013

A. Cuestiones planteadas

Esta resolución resuelve una petición de decisión prejudicial⁷⁹, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Madrid, mediante auto de 14 de noviembre de 2011. En ella se solicitaba al Tribunal Europeo que llevara a cabo una interpretación de los artículos 4, apartado 1, número 4, y 19, apartados 4, 5 y 9 de la Directiva 2004/39, con motivo de dirimir conforme al Derecho de la Unión Europea dos pleitos que se tramitaban en ese mismo juzgado. El denominador común en ambos litigios era un contrato de permuta financiera, cuya causa alegada para su formalización había sido, tal y como sugiere el auto

originario de la petición, proteger a las mercantiles demandantes frente a las variaciones del Euribor⁸⁰, en relación con la financiación que habían contratado.

Las cuestiones prejudiciales⁸¹ que formuló el Juzgado de Primera Instancia en su auto son cinco⁸², si bien para nuestro caso únicamente revisten relevancia las dos siguientes, formuladas, respectivamente, como cuestión cuarta y quinta:

1. *El hecho que una entidad de crédito ofrezca un instrumento financiero complejo vinculado a otros productos de financiación, ¿es causa suficiente para excluir la aplicación de las obligaciones de formular los test de idoneidad y conveniencia que prevé el artículo 19 de la Directiva MIFID y que la entidad de inversión debe de hacer a un inversor minorista?*
2. *Para poder excluir la aplicación de las obligaciones establecidas el artículo 19.9 de la Directiva MIFID, ¿es preciso que el producto financiero al que esté vinculado el instrumento financiero ofrecido esté sometido a estándares de protección del inversor similares a los exigidos en la citada Directiva?*

B. Hechos probados

En cuanto a los fundamentos fácticos, la sentencia es concisa, al estar conociendo el tribunal de una cuestión de derecho. Empero, ello no es óbice para una satisfactoria comprensión de la metodología jurídica seguida por el TJUE. Y ello porque el sustrato fáctico, además de ser relativamente irrelevante para el estudio jurídico realizado en este trabajo, es similar en ambos litigios. A mayor abundamiento, el enfoque propuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es sustancialmente jurídico, resultando a la sazón idéntico para ambos procedimientos.

En el primero de los pleitos, la demandante concertó su contrato de permuta financiera el 16 de septiembre de 2008, sin haber probado la entidad oferente que la sociedad adquirente del swap hubiera sido objeto de las evaluaciones establecidas en los apartados 4 y 5 del artículo 19 de la Directiva 2004/39 —contenido que se transpuso en los apartados 6 y 7 del artículo 79 bis de la LMV—.

Lo mismo cabe decir respecto a la formalización del contrato de swap por la otra mercantil actora, añadiendo en este caso que la misma se llevó a cabo por vía telefónica⁸³.

En ambos supuestos, se parte de la premisa de que se había prestado un servicio de inversión que parecía estar ligado a una operación bancaria de activo.

C) Razonamiento del Tribunal

Respecto a la respuesta dispensada a las cuestiones cuarta y la quinta, cuya formulación ya fue expuesta⁸⁴, el TJUE parte de la premisa de que el artículo 19 de la Directiva 2004/39/CE prevé dos situaciones de excepción.

La primera de ellas, —apartado sexto del citado precepto— disciplina que no se precisa evaluación alguna para la prestación de determinados servicios de inversión relativos a los instrumentos financieros no complejos. Esta excepción no podría aplicarse a los IRS objeto de la cuestión de decisión prejudicial, ya que, de acuerdo con el Tribunal requerido, estos no están incluidos entre los productos no complejos, y a *sensu contrario*, deben ser calificados como complejos.

En esta misma línea interpretativa —y con la única salvedad de citar los preceptos aludidos en su versión doméstica, es decir, en la LMV— se posicionan la gran mayoría de nuestras Audiencias Provinciales. Así, tanto las sentencias anteriores al pronunciamiento europeo analizado⁸⁵, como las dictadas con posterioridad al mismo⁸⁶, vienen a afirmar el carácter complejo del producto siguiendo un razonamiento idéntico al que realiza el TJUE. Es decir, que el actual artículo 79 bis.8.a) i.f. de la Ley del Mercado de Valores, por referencia al precepto 2.2 de este texto, califica a las permutas financieras (y a los demás «derivados financieros») como «productos complejos», por contraposición con los «productos no complejos».

Prosigue el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con la segunda situación de excepción. Esta se regula en el artículo 19.9 de la citada Directiva y es la que más nos interesa a efectos de este estudio, puesto que dicho precepto quedó transpuesto en el artículo 79 quáter LMV. En este punto, el TJUE, analizando conjuntamente ambas cuestiones, establece que la referida excepción debe ser interpretada de un modo estricto y riguroso, tanto por suponer una excepción al sistema de evaluaciones consagrado en el resto del artículo 19 de la Directiva, como por la propia ubicación sistemática de este. A mayor abundamiento, si nos atenemos a la rúbrica de la sección 2, que figura dentro del título II, capítulo II del citado texto europeo, podemos inferir que dichas evaluaciones pretenden garantizar la protección de los inversores.

Adicionalmente, el artículo 19.9 de la Directiva exige que el servicio de inversión «se ofrezca» como parte de un producto financiero, siempre que este último esté sometido a legislación europea o a estándares europeos comunes para entidades de crédito, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información⁸⁷.

En este sentido, y en cuanto al primero de los requisitos establecidos para dar plena aplicabilidad a la excepción contenida en nuestro precepto de referencia (que se ofrezca como parte de un producto financiero), el TJUE estima que solo se cumple cuando el servicio de inversión —swap en el caso que nos ocupa— forma parte de ese producto en el momento en que este se ofrece al cliente, si bien la última palabra la tiene el tribunal remitente⁸⁸. Empero, y sin perjuicio de que la potestad para establecer los hechos a enjuiciar es competencia exclusiva del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Madrid, el Tribunal de Justicia precisa una serie de indicaciones al órgano jurisdiccional remitente, que pueden servir para orientarle de cara a discernir el grado de vinculación del swap con el producto financiero. Estas pautas se revelan a la postre como una suerte de indicios que tienden a desligar ambos contratos. Entre ellos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea destaca, en primer lugar, su diferente duración, considerando que no existe vinculación entre ambos productos cuando el swap tiene un periodo de vigencia mayor que el del producto bancario al que se pretende anudar⁸⁹. En segundo lugar, se establece como circunstancia a considerar el hecho de que un instrumento financiero único (como el swap) se aplique a distintos productos financieros ofrecidos al mismo cliente (préstamos, inversiones, etc.)⁹⁰. Seguidamente, a través de una regla de carácter puramente tangible o material, el TJUE entiende que el IRS no se encuentra ligado al producto bancario cuando ambos quedan plasmados en diferentes contratos⁹¹. Para finalizar, el TJUE señala que un servicio de inversión (como la permuta financiera) puede formar parte intrínseca de un producto financiero (como el préstamo) a pesar de la distinta naturaleza de uno y otro producto⁹².

En relación con la segunda de las condiciones necesarias para aplicar la excepción (que el producto financiero del que forma parte el servicio financiero

esté sujeto a una normativa con requisitos equivalentes en cuanto a valoración de riesgos de los clientes o de suministro de información), el TJUE se pronuncia con cierta tibieza. Así, la sentencia evita declarar la inexistencia de la normativa prevista e invocada por el artículo 19.9 de la Directiva. Aunque esta sí enuncia la orientación y finalidad que esta ha de perseguir: debe en todo caso referirse a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información⁹³. Sin perjuicio de lo anterior, parece dejar cierto margen al legislador europeo, puesto que admite la vinculación entre ambos a pesar de la diferente naturaleza del servicio de inversión y el producto al que estaría ligado. Lo cual permitiría respecto a este último un régimen que, si bien no se debe apartar de la antedicha finalidad, sí puede ser distinto. Por lo tanto, habrá de seguirse con especial atención la evolución del Derecho de la Unión Europea en tan sensible materia.

Pero el Tribunal Europeo también se pronuncia acerca de una cuestión prejudicial que no es ajena a la temática que estamos tratando. Sintetizando brevemente sus conclusiones al respecto, podemos afirmar que, en relación a la pregunta acerca de si el hecho de ofrecer un contrato de permuta financiera a un cliente para cubrir el riesgo de variación del tipo de interés constituye o no una relación o servicio de asesoramiento —a los efectos de la interpretación del artículo 4.1.4.º de la Directiva 2004/39—, el TJUE se remite, al conceptualizar tal servicio, a las definiciones legales existentes⁹⁴. A este respecto concluye finalmente que lo verdaderamente relevante a los efectos de calificar como un servicio de asesoramiento en materia de inversión depende, en esencia, de la forma en que este es ofrecido al cliente. Como consecuencia de ello descarta expresamente, como elemento decisivo, su propia naturaleza. Siguiendo este criterio interpretativo, el Tribunal responde a la cuestión manteniendo que el hecho de ofrecer un swap a un cliente, con la finalidad de cubrir el riesgo que suscita la variación del tipo de interés constituye, efectivamente, un servicio de asesoramiento, siempre que dicha recomendación se base en las circunstancias personales del cliente o se le presente como conveniente, y que no se haya divulgado exclusivamente mediante canales de distribución⁹⁵.

La importancia de esta sentencia y de la doctrina que contiene⁹⁶, al ayudar esta a esclarecer la cuestión que estamos tratando, radica en la fuerza vinculante con la que se revisten los pronunciamientos del TJUE cuando responden a cuestiones prejudiciales. Así, todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros quedan desde esta resolución obligados a interpretar según el criterio expuesto las cuestiones formuladas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Madrid⁹⁷.

Consecuentemente, según el referido pronunciamiento parece que hay que concluir que generalmente la excepción contemplada en el artículo 79 quáter no resultará de aplicación, puesto que según el criterio establecido en esta sentencia el servicio de inversión (habitualmente un swap) no formará parte del producto financiero (usualmente un préstamo), el cual además habitualmente no estará sujeto a un régimen similar respecto a la valoración de riesgos de los clientes o de suministro de información.

2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, DE 15 DE JULIO DE 2013

A. *Antecedentes*

La parte actora, que es una conocida asociación de afectados por productos financieros, interpone un recurso contencioso-administrativo contra el artículo

24 de la Orden EHA/2899/2011⁹⁸. Se solicitaba su nulidad de pleno derecho por entender que vulneraba lo dispuesto en los artículos 79 bis y siguientes de la LMV, al desplazar mediante la creación de un régimen jurídico propio y de menor protección al establecido en los citados preceptos respecto a la protección de los clientes cuando contratan instrumentos financieros complejos. A su vez, se sostenía que el precepto 79 quáter de la LMV no exceptonaba las obligaciones de información contenidas en el citado artículo 79 bis. Por su parte, la Abogacía del Estado estimaba que las permutas financieras ofrecidas como coberturas de tipos de interés están en principio sujetas a la LMV. Además, también argumentaba que el artículo 79 bis de la LMV no era aplicable en virtud de la excepción prevista en el precepto 79 quáter. Como consecuencia de lo anterior, se postulaba que no se desplazaba ningún régimen de protección, sino que realmente se completaba la normativa bancaria que regulaba esta materia⁹⁹.

Por lo específico de la temática tratada, se hace ineludible reseñar que en este caso, al igual que ocurriera con la STJUE comentada anteriormente¹⁰⁰, la resolución que se analiza hace referencia a un tipo de swap determinado, como es el de tipos de interés que se encuentra vinculado a un producto financiero.

En definitiva, en este litigio se trata de dilucidar si, a través del artículo 79 quáter puede constituirse una regulación distinta, con los efectos que ello conllevaría —creación *ex novo*, y por una norma inferior en rango, de un sistema más benévolo o, cuando menos diferente, respecto a los deberes de información que debe suministrar la entidad financiera durante la fase precontractual y contractual de este tipo de swaps.

B. Criterio sostenido por la Sala

A estos efectos¹⁰¹ resulta pertinente recordar que el artículo 24 de la Orden dispone:

«Información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés.

1. En relación con cualquier sistema de cobertura de tipo de interés que se comercialice vinculado a un préstamo concedido por la propia entidad y, especialmente, aquellos a los que se refiere la obligación establecida para las entidades de crédito en el artículo 19.2 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, se informará al cliente de:

- a) La naturaleza del instrumento de cobertura, si se trata de un límite al alza del tipo de interés, o si se trata de otro tipo de instrumento de cobertura ya sea porque el límite al alza vaya acompañado de un límite a la baja, o por cualquier otra característica, en cuyo caso se indicará expresamente que el producto no se limita a proteger al cliente frente al alza de tipos.
- b) Su duración y, en su caso, las condiciones para su prórroga o renovación.
- c) En función de la naturaleza del instrumento, si fuera el caso:
 - 1.º la obligatoriedad del pago de una prima, y su importe;
 - 2.º las potenciales liquidaciones periódicas del instrumento, producto o sistema de cobertura, teniendo en cuenta diversos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia, destacando la posibilidad de que las mismas pueden ser negativas;

3.º la metodología de cálculo del coste asociado a una cancelación anticipada, con referencia a distintos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia.

d) Y otras características del instrumento, producto o sistema de cobertura que pudiera establecer el Banco de España.

2. La información a la que se refiere el apartado anterior se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada.

3. No será necesario, a efectos de la aplicación de lo previsto en este artículo, que en la contratación del sistema de cobertura se produzca una vinculación expresa y formal con el préstamo, siendo suficiente que las partes reconozcan expresamente en dicha contratación que el sistema de cobertura se contrata con esa finalidad respecto de aquel.

Dicha finalidad no podrá observarse, en ningún caso, cuando el importe notional de la cobertura supere al del préstamo que pretende cubrir. Por el contrario, sí será posible observarla aun cuando el plazo del sistema de cobertura sea superior al del préstamo, siempre que este sea renovable y su no renovación suponga la cancelación del sistema de cobertura sin coste para el cliente».

Al analizar dicho texto, la Audiencia Nacional indica que la calificación de «adicional» efectuada en el propio título del precepto respecto a la información regulada en el reproducido artículo¹⁰² es relevante, por cuanto lo que está haciendo el legislador es añadir una serie de obligaciones de información a las ya definidas en el artículo 79 bis LMV. O lo que es lo mismo, la referida Orden contempla un régimen complementario (y no substitutivo) del establecido por la normativa MIFID¹⁰³.

El Tribunal, por otra parte, aprecia que no existe ningún indicio del que se pueda desprender que la Orden ministerial impugnada se fundamente en la excepción contenida en el artículo 79 quáter LMV, ni en la recogida por el artículo 19.9 de la Directiva MIFID¹⁰⁴.

