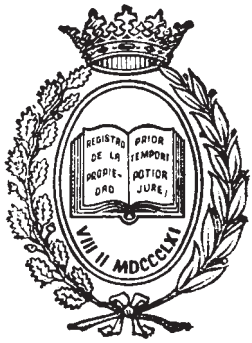
REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO



Año XCI • Enero-Febrero • Núm. 747

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 • Enero-Febrero 2015 • Núm. 747

REVISTA BIMESTRAL

Todos los trabajos son originales.

La Revista no se identifica necesariamente con las opiniones sostenidas por sus colaboradores.

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

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

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

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

Comisión ejecutiva

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

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

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

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

Consejero-Secretario de la Revista

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

Consejeros

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

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Luis Laso Martínez
Abogado

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

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

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

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Don Fernando Pedro
Méndez González
Ex Decano del Colegio de
Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Comité editorial

con funciones de evaluación externa

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

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

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

Don Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS / STUDIES

BERNAD MAINAR, Rafael: «Responsabilidad ante la ruptura injustificada de los tratos preliminares» / *Liability before the break unexcused preliminary dealings* 11

QUESADA GONZÁLEZ, María Corona: «La regulación de la usucapión en el Derecho catalán» / *The usucaption in the Catalonian Civil Law* .. 51

SERRANO CHAMORRO, María Eugenia: «Problemas sucesorios de transmisión de la empresa familiar» / *Hereditary succession problems in family companies* 95

TENAS ALÓS, Miguel Ángel: «Préstamos con garantía hipotecaria y compraventa de vivienda: vinculación contractual» / *Mortgages loan and sale of homes: the linked contract* 149

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES

SERRERA CONTRERAS, Pedro Luis: «Algunas reflexiones en torno a la Ley de Protección de Deudores Hipotecarios» / *Some Reflections on the Mortgagor Protection Act* 191

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

NASARRE AZNAR, Sergio: «La eficacia de la Ley 4/2013, de reforma de los arrendamientos urbanos, para aumentar la vivienda en alquiler en un contexto europeo» / *The efficacy of Act 4/2013, reforming the law of urban leases, to increase tenancy-occupied dwellings in a European context* 205

Págs.

DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta: «Los elementos comunes en los edificios multifamiliares en Cuba. Teoría, práctica y legislación» / *The Common Elements in the Multifamily Buildings in Cuba. Theory, Practice and Legislation* 253

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..... 279

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «Análisis jurisprudencial del régimen jurídico de la autotutela: los artículos 223 y 234 del Código Civil» / *Jurisprudential analysis of the legal system of the autotutelage: the articles 223 and 234 of the Civil Code*, por Georgina ÁLVAREZ MARTÍNEZ..... 341

— «Obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos mayores de edad con discapacidad», *Parents obligation to provide support to disabled eldest son*, por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE 355

1.2. Derecho de familia:

— «Pactos prenupciales y determinación de la residencia habitual» / *Prenuptial agreements and determination of habitual place of residence*, por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE..... 371

«¿Constituye la curatela un mecanismo de apoyo adecuado tras la Convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial» / *Does the guardianship constitutes an adequate system support after New York Convention? Jurisprudential positioning*, por Blanca SILLERO CROVETTO..... 383

Págs.

1.3. Derechos reales:

— «La inscripción de la cesión de créditos hipotecarios como legitimadora para iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria» / *Assignment of mortgage credits and land register. Legitimacy of foreclosure*, por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA..... 415

1.4. Sucesiones:

— «El usufructo universal y el legado de usufructo universal: análisis particular del ejercicio y titularidad de la acción de desahucio» / *The universal usufruct and the legacy of universal usufruct: analysis of the exercise of the action of eviction*, por Mª Carmen NÚÑEZ MUÑIZ..... 434

1.5. Obligaciones y Contratos

— «La prosperabilidad de la acción frustrada, criterio delimitador del daño y de su cuantificación en la responsabilidad contractual del abogado» / *The frustrated prosperabilidad of action criteria boundary of damage and its quantification contractual liability of attorney*, por Gloria ORTEGA REINOSO..... 451

1.7. Concursal:

— «El concurso de la herencia» / *Insolvency proceedings over a deceased's estate*, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS..... 483

2. MERCANTIL

— «El ejercicio de los derechos de socio en los casos de participaciones sociales gananciales» / The Exercise of Shareholder's Rights in Cases of Shares that Are Community Property, por Francisco REDONDO TRIGO.... 510

4. DERECHO BANCARIO

— «La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos bancarios y su interpretación por la STS de 29 de octubre de 2013 y la jurisprudencia menor» / *The*

application of the rebus sic stantibus *principle in banking contracts and its interpretation by the judgment of the Supreme Court issued on October 29th, 2013 and the judgments of the Audiencias Provinciales*, por Héctor Daniel MARÍN NARROS 532

ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS

Información de actividades 563

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

«La deuda histórica del arbitraje moderno», discurso del Académico de Número Excmo. Sr. D. Antonio Fernández de Buján por Javier GÓMEZ GÁLLIGO 575

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY INFORMATION

«Anuario de Fundaciones 2013», de José Luis PIÑAR y SANTIAGO MUÑOZ MACHADO (Dirs.), por Juan-Cruz ALLI TURRILLAS 579

«Resolución y sinalagma contractual», de Bruno RODRÍGUEZ ROSADO, por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 583

«Opositar: reto y oportunidad», de Raquel MARAÑÓN GÓMEZ y Diego VIGIL DE QUIÑONES OTERO, por Ignacio ZAMORA SANTA BRÍGIDA 587

ESTUDIOS

Responsabilidad ante la ruptura injustificada de los tratos preliminares

Liability before the break unexcused preliminary dealings

por

RAFAEL BERNAD MAINAR
Catedrático de Derecho Civil
Investigador Asociado. Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)
Universidad Católica Andrés Bello (UCAB)

RESUMEN: Si bien el haber emprendido negociaciones no genera la obligación de concluir el contrato proyectado, en el caso de ruptura injustificada de las mismas se plantea la necesidad de delimitar cuál sea la naturaleza jurídica de la responsabilidad derivada, lo cual resultará decisivo a la hora de determinar el alcance y extensión de los daños relativos a la indemnización fruto de tal comportamiento.