A continuación, se declara probada la inexistencia de legislación o de estándares europeos comunes relativos a la valoración de riesgos y a los requisitos de información al cliente en un supuesto de hecho como el planteado¹⁰⁵ —ofrecimiento del swap como parte de un producto financiero, dando la Sala con ello un paso más que la sentencia del TJUE comentada¹⁰⁶.

En consecuencia, la Audiencia Nacional tras realizar un estudio del precepto objeto del litigio concluye que este no pretende en ningún caso establecer un régimen diferenciado en cuanto a las obligaciones de información que, durante la fase prenegocial, deben cumplir las entidades financieras *ex* artículo 79 bis LMV.

El enfoque de la sentencia respecto a lo anterior puede resumirse a través de su párrafo más ilustrativo en este punto:

«En conclusión, el artículo 24 de la orden ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, cuando regula la «información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés» lo hace, tal y como expresa la norma literalmente, de modo adicional, es decir, sin excluir el deber de observancia y cumplimiento de las obligaciones de información previstas en el artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores, a las que no desplaza, sino que se adiciona o agrega»¹⁰⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, la sentencia no descuida juzgar de acuerdo a las pretensiones formuladas por las partes. En esta tesitura, la Sala resuelve acerca de una situación hipotética en la que, de acuerdo con los argumentos expresados por las partes, la Orden impugnada efectivamente estableciera un régimen para el cliente de servicios de inversión —con sus correlativas obligaciones— distinto al perfeccionado por la normativa MIFID, en el determinado supuesto de que el mismo hubiera sido ofrecido como parte de un producto financiero¹⁰⁸.

En un contexto como el anteriormente descrito, la Sala estima que no podría excepcionarse el régimen general aplicable contenido en el precepto 79 bis de la LMV mediante una regulación de rango inferior. Ilustrativamente el pronunciamiento analizado formula la siguiente reflexión:

«La referida alegación no puede sostenerse, porque no es suficiente una norma nacional interna para excepcionar la aplicación del régimen general de información previsto en el artículo 79 bis) de la Ley del Mercado de Valores, sino que es necesario “legislación de la Unión Europea y normas europeas comunes” que prevean, establezcan y regulen dicha excepción, tal y como se desprende de los preceptos más arriba citados y de la referida sentencia del Tribunal de Justicia... es decir, la excepción admitida pero simplemente prevista en el artículo 19.9 de la Directiva 2004/39/CE, necesita de otras normas que sean precisamente “legislación de la Unión Europea y normas europeas comunes”, para que pueda existir el grupo normativo que dé virtualidad a aquella y que permita “una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate, para que este servicio deje de estar sujeto a las obligaciones enunciadas en dicho artículo 19”, tal y como declara la citada sentencia del Tribunal de Justicia»¹⁰⁹.

En definitiva, esta sentencia confirma en el ordenamiento interno lo que anteriormente preconizó el TJUE y, además de señalar aplicable el régimen MIFID, no excluye, en ningún caso, la plena vigencia del artículo impugnado, en la medida en que sea compatible con aquel, al constituir sus obligaciones una mera adición y no sustitución de la comentada normativa.

IV. CONCLUSIONES

I. La regulación MIFID no tiene efecto directo, siendo plenamente exigible a las entidades financieras a partir del 21 de junio de 2008.

Como bien es sabido, la normativa MIFID está compuesta por dos directivas y un reglamento. Ello supone que haya hasta 8 fechas relevantes en relación a su aplicación temporal: a) la fecha de entrada en vigor de cada una de las directivas (30 de abril de 2004 y 22 de septiembre de 2006), b) la finalización del plazo de transposición de las mismas (30 de abril de 2006 y de 31 de enero de 2007), c) cuando los Estados miembros deben aplicar dichas disposiciones (1 de noviembre de 2007), d) el momento de entrada en vigor de la Ley y del Reglamento que las transponen al ordenamiento español (21 de diciembre de 2007 y 17 de febrero de 2008), d) la expiración del periodo de adaptación concedido por la regulación interna (21 de junio de 2008).

Como consecuencia de lo anterior, podrían postularse diversos momentos para su aplicación en España. Aunque para ello, hay que determinar previamente

si las mencionadas directivas pueden tener efecto directo y cuándo podría este empezar a surgir.

La regla general establecida por la jurisprudencia de los tribunales europeos es que no puede producirse ningún efecto directo hasta que el plazo para incorporar la regulación europea al ordenamiento nacional ha vencido. Por lo tanto, parece que las fechas de entrada en vigor de las directivas resultan irrelevantes.

No obstante, parece que otros dos de los requisitos impuestos por la referida jurisprudencia europea tampoco concurren. Por un lado, puede ser discutible que las directivas reconozcan un derecho claro y definido que pueda ser ejecutado. Por otro, lo que no parece existir en ningún caso es una relación vertical dentro de la cual se contemplen tales derechos. Por consiguiente, parece que hay que atender exclusivamente al derecho interno para determinar cuando la citada normativa es aplicable. Sin embargo, debemos resaltar que no faltan pronunciamientos judiciales, incluso del propio Tribunal Supremo, que conceden efecto directo a la referida regulación. No obstante, si hubiera que optar por algún momento relacionado con la regulación europea para otorgar tal efecto, parece más razonable atender a la fecha de aplicabilidad prevista en la Directiva 2006/73, ya que esta desarrolla el contenido de la primera directiva. Asimismo carecería de sentido aplicar dicha normativa antes del momento fijado por el propio legislador europeo.

El posicionamiento mayoritario parece decantarse por la solución contraria (no conceder efecto directo). Por lo tanto, siguiendo lo contemplado en la regulación interna (y más concretamente la disposición transitoria primera de la Ley 47/2007 y la disposición final cuarta del Real Decreto 217/2008), así como el criterio teleológico de interpretación establecido en el artículo 3.1 del Código Civil, parece que a partir del 21 de junio de 2008 es cuando puede considerarse plenamente exigible a las entidades financieras el cumplimiento de la normativa MIFID.

II. La LMV sí resulta aplicable a las permutas financieras

La postura mayoritaria de los tribunales españoles ha impuesto el criterio favorable a la aplicación de la LMV a las permutas financieras. En este sentido alguna sentencia de las Audiencias Provinciales ha mantenido el criterio opuesto, debido a falta de consideración del swap como un valor, la ausencia de cotización en mercados organizados o la discutible concurrencia de la condición de inversor o de empresa de servicios de inversión en las partes de la permuta financiera.

Sin embargo, tanto el Tribunal Supremo como el principal número de pronunciamientos de las Audiencias Provinciales estiman que tal regulación sí resulta aplicable. Principalmente por la alusión expresa del artículo 2.2 de la LMV a este tipo de contratos en relación con el ámbito de aplicación de la referida norma.

III. La excepción contemplada en el artículo 79 quáter de la LMV no impide la aplicación de la normativa MIFID cuando se contrata un swap con función de cobertura

Como hemos visto, la redacción del citado precepto ha suscitado un enriquecedor debate en el que se han alegado, desde ambas posturas, argumentos dotados de plena base jurídica. No obstante, parece que por ahora se ha impuesto la corriente que considera inaplicable el señalado artículo a las permutas financieras comercializadas como parte de un producto financiero. Prueba de ello es que, además de su reconocimiento jurisprudencial, tanto a nivel europeo como nacional a través de las sentencias estudiadas, el legislador ha modificado la dicción de este controvertido precepto en ese mismo sentido.

Esta interpretación parece que es definitiva, si nos acogemos a las más recientes resoluciones de nuestro Alto Tribunal (SSTS de 7 de julio de 2014, de 8

de julio de 2014 y de 20 de enero de 2014), que consolidan esta línea jurisprudencial. A este respecto, conviene reseñar que con anterioridad al fallo analizado del TJUE, ya se había establecido una doctrina similar por los tribunales españoles.

No obstante lo anterior, el pronunciamiento europeo parece haber encontrado cierta contestación desde alguna de las autoridades supervisoras, que todavía defiende la inaplicación del régimen MIFID a los swaps en los casos comentados. Así se pronunció por ejemplo el Banco de España en su Memoria del Servicio de Reclamaciones del ejercicio 2012, publicada el 5 de agosto de 2013. Si bien el impacto que esta haya podido generar (que siempre ha sido discutido por la jurisprudencia en relación con la nota conjunta de la CNMV y del Banco de España de 20 de abril de 2010), parece haber sido atemperado por el requerimiento de aplicar dicho régimen proveniente de la Autoridad Europea de Valores y Mercados, conocida como ESMA (acrónimo acorde con su denominación inglesa —*European Security and Markets Authority*—).

En cualquier caso, la aplicación de la normativa MIFID a las permutas financieras se ha impuesto, finalmente, no solo por la autoridad de los órganos que han recogido su enfoque (TJUE y AN), sino, sobre todo, por las razones que se han esgrimido (la aparente ausencia de regulación de estándares europeos comunes aplicables a la valoración de riesgos y a los requisitos de información cuando los swaps son ofrecidos como parte de un producto bancario).

Lo anterior no excluye que pueda existir dicha normativa en otros supuestos en los que resulte aplicable el citado artículo. En todo caso, y como ya advertimos, la STJUE de 30 de mayo de 2013 admite, *a priori*, que el régimen regulador del producto bancario sea distinto del establecido por los apartados cuarto y quinto del artículo 19 de la Directiva 2004/39, siempre que el mismo no se aparte de dicha finalidad.

V. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 4 de septiembre de 1974, as. 41/74, *Van Duyn c. Homme Office*
- STJUE de 5 de abril de 1979, as. 148/78, *Ministerio Publico c. Ratti*
- STJUE de 19 de enero de 1982, as. 8/81, *Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*
- STJUE de 26 de febrero de 1986, as. 152/84, *M. H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*
- STJUE de 11 de junio de 1987, as. 14/86, *Pretore de Saló*
- STJUE de 8 de octubre de 1987, as. 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*
- STJUE de 30 de mayo de 2013, as. C-604/11 *Genil 48, S.L., Comercial Hostelería de Grandes Vinos, S.L. c. Bankinter, S. A., Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A.*

PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL

- STS de 29 de marzo de 1994
- STS de 22 de diciembre de 2009
- STS de 12 de noviembre de 2010
- STS de 15 de noviembre de 2012

- STS de 21 de noviembre de 2012
- STS de 18 de abril de 2013
- STS de 20 de enero de 2014
- STS de 7 de julio de 2014
- STS de 8 de septiembre de 2014
- ATS de 14 de octubre de 2014

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL

- SAN de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 15 de julio de 2013

RESOLUCIONES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Asturias, Sec. 4ª, de 12 de noviembre de 2010
- SAP de Asturias, Sec. 7ª, de 16 de diciembre de 2010
- SAP de León, Sec. 2ª, de 21 de enero de 2011
- SAP de Ávila, Sec. 1ª, de 27 de enero de 2011
- SAP de Zaragoza, Sec. 5ª, de 28 de marzo de 2011
- SAP de Barcelona, Sec. 19ª, de 9 de mayo de 2011
- SAP de Pontevedra, Sec. 3ª, de 26 de mayo de 2011
- SAP de Álava, Sec. 1ª, de 6 de junio de 2011
- SAP de Palencia, Sec. 1ª, de 30 de junio de 2011
- SAP de Madrid, Sec. 18ª, de 6 de julio de 2011
- SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 11 de julio de 2011
- SAP de Asturias, Sec. 7ª, de 21 de octubre de 2011
- SAP de Ávila, Sec. 1ª, de 12 de enero de 2012
- SAP de Barcelona, Sec. 5ª, de 26 de enero de 2012
- SAP de Madrid, Sec. 10ª, de 7 de marzo de 2012
- SAP de Vizcaya, Sec. 5ª, de 19 de marzo de 2012
- SAP de Pontevedra, Sec. 1ª, de 29 de marzo de 2012
- SAP de Asturias, Sec. 7ª, de 30 de marzo de 2012
- SAP de Tenerife, Sec. 1ª, de 9 de mayo de 2012
- SAP de Barcelona, Sec. 14ª, de 10 de mayo de 2012
- SAP de Guipúzcoa, Sec. 3ª, de 11 de mayo de 2012
- SAP de Navarra, Sec. 1ª, de 29 de junio de 2012
- SAP de Álava, Sec. 1ª, de 18 de julio de 2012
- SAP de Sevilla, Sec. 6ª, de 18 de julio de 2012
- SAP de Barcelona, Sec. 1ª, de 25 de julio de 2012
- SAP de Zaragoza, Sec. 4ª, de 17 de septiembre de 2012
- SAP de las Islas Baleares, Sec. 3ª, de 17 de octubre de 2012
- SAP de Valencia, Sec. 9ª, de 31 de octubre de 2012
- SAP de Sevilla, Sec. 6ª, de 9 de noviembre de 2012
- SAP de Madrid, Sec. 10ª, de 14 de noviembre de 2012
- SAP de Barcelona, Sec. 14ª, de 16 de noviembre de 2012
- SAP de Cádiz, Sec. 5ª, de 21 de noviembre de 2012
- SAP de Barcelona, Sec. 11ª, de 20 de diciembre de 2012
- SAP de Madrid, Sec. 21ª, de 15 de enero de 2013
- SAP de Las Palmas, Sec. 5ª, de 19 de febrero de 2013
- SAP de La Coruña, Sec. 4ª, de 5 de marzo de 2013

- SAP de Albacete, Sec. 2ª, de 14 de marzo de 2013
- SAP de Las Palmas, Sec. 4ª, de 9 de abril de 2013
- SAP de Madrid, Sec. 13ª, de 6 de mayo de 2013
- SAP de Barcelona, Sec. 1ª, de 21 de mayo de 2013
- SAP de Madrid, Sec. 11ª, de 24 de mayo de 2013
- SAP de Lugo, Sec. 1ª, de 30 de julio de 2013
- SAP de Salamanca, Sec. 1ª, de 24 de septiembre de 2013
- SAP de Barcelona, Sec. 1ª, de 4 de noviembre de 2013
- SAP de Barcelona, Sec. 16ª, de 8 de octubre de 2013
- SAP de Huelva, Sec. 1ª, de 29 de noviembre de 2013
- SAP de La Rioja, Sec. 1ª, de 30 de diciembre de 2013
- SAP de Vizcaya, Sec. 3ª, de 30 de diciembre de 2013
- SAP de las Islas Baleares, Sec. 3ª, de 17 de febrero de 2014
- SAP de Tarragona, Sec. 3ª, de 18 de febrero de 2014
- SAP de La Rioja, Sec. 1ª, de 18 de febrero de 2014
- SAP de Tarragona, Sec. 3ª, de 25 de febrero de 2014
- SAP de Palencia, Sec. 1ª, de 11 de marzo de 2014
- SAP de Las Palmas, Sec. 4ª, de 25 de marzo de 2014
- SAP de Madrid, Sec. 21ª, de 3 de abril de 2014
- SAP de Barcelona, Sec. 11ª, de 10 de abril de 2014
- SAP de Oviedo, Sec. 1ª, de 11 de abril de 2014
- SAP de Lugo, Sec. 1ª, de 15 de abril de 2014
- SAP de Gerona, Sec. 1ª, de 6 de junio de 2014
- SAP de Madrid, Sec. 19ª, de 11 de junio de 2014
- SAP de Vizcaya, Sec. 3ª, de 18 de junio de 2014
- SAP de Madrid, Sec. 14ª, de 30 de junio de 2014
- SAP de Barcelona, Sec. 16ª, de 17 de julio de 2014

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2011). *Compendio de Derecho Civil*, 14ª ed., Edisofer, Madrid.
- EZRACHI, A. (2014). *EU Competition Law*, Hart Publishing, Oxford.
- GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos swap en la jurisprudencia*, Eolas, León.
- HARTLEY, T. C. (2003). *The foundations of European community Law*, 5.ª ed., Oxford University Press, Oxford.
- J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación mercantil*, V. 7º, 15ª 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 marzo 2011, Año XXXII.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (2010) *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª ed., Anaya, Madrid.
- MARÍN NARROS, H. D. (2013). Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad sobre los swaps, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737.
- 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.

- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. (dirs.) (2014). *Leciones de Derecho Mercantil*, V. II, ed. 12ª, Civitas, Madrid.
- MORALES MORENO, A. M. (2013). Permuta financiera de intereses (swap), deberes de información, error e indemnización. Reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de noviembre de 2012, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 289/2013.
- PULIDO BEGINES, J. L. (2013). El deber de las entidades financieras de informar al cliente: la normativa MiFID, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 130 (BIB 2013\14442).
- REDONDO TRIGO, F. (2011). La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723.
- RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E. (2013). Los swaps también han de cumplir la directiva MIFID: STJUE 30 de mayo de 2013, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2013 (BIB 2013, 1950).
- VEGA VEGA, J. A. (2002). *El Contrato de Permuta Financiera (Swap)*, Aranzadi, Cizur Menor.
- ZAMORANO ROLDÁN, S. (2003). *El contrato de swap como instrumento financiero derivado*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.
- ZUNZUNEGUI PASTOR, F. (coord.) (2012). *Derecho bancario y bursátil*, 2ª ed., Colex, Madrid.

NOTAS

¹ MIFID es el acrónimo de *Markets in Financial Instruments Directive*, que puede traducirse al castellano como Directiva del mercado de instrumentos financieros.

² Formada 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 2006/93*) 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 (que se referenciará en este trabajo como *Reglamento 1287/2006*). Aunque el citado reglamento no regula ninguna de las cuestiones de la normativa que suele ser objeto de controversia en esta clase de litigios. Por esa razón y su efecto directo, esta norma no es analizada en este trabajo a la hora de estudiar la aplicación temporal de la regulación MIFID. Vid. http://ec.europa.eu/finance/securities/isd/mifid/index_en.htm y <http://www.bancocaminos.es/BCGeneral/descargas/637932/Que-es-MiFID.pdf>, consultadas el 30 de enero de 2015 a las 12:00.

³ Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. En lo sucesivo aludida como *Ley 47/2007*. De hecho, la disposición final segunda de la citada Ley alude a esta incorporación del Derecho de la Unión Europea.

⁴ Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. En adelante referida como *LMV* o *Ley de Mercado de Valores*.

⁵ 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 citará como *Real Decreto 217/2008*.

⁶ Cfr. MARÍN NARROS, H. D. (2013). Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad sobre los swaps, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, respecto a ambas cuestiones.

⁷ Cfr. SSAP de Salamanca, Sec. 1ª, de 24 de septiembre de 2013, de Barcelona, Sec. 16ª, de 8 de octubre de 2013, de la Rioja, Sec. 1ª, de 30 de diciembre de 2013, GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos swap en la jurisprudencia*, Eolas, León, pp. 35 y sigs., MARÍN NARROS, H. D., *op. cit.*

⁸ También conocidos como IRS (siglas que corresponden a *interest rate swap*, es decir, swap de tipos de interés), *cuota segura*, *cobertura de tipos*, *intercambio de cuotas*, o más habitualmente *permuta financiera*. Cfr. SSAP de Sevilla, Sec. 6ª, de 9 de noviembre de 2012, de Madrid, Sec. 10ª, de 14 de noviembre de 2012, de Las Palmas, Sec. 5ª, de 19 de febrero de 2013, de Albacete, Sec. 2ª, de 14 de marzo 2013, de Huelva, Sec. 1ª, de 29 de noviembre de 2013, entre otras muchas. Para más información sobre este tipo de swap *vid.* VEGA VEGA, J. A. (2002). *El Contrato de Permuta Financiera (Swap)*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 95 y 96, J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación mercantil*, V. 7ª, 15ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pp. 172-174.

⁹ El citado artículo en su redacción actual, tras la reforma introducida por la disposición final quinta de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (en lo sucesivo Ley 10/2014), dispone:

«1. Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original.

2. Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés, siempre que este resulte adecuado para el cliente, de conformidad con lo establecido en el artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Las características de dicho instrumento, producto o sistema de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictadas al amparo de lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

Lo dispuesto en este apartado será de aplicación a las ofertas vinculantes previstas en el artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios». En la anterior redacción, que es la aplicable a la mayoría de los pleitos sobre swaps debido a la fecha de conclusión de la permuta financiera, el primer párrafo del segundo apartado establecía: *Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés.*

¹⁰ Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica. Referida en adelante como Ley 36/2003. Dentro de las sentencias que han tratado esta cuestión se pueden citar las SSAP de Palencia, Sec. 1ª, de 11 de marzo de 2014, de Madrid, Sec. 21ª, de 3 de abril de 2014, de Girona, Sec. 1ª, de 6 de junio de 2014 y de Vizcaya, Sec. 3ª, de 18 de junio de 2014.

¹¹ Que parece que deberían limitarse a las sanciones previstas en la Ley 10/2014, debido a la naturaleza del incumplimiento (falta de ofrecimiento o inadecuado ofrecimiento de un producto como cobertura de tipos de interés). Todo ello sin perjuicio de las posibles consecuencias civiles, como los potenciales errores en la contratación o dolos que pudieran producirse por el mencionado incumplimiento normativo.

¹² Todas las sentencias han sido referenciadas respecto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puesto que esta es la denominación que le corresponde tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Cfr. EZRACHI, A. (2014) *EU Competition Law*, 4ª ed., Hart Publishing, Oxford, en la sección *nature of the book*.

¹³ Cfr. SSAP de Barcelona, Sec. 14ª, de 28 de junio de 2013, de Madrid, Sec. 19ª, de 3 de marzo de 2014, de Lérida, Sec. 2ª, de 13 de marzo de 2014, de León, Sec. 2ª, de 29 de abril de 2014 y STS de 20 de enero de 2014, entre otras muchas.

¹⁴ Cfr. RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E. (2013). Los swaps también han de cumplir la directiva MIFID: STJUE 30 de mayo de 2013, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2013 (BIB 2013, 1950).

¹⁵ *Vid. infra* apartados II.2 y III.

¹⁶ Dicho contraste es especialmente apreciable en las SSTS de 18 de abril de 2013 y de 8 de septiembre de 2014.

¹⁷ Nota conjunta de la CNMV y del Banco de España de 20 de abril de 2010 sobre delimitación de competencias de la CNMV y del Banco de España en relación con la supervisión y resolución de las reclamaciones que afectan a instrumentos o productos financieros derivados de cobertura disponible en <http://www.cnmv.es/DocPortalInv%5CNovedades%5CES-delimitacion.pdf>, consultada el 18 de enero de 2015 a las 19:04.

¹⁸ 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, GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, pp. 35 y sigs., MORALES MORENO, A. M. (2013). Permuta financiera de intereses (swap), deberes de información, error e indemnización. Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de noviembre de 2012, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 289/2013.

¹⁹ Cfr. SSAP de Barcelona, Sec. 1ª, de 25 de julio de 2012, de Lugo, Sec. 1ª, de 30 de julio de 2013 y de las Islas Baleares, Sec. 3ª, de 17 de febrero de 2014.

²⁰ Cfr. SSTS de 29 de marzo de 1994, de 12 de noviembre de 2010 y de 21 de noviembre de 2012, entre otras muchas.

²¹ Cfr. SSAP de Navarra, Sec. 1ª, de 29 de junio de 2012, de Cádiz, Sec. 5ª, de 21 de noviembre de 2012, de Barcelona, Sec. 1ª, de 4 de noviembre de 2013 y de Lugo, Sec. 1ª, de 15 de abril de 2014. Aunque también se han producido pronunciamientos en sentido contrario, como la STS de 22 de diciembre de 2009 y las SSAP de Zaragoza, Sec. 5ª, de 28 de marzo de 2011, de Barcelona, Sec. 5ª, de 26 de enero de 2012, de Pontevedra, Sec. 1ª, de 29 de marzo de 2012 y de Oviedo, Sec. 1ª, de 11 de abril de 2014.

²² Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios. En lo sucesivo, denominado como «*Real Decreto 629/1993*».

²³ Así, el artículo 72 de la Directiva 2004/39 establece que la referida norma entra en vigor el día de su publicación. Y la citada directiva se publicó el 30 de abril de 2004 en el Diario Oficial de Unión Europea (DOUE L 145). Así también viene indicado en la propia página web de la Unión Europea, http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/single_market_services/financial_services_general_framework/124036e_es.htm, consultada el 19 de enero de 2015 a las 17:47. Sin embargo, las referencias a su entrada en vigor suelen contener errores, como sucede en la SAP de Barcelona, Sec. 16ª, de 17 de julio de 2014.

²⁴ Cfr. artículo 54 de la Directiva 2006/73, que fija su entrada en vigor a los 20 días de la publicación de la norma (que tuvo lugar en el DOUE L 241 de 2 de septiembre de 2006).

²⁵ Conforme al texto disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32004L0039> (consultada el 25 de enero de 2015 a las 22:50), que alude a un periodo de 24 meses desde su transposición en su artículo 70. Sin embargo, en otros sitios de la web de la propia Unión Europea se indica como fecha de finalización del periodo de transposición el 31 de enero de 2007. Lo cual es coherente con lo establecido en la segunda directiva del año 2006. En este artículo se parte de la fecha establecida en el propio texto de la Directiva publicado en el DOUE.

²⁶ Cfr. artículo 53.1 de la citada directiva. Fecha que también es confirmada por la propia página web de la Unión Europea (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:32006L0073>), consultada el 19 de enero de 2015.

²⁷ A este respecto debe resaltarse la aparente contradicción o descuido del legislador europeo, ya que el Reglamento 1287/2006 se debía aplicar a partir del 1 de junio de 2007 según su artículo 54.

²⁸ De hecho en sus artículos se hace referencia expresa al precepto que se desarrolla de la directiva del año 2004 y además tal función de especificación viene expresamente señalada en su Exposición de Motivos.

²⁹ Cfr. artículos 29 y sigs. de la Directiva 2006/73.

³⁰ Cfr. artículo 35 de la Directiva 2006/73.

³¹ Cfr. artículo 36 de la Directiva 2006/73.

³² *Vid.* Ley 47/2007.

³³ *Vid.* Real Decreto 217/2008.

³⁴ Cfr. SSAP de Barcelona, Sec. 19ª, de 9 de mayo de 2011, de Álava, Sec. 1ª, de 6 de junio de 2011, de Álava, Sec. 1ª, de 18 de julio de 2012 y de Las Palmas, Sec. 4ª, de 25 de marzo de 2014. En sentido contrario se pueden citar las SSAP de Ávila, Sec. 1ª, de 27 de enero de 2011 y de 12 de enero de 2012.

³⁵ Por ejemplo la STS de 18 de abril de 2013, que resuelve un caso relativo a participaciones preferentes. Para más información sobre la doctrina contenida en esa sentencia *vid.* 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, pp. 83 y sigs. Con un pronunciamiento opuesto, cfr. STS de 8 de septiembre de 2014.

³⁶ Cfr. STJUE de 4 de septiembre de 1974, as. 41/74, *Van Duyn c. Homme Office*.

³⁷ Cfr. artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. (2010). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6ª ed., Anaya, Madrid, p. 373; HARTLEY, T. C. (2003). *The foundations of European community Law*, 5ª ed., Oxford University Press, Oxford, pp. 206 y sigs.

³⁸ Cfr. SSTJUE de 5 de abril de 1979, as. 148/78, *Ministerio Publico c. Ratti* y de 19 de enero de 1982, as. 8/81, *Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*.

³⁹ Aunque había varios aspectos polémicos sobre este elemento informativo, podría decirse que la controversia se ha centrado en la obligación de suministrar previsiones sobre el comportamiento futuro del tipo de interés. Así ha habido pronunciamientos jurisprudenciales (como las SSAP de Asturias, Sec. 4ª, de 12 de noviembre de 2010, de Guipúzcoa, Sec. 3ª, de 11 de mayo de 2012 y de Álava, Sec. 1ª, de 18 de julio de 2012) y doctrinales (GARCÍA ÁNGULO, B. L., *op. cit.*, pp. 98 y sigs.) que han estimado que sí hay que informar sobre ello, mientras otras sentencias (SSAP de Pontevedra, Sec. 3ª, de 26 de mayo de 2011, de Valencia, Sec. 9ª, de 11 de julio de 2011 y de Vizcaya, Sec. 5ª, de 19 de marzo de 2012) y autores (MARÍN NARROS, H. D., *op. cit.*) han concluido lo contrario. Aunque esta problemática también puede constatararse respecto a otras cuestiones como el contenido y el correcto cumplimiento de los test MIFID. *Vid.* (RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E., *op. cit.*, PULIDO BEGINES, J. L. (2013). El deber de las entidades financieras de informar al cliente: la normativa MiFID» *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 130 (BIB 2013, 14442), MARÍN NARROS, H. D., *op. cit.*).

⁴⁰ Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en lo sucesivo *Orden EHA/2899/2011*, que clarifica en su artículo 24.1.c.2º que hay que informar al cliente de las potenciales liquidaciones periódicas del instrumento, producto o sistema de cobertura, teniendo en cuenta diversos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia, destacando la posibilidad de que las mismas pueden ser negativas. Lo cual con todo, tampoco parece ser del todo concluyente (aunque aparentemente se decanta por la existencia de tal deber) sobre la obligación de informar respecto a las previsiones del comportamiento futuro de los tipos de interés. Para una mayor información sobre esta norma, *vid.* J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. y DÍAZ MORENO, A. (coords.), *op. cit.*, pp. 54 y sigs.