ABSTRACT: While negotiations have undertaken not generate the obligation to conclude the contract proposed, in the case of an unjustified breaking of them is a need to define what the legal status of the liability, which will be decisive in determining the scope and extent of damages relating to compensation arising out to such behavior.

PALABRAS CLAVE: Contrato. Fases del contrato. Tratos preliminares. Responsabilidad. Indemnización

KEY WORDS: Contract. Phases of the contract. Preliminary dealings. Liability. Compensation.

SUMARIO: I. SOBRE LA *CULPA IN CONTRAHENDO* EN GENERAL: ORÍGENES Y POSIBLES SUPUESTOS;—II. RESPONSABILIDAD EN EL CASO DE RUPTURA DE LOS TRATOS PRELIMINARES: 1. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD: A. *Retrospectiva histórica y comparada;* B. *Nuestra opinión;* 2. ALCANCE DE LA CITADA RESPONSABILIDAD Y EXTENSIÓN DEL EVENTUAL RESARCIMIENTO: A. *Retrospectiva histórica y comparada;* B. *Nuestra opinión.* —III. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. SOBRE LA *CULPA IN CONTRAHENDO* EN GENERAL: ORÍGENES Y POSIBLES SUPUESTOS

Como ya sabemos, es común entre la doctrina señalar que la realización de tratos preliminares no constriñe inexorablemente a celebrar el contrato, puesto que las partes están imbuidas de una intención de discutir que no tiene que llevar aparejada la voluntad de contratar[1], de tal manera que estas, en el marco del principio de libertad contractual que preside la contratación, tanto pueden exponer libremente el modo en el que querrían obligarse, como también pueden decidir entre celebrar el contrato, o bien, incluso, poner fin a las tratativas sin haberlo concluido, sin que dicha conducta pudiera reputarse, *prima facie*, contraria al principio de la buena fe, principio que en este caso se erige en verdadero y efectivo factor modulador de la autonomía contractual. Aún así, pocas son las legislaciones que reconocen el deber de indemnizar en el caso de ruptura o desistimiento unilateral, sea justificada o no, de los tratos preliminares[2].

Así pues, nos adentramos en el terreno de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*[3], esto es, la responsabilidad que puede emanar en el curso de las negociaciones contractuales o periodo de gestación del contrato, en el caso de no actuarse con arreglo a los dictados de la buena fe o de la lealtad debida[4].

El tema de la responsabilidad en la etapa precontractual se remonta al pandectista alemán Ihering[5] quien, sobre el estudio de los textos romanos justinianeos y utilizando el método inductivo[6], elaboró una teoría general al respecto, a propósito del supuesto de la venta carente de objeto (en los casos de venta de cosas sagradas, públicas o de una herencia inexistente)[7].

En su virtud[8], aun cuando el mencionado autor consideraba que la referida venta era nula (*emptio non teneat*), sin embargo, entendía que el contratante de buena fe resultaría protegido por la acción propia del contrato de compraventa celebrado (*actio ex empto*) y podría, en consecuencia, reclamar la correspondiente indemnización del vendedor que, sabedor de la causa de invalidez del

contrato, no lo comunicó oportunamente, al faltar al deber presumido por la ley, que no tendría que pactarse expresamente, de observar el comportamiento debido en el proceso de formación del contrato e impedir su perfección, lo que le llevaría a incurrir en una actuación culposa exigible, no a través de la *actio doli* o la *actio ex lege Aquiliae*, sino más bien por medio de una *actio ex contractu*, sin que la nulidad del contrato hubiera de reputarse un obstáculo para ello, toda vez que los contratos no solo originan la obligación de cumplirlos, sino que cuando este efecto resulta imposible por alguna causa, como la nulidad, pueden originar otras consecuencias, tales como la de indemnizar el daño ocasionado al contratante de buena fe, incluso en el caso de que el vendedor ignorara que la cosa vendida constituyera una *res extra commercium*, dado que cuando se celebra un contrato hay que cerciorarse de la concurrencia de los requisitos necesarios para su validez.

Aun así, IHERING resalta que la *diligentia in contrahendo* nace solamente a partir del momento de la emisión de la oferta (concretamente, se refirió a algunos casos de revocación de la oferta en el ámbito de contratación entre ausentes), y no en un momento anterior, razón por la cual resultaría difícil mantener con base en la teoría del pandectista alemán la extensión de la responsabilidad *in contrahendo* a la fase de tratativas o tratos preliminares[9], a pesar de que se siga señalando de manera impropia a Ihering como el padre científico de la aplicación de la teoría de la *culpa in contrahendo* a la etapa de los tratos preliminares. Esta es, entre otras, alguna de las objeciones que se plantean a la tesis de la responsabilidad precontractual en sede de tratos preliminares[10], lo cual empujará a buscar otras posibles propuestas sobre el particular, tal como veremos más adelante.

Sin embargo, el hecho de que los contratos resultaran cada vez más complejos y nacieran fruto de largas y meticulosas negociaciones en los primeros años del siglo XIX impulsó a centrar la atención con mayor énfasis en la importancia de los tratos preliminares[11], planteándose la posible extensión de la *culpa in contrahendo* abordada por IHERING a esta etapa del proceso formativo del contrato.

En todo caso, cuando nos adentramos en sede de responsabilidad precontractual debemos hacerlo teniendo en cuenta que esta puede presentarse de manera diversa, lo que dificulta un tratamiento unitario del fenómeno y nos llevará al análisis de la casuística[12]. En efecto, la observancia de un comportamiento desleal puede originar varias consecuencias bien distintas, algunas de ellas tipificadas y contempladas específicamente por el ordenamiento jurídico cuando los tratos preliminares desembocan en el contrato: ya la conclusión de un contrato nulo[13] —nulidad—, ya propinar una lesión en los intereses de la contraparte —saneamiento por evicción—, o bien ocasionar el incumplimiento de la obligación —dolo—. En todas ellas, la actuación de mala fe generará responsabilidad civil y su correspondiente indemnización, si bien en puridad, más que hablar en tales casos de *culpa in contrahendo*, estaríamos en el ámbito de la responsabilidad contractual[14].

Sin embargo, en otros casos el alejamiento del comportamiento debido según los moldes de la buena fe se produce en un momento anterior a la celebración del contrato, cuando los tratos previos no concluyen en contrato, sin que el ordenamiento jurídico se pronuncie de manera categórica al respecto, sobre la base de la regla general ya señalada en cuya virtud las tratativas no obligan a contratar y, por ende, los sujetos que han intervenido en ellas podrían desistir de las mismas con arreglo al principio de la libertad contractual[15]. Aún así, si la conducta observada distara de la buena fe por ser desleal podría atribuírsele alguna consecuencia jurídica conducente a exigir la indemnización de los daños producidos por tal comportamiento.

Precisamente, en este segundo gran apartado de situaciones de comportamiento indebido contrario a la buena fe en un momento anterior a la celebración del contrato, cuando los tratos previos no concluyen en un contrato, podríamos incluir una amplia variada gama de supuestos[16] que a continuación relacionamos: a) la concertación de un contrato nulo, con algunas variantes, según sea el caso[17] (conocimiento de tal circunstancia por uno de los contratantes con ocultamiento a la otra parte, desconocimiento de tal circunstancia por no haber observado la diligencia exigible —error—, intervención de un menor que oculta su incapacidad, imposibilidad del objeto o de la prestación); b) el desistimiento anterior a la formalización del contrato por escrito, cuya forma reviste un carácter *ad solemnitatem*, una vez alcanzado el acuerdo verbal[18]; c) la iniciación de las negociaciones de mala fe, o su prolongación, también de mala fe, a partir de un momento determinado, sin contar en ambos casos con una intención seria de celebrar el contrato; y, por último, d) la ruptura unilateral de las tratativas como expresión del principio de libertad contractual[19], supuesto al que nos referiremos de manera exclusiva a continuación prescindiendo del resto de las situaciones.

II. RESPONSABILIDAD EN CASO DE RUPTURA DE LOS TRATOS PRELIMINARES

Debemos partir diciendo que, como regla general, la ruptura de la negociación emprendida no origina responsabilidad jurídica alguna[20], toda vez que las partes, por el hecho de haber efectuado tratos preliminares, no se obligan a concluir el contrato, puesto que, si así sucediera, esto es, si se impusiera algún tipo de responsabilidad por ruptura o desistimiento unilateral de las tratativas, contaríamos con una clara limitación al principio de libertad contractual, que podría constituir una rémora a la propia dinámica del tráfico jurídico.

Sin embargo, otra sería la cuestión si la ruptura operada derivara ya de una ausencia total de intención de contratar por alguno de los intervinientes[21]; ya si dicha intención inicial se acreditara turbia o malévola, al no ser conforme a los dictados de la buena fe; o bien si dicha ruptura se produjera en un estadio

tan avanzado de la negociación que hubiera generado racionalmente claras expectativas en la otra parte hasta el punto de defraudar su confianza[22], supuestos todos ellos que constituirían ejemplos notorios de desistimiento unilateral de las tratativas injustificados, al quedar en entredicho y vulnerado el principio de la buena fe contractual[23] que también ha de regir el ámbito precontractual. Así pues, tales casos podrían ser entendidos como fuente de responsabilidad civil[24], de la que, evidentemente, emanará la correspondiente obligación de indemnizar los daños causados.

Por lo tanto, la diligencia que se ha de observar durante este periodo de negociaciones es la de un buen padre de familia, con sujeción a las reglas de la buena fe, de manera que toda ruptura intempestiva e injustificada de las mismas generará a cargo de su infractor responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados. Precisamente por ello, si las conversaciones preliminares fracasan y el contrato no llega a concluirse, habrá que fijar cuál de las partes responde por los daños y perjuicios producidos, ya a alguno de los contratantes o a un tercero[25].

Y es que en la fase de formación del contrato las partes han de observar una conducta presidida por el deber de lealtad recíproca y de buena fe, de modo que la ruptura injustificada de los tratos preliminares hará responder a quien actuó con tan arbitrario proceder de los gastos y pérdidas patrimoniales ocasionados a la otra parte.

En efecto, afirmamos la responsabilidad en los casos en que no se observen los deberes que han de cumplirse ineludiblemente durante este periodo de negociaciones preliminares (deberes de lealtad, veracidad, protección, y no mantener conversaciones paralelas)[26], y en el análisis de tal aserto nos aprestamos a abordar, por un lado, el tipo de responsabilidad de la que se trata —naturaleza jurídica— y, por otro, el de su alcance y extensión de la indemnización que de ella se deriva.