⁴¹ A estos efectos se ha cuestionado la posible nulidad radical del contrato (Cfr. REDONDO TRIGO, F. (2011). La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723.

⁴² Cfr. SSTJUE de 26 de febrero de 1986, as. 152/84, *M. H. Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, de 11 de junio de 1987, as. 14/86, *Pretore de Saló* y de 8 de octubre de 1987, as. 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*.

⁴³ Una de las cláusulas controvertidas era precisamente la del coste de cancelación. Para mayor información sobre esta sentencia *vid.* MARÍN NARROS, H. D. y CÁRDENAS GÁLVEZ, F. J., *op. cit.*, pp. 151-160.

⁴⁴ En concreto, la Directiva 2004/39.

⁴⁵ Producto sujeto, al igual que los swaps, al régimen previsto por la regulación MIFID.

⁴⁶ Para sustentar esta posición, el Alto Tribunal invoca la STJUE de 8 de octubre de 1987, as. 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen*, en la que el TJUE establece que al aplicar su legis-

lación nacional, el órgano jurisdiccional de un Estado miembro, como es el caso que nos ocupa, está obligado a interpretar el ordenamiento interno a la luz del texto y del fin de la Directiva, para alcanzar el resultado contemplado por el párrafo 3 del artículo 189 del Tratado. No obstante, matiza que esa obligación no puede, por sí sola, determinar o agravar la responsabilidad penal de quienes la contravengan. A este respecto, cabría preguntarse si esta suerte de límite puede ser alegado igualmente para la legislación que regula la comercialización de los productos financieros.

⁴⁷ En particular esta sentencia indica: «Y, en segundo término, la evidencia de que los supuestos enjuiciados en los procesos no era, realmente, los mismos, como pone de relieve el hecho de que el contrato de gestión de riesgos financieros a que se refiere el recurso de casación hubiera sido celebrado en el año 2006, cuando no habían sido promulgadas las repetidas normas».

Es evidente que de no darse esa interpretación a la sentencia recurrida, la conclusión debería ser la que ha postulado la recurrente, dado que las normas a que se refiere el motivo habrían sido incorrectamente aplicadas».

⁴⁸ Fue publicada en el BOE núm. 304, de 20 de diciembre de 2007, pp. 52335-52384. Vid. <https://www.boe.es/boe/dias/2007/12/20/pdfs/A52335-52384.pdf>, consultada el 24 de enero de 2015 a las 23:02.

⁴⁹ Lo que supondría seguir el criterio interpretativo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil sobre la finalidad y el espíritu de las normas, atendiendo a lo dispuesto 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*, 14ª ed., Edisofer, Madrid, pp. 28-31.

⁵⁰ Que expresamente dispone: *La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado*.

⁵¹ Que a estos efectos indica: «1. Siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará este excluido del cómputo, el cual deberá empezar en el día siguiente; y si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes.

2. En el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles».

⁵² Es decir, 6 meses desde el 21 de diciembre de 2007, que es cuando la Ley 47/2007 entró en vigor.

⁵³ Cfr. SSAP de Las Palmas, Sec. 4ª, de 9 de abril de 2013, de Tarragona, Sec. 3ª, de 18 de febrero de 2014 y de Tarragona, Sec. 3ª, de 25 de febrero de 2014.

⁵⁴ Pronunciamiento de cierta relevancia que ha sido comentado por la doctrina. Vid. MARÍN NARROS, H. D. y CÁRDENAS GÁLVEZ, F. J., *op. cit.*, pp. 178-194.

⁵⁵ Excluyendo la relativa al Reglamento 1287/2006 por los motivos anteriormente expuestos.

⁵⁶ La citada norma se publicó en el BOE del 16 de febrero de 2008. Vid. <https://www.boe.es/boe/dias/2008/02/16/pdfs/A08706-08734.pdf>, consultada el 24 de enero de 2015 a las 23:00. Consecuentemente, conforme a su disposición final cuarta entraría en vigor el 17 de febrero de 2008.

⁵⁷ Vid. ZAMORANO ROLDÁN, S. (2003). *El contrato de swap como instrumento financiero derivado*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, p. 44, VEGA VEGA, J. A., *op. cit.*, pp. 83 y sigs.

⁵⁸ Vid. ZUNZUNEGUI PASTOR, F. (coord.) (2012). *Derecho bancario y bursátil*. 2ª ed, Colex, Madrid, p. 654 y GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, pp. 35-38.

⁵⁹ Cfr. SSAP de Tenerife, Sec. 1ª, de 9 de mayo de 2012, de la Rioja, Sec. 1ª, de 18 de febrero de 2014 y de Madrid, Sec. 19ª, de 11 de junio de 2014.

⁶⁰ Cfr. SSAP de Barcelona, Sec. 1ª, de 25 de julio de 2012, de Barcelona, Sec. 1ª, de 9 de noviembre de 2012, de Madrid, Sec. 21ª, de 15 de enero de 2013, de Barcelona, Sec. 1ª, de 21 de mayo de 2013, de Madrid, Sec. 13ª, de 6 de mayo de 2013 y de Madrid, Sec. 11ª, de 24 de mayo de 2013, entre otras muchas.

⁶¹ Cfr. ZUNZUNEGUI PASTOR, F. (coord.), *op. cit.*, p. 664.

⁶² Vid. RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E., *op. cit.*, MARÍN NARROS, H. D., *op. cit.*, SSAP de Madrid, Sec. 10ª, de 7 de marzo de 2012, de Asturias, Sec. 7ª, de 30 de marzo de 2012, de Barcelona, Sec. 14ª, de 10 de mayo de 2012. En esencia, el régimen normativo aplicable estaría compuesto por la Ley 36/2003; la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (norma derogada por la disposición derogatoria e) de la Ley 10/2014, de 26 de junio); la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, del Ministerio de Economía y Hacienda, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de entidades de crédito; la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, a Entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela; el derogado Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, por el que se establecen las normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios; la Orden Ministerial de 25 de octubre de 1995, de desarrollo parcial del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios; la Circular 1/1996, de 27 de marzo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre normas de actuación, transparencia e identificación de los clientes en las operaciones del mercado de valores.

⁶³ Entre estas obligaciones de información, se contienen las eminentemente activas (*know your merchandise*), como las pasivas (*know your customer*). Vid. ZUNZUNEGUI PAS-TOR, F. (coord.), *op. cit.*, p. 654.

⁶⁴ Cfr. SSAP de Madrid, Sec. 10ª, de 7 de marzo de 2012, de Asturias, Sec. 7ª, de 30 de marzo de 2012, de Barcelona, Sec. 14ª, de 10 de mayo de 2012, Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Móstoles, de 27 de julio de 2012.

⁶⁵ Cfr. VEGA VEGA, J. A., *op. cit.*, pp. 139 y sigs., MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Á. (dirs.) (2014). *Lecciones de Derecho Mercantil*, V. II, ed. 12ª, Civitas, Madrid, pp. 271 y 272.

⁶⁶ Ausencia de regulación que se ha intentado paliar a través de la aprobación del Reglamento 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones, conocido como EMIR (*European Markets Infrastructure Regulation* o Reglamento sobre la Infraestructura de los Mercados Europeos).

⁶⁷ Cfr. SSAP de Asturias, Sec. 7ª, de 30 de marzo de 2012 y de Barcelona, Sec. 14ª, de 10 de mayo de 2012.

⁶⁸ En lo sucesivo, CNMV. Cfr. Nota conjunta de delimitación de competencias de la CNMV y del Banco de España, en relación con la supervisión y resolución de las reclamaciones que afectan a instrumentos o productos financieros derivados de cobertura, de 20 de abril de 2010 disponible en la web <http://www.cnmv.es/DocPortalInv%5CNovedades%5CES-delimitacion.pdf>, consultada el 29 de enero de 2015 a las 19:00.

⁶⁹ Que en su redacción primigenia antes de su modificación por la Ley 10/2014 disponía: *Excepciones a las obligaciones de información y de registro. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información.*

⁷⁰ Como que el importe del notional del swap no sea superior al del producto o productos bancarios que pretenda cubrir; contratación simultánea o posterior de la permuta financiera, etc.

⁷¹ Según se puede inferir de la Memoria del Banco de España de reclamaciones publicada en agosto de 2013, pp. 144 y sigs. En general sobre este asunto, *vid.* <http://www.rdmf.es/2013/09/12/esma-requiere-a-la-cnmv-para-que-aplique-la-mifid-a-los-swaps/>, consultada el 25 de enero de 2015 a las 10:45.

⁷² Cfr. SSAP de Sevilla, Sec. 6ª, de 18 de julio de 2012 y de Barcelona, Sec. 11ª, de 20 de diciembre de 2012.

⁷³ Cfr. SAP de Madrid, Sec. 10ª, de 7 de marzo de 2012.

⁷⁴ Cfr. SSAP de Valencia, Sec. 9ª, de 31 de octubre de 2012 y de Barcelona, Sec. 11ª, de 10 de abril de 2014.

⁷⁵ Cfr. SSAP de Asturias, Sec. 7ª, de 21 de octubre de 2011, de las Islas Baleares, Sec. 3ª, de 17 de octubre de 2012 y de Las Palmas, Sec. 5ª, de 19 de febrero de 2013.

⁷⁶ Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, pp. 35 y sigs., SSAP de Asturias, Sec. 7ª, de 16 de diciembre de 2010, de León, Sec. 2ª, de 21 de enero de 2011 y de Palencia, Sec. 1ª, de 30 de junio de 2011, entre otras muchas.

⁷⁷ Vid. JUAN GÓMEZ, M., *op. cit.*, GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, pp. 109 y sigs., MARÍN NARROS, H. D., *op. cit.*

⁷⁸ En este sentido, el legislador aclara en el apartado III del preámbulo de la Ley que «*se da nueva redacción al artículo 79 quáter con la finalidad de extender el régimen de información al cliente previsto, con carácter general, en los artículos 79 bis y 79 ter, a aquellos servicios de inversión que se pudieran ofrecer vinculados a otros productos financieros. Esto sin perjuicio de que estos otros servicios, como por ejemplo los préstamos hipotecarios, ya cuenten con su propia normativa de transparencia y protección al cliente. De este modo, con el fin de elevar al máximo la protección a los inversores y garantizar la seguridad jurídica y la homogeneidad en la normativa de transparencia aplicable a la comercialización de servicios de inversión, se anticipa en España la extensión de este régimen de información al cliente, en línea con los proyectos normativos de la Unión Europea en materia de mercados de instrumentos financieros*».

⁷⁹ La petición de decisión prejudicial se publica el 4 de diciembre de 2012 en el Diario Oficial de la Unión Europea, C 32/15.

⁸⁰ Término que deriva de la denominación en inglés: *Euro interbank offered rate*.

⁸¹ El empleo de las cuestiones prejudiciales se ha revelado como un instrumento necesario, en cuya virtud el TJUE puede asegurar la interpretación uniforme del Derecho de la Unión Europea. Cfr. MANGAS MARTÍN, A. y LINÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, p. 457.

⁸² Cfr. párrafo 2 de la sentencia.

⁸³ Los referidos hechos se describen en los párrafos 13 y sigs. de la resolución analizada.

⁸⁴ Vid. *ut supra* apartado III.1.A).

⁸⁵ Cfr. SSAP de Zaragoza, Sec. 4ª, de 17 de septiembre de 2012, de Cádiz, Sec. 5ª, de 21 de noviembre de 2012 y de La Coruña, Sec. 4ª, de 5 de marzo de 2013.

⁸⁶ Cfr. SAP de León, Sec. 2ª, de 26 de febrero de 2014.

⁸⁷ A estos efectos hay que precisar que el texto de la citada sentencia utiliza una redacción que puede parecer disyuntiva (o). No obstante, parece que tiene sentido interpretar que la normativa debe contemplar ambos aspectos, tal y como prevé la nueva redacción del artículo 79 quáter incorporada por la Ley 10/2014. En este trabajo se seguirá la expresión empleada por el TJUE en esta resolución.

⁸⁸ Cfr. párrafos 43 y sigs. de la sentencia.

⁸⁹ Cfr. párrafo 44 de la resolución.

⁹⁰ Cfr. párrafo 44 de la STJUE.

⁹¹ Cfr. párrafo 44 del pronunciamiento.

⁹² Cfr. párrafo 46 de la sentencia. Nótese como estos criterios no son en gran medida seguidos por la nota conjunta del Banco de España y de la CNMV de 20 de abril de 2010.

⁹³ Cfr. párrafo 47 de la STJUE.

⁹⁴ Este precepto define el asesoramiento en materia de inversión como el consistente en la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, ya sea a petición de este, o por iniciativa de la propia empresa de inversión, en relación a una o más operaciones referidas a instrumentos financieros. En cuanto al alcance de la expresión «*recomendaciones personalizadas*», este es un concepto jurídico incluido en el artículo 52 de la Directiva 2006/73. El citado precepto lo define del siguiente modo: «*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*».

⁹⁵ Cfr. párrafos 49 y sigs. de la resolución.

⁹⁶ Que puede apreciarse en su estudio por la doctrina (RODRÍGUEZ ACHUTEGUI, E., *op. cit.*) y su cita por las resoluciones judiciales (SAN de 15 de julio de 2013, SSAP de Vizcaya, Sec. 3ª, de 30 de diciembre de 2013 y de Madrid, Sec. 14ª, de 30 de junio de 2014, entre otras).

⁹⁷ Cfr. Curia. *Preguntas sobre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. Edición de septiembre de 2011, disponible en http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-05/cjuecoursinternationales_es.pdf (consultada el 7 de febrero de 2015 a las 21:00).

⁹⁸ Cfr. antecedentes de hecho de la sentencia. La génesis de esta Orden se encuentra en la habilitación concedida al entonces Ministerio de Economía y Hacienda por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, cuya finalidad es establecer un nivel adecuado de protección de los usuarios de los servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito. Su articulado alberga la normativa básica de transparencia. Su aprobación y posterior entrada en vigor determina la derogación de normas tan relevantes como la Orden de 5 de mayo sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios o la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones.

⁹⁹ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo de la resolución.

¹⁰⁰ *Vid. ut supra* apartado III.1.

¹⁰¹ En este caso por el especial objeto de la controversia sobre la nulidad de una norma no resulta relevante para el estudio de la sentencia los antecedentes de hecho.

¹⁰² En este sentido conviene recordar que el título del citado artículo es: *Información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés*.