1. Naturaleza de la responsabilidad

A) Retrospectiva histórica y comparada

Según la teoría clásica formulada por IHERING, se consideró que el contratante que, pudiendo conocer las causas de invalidez de la venta, no las hubiera comunicado a la otra parte, habría actuado en contra de la diligencia exigible con arreglo al principio de la buena fe y, por ende, habría incurrido en *culpa in contrahendo*[27], lo que le acarrearía el consiguiente deber de indemnizar y resarcir al agraviado.

A dicha teoría hay que reconocerle que constituye la primera aportación seria y sistemática que trató de resolver algunos de los problemas que se podían plantear en el periodo de formación del contrato, y ello contribuyó para que,

en su momento, constituyera una verdadera innovación, lo cual no fue gran obstáculo para que pronto comenzara a ser tachada de insuficiente por motivos más que variados: en efecto, se le achacó que el ámbito de la responsabilidad *in contrahendo* quedara reducido al solo supuesto del contrato nulo, y no se extendiera también a los casos de contrato válido en los que no se hubiera observado la diligencia debida en el periodo de su formación[28]; a su vez, difícilmente se puede sostener la obligación de indemnizar por un comportamiento que, en modo alguno, es culposo, de tal manera que, si aun así se sostuviera, lo sería sobre la base de una mera ficción[29]; e, incluso, la gran dificultad de conciliar una contradicción más que aparente, ya atisbada por el propio IHERING, que resultaba de admitir una acción procedente de un contrato para exigir responsabilidad cuando el contrato del que emanaba era nulo[30].

Precisamente, ante la insuficiencia apuntada, la doctrina alemana del siglo XIX trató de superar las deficiencias señaladas recurriendo a otros argumentos tendentes a basar la denominada *culpa in contrahendo*: ya la buena fe (*bona fides*); ya la acción de dolo (*actio doli*)[31]; bien la *actio legis aquiliae*[32]; bien el principio de causación u ocasionalidad (*Veranlassungs prinzip*)[33]; o, incluso, la presunción de la existencia de un pacto tácito de garantía[34].

En esta travesía histórica del tema que nos ocupa no debemos pasar por alto el Derecho italiano y la obra del autor italiano FAGGELLA[35], que causó gran repercusión tanto en la doctrina italiana como francesa. El mencionado autor se opone abiertamente a la teoría de IHERING que hace descansar la responsabilidad precontractual en la *culpa in contrahendo* y presenta como novedad de forma sistemática la dimensión temporal del periodo precontractual, a cuyo fin distingue netamente dos fases: una primera correspondiente a las tratativas, que antecede a la emisión de la oferta y es ignorada por IHERING[36]; y la segunda, que arranca con la emisión de la oferta y remata con la conclusión del contrato, o bien con el cese definitivo de las negociaciones por no alcanzar el acuerdo pretendido. A su vez, dentro de la primera fase señalada —tratativas—, FAGGELLA delimita dos momentos bien diferenciados, el de las tratativas propiamente dichas y el de la formación de la oferta definitiva, previa esta a la formulación de una propuesta u oferta definitiva.

Además, FAGGELLA sostiene que, con base en el principio de la autonomía de la voluntad, las partes que entran en conversaciones no quedan obligadas a contratar —resultados negativos—, lo que les legitimaría para revocar o retractarse de las propuestas y contrapropuestas realizadas; sin embargo, lo afirmado no obsta para que también se puedan derivar resultados positivos en el periodo precontractual, como son los que corresponden a una eventual responsabilidad civil, cuyo fundamento no radicaría en la culpa apuntada por IHERING, ni en la existencia de un mandato, ni siquiera en una pretendida gestión de negocios ajenos, sino más bien en la inobservancia del acuerdo expreso o tácito alcanzado por las partes de efectuar negociaciones, violación que puede ocasionarse

por la separación arbitraria de las tratativas, al margen de que medie culpa o dolo, o no. Así es, surge responsabilidad precontractual en este caso por *«la indebida destrucción del patrimonio o valor patrimonial ajeno»*[37], pues el derecho de retirarse de las tratativas no puede justificar la vulneración de un valor legítimo ajeno[38].

Sin embargo, la posición esgrimida con anterioridad, lejos de acallar la cuestión, no hizo sino avivar la polémica en Italia, toda vez que la mayoría de la doctrina fundaba la responsabilidad precontractual en general en el principio de la responsabilidad aquiliana[39] y, concretamente, en lo que a la ruptura de las negociaciones preliminares se refería, o se negaba toda responsabilidad[40] o, de admitirse, se hacía solo bajo el esquema de la responsabilidad extracontractual[41].

Precisamente, ante esta situación y, teniendo en cuenta alguna jurisprudencia de los últimos años de vigencia del *Codice civile* de 1865 que extendió la aplicación del principio de la buena fe más allá de lo que su tenor literal expresaba[42], el legislador italiano recoge en el flamante nuevo *Codice civile* de 1942 dos preceptos que admiten la *culpa in contrahendo*[43], concretamente los artículos 1337 y 1338, en los que se establece, respectivamente, el principio general de la *culpa in contrahendo* y un supuesto particular de aplicación del mismo[44]: en efecto, el primero de ellos señala la obligación de las partes de comportarse de buena fe durante las tratativas y en la formación del contrato[45], mientras que el segundo consagra la responsabilidad en uno de los casos ya señalados por Ihering, esto es, cuando una de las partes, conociendo o debiendo conocer la causa de invalidez del contrato, no lo comunicara a la otra.

A partir del mencionado artículo 1337, el principio de la buena fe cobra valor especial por lo que a la ruptura injustificada de las tratativas se refiere, puesto que, aunque las partes no están obligadas a alcanzar el acuerdo cuando emprenden tratativas[46], su ruptura injustificada, una vez iniciadas y desarrolladas hasta tal punto que permita prever la conclusión del contrato, genera la obligación de indemnizar el daño ocasionado[47].

Así es, el resarcimiento se impondría incluso en el supuesto de que quien se retirara de las tratativas creyera actuar de buena fe, toda vez que su conducta se alejaría del comportamiento correcto y leal debido[48], criterio matizado por alguna jurisprudencia, pues estaría condicionado a que el comportamiento de la parte que se retira hubiera creado en la otra una confianza racional en la conclusión del contrato[49], no obstante que algunos autores[50] reducen la responsabilidad a la ruptura de las tratativas solamente cuando se emprendan para perjudicar a la otra parte o se prolonguen indebidamente sin intención de contratar porque, en su opinión, de no ser así, quedaría en entredicho el principio de la libertad contractual y el propio tráfico jurídico, al no permitir el desistimiento de las tratativas si no llegara a probarse que mediaba causa justificada para ello.

En cuanto a la naturaleza de esta responsabilidad, tanto se ha invocado el principio *neminem laedere*, en el marco de la responsabilidad extracontractual[51]

(basado en el principio de la buena fe en sentido subjetivo), como su naturaleza contractual[52], si bien en este último caso ya asentada en un deber concreto relativo, que media entre las partes, de proceder contra la buena fe —sentido objetivo— durante las tratativas y en la formación del contrato[53], partiendo de la idea según la cual se incurre en ilícito contractual cuando la lesión se refiere a una relación obligatoria específica preexistente, cualquiera que sea la fuente de la obligación violada (contrato, delito u otra)[54].

Por lo que se refiere al Derecho francés, el Código Civil de 1804 no cuenta con ninguna norma que ampare la admisión de la responsabilidad precontractual; sin embargo, algún autor se hizo eco tanto de la doctrina del contrato tácito de IHERING[55], como de la de FAGGELLA[56] que reconocía la responsabilidad precontractual en el caso de retiro intempestivo de las tratativas por violación de un acuerdo suscrito por las partes al entablar negociaciones, que estaría basado en los principios de la equidad y la buena fe[57], en cuya virtud las partes ya no contarían con libertad absoluta para retirarse de ellas sin aparejar riesgo alguno, puesto que con base en la teoría de la declaración unilateral de voluntad, el aceptante puede exigir el cumplimiento de la oferta (con el resultado de la formación del contrato)[58], por más que el oferente quisiera hacer valer su derecho a revocarla.

Aún así, la posición de SALEILLES fue objeto de crítica generalizada y, ante la ausencia de un texto que regulara en particular la responsabilidad precontractual, la aproximación al tema ha tenido un carácter casuístico, no sin dejar de reconocer una tendencia amplia[59] a conectar la *culpa in contrahendo* con la responsabilidad extracontractual. Concretamente, en la ruptura de las tratativas mediando culpa o dolo (ya por iniciarlas sin intención seria de contratar, ya por albergar la intención de perjudicar a la otra parte prolongando indebidamente las negociaciones), tanto la doctrina, como la jurisprudencia[60] entienden que constituye un supuesto de responsabilidad civil extracontractual al reputarse incumplidas ciertas obligaciones de rectitud y lealtad[61].

Por lo que se refiere al Derecho alemán, el BGB no resolvió con carácter general lo atinente a la *culpa in contrahendo*[62], pues solo se hizo eco de la influencia de IHERING en sede de extensión de la indemnización, como ya veremos más adelante, pero sin seguir literalmente su propuesta. Dadas estas limitaciones iniciales del BGB sobre la materia, la doctrina y la jurisprudencia han sostenido la existencia de una relación precontractual de confianza análoga a la contractual[63], lo cual impondría a quienes celebraran tratativas la necesidad de observar la diligencia requerida en el tráfico jurídico traducida en el respeto a una serie de deberes basados en el principio general de la buena fe[64] —explicación, comunicación, conservación— consagrado en el parágrafo 242 del BGB y, por ende, extensible al tópico de la *culpa in contrahendo*, toda vez que, a diferencia de otros Códigos civiles (francés, italiano, español, venezolano), el alemán no refleja las reglas relativas al ilícito extracontractual de manera general,

sino más bien al amparo del hecho ilícito típico[65], más aún si tenemos en cuenta que en el caso de responsabilidad por el hecho de un dependiente o empleado esta es más restringida en el ámbito extracontractual que en el contractual[66], lo que llevaría a sostener la responsabilidad contractual a los efectos de lograr una mayor protección para las víctimas del daño ilícito precontractual.

Precisamente, por las razones apuntadas, surge la necesidad de hallar un fundamento a la responsabilidad precontractual en Alemania que supere su naturaleza contractual y eluda las consecuencias injustas a las que conduciría la aplicación de las normas relativas al hecho ilícito. A tal efecto, se reputa que la responsabilidad por *culpa in contrahendo* es de carácter legal y no contractual[67], ya que si bien cuando se inician las tratativas no nace la obligación de celebrar el contrato, puesto que cada parte actúa a su riesgo en aras a la consecución del mismo, lo cierto es que con el comienzo de aquellas nacen *ex lege* unos deberes entre las partes que, en parte, están basados en la responsabilidad por la confianza[68], un efecto jurídico que valora jurídicamente una determinada conducta, de tal modo que si se violan tales deberes surge la obligación de indemnizar.