¹⁰³ Cfr. Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto de la resolución.

¹⁰⁴ En concreto se indica: *Pero lo cierto es que no existe base jurídica para afirmar que el artículo 24 de la orden recurrida contiene una regulación que, con fundamento en la excepción establecida en el artículo 79 quáter de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el artículo 19.9 de la Directiva MIFID, desplace la vigencia y aplicabilidad del artículo 79 bis de dicho texto legal en cuanto regula los deberes de información frente al cliente*. Cfr. Fundamento de Derecho Tercero del citado pronunciamiento.

¹⁰⁵ En particular señala: *«Pero lo cierto y averiguado es que no tenemos constancia de la existencia en la actualidad de esa legislación comunitaria o de estándares europeos comunes que sean de aplicación a la valoración de riesgos y a los requisitos de información al cliente cuando el derivado financiero se concierta como parte de un producto» de crédito bancario*. Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto de la SAN. Lo cual no impide que sí pueda concurrir en otros supuestos de servicios de inversión que formen parte de un producto financiero.

¹⁰⁶ *Vid. ut supra* epígrafe III.1.

¹⁰⁷ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia.

¹⁰⁸ Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto de la resolución.

¹⁰⁹ Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto de la SAN.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA

ACTIVIDADES ORGANIZADAS POR LA CÁTEDRA DE DERECHO REGISTRAL DURANTE EL CURSO ACADÉMICO 2014/2015

Durante el Curso Académico 2014/2015, la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada ha realizado una Jornada de inauguración del curso académico, 10 Seminarios permanentes dirigidos a los estudiantes de Grado en Derecho y dobles licenciaturas, 1 Congreso Nacional y una Jornada de clausura del curso académico.

Además, ha procedido a nombrar como miembro de honor de la Cátedra de Derecho Registral a D. Juan Antonio XIOL RÍOS, Magistrado del Tribunal Constitucional, expresidente de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo.

El nombramiento de Entidades Colaboradoras de honor de la Cátedra de Derecho Registral ha recaído en el Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Consejo General de la Abogacía, Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Ilustre Colegio de Registradores de Andalucía Oriental, Ilustre Colegio Notarial de Andalucía, Ilustre Colegio de Abogados de Granada.

Jornada de inauguración del curso académico:

Día: 11 de noviembre de 2014.

Lugar: Sala de Conferencias de la Facultad de Derecho.

Mesa de Inauguración:

D. Francisco GONZÁLEZ LODEIRO, Rector Magnífico de la Universidad de Granada.

D. Pablo DE ANGULO RODRÍGUEZ, Decano Territorial del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad de Andalucía Oriental.

D. Miguel OLMEDO CARDENETE, Decano de la Facultad de Derecho.
D. José Luis PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, Director del Departamento de Derecho Mercantil y Derecho Romano.
D. Guillermo OROZCO PARDO, Director del Departamento de Derecho Civil.
Dña. Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Directora de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada.
D. Enrique SANJUAN Y MUÑOZ, Juez de lo Mercantil de Granada. Juzgado núm. 1.

Ponencia de inauguración:

«El favorecimiento de la empresa viable en las reformas de la Ley concursal (2013/2014). (Líneas esenciales desde la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de marzo de 2014)»
Ponente: D. Enrique SANJUAN Y MUÑOZ, Juez de lo Mercantil de Granada. Juzgado núm. 1.
Presenta: D. José Luis PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, Director del Departamento de Derecho Mercantil y Derecho Romano, Catedrático de Derecho Mercantil.

Seminarios prácticos permanentes organizados por la Cátedra de Derecho Registral, dirigidos a los estudiantes en Grado en Derecho y dobles licenciaturas.

Seminario 1

«Bases gráficas y Registro de la Propiedad. Aplicaciones prácticas»
Ponente: D. Joaquín DELGADO RAMO, Registrador de la Propiedad de Santa Fe 1.

Seminario 2

«Finca registral: derechos y obligaciones derivados de su titularidad. Limitaciones legales de dominio»
Ponente: D. Manuel Maximiliano MARTÍNEZ FALCÓN, Registrador de la Propiedad de Vélez Málaga 1.

Seminario 3

«Tracto sucesivo. Anomalías. Supuestos prácticos»
Ponente: D. Manuel Maximiliano MARTÍNEZ FALCÓN, Registrador de la Propiedad de Vélez Málaga 1.

Seminario 4

«Las anotaciones preventivas. Supuestos prácticos»

Ponente: Dña. Cristina PALMA, Registradora de la Propiedad de Almuñecar.

Seminario 5

«Propiedad horizontal y Registro de la Propiedad»

Ponente: Dña. Laura RODRÍGUEZ RICO ROLDAN, Registrador de la Propiedad de Alhama de Granada.

Seminario 6

«La problemática que plantean los derechos reales atípicos desde un punto de vista sustantivo y registral. Derecho al uso de la plaza de garaje. Derecho al uso de la piscina»

Ponentes: D. Miguel PASQUAU LIAÑO, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

D. Manuel Maximiliano MARTÍNEZ FALCÓN, Registrador de la Propiedad de Vélez Málaga 1.

Seminario 7

«La inmatriculación de la iglesia en relación con el artículo 206 LH a la luz de la sentencia de noviembre de 2014 de Estrasburgo»

Ponente: D. José Antonio NAVARRO FERNÁNDEZ, Profesor titular del Departamento de Derecho Civil, UGR.

D. Manuel Maximiliano MARTÍNEZ FALCÓN, Registrador de la Propiedad de Vélez Málaga 1.

Seminario 8

«La problemática registral desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado»

Ponente: D. Sixto SÁNCHEZ LORENZO, Catedrático de Derecho, UGR.

Seminario 9

«Plusvalía. Cierre registral, supuestos prácticos y jurisprudencia»

Ponente: D. Juan Jesús MARTOS GARCÍA, Profesor Titular del Departamento de Derecho Financiero. UGR.

Seminario 10.

«Cláusulas abusivas en la hipoteca»

Ponente: D. Francisco PERTIÑEZ VÍLCHEZ, Profesor Titular del Departamento de Derecho Civil. UGR.

Congreso Nacional (Publicado en el núm. 747 de la Revista)

La Cátedra de Derecho Registral, junto a la Facultad de Derecho, ha organizado (y dirigido) el *II Congreso Nacional sobre Presente y futuro del Mercado Hipotecario*, celebrado los días 8, 9 y 10 de abril de 2015, contando con la Colaboración del Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, Consejo General de la Abogacía, Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Ilustre Colegio de Registradores de Andalucía Oriental, Ilustre Colegio Notarial de Andalucía, Ilustre Colegio de Abogados de Granada, Departamento de Derecho Civil UGR, Departamento de Derecho Mercantil UGR, Real Académica de Jurisprudencia y Legislación de Granada y la Cátedra de Derecho Notarial. Bajo la dirección de D. Miguel OLMEDO CARDENETE, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada y Dña. Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Directora de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada ha contado con un comité científico con el que se ha reunido en sucesivas ocasiones para diseñar y conformar el programa científico del Congreso. Han formado parte como miembros del Comité Científico, D. Pablo DE ANGULO RODRÍGUEZ, Decano Territorial de Andalucía Oriental del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España. D. Salvador TORRES RUIZ, Vicepresidente del Consejo General del Notariado y Decano del Ilustre Colegio Notarial de Andalucía. D. Eduardo TORRES GONZÁLEZ-BOZA, Decano del Colegio de Abogados de Granada. D. Jesús RODRÍGUEZ ALCÁZAR, Magistrado. Juez Decano de Granada. D. Luis María DE LA HIGUERA GONZÁLEZ, Director de la Cátedra de Derecho Notarial UGR. D. José Luis PÉREZ SERRABONA-GONZÁLEZ, Director del Departamento de Derecho Mercantil UGR. D. Guillermo OROZCO PARDO, Director del Departamento de Derecho Civil UGR. D. Manuel Maximiliano MARTÍNEZ FALCÓN, Secretario de la Cátedra de Derecho Registral UGR. Registrador de la Propiedad de Vélez Málaga, núm. 3, Dña. Cristina PALMA LÓPEZ, Delegada Provincial de Granada del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España y D. Joaquín DELGADO RAMOS, Director del Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes.

Próximamente saldrá publicada la obra colectiva fruto de dicho congreso en la editorial Thomson Reuters Aranzadi, S.A. prologada por D. Luis María LINDE DE CASTRO. Gobernador del Banco de España.

ARAGÓN

El día 26 de marzo, organizada por el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Aragón y Soria, tuvo lugar la *CONFERENCIA SITUACIÓN*,

EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS DEL MERCADO INMOBILIARIO ARAGONÉS, a cargo de don Luis FABRA GARCÉS, Director del Grupo de Análisis del Mercado Inmobiliario GAMERIN y Profesor de la Universidad de Zaragoza.

El día 9 de abril, organizada por el Colegio de Abogados de Zaragoza con la participación del Ministerio de Economía y la Universidad de Zaragoza, tuvo lugar la JORNADA *LA REFORMA DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO* con el siguiente programa:

Conferencia inaugural:

«La reforma de la Ley de Sociedades de Capital y el Registro Mercantil», por don Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Director General de los Registros y del Notariado.

Primera parte: *La reforma del régimen de la Junta General.*

«La reforma del régimen de la Junta General», a cargo de don Alberto DÍAZ, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla.

«La posición del socio y de las minorías», a cargo de don Andrés RECALDE CASTELLS, Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad Autónoma de Madrid.

«La impugnación de los acuerdos sociales», a cargo de don José Antonio GARCÍA-CRUCES, Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Segunda parte: *La reforma del régimen de los administradores sociales (I)*

«La reforma del régimen dispuesto para el Consejo de administración», a cargo de don Lluís ESQUERRA, Abogado, Socio de Garrigues.

«La remuneración de los administradores sociales», a cargo de don Juan Ignacio PEINADO GRACIA, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Málaga.

Tercera parte: *La reforma del régimen de los administradores sociales (II)*

«Los deberes de los administradores sociales», a cargo de don Alberto EMPARANZA SOBEJANO, Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad del País Vasco.

«La responsabilidad de los administradores sociales», a cargo de don Ignacio SANCHO GARGALLO, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

VALENCIA

El Registrador Mercantil de Alicante, Francisco J. SALVADOR CAMPDE-
RÁ, recibe la CRUZ DE SAN RAIMUNDO DE PEÑAFORT

El día de 20 de mayo de 2015 en Alicante, los Registradores homenajearon a Francisco J. SALVADOR CAMPDERÁ.

El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, ha entregado este mediodía en Alicante la Cruz de San Raimundo de Peñafort a Francisco J. SALVADOR CAMPDERÁ, Registrador Mercantil de Alicante, en un acto organizado por el Decanato Autónomo de los Registradores de la Propiedad de la Comunitat Valenciana.

Francisco SALVADOR recibe este galardón que concede el Ministerio de Justicia en reconocimiento a su dilatada carrera profesional, «en la que se ha distinguido no solo por su trabajo constante al frente de la oficina, sino también por su colaboración colegial».

En el acto han estado presentes, además del Director General, el Decano del Colegio de Registradores de España, Gonzalo AGUILERA, la Decana autonómica de los Registradores valencianos, M.^a Emilia ADÁN, el Fiscal Jefe de Alicante, Jorge RABASA, la Juez Decana en funciones de Alicante, M.^a Amor MARTÍNEZ, y decanos y representantes de diversos colegios profesionales de Alicante y Valencia, entre ellos los economistas, gestores administrativos y notarios, así como otras autoridades del mundo jurídico de la provincia.

Registrador desde 1974, Francisco SALVADOR ha servido respectivamente los registros de Xinzó de Limia-Allariz, Rivadabia-Carballino, Villar del Arzobispo-Chelva, Segorbe-Viver, Cocentaina, Jijona, Alicante 2, Alicante 3, Alicante 1, Alicante 4 y Mercantil 3 de Alicante, donde continua en activo.

Profesor colaborador de la Cátedra de Derecho Hipotecario «Bienvenido Oliver» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, es además profesor en el Máster de Derecho Hipotecario del Instituto de la Escuela de Negocios FUNDESEM de Alicante, así como de la Escuela de Práctica Jurídica del Colegio de Abogados de Elche.

Conferenciante habitual sobre temas hipotecarios y societarios en diferentes instituciones alicantinas, es miembro de la Comisión del Colegio de Registradores para la redacción de un proyecto de reforma del Reglamento Hipotecario.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

ROCA, M. J. (Dir). (2015). *Derecho público y Derecho privado*. Madrid. Iustel. (346 páginas). ISBN: 9788498902631

por

M.^a ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Acreditada a Titular de Universidad
Universidad Complutense de Madrid

Se presenta una obra al lector en el que se tratan varios temas desde diferentes perspectivas cuyo objeto es analizar las relaciones y las diferencias entre Derecho público y Derecho privado, referidas no solo al régimen jurídico sino también concretadas a cuestiones actuales de recíproca influencia. Como es sabido el Derecho privado, anterior al Derecho público —especialmente al constitucional— comenzó a ver como este crecía consecuencia de la socialización del Derecho en el siglo XX. El Título preliminar del Código Civil actuaba específicamente como eje vertebrador del ordenamiento jurídico hasta la publicación de la Constitución. Momento en el cual el Derecho Constitucional asume la eficacia frente a terceros de los Derechos Fundamentales, siendo el Tribunal Constitucional el órgano que controla la jurisdicción civil.

Ha sido la labor y la perseverancia de María ROCA, investigadora de primer nivel, la promotora de la iniciativa y su cristalización en unas Jornadas, quien además ha aunado bajo su dirección y buen hacer en esta obra las diferentes particularidades existentes en los distintos ámbitos del Derecho público y del Derecho privado, tomando como hilo conductor las situaciones transfronterizas entre ambos.

Estructuralmente la obra se articula en siete capítulos, cada uno de los cuales corre a cargo de un autor diferente.

Se inicia el libro con el tema dedicado al *Derecho público y privado: ¿Una «distinción funestísima» (Kelsen)?* a cargo del Académico de Ciencias Morales y Políticas y catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de las Islas Baleares, Gregorio ROBLES. Comienza el profesor ROBLES partiendo de que la división entre Derecho público y privado fue negada por Kelsen, y antes por Austin, quien defendía la unidad del ordenamiento jurídico y la necesidad de eliminar los dualismos jurídicos. Considera que son los propios juristas quienes mantienen precisamente esta distinción utilizándose, además, para la organización institucional de universidades, y con gran influencia en la legislación y en la jurisprudencia. También se aplica como sistema clasificatorio a los diversos elementos que componen el sistema jurídico (las relaciones jurídicas, las personas, las instituciones jurídicas, las decisiones jurídicas, los deberes jurídicos y los derechos subjetivos y las situaciones jurídicas).