Sin embargo, la reforma del BGB del año 2002 en materia de obligaciones parece orientarse al carácter contractual de la *culpa in contrahendo*, ya que introdujo una nueva redacción al parágrafo 311, apartado 2°, que lleva a extender los deberes exigibles en la ejecución del contrato, como expresión de las obligaciones que nacen entre las partes por su través (parágrafo 241, 2), a la etapa de su formación y preparación[69], puesto que, conforme al precepto mencionado, una relación obligatoria con los deberes que le son inherentes existe mediante *«… 1. la iniciación de negociaciones contractuales, 2. la preparación de un contrato (…) con vistas a una eventual relación negocial, o bien 3. contactos análogos de carácter negocial»*.

En su virtud, pues, se reconoce expresamente que de las negociaciones contractuales o actos de preparación en general surgen relaciones obligatorias de las que nacen deberes. En efecto, también las relaciones jurídicas de negociación pueden contener deberes, como cualquier obligación contractual, cuya lesión puede causar daños a la otra parte. En este caso, la parte perjudicada puede exigir, con arreglo al parágrafo 280 del BGB, la correspondiente indemnización por lesión del deber de comportamiento[70].

En una visión del Derecho venezolano, donde no existe un precepto específico[71] como el artículo 1337 del *Codice civile* de 1942, ni tampoco las limitaciones indicadas en el BGB antes de su reforma, la responsabilidad precontractual ha sido acogida en el manto de la responsabilidad extracontractual, al amparo del artículo 1185 del Código Civil[72], que regula la responsabilidad civil por hecho ilícito y se erige en una cláusula general del ordenamiento jurídico venezolano. Más aún si contamos con la dificultad añadida de justificar las obligaciones precontractuales sobre la base del principio general de la buena fe, cuando este principio despliega sus efectos en sede de ejecución de obligaciones[73]. Todo ello

nos lleva a reconocer la dificultad de configurar una categoría uniforme e independiente —*tertium genus*[74]— en torno a la responsabilidad civil precontractual, siendo más conveniente ubicarnos ante la reacción del ordenamiento jurídico que sanciona algunas conductas lesivas ocasionadas en el periodo previo a la formación del contrato.

En consecuencia, *de lege data*, resulta más que aventurado señalar la existencia de una relación jurídica obligatoria precontractual para poder justificar en el terreno contractual los deberes que las partes han de cumplir durante la etapa de las tratativas, ya por entender que muchas de las teorías apuntadas sobre el tema resultan superadas —IHERING, FAGGELLA, SALEILLES—, ya porque en otro caso se han basado en preceptos legales de los que adolece el Derecho venezolano.

Así las cosas, por lo que a la ruptura injustificada de la tratativas se refiere, no podemos entender como regla general que dicha situación genere responsabilidad, toda vez que por el hecho de entrar en negociaciones preliminares, conforme al principio de la libertad contractual, no se asume la obligación de concluir el contrato. En efecto, de ser así, llegaríamos al absurdo de que toda tratativa iniciada debería desembocar en la conclusión del contrato, o se habría de mantener hasta la concurrencia de un justo motivo para desistir[75]. Precisamente por ello, lo más enrevesado es delimitar qué ha de entenderse por justo motivo para retirarse de las tratativas, dada la abstracción del término, ya que si esta conducta se tipifica dentro de la configuración del hecho ilícito deberá apreciarse en ella la existencia de culpa o dolo[76] —en sentido subjetivo— por parte de quien las interrumpe (ya por carencia del propósito de contratar, ya por su prolongación indebida, o bien por ocasionar gastos considerables en la otra parte si el contrato no se quiere o no se puede celebrar), lo que llevaría a mantener el carácter extracontractual[77] de esta responsabilidad al derivar de un hecho ilícito que, en principio, no podría reputarse como abuso de derecho al no existir un derecho durante las tratativas del que se pueda abusar por el mero retiro de las mismas[78].

También en el Derecho español, tanto la ausencia de una norma específica sobre el particular, como la superación de la tesis clásica propiciaron que la doctrina indagara sobre la naturaleza de la responsabilidad en el caso de ruptura injustificada de los tratos preliminares.

Precisamente por ello, algunos autores[79] estiman que a través de su consideración como una responsabilidad de tipo contractual[80] se protege mucho mejor al perjudicado por una conducta culposa o dolosa, de tal manera que pueda ser indemnizado por daños y perjuicios con base en el argumento del dolo incidental; en tanto que otros[81] abogan por esta misma solución porque la mayor protección se plasma en un plazo de prescripción para reclamar más amplio, quince años frente al de un año, de reputarla extracontractual.

De tal manera que el fundamento de la responsabilidad precontractual se asentaría más bien sobre una idea integradora de la relación jurídica prenegocial

con características propias, que abarcaría desde el momento de las conversaciones preliminares hasta el de la oferta en firme. Tal relación jurídica, basada en los principios de la buena fe y de la confianza generada, podría ser quebrantada por la negativa injustificada a contratar, de la que emanaría una responsabilidad precontractual[82] que, a diferencia de la aquiliana o extracontractual, no ampararía un comportamiento culposo o negligente, sino que protegería más bien al que sufre un daño ocasionado por una conducta desleal, dolosa o gravemente culposa que defrauda la confianza de la otra parte.

Vemos, pues, que quienes se pronuncian a favor del carácter contractual de la responsabilidad precontractual recurren, por razones más prácticas que teóricas, a la ficción de considerar que ya existe un contrato desde que se abren las negociaciones, lo que acarrea la aplicación de las normas relativas al contrato[83]: la cuantía de la indemnización se fijará con arreglo a los artículos 1106 y 1107 del Código Civil; la presunción de responsabilidad *iuris tantum* para el incumplidor mientras no se pruebe que el incumplimiento no le es imputable, a tenor del artículo 1105 del Código Civil; y el plazo de prescripción de la acción de quince años, según señala el artículo 1964 del Código Civil.

Frente a la consideración de la responsabilidad precontractual como contractual, otros autores, sobre el entendido de que no son aplicables al caso con exactitud las normas de la responsabilidad contractual, pues no ha podido todavía producirse ningún vínculo de esta naturaleza[84] al encontrarnos ante un mero contrato proyectado, se pronuncian considerando que estamos más bien ante un supuesto de culpa extracontractual o aquiliana derivada del hecho ilícito, de manera que si uno de los eventuales contratantes por dolo o culpa causa un daño a la otra parte contrariando con ello los postulados de la buena fe está obligado a indemnizarlo[85], conforme a lo establecido en el artículo 1902 del Código Civil, y el perjudicado contará con la misma acción con la que se cuenta para exigir la responsabilidad extracontractual[86], que prescribe en el plazo de un año. Sin embargo, esta postura también presenta sus detractores[87], puesto que la responsabilidad aquiliana resulta admisible cuando la lesión ocasionada es fruto de fraude o estafa, pero no es fácil admitir que la simple retirada de una negociación emprendida constituye un hecho ilícito.

Aún así, la jurisprudencia ha venido reafirmando el carácter extracontractual de la responsabilidad precontractual en caso de ruptura de los tratos preliminares, si bien condiciona la antijuridicidad de tal conducta a la concurrencia de las siguientes premisas[88]: suposición de una razonable situación de confianza con relación a la plasmación del contrato; carácter injustificado de la ruptura de los tratos preliminares; la existencia de un daño efectivo para una de las partes; y el nexo causal entre el daño ocasionado y la confianza generada.

Ante estas dos visiones antagónicas expuestas, se acude a una línea intermedia, que entiende en este caso que la obligación de resarcimiento no se agota en la responsabilidad por acto ilícito emanada del principio romano *ne-*

minem laedere, sino que deriva de los principios generales del Derecho, lo que propiciaría una responsabilidad civil a medio camino entre la responsabilidad contractual y la extracontractual[89]. Dentro de esta postura ecléctica, a su vez, podemos encontrar versiones más próximas a la vertiente de la responsabilidad contractual[90], dada su mayor concreción frente a la generalidad que representa el principio *neminem laedere* consagrado en el artículo 1902 del Código Civil; así como también, las que se acercan a entenderla como una subespecie de la responsabilidad extracontractual[91], sobre la base de la inobservancia de un comportamiento exigible por el principio general de la buena fe, que se habría visto quebrantado al defraudar la confianza de la otra parte sin justa causa, sin descartar tampoco que este sustento extracontractual pudiera tenerlo también obligacional[92].

Por lo que se refiere al ámbito internacional, el artículo 1.7 de los Principios UNIDROIT dispone que las partes no pueden excluir ni restringir la aplicación del deber de buena fe y de lealtad negocial[93], lo que implica que con esta fórmula, por un lado, se le está dando a este principio una doble naturaleza[94]: constituye una norma imperativa dentro del contexto de los *Principios* y, además, una obligación específica impuesta a la actuación de los contratantes. A su vez, este principio debe ser interpretado a la luz de las circunstancias especiales del comercio internacional, toda vez que pueden existir hechos o actitudes que pueden determinar que las partes estén violando el deber enunciado[95], entre los cuales se podrían incluir apartarse, injustificada y arbitrariamente, de las tratativas; prolongar, deliberada y sin causa, las tratativas, para luego contratar con un tercero; o iniciar las tratativas sin seriedad, entendido ello en el sentido de que, por anticipado, se sabe que no se tiene intención de negociar.

Los *Principios* regulan las negociaciones con mala fe[96]. Se entiende por mala fe cuando una persona inicia y ejecuta negociaciones con la intención de no llegar a un acuerdo[97]. Esto tiene sustento en la libertad de negociación, según la cual, las partes pueden iniciar negociaciones y de igual manera retirarse de las mismas, lo que lleva a afirmar que, en principio, la ruptura de una negociación no es por sí sola una manifestación de mala fe. Sin embargo, esta libertad no es absoluta, ya que está sujeta a la limitación de tener que indemnizar los daños causados ante su obrar de mala fe por violar los principios de la buena fe y lealtad negocial.

En efecto, el derecho a retirarse de las negociaciones solo puede ejercerse dentro de un plazo razonable[98], de manera no intempestiva, y en circunstancias que no afecten el interés de la otra parte. Todo ello dependerá de las circunstancias del caso, tales como el grado de confiabilidad que una parte tenga en la otra[99]; igualmente, de la cantidad de asuntos del futuro contrato sobre los que ya se logró el acuerdo; así como también de la propia naturaleza del contrato.

En los Principios de Derecho Europeo de Contratos se reconoce igualmente la libertad de celebrar o no un contrato[100], pero con limitaciones, puesto que

la parte que hubiera iniciado o roto las negociaciones en forma contraria a la buena fe y a la lealtad, responde de las pérdidas causadas a la otra parte. Entendiendo que es contrario a la buena fe y a la lealtad que una de las partes inicie o continúe negociaciones sin intención real de alcanzar un acuerdo con la otra, repitiendo la fórmula consignada ya en el artículo 2.1.15 de los Principios de UNIDROIT. Igual formulación se contiene en el artículo 6 del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos[101], donde se establece el principio general de libertad para emprender tratativas con vistas a concluir un contrato sin que se incurra en responsabilidad por no celebrarlo, salvo que se actúe de mala fe, a cuyo fin se considerará actuar de mala fe, entre otros supuestos, cuando se comienza o prosigue tratativas sin intención de concluir el contrato; cuando se interrumpen las tratativas injustificadamente, una vez examinados los elementos esenciales del contrato.