Posteriormente, el Notario de Madrid José Ángel MARTÍNEZ SANCHÍZ, en el capítulo segundo analiza «La influencia del Derecho público en el privado». El autor comienza explicando esta influencia indirecta o por repercusión del Derecho público en el privado. Y, así pone como ejemplo el Derecho fiscal, donde la práctica demuestra cómo se acude al tipo de negocio que tiene realmente un tratamiento fiscal más favorable (es el caso de las compraventas simuladas que encubren un contrato de donación, o el supuesto de las donaciones de dinero donde se prefiere la entrega manual no documentada); o, en el Derecho procesal (refiriéndose a la eficacia probatoria de los documentos públicos). La influencia directa del Derecho público sobre el privado se percibe de manera clara por la existencia de controles, y límites que ejerce sobre él. Lo cual se lleva a la práctica mediante los mecanismos de absorción de competencias (en la propiedad se produce mediante la transferencia de los bienes al dominio público: minas, costas, aguas..., en el caso de desamparo de menores y su acogimiento será la entidad pública la que asuma el control de dicha protección y acuerde el acogimiento...), o de intervención (como ocurre en el Derecho de familia en el caso de la incapacitación)... Termina indicando la necesidad de ser cuidadosos para que el exceso legislativo no menoscabe en definitiva la libertad de la persona.

El tercer capítulo corre a cargo de Pedro TENORIO SÁNCHEZ, Catedrático de Derecho constitucional de la UNED quien analiza el matrimonio como derecho constitucional e institución de Derecho civil. Nuestra Constitución como todas las propias de un Estado social garantiza tanto los caracteres de la familia como el derecho a contraer matrimonio. Características precisadas directamente no solo en el texto constitucional sino también mediante su técnica institucional. Además el Tribunal Constitucional, en sus primeras sentencias, entendió que la Constitución relacionaba la familia con el matrimonio, lo que implicaba permitir su distinción con las relaciones de hecho. No obstante, tras la admisión en el Derecho Europeo del matrimonio homosexual y la interpretación realizada por el TEDH del Convenio Europeo de Derechos Humanos, los diversos Tribunales Constitucionales europeos han realizado una interpretación particular: así el alemán y el italiano lo consideran inconstitucional, el portugués lo admite si lo decide el legislador ordinario como así ha hecho, y el francés entiende que la legislación civil que no lo contempla es constitucional pero el legislador podría establecer otra cosa. Frente a todos estos criterios, y a juicio del autor, en España el artículo 32 de la Constitución impide el matrimonio homosexual pero la STC 198/2012 de 6 de noviembre —con base en una interpretación evolutiva— considera que corresponde a la libertad de configuración del legislador su establecimiento o no. Entiende que toda la legislación postconstitucional, entre otras la ley de divorcio de 2005 se ha extralimitado del marco constitucional, al establecer la posibilidad de disolución del matrimonio sin causa alguna y propone la ampliación del margen de actuación a los propios contrayentes para configurar la disolución de su propio matrimonio.

La visión civilista, que ocupa el Capítulo cuarto, corre a cargo de la que suscribe y versa sobre la incidencia del interés público en el Derecho de familia, y, sobre todo, en algunos aspectos que surgen de los efectos de la ruptura matrimonial entre los que se encuentra la necesaria protección del menor, y su interés superior. Previamente hay que tener en cuenta que el interés público ha protegido la forma familiar matrimonial aunque precisamente ello ha originado otras formas familiares que han surgido de la evolución social. La legislación —autonómica primero y luego la de derecho común— han introducido conceptos novedosos enfocados a la regulación de cuestiones privadas producidas tras

la ruptura, tales como corresponsabilidad familiar, plan de parentalidad... La autonomía de la voluntad de los cónyuges en los acuerdos prenupciales va en aumento teniendo en cuenta que su validez queda limitada siempre que no sean contrarios a la Ley, la moral o el orden público. Tras la ruptura el legislador en su afán de protección del más débil, enfatiza no solo el interés del menor sino también la concesión de la pensión compensatoria, objeto de análisis riguroso por la Jurisprudencia del Supremo.

María OLAYA GODOY, Doctora en Derecho y abogada, aúna su visión doctrinal y práctica en el Capítulo quinto donde aborda el estudio de la regulación del «contrato de subrogación uterina: protección del bien público e interés privado». Dos aplicaciones clínicas de las técnicas de reproducción asistida son la donación de óvulos y embriones, y la subrogación uterina o maternidad de sustitución. Esta última prohibida expresamente por nuestro ordenamiento jurídico tanto por la ley de 1988 como por la de 2006, es más, si la madre gestante renunciase a su maternidad y el individuo o pareja comitente realizase la adopción del nacido se produciría un fraude de ley. Expone como últimamente ha proliferado el llamado turismo reproductivo como medio de «obtención» de hijos en países donde esta técnica es lícita surgiendo el problema a la hora de inscribir al nacido en España conforme a la legislación extranjera. Varias han sido las sentencias de diferentes instancias y los pronunciamientos de la Dirección General de los Registros y del Notariado que han derivado en el no reconocimiento de la decisión de una autoridad registral extranjera que atribuye la condición de padres al matrimonio que contrató la madre de alquiler. Se fundan en que tales decisiones son contrarias al orden público internacional español al resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia. Aunque hay voces discrepantes que alegan que lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa. La denegación de este reconocimiento solo podría producirse cuando se contraría el orden público entendido desde el interés superior del menor. Y es sabido que la tutela del interés del menor tiene características de orden público y debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en cuanto les afecte.

El Capítulo sexto, tiene como objeto «La enseñanza privada y servicio público», analizado por el profesor de Derecho Eclesiástico de la Universidad de Zaragoza, Alejandro GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ. El servicio público surge por la necesidad de los poderes públicos de prestación de actividades de interés general. La enseñanza evoluciona paralelamente con el concepto de servicio público. Los poderes públicos desarrollan la legislación del ámbito educativo y además se reserva funciones que hacen que se considera a la enseñanza como servicio público. No obstante la delimitación surge cuando se hace referencia al ámbito de los Derechos Fundamentales reconocidos en nuestra Constitución, artículos 16 y 27, de acuerdo con los cuales el desarrollo de ciertos derechos y libertades no se agotan en la prestación administrativa, ya que el libre desarrollo de la persona no puede ser sustituido por los poderes públicos. La línea difusa aparece en los centros privados concertados, que reciben fondos públicos pero no son servicio público lo cual no significa que la Administración pueda arrogarse la facultad de injerencia en la actividad de estos centros. Recuerda que la finalidad del concierto es ayudar a los centros privados, a fin de que los padres puedan elegir la educación de sus hijos en base a su derecho fundamental de libertad de enseñanza.

Por último, el Capítulo séptimo, lo realiza María ROCA examinando «El Derecho público y Derecho privado en el ordenamiento canónico. Nuevas manifestaciones de un viejo problema». Propone la autora que tras la tendencia expansiva de control que tiene el poder, a fines del siglo XX y comienzos del presente se ha producido una huida del poder público hacia formas de Derecho privado. La autora manifiesta que en el ordenamiento de la Iglesia Católica hay una prevalencia del Derecho Público sobre el Privado, este sí existe. El adecuado equilibrio entre ambos es un modo de expresar el ejercicio de la *potestas sacra* como un servicio a los fieles y también para facilitar la asunción de responsabilidades de la comunidad eclesial (fieles individuales o asociados, pastores, laicos). Así las asociaciones públicas deben asumir su responsabilidad y atribuirse a cada individuo sus propias actuaciones. Su manifestación más concreta se produce en el ámbito penal donde debe garantizarse la protección de las víctimas o personas lesionadas, y garantizar la discrecionalidad del Ordinario y del Juez.

Tras esta esquemática visión y exposición de la obra, podemos señalar que resulta muy interesante el examen de las conexiones existentes entre Derecho Público y Derecho Privado, desde los diferentes ámbitos y perspectivas analizados por cada especialista en materias tan dispares consiguiéndose mostrar una panorámica general de conjunto muy útil, no solo desde el punto de vista dogmático, sino también poniendo de manifiesto los problemas reales que se presentan en la práctica.

Como se puede deducir, estamos ante una obra que no solo trata diferentes ramas de nuestro ordenamiento jurídico, sino que lo hace desde distintos puntos de vista. Obra que ha cubierto un vacío precisamente por los límites transfronterizos que trata, para lo cual se ha aunado el saber y el esfuerzo de expertos, investigadores consolidados en cada una de las materias tratadas donde se expone que los límites entre Derecho público y Derecho privado no es muy clara. La privatización de instituciones que hasta ahora se consideraban de orden público, como la intervención del poder público en la esfera privada hacen reflexionar al lector.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier-MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María, *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus» (Tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la figura)*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, 342 pp.

por

CÉSAR HORNERO MÉNDEZ
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

A poco que nos fijemos bien, los juristas teóricos o académicos hacemos, con nuestro análisis de las normas (y de su interpretación y aplicación a la realidad), historia del presente —o, si prefiere, como tributo al origen francés del término, historia del tiempo presente (*histoire du temps présent*)—. Como se sabe, este modelo historiográfico, cuyos antecedentes hay que localizarlos en la década de los setenta, formaría parte de la continua renovación producida en este campo, al menos desde el siglo XIX en adelante. Como señaló Julio ARÓSTEGUI, uno

de sus mejores estudiosos entre nosotros (*La historia vivida. Sobre la historia del presente*, Alianza Editorial, Madrid, 2004), junto con otros movimientos o propuestas historiográficas (la historia sociocultural, la microhistoria, la historia oral, la de la vida cotidiana o la de las relaciones de género, por citar algunos de los más conocidos), constituirían, todos ellos, la respuesta a los evidentes cambios producidos en la cultura, la mentalidad y la percepción histórica. En definitiva, nuevos modos de afrontar la realidad social, no solo la del pasado sino también —y he aquí la novedad— la del presente. Un tiempo presente que se hace así, a partir de su contemporaneidad, objeto del relato histórico y que necesariamente propicia la intersección entre este y otras disciplinas (el Derecho entre ellas) que se ocupan también de dicho tiempo. Por eso, como decimos, no nos parece exagerado afirmar que los juristas académicos ejercemos, en nuestros trabajos y en nuestros escritos, como historiadores del presente.

En unas ocasiones, esta percepción del jurista como historiador del tiempo presente puede ser más evidente, más palmaria, que en otras. Apreciarlo esta componente o dimensión histórica en *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus»* (*Tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la figura*) y en el tratamiento que otorgan sus autores a la cuestión es bastante sencillo. El Profesor (y ahora también Magistrado de la Sala primera del Tribunal Supremo) Francisco Javier ORDUÑA MORENO y la Profesora Luz María MARTÍNEZ VELENCOSO toman en consideración un mecanismo clásico —una *figura* como repite, un tanto insistentemente, el primero de ellos y se recoge en el subtítulo de la obra— del Derecho de contratos en España, pensado, como se sabe, para situaciones (patológicas) en las que pueden incurrir determinados contratos (duraderos o de tracto sucesivo), derivadas de unas concretas circunstancias (una excesiva y sobrevenida onerosidad de la prestación debida por uno de los contratantes). Así, en esta obra la cláusula «*rebus sic stantibus*» se analiza *históricamente*, no en el pasado, sino en un presente, marcado ineluctablemente por la crisis económica. Y es que cuando pase esta, la historia (contemporánea, si se quiere) de este mecanismo estará ya contada, entre otros, por el libro que reseñamos.

Pero igualmente por esta inevitable vinculación con la crisis, de *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus»*... hay que afirmar que se trata también de un libro oportuno (que no oportunista). La crisis, ya se sabe (se ha convertido en un lugar común afirmarlo), está dando ocasión a muchas oportunidades. En este sentido, con modestia y en su exacta dimensión, puede afirmarse que la cláusula «*rebus sic stantibus*» está viviendo su enésima oportunidad. Cuando tengamos cierta perspectiva y distanciamiento, no solo temporal —hay que pedir excusa por valernos de esta vulgaridad historiográfica—, podrán analizarse con solvencia las repercusiones que sobre el Derecho en general está teniendo la crisis económica —esta crisis económica—. Como ya hemos señalado en otro lugar (*La giurisprudenza (al salvataggio) della crisi: Sentenza del Tribunale Supremo, 9 maggio 2013, sulle clausole abusive nei contratti di mutuo ipotecario con interesse variabile*, Anuario del Contratto 2013, diretto da Andrea D'ANGELO and Vincenzo ROPPO, G. GIAPPICHELLI, Editore, Torino, 2014; pp. 297-308), quizá será una buena ocasión de recuperar, para dicho análisis, la metodología y el modo de proceder con que algunos maestros italianos de principios del XX (VASSALLI o FERRARA), se ocuparon de la influencia de la Gran Guerra sobre el ordenamiento jurídico, un planteamiento original recordado de nuevo recientemente por Paolo GROSSI (véase *Propiedad: otras perspectivas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013, pp. 25-28). Y es que como era previsible, la influencia de la crisis ha sido —está siendo— bastante evidente

sobre nuestro Derecho positivo y singularmente sobre nuestro Derecho privado, especialmente a través de la promulgación de nuevas disposiciones, dirigidas a paliar las consecuencias directas e indirectas de esta (en este sentido, el Gobierno ha tratado de aliviar, por ejemplo, los efectos derivados del incumplimiento de los préstamos hipotecarios, con especial atención a los procedimientos de ejecución que conllevan la privación de la vivienda; en concreto, a este propósito responderían los sucesivos Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios, y Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, normas ambas que habrían tenido su continuidad en la posterior Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; y modificadas todas por el reciente Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social).

Pero la influencia de la crisis también está siendo especialmente acusada en la aplicación judicial del Derecho. Son numerosas las actuaciones de jueces y magistrados, de todos los niveles y de todos los órdenes jurisdiccionales, que vienen determinadas u originadas de manera mediata por la misma. Desahucios (principalmente, aunque no solo, por falta de pago de los préstamos hipotecarios), algunas prácticas bancarias abusivas, casos de corrupción, privatizaciones de servicios públicos u otras consecuencias jurídicas de los famosos «recortes», serían materias objeto de muchas actuaciones judiciales por toda la geografía española. Ello explica la extensión de una percepción social muy favorable de los jueces, vistos como último recurso, como último bastión frente a una crisis que todo lo arrasa. Una percepción muchas veces traducida en una dicotomía entre una ley insensible a los problemas sociales y un juez asequible a estos. Al igual que era previsible esa promulgación de normas contra los efectos de la crisis, a la que nos hemos referido, también lo era esta actuación de los jueces, que está resultando, conviene no engañarse, muchas veces relativamente eficaz. Y es que en muchos casos se trata de actuaciones más bien *justicieras*, despegadas peligrosamente de la ley, a la que, conviene no olvidarlo, se deben en primer lugar los jueces. En bastantes de estos procedimientos judiciales, pertinentemente jaleados por los medios, como sucede en tantas ocasiones, es más el ruido que las nueces (aunque hay, debe reseñarse, alguna notoria excepción, de bastante trascendencia, como la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, sobre la aplicación en España, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores).

Igualmente, en esta línea, puede afirmarse que hay una repercusión judicial de la crisis de *arte mayor*, en resoluciones destinadas a tener una mayor repercusión (por el órgano precisamente que las dicta). Esta influencia de la crisis económica en la jurisprudencia del Tribunal Supremo es muy evidente en alguna sentencia concreta —sería el caso de la conocida (y extensísima) sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, sobre cláusulas abusivas en contratos de préstamo hipotecario con interés variable—, así como en grupos de asuntos que conllevan el uso de mecanismos especialmente adaptados a este tipo de situaciones extremas o extraordinarias: entre ellos, de forma destacada, se encontraría la cláusula «*rebus sic stantibus*». De esto justamente, de su uso actual, en el presente, es de lo que nos da cuenta este libro.

A pesar de que el libro viene motivado por la crisis y que tiene en esta su causa inmediata, los autores dejan claro, desde la introducción, su propósito de

que esta reformulación actual de la cláusula «*rebus sic stantibus*» que proponen busca procurar la eficacia y la operatividad de esta, más allá del contexto o de los escenarios de la crisis. Es indudable que la situación económica en la que nos hallamos inmersos está ocasionando graves problemas con relación al cumplimiento de los contratos. Es en este ambiente, en el que la cláusula (o sus equivalentes en otros países) aparece como un mecanismo precioso en manos de los contratantes, no apto, como bien señalan los autores, para rectificar «malos negocios», o para subsanar errores comerciales o financieros, sino para corregir, en la medida en que sea posible, un desequilibrio contractual cuyo hecho desencadenante sea extraordinario, imprevisto o insuperable. Es obvio que la grave y sostenida crisis que vivimos desde hace varios años ha producido hechos de estas características con evidentes repercusiones en el cumplimiento de muchos contratos. A pesar de esta vinculación de la cláusula «*rebus...*» a la crisis, la tesis de los autores, como decimos, es la de plantear que esta (con independencia de que la crisis haya supuesto su redescubrimiento y su potenciación) tiene su propia entidad y operatividad (en este sentido, MARTÍNEZ VELENCOSO recoge el planteamiento de SÁNCHEZ GONZÁLEZ y COSSÍO MARTÍNEZ, cuando reconocían y destacaban las posibilidades «reales» de esta cláusula más allá «de las grandes crisis económicas que lleven consigo devaluaciones monetarias» y su entendimiento como «condición implícita en todo contrato»). Sin duda, esta consideración de la cláusula «*rebus...*», más allá de la crisis económica, como sucede ahora, o de otras circunstancias generales extraordinarias, es lo que nos parece más interesante y aprovechable de esta monografía (con independencia de compartir o no sus conclusiones finales a este respecto).

La composición del libro que parece clara, deviene y resulta finalmente (por su último capítulo) algo extraña. Es una obra de dos autores, que consta de cinco capítulos, los cuatro primeros de la Profesora MARTÍNEZ VELENCOSO y el último del Profesor (y Magistrado) ORDUNA MORENO, en el que quedan cada uno de estos perfectamente atribuidos (cosas de la ANECA y de los sexenios hay que pensar) y, esto es lo malo, un tanto superpuesto y reiterativo este último capítulo respecto de los anteriores (aunque ello no desmerece el nivel más que notable que alcanza el texto en su conjunto).

Una de las características generales de la obra (al menos de los cuatro primeros capítulos) es la importancia que se concede al Derecho comparado. En este sentido, puede afirmarse que se trata de un libro de Derecho comparado, de *buen* Derecho comparado. Este se encuentra presente a lo largo de todo la obra, si bien el capítulo I está dedicado expresamente a exponer las soluciones que al problema en cuestión —los efectos que opera sobre el contrato una excesiva (y no prevista) onerosidad sobrevenida y cómo pueden restañarse— ofrecen distintos ordenamientos y aquellos que denomina «textos internacionales». El recorrido es realmente interesante y completo: la «*Geschäftsgrundlage*» en el Derecho alemán (elaborada por la doctrina —Oertmann y Larenz, principalmente— y finalmente acogida en el § 313 BGB tras la reforma de su Derecho de obligaciones en 2002), la «*eccessiva onerosità sopravvenuta*» de los artículos 1467 y sigs. del Codice civile italiano, los artículos 6:258 y 6:260 del Código Civil holandés de 1992, su tratamiento jurisprudencial en el Derecho suizo, la «*frustration of contract*» en el Derecho anglosajón y la «*commercial impracticability*» en el americano, su plasmación en diversos Códigos civiles iberoamericanos (a partir de la segunda mitad del siglo XX), para concluir con su tratamiento en los Principios UNIDROIT, en los PECL, en el DCFR y por último en el Reglamento sobre Compraventa Europea (CESL).

Los siguientes capítulos (II a IV) están dedicados al tratamiento que la cuestión recibe en el Derecho español, esto es, la cláusula «*rebus...*». El recorrido que propone la autora es bastante lógico y completo (y por tanto inobjetable): primero se aborda el fundamento de este mecanismo (en su opinión, a compartir, la buena fe *ex art. 1258 CC*); a continuación los presupuestos que han de concurrir para su aplicación (capítulo II), para centrarse con extensión en el principal de estos: la excesiva onerosidad sobrevenida (tratada de modo específico y extenso en el capítulo III), finalizando con las consecuencias o efectos de su apreciación (capítulo IV). En todos los capítulos (en especial en el II y en el III) hay un despliegue importante, como ya se ha apuntado, de Derecho comparado, siempre al hilo de problemas y soluciones concretos. Y en todos ellos hay también una referencia constante y abundante a la jurisprudencia, especialmente importante en un mecanismo que no deja de ser en España una creación judicial.

Justamente, esta abundancia de referencias jurisprudenciales —que se recogen finalmente además en un útil índice analítico— es lo que hace, si cabe, más extravagante (por reiterativo) el último capítulo del libro, el V. Su contenido, en buena medida, repite bastante de lo desarrollado amplia y detalladamente en los cuatro primeros capítulos. Con todo, lo más interesante es la lectura actualizada de la cláusula «*rebus...*» que ofrece el autor. En su opinión, esta se encontraría en trance de perder su carácter excepcional y restrictivo, en cuanto a su aplicación, por haberse considerado siempre peligrosa para la seguridad de los contratos, para el *pacta sunt servanda*. Aunque no sabemos muy bien que quiere decir con eso de una «regulación progresiva», es evidente y destacable que ha sido objeto ya de reconocimiento expreso —no estrictamente la cláusula sino sus equivalentes— en varios ordenamientos (incluido el Anteproyecto español de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2009). En definitiva, plantea una *normalización* de la figura, aplicable no como algo extraordinario y subsidiario y a incluir, como uno más, entre el catálogo de remedios con los que resolver las patologías contractuales (concretamente la de la excesiva onerosidad sobrevenida del contrato). El empeño del autor parece ser desligar a toda costa la cláusula de las circunstancias excepcionales en la que la misma se desenvuelve habitualmente, insistiendo en que la *normal* aplicación de la figura no debe tener más obstáculos que los presupuestos y requisitos específicos que le resulten exigibles. Esta apreciación, sin embargo, se nos antoja un tanto confusa, pues parece equiparar el requisito de la onerosidad sobrevenida, que tiene de suyo un carácter excepcional en el desenvolvimiento del contrato duradero, con el hecho de que esto ocurra coincidiendo con un ambiente o unas circunstancias excepcionales (crisis económica, guerra, etc.). Dicho de otro modo: la cláusula «*rebus...*» se aplicará siempre que se den circunstancias excepcionales o extraordinarias que hagan del contrato algo excesivamente gravoso para una de sus partes, con independencia de que ello coincida o no con unas circunstancias generales o ambientales que propicien o expliquen dicha situación (cfr. art. 1213 Anteproyecto de Modernización de 2009). Esto, que la cláusula puede operar con independencia de que se den o no estas circunstancias históricas concretas, es lo que nos parece que quiere decir ORDUÑA, aunque, como pensamos, no quede del todo claro.

Cuando pase la actual crisis económica, con seguridad, la percepción de la cláusula «*rebus...*» y de su posible aplicación a los contratos de tracto sucesivo no será la misma que se conocía antes de que ingresáramos en ella. Y es que son muchas las cosas que esta crisis ha cambiado y que todavía va a cambiar.

Su uso abundante, como revela la numerosa jurisprudencia que está generando y los muchos estudios que al hilo de esta se publican, como el libro del que nos hemos ocupado, contribuirán sin duda a que esta evolución se produzca. De lo que no estamos tan seguros es que la cláusula «*rebus...*» resultante de este proceso quede *normalizada* y pierda su carácter excepcional, algo que en algún momento parece preconizarse en esta monografía.

ESTRUCH ESTRUCH, Jesús. *La responsabilidad civil del Registrador*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2014.

por

MANUEL JESÚS MARÍN LÓPEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha

Tras unos años en los que el prof. Jesús ESTRUCH ESTRUCH ha centrado su investigación básicamente en cuestiones relacionadas con la compraventa de vivienda (*Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de vivienda en construcción*, Civitas, 2009; *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, Civitas, 2011), el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia ha publicado en el año 2014 el libro titulado *La responsabilidad civil del Registrador*, editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Como el propio autor destaca, a pesar de la importancia de la regulación de la responsabilidad civil del Registrador y de su dilatada vigencia temporal, es esta la primera obra que de manera monográfica se ocupa de esta materia. Este simple dato la convierte en una obra imprescindible.

El libro, que se divide en doce capítulos, analiza la responsabilidad civil del Registrador, y lo hace partiendo de su doble condición de funcionario público y profesional del Derecho (art. 274 LH y Preámbulo del RD 483/1997, de 14 de abril, que aprueba los Estatutos del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España), circunstancia esta que va a influir decisivamente en el régimen de la responsabilidad civil de estos profesionales.

En el primer capítulo se examina la regulación normativa de la responsabilidad civil del Registrador. Destaca el autor el hecho de que desde la publicación de la Ley Hipotecaria en 1861 existe un grupo de preceptos dedicados a regular la responsabilidad civil del Registrador. En la actualidad, son los artículos 296 a 312 LH los que se ocupan de esta cuestión. Por lo tanto, el legislador, desde los orígenes de la Ley Hipotecaria, ha contemplado la responsabilidad civil del Registrador como un tipo especial de responsabilidad, a la que le es de aplicación una normativa específica. De igual modo, en este primer capítulo se analiza la consideración del Registrador como funcionario público y, al tiempo, profesional del Derecho, esto es, como profesional que ejerce privadamente funciones públicas, lo que va a conllevar, en principio, la responsabilidad extracontractual y personal del Registrador por los daños que se generen por su indebido actuar profesional y no la responsabilidad de la Administración Pública por el funcionamiento normal o anormal del servicio público que constituye el Registro.

Los capítulos segundo y tercero versan sobre los fundamentos normativos y los presupuestos de la responsabilidad civil del Registrador. Aunque la Sección 1.^a del Título XII de la Ley Hipotecaria se refiere a la responsabilidad civil del Registrador, y aunque los preceptos integrantes de la misma deben ser considerados como el fundamento básico de la responsabilidad civil de estos profesionales, lo cierto es que no todos los supuestos en los que el Registrador puede incurrir en responsabilidad civil están contemplados en estas normas. De hecho, la propia Ley Hipotecaria establece la responsabilidad civil del Registrador en preceptos no contenidos en el título relativo a la responsabilidad del Registrador (por ejemplo, el art. 222 LH referido a la emisión de notas simples informativas), al igual que hace el Reglamento hipotecario [cfr. art. 354 a) RH]. Además, como afirma el autor, las situaciones en las que el Registrador puede incurrir en responsabilidad civil no pueden concretarse taxativamente. Por ello, en estos capítulos se concluye que, al margen de la regulación contenida en la normativa hipotecaria, para resolver los supuestos generadores de responsabilidad civil del Registrador será preciso tomar en consideración, además, las reglas generales reguladoras de la responsabilidad civil extracontractual. En consecuencia, para que la responsabilidad civil del Registrador nazca será necesario que concurren los elementos requeridos por nuestro sistema general de responsabilidad extracontractual: conducta profesional negligente, producción de un daño efectivo, necesaria relación de causalidad y, finalmente, la imputación objetiva del daño a la conducta del Registrador. El capítulo tercero, con abundante material jurisprudencial, se dedica a analizar cada requisito desde la perspectiva de la labor profesional del Registrador, considerando la responsabilidad del mismo como un supuesto de responsabilidad subjetiva o por culpa, analizando la relevancia que tiene en la determinación de la responsabilidad el cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria que regula la actuación profesional del Registrador y estudiando los supuestos en los que la jurisprudencia ha considerado que los daños producidos no son imputables objetivamente a la conducta del Registrador.

En el capítulo cuatro se analiza la responsabilidad civil del Registrador por hecho propio vinculado a actuaciones de otras personas. En este sentido, se estudia la responsabilidad civil del Registrador en el caso de cotitularidad del Registro, responsabilidad que se defiende como personal y propia de cada Registrador por sus actuaciones particulares pero que, en ocasiones, podría ser solidaria entre los cotitulares del Registro (art. 18 VII LH). También se examina en este capítulo la responsabilidad civil del Registrador en los casos de aplicación del cuadro de sustituciones frente a una calificación negativa, supuesto en el que el Registrador sustituto realizará una calificación limitada en su ámbito material pero de la que podrá derivarse responsabilidad, aunque igualmente limitada a ese ámbito de calificación. Incluso, como señala el autor, en algún supuesto podría producirse una responsabilidad civil concurrente entre el Registrador sustituido y el sustituto.

El capítulo quinto trata de los supuestos de responsabilidad civil del Registrador por hecho ajeno. En este ámbito se manifiesta de manera muy acusada el carácter de profesional del Derecho del Registrador. El Registrador ostenta la titularidad y dirección del Registro; organiza el Registro y determina las funciones que debe desplegar cada empleado; ejerce la única función directiva en el Registro; contrata a los empleados que necesite para llevar a cabo las funciones que tiene encomendadas. Por lo tanto, en el libro se defiende que el Registrador actúa como un empresario o profesional y deberá responder civilmente de los daños y perjuicios que causen sus empleados en el ejercicio de las funciones o trabajos que les hubiera encomendado. De igual modo, se defiende también la

responsabilidad del Registrador por los daños y perjuicios que pueda producir la actuación culposa o negligente de su sustituto.

En el capítulo sexto del libro se analizan diversos grupos de casos en los que podría generarse responsabilidad civil del Registrador. Respecto de cada grupo de casos el autor recopila algunas de las resoluciones judiciales que se han referido a cada supuesto. Así, se estudian los supuestos de falta de práctica de la inscripción o del asiento de presentación, práctica indebida del asiento de presentación, insuficiencia o error en el contenido del asiento de presentación, calificación defectuosa de los documentos, falta de inscripción de elementos contenidos en el título con trascendencia real, falta de inscripción de prohibiciones o limitaciones para disponer, existencia de una doble inmatriculación por la conducta negligente del Registrador, errores o inexactitudes en el contenido de la inscripción, rectificación de los asientos registrales, omisión del asiento de alguna nota marginal, cancelación indebida de algún asiento, expedición de notas simples informativas o certificaciones con errores u omisiones, prestación de información continuada errónea o inexacta e información errónea en las solicitudes pedidas por los Notarios *ex* artículo 354 a) LH, incumplimiento de obligaciones del Registrador, o supuestos relacionados con la obligación del Registrador de asesorar, informar y emitir dictámenes. En relación con esta última hipótesis, defiende el autor la posible generación de responsabilidad civil del Registrador, aunque el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación de informar o asesorar no esté contenido en el artículo 296 LH como un supuesto de posible responsabilidad civil del Registrador, y aunque la prestación de esta información o asesoramiento se realice sin percibir del solicitante ninguna remuneración por este concepto.

El capítulo séptimo se refiere a la indemnización de los daños y perjuicios producidos por la actuación del Registrador. A pesar de la existencia de una norma específica (art. 300 LH) que puede producir y ha producido alguna confusión, el autor defiende la aplicación de los principios generales de la responsabilidad extracontractual para el establecimiento de la cuantía de la indemnización y, por lo tanto, la aplicación del principio de reparación integral del daño causado mediante culpa o negligencia. En este sentido, se defiende que el artículo 300 LH no puede interpretarse en el sentido de que el Registrador únicamente deberá indemnizar los daños cuando se produzca la pérdida de un derecho real, la acción para reclamarlo o la hipoteca que asegure una obligación, sino que, por el contrario, el Registrador deberá responder de todos los daños y perjuicios que se generen debido a su conducta profesionalmente negligente, con independencia de los resultados en los que se concreten dichos daños (por ejemplo, pérdida de la preferencia en el cobro de un crédito por haber cancelado indebidamente un embargo). De igual modo, se defiende en el libro que del artículo 300 LH no puede desprenderse ninguna limitación del quantum indemnizatorio, por lo que si se demuestra que la actuación negligente o culposa del Registrador no solo ha producido la pérdida de un derecho real sino, además, ha generado un lucro cesante, el importe de la indemnización deberá comprender todos los daños y perjuicios ocasionados y no únicamente el importe del derecho real perdido, como podría entenderse si se realizara una lectura acrítica del precepto. Incluso se defiende la posibilidad de exigir la indemnización por los daños morales producidos (siempre en la estricta consideración que deben tener los mismos, vinculados al padecimiento psicológico o anímico de la persona, a la zozobra, a la angustia, etc.) si, en algún caso, la conducta del Registrador los ha ocasionado efectivamente.

El capítulo octavo analiza la situación que se produce cuando, como es lo normal, existen personas beneficiadas por la conducta negligente del Registrador. Pese al establecimiento con carácter general en el artículo 301 LH de la responsabilidad solidaria entre el tercero que quede libre de alguna carga o limitación inscritas con el Registrador que por su error, malicia o negligencia haya producido dicha liberación, el autor defiende que, en ocasiones, el tercero no deberá responder solidariamente del pago de la totalidad de los daños y perjuicios producidos por el indebido actuar profesional del Registrador. Y es que, como indica el autor, el fundamento de la reclamación del perjudicado contra el tercero no puede ser la responsabilidad extracontractual, pues el tercero, por definición, no ha participado en la actuación culposa o negligente productora de los daños. El fundamento de la responsabilidad del tercero radica en el enriquecimiento injusto o sin causa producido por el error, malicia o negligencia del Registrador, por lo que únicamente debería responder de aquellos daños y perjuicios que hayan producido un empobrecimiento al perjudicado y, correlativamente, hayan provocado un enriquecimiento al tercero, pero no debería responder de otros daños (como el lucro cesante o daño moral producido al perjudicado). En consecuencia, se defiende que el límite de la responsabilidad exigible al tercero debería ser el beneficio o ventaja patrimonial que este hubiera obtenido por la conducta negligente del Registrador, debiendo ser únicamente este último el que responda del resto de daños y perjuicios producidos al perjudicado. En consecuencia, se defiende en el libro que aunque el perjudicado podrá dirigirse contra el Registrador que hubiera actuado negligentemente exigiéndole la totalidad de los daños y perjuicios producidos, sin embargo, si la reclamación se dirige contra el tercero beneficiado, la misma debería limitarse al importe del beneficio obtenido por este. De igual modo, se defiende que la reclamación que, en vía de regreso, el Registrador (o su compañía aseguradora) puede ejercitar frente al tercero beneficiado por su actuación no podrá comprender la totalidad de lo pagado por el Registrador al perjudicado, sino que deberá limitarse a la cuantía en la que la indebida actuación del Registrador hubiera incrementado el patrimonio del tercero, si es que esta cuantía no coincide con la totalidad de los daños y perjuicios producidos y abonados por el Registrador al perjudicado.

En el capítulo noveno se estudian los plazos para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil contra el Registrador establecidos en el artículo 301 LH. Así, se estudia tanto el plazo de prescripción anual como el plazo máximo de quince años de duración de la acción a contar desde que se realizó la conducta profesional inadecuada, plazo este último que empezará a computarse aunque el perjudicado desconozca los daños y perjuicios y, en consecuencia, aunque todavía no haya empezado a prescribir la acción de responsabilidad civil, por lo que será posible que el perjudicado no pueda interponer la acción si es que conoce los daños una vez transcurrido el plazo máximo de quince años desde la conducta productora de los mismos. Respecto del plazo de prescripción se analiza el *dies a quo* del mismo, que se fija en el momento en que el perjudicado conoció con la debida precisión los daños ciertos y efectivos que le ocasionó la conducta profesionalmente indebida del Registrador. También se estudia la posible interrupción de este plazo de prescripción por la reclamación realizada por el perjudicado frente al beneficiado por la actuación indebida del Registrador, y ello debido a la responsabilidad solidaria legalmente establecida entre el Registrador y el beneficiado frente al perjudicado. El autor entiende que esta responsabilidad solidaria no se producirá únicamente en aquellos casos a los que literalmente se refiere el artículo 301 LH, que se refiere a los supuestos en los que el tercero «*quede*

libre de alguna carga o limitación inscritas», sino que la adecuada interpretación del artículo 301 LH debe conducir a afirmar que la responsabilidad solidaria se producirá en todos los supuestos en los que debido a la conducta indebida del Registrador resulte un tercero beneficiado por su actuación y no solo a los de liberación de una carga o limitación inscritas (por ejemplo, porque ni tan siquiera llegó a inscribirse la carga o limitación en el Registro). En consecuencia, en todos los supuestos en los que exista un tercero beneficiado por la actuación indebida del Registrador existirá legalmente una responsabilidad solidaria y no únicamente una responsabilidad *in solidum* a los efectos del artículo 1974 del Código Civil y su discutida interpretación jurisprudencial respecto de la interrupción de la prescripción.

El capítulo décimo analiza las cuestiones procesales relativas a la exigencia de responsabilidad civil del Registrador. Se estudia el tribunal territorialmente competente para conocer de la demanda, que es aquel al que corresponda el Registro en que se haya cometido la falta. Señala el autor que este criterio de competencia territorial debe tener carácter imperativo, con las consecuencias que ello produce en punto al examen de oficio de la competencia y a la sumisión de las partes. Se defiende también que, igualmente, ese debe ser el tribunal territorialmente competente cuando el perjudicado dirija conjuntamente su demanda contra el Registrador y el tercero beneficiado por la actuación negligente o culposa de aquel. Por el contrario, se defiende en el libro que, aunque el perjudicado pueda dirigir su acción conjuntamente contra el Registrador y el tercero beneficiado por la actuación de este, si el perjudicado demanda únicamente al Registrador, este no podrá solicitar la intervención provocada del tercero beneficiado, debiendo esperar al resultado del proceso para, en su caso, poder reclamarle al tercero beneficiado aquello en lo que se enriqueció.

En el capítulo undécimo se analiza la normativa reguladora del Servicio de Responsabilidad Civil del Colegio Nacional de Registradores, estudiando el procedimiento por el que el Servicio, en su caso, podrá hacer efectivo al perjudicado el pago de la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios que hubiera ocasionado la conducta indebida de un Registrador en el ejercicio profesional de sus funciones.

El libro finaliza con el capítulo duodécimo, en el que se analiza la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los Registros. El autor defiende que la responsabilidad civil del Registrador es un tipo especial de responsabilidad que se produce en el ejercicio privado de unas funciones públicas y que el carácter meramente formal de funcionario público del Registrador no debe determinar la aplicación de la normativa reguladora de la responsabilidad de las Administraciones Públicas en aquellos supuestos en los que por la culpa o negligencia del Registrador se hubieran producido daños.

El autor defiende que el legislador ha establecido un régimen especial de responsabilidad civil del Registrador que determina la responsabilidad directa y única de este por los daños producidos por error o negligencia en el ejercicio profesional de sus funciones públicas y que excluye, por tanto, la responsabilidad directa o subsidiaria de la Administración Pública.

Este sistema de responsabilidad personal y única del Registrador es coherente con el sistema retributivo establecido por la legislación para fijar la remuneración del Registrador; con la contratación directa por el Registrador de sus trabajadores y la dotación a su costa de la oficina del Registro; con la organización y dirección personal por el Registrador de la oficina del Registro; con el sistema de fianzas y depósitos establecidos en la Ley Hipotecaria para garantizar la solvencia del

Registrador; o con la imposibilidad del Registrador de solicitar instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado para resolver cualquier duda que tenga en su actividad profesional.

Por lo tanto, en el texto se defiende que la responsabilidad del Registrador, aunque ejercite profesionalmente funciones públicas y aunque el Registro sea un servicio público, debe someterse al régimen específico regulado de modo expreso y diferenciado por el legislador y que, con carácter general, excluye la responsabilidad directa o subsidiaria de la Administración Pública por los daños producidos por el Registrador en el ejercicio de su actuación profesional, al igual que tampoco debe plantearse que la Administración Pública responda por los daños y perjuicios producidos por la actuación profesional de un Notario (que también es funcionario) en el ejercicio profesional de sus funciones públicas.

Sin embargo, aunque la responsabilidad del Registrador por los daños y perjuicios producidos por su indebida actuación profesional debe ser una responsabilidad personal, directa y única, el autor entiende que, en aquellos supuestos en los que es evidente la ausencia de responsabilidad civil del Registrador y, pese a ello, se hubiera producido un daño (antijurídico) a una persona que no tenía la obligación de soportarlo, debería establecerse la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública para proteger a las personas que, confiando en el sistema registral y cumpliendo los requisitos exigidos por el legislador, sufren, sin embargo, un daño patrimonial derivado, no de la conducta profesionalmente inadecuada del Registrador, sino de la propia mecánica registral o del propio diseño legislativo del sistema registral español y de sus efectos jurídicos. En estos casos debería producirse la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, que es la que configura, regula y organiza el servicio público del Registro y la que establece los efectos que produce la inscripción registral (por ejemplo, las adquisiciones a *non domino*, incluso aunque el título inscrito fuera falso).

No obstante la opinión mantenida en el libro, el autor advierte de que la STS (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 22 de marzo de 1995, desconociendo la existencia de este régimen específico de responsabilidad civil del Registrador, entró a estudiar la actuación profesional del mismo para comprobar si fue negligente o no, señalando que la actuación profesional del Registrador en el ejercicio de sus funciones calificadoras puede dar lugar a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Curiosamente, hace notar el autor, esta sentencia, que comprobó la actuación correcta del Registrador, entendió, además, que no existía responsabilidad patrimonial de la Administración pese a que en el caso concreto había accedido al Registro de la Propiedad un título falso y debido a la aplicación del concreto sistema registral español diseñado por nuestro legislador, el verdadero propietario, con su título debidamente inscrito con anterioridad y que confió en la protección dispensada por el Registro, finalmente perdió la finca.

El libro finaliza con el análisis de diversos dictámenes del Consejo de Estado sobre la posible responsabilidad patrimonial de la Administración respecto de los daños producidos por una actuación profesionalmente incorrecta del Registrador. Se señala que hasta la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de marzo de 1995, el Consejo de Estado, de modo constante y uniforme, entendía que la responsabilidad por la actuación indebida de los Registradores estaba sometida a un régimen específico de responsabilidad y que, por lo tanto, el perjudicado debía reclamar directamente al Registrador en vía civil sin poder exigir

responsabilidad de ningún tipo (ni directa ni subsidiaria) de la Administración. Tras la sentencia referida, sin embargo, el Consejo de Estado empezó a variar su posición, llegando a mantener posiciones contradictorias. Así, aunque siguen existiendo dictámenes que de manera diáfana y clara continúan manteniendo la responsabilidad exclusiva y personal del Registrador cuando su indebida actuación hubiera ocasionado daños, excluyendo expresamente la responsabilidad de las Administraciones Públicas, hay otros que, de una manera más o menos matizada y confusa, defienden una posible responsabilidad de la Administración en algunos casos.

El libro que se presenta es un libro excelente. Su estructura es acertada, dividiendo el estudio en los doce apartados ya analizados. Cualquiera que se acerque a esta obra buscando el tratamiento de una concreta cuestión podrá localizar fácilmente en el índice el lugar en el que encontrar la solución. Como toda buena obra, el autor no se limita a exponer el régimen jurídico de forma aséptica, sino que se adentra en las dificultades interpretativas, en los problemas reales que se plantean en la práctica diaria, para ofrecer una respuesta propia, razonada y argumentada. Para ello toma en consideración, no solo las opiniones de la doctrina, sino también las sentencias de los tribunales. De este modo el lector tendrá una visión completa de cada uno de los temas que en el libro se abordan.

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