De los instrumentos internacionales mencionados, podemos concluir[102] lo siguiente: que todos regulan la responsabilidad en que se puede incurrir en el periodo precontractual, lo cual representa una novedad con respecto al silencio observado por el Convenio de Viena sobre el tema; que ninguno de estos textos utiliza la expresión latina *culpa in contrahendo*; que no se trata la responsabilidad precontractual como un todo, sino más bien las situaciones ligadas a la ruptura de la buena fe en el periodo de negociación contractual; y, por fin, que no contienen ninguna referencia expresa al fundamento de esta responsabilidad.

Por todo lo dicho y, no sin dejar de reconocer tan significativos avances en el ámbito internacional, pareciera que las expectativas engendradas no resultaran plenamente satisfechas, pues se echa en falta la regulación, entre otros aspectos, de la naturaleza de la responsabilidad precontractual, del interés resarcible y de los deberes secundarios de conducta. Con ello, constatamos una cierta paradoja entre la progresiva atención que suscita la problemática precontractual, por un lado, y la ausencia de normas concretas sobre el particular, por otro.

B) Nuestra opinión

A nuestro entender, en torno a la polémica suscitada con respecto a la naturaleza de la responsabilidad generada en el periodo precontractual como consecuencia de la ruptura injustificada de las tratativas, consideramos que estamos ante una responsabilidad contractual. Para sostener tal aserto, a continuación presentamos de forma sistemática los argumentos que nos conducen a defender esta posición:

A) *Argumento histórico*. Algunos principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico, tales como la buena fe *in contrahendo*, la protección de la confianza y la lealtad, son principios que fundamentalmente rigen el ámbito del Derecho de los negocios. Ya en la época clásica del Derecho romano se

contempló la responsabilidad precontractual como una expresión de la *actio doli*[103], en su momento sustituida por la *actio bonae fidei*[104] contractual a causa de la extensión del *iudicium bonae fidei* a la etapa preparatoria del contrato, lo que parece constatar que el requisito de la buena fe precontractual era exigible en Roma con la misma firmeza que lo era en la relación contractual[105], de tal manera que ya en el Derecho romano el comportamiento contrario a la buena fe *in contrahendo* fue amparado a través de la *actio doli*.

B) *Argumento lógico de continuidad contractual y extensión analógica*. El deber de actuar de buena fe en la fase previa al contrato se puede equiparar también al que se exige para el caso de obligaciones específicas y, por tanto, la responsabilidad originada puede reputarse contractual. En la medida que las obligaciones son las mismas durante todo el *iter* contractual, la buena fe emerge aquí como principio rector[106], tanto en la fase *in contrahendo*, como en la *post contractum*, de tal modo que, en virtud de la buena fe, sería exigible el comportamiento debido y leal en las relaciones sociales, incluidas las preparatorias a la celebración de un negocio jurídico[107]. Así pues, en la práctica es conveniente que la responsabilidad por infracción de un deber de conducta precontractual se rija por los mismos principios de la responsabilidad contractual a los efectos de establecer las consecuencias ante la infracción de los deberes contractuales.

Así las cosas, las consecuencias conforme a la buena fe a que obliga el contrato, según el artículo 1258 del Código Civil, serían extensibles también, por analogía, incluso con mayor intensidad en la etapa precontractual[108].

C) *Argumento de las nuevas tendencias en el Derecho Comparado*. En la nueva regulación alemana se reconoce expresamente que de las negociaciones contractuales o actos de preparación en general surgen relaciones obligatorias, las cuales implican deberes. Cuando en el apartado segundo del parágrafo 311 del BGB se dice que la relación obligatoria *«nace también»* de los actos enumerados, debe entenderse en concordancia con el apartado primero del parágrafo 311, que dispone que para la constitución de una relación obligatoria mediante un negocio jurídico, así como para la variación del contenido de una relación obligatoria, es necesaria la celebración de un contrato entre las partes interesadas, salvo disposición en contrario. Sobre el particular, «*también las relaciones jurídicas de negociación pueden contener deberes, como cualquier obligación contractual, cuya lesión puede causar daños a la otra parte. En este caso, la parte perjudicada puede exigir, conforme al §280, la correspondiente indemnización por lesión del deber (por ejemplo, lesión del deber de comportamiento)*»[109].

En efecto, la reforma incorporada al BGB, por la ley de modernización del derecho de obligaciones, del 26 de noviembre de 2001, transformó una costumbre jurídica aceptada[110] en una norma precisa frente al efecto jurídico vinculante que tienen las relaciones jurídicas preparatorias y las relaciones obligatorias

negociales, de tal forma que hoy, el panorama jurídico alemán considera que los deberes precontractuales de comportamiento emanan de la relación obligatoria nacida fruto de las conversaciones precontractuales.

Incluso, en el Derecho portugués llama la atención que quienes proponen un *tertium genus* en torno a la naturaleza de la responsabilidad precontractual prevista en el artículo 227 del Código Civil se decantan por su naturaleza obligacional[111], pese a que el referido precepto se remite en sede de plazo de prescripción de la acción al ámbito de la responsabilidad emanada del hecho ilícito en el artículo 498.

D) *Argumento basado en el principio de seguridad del tráfico jurídico*. Frente al principio de seguridad jurídica, que se ha esgrimido para socavar el valor que generan las expectativas legítimas y su vínculo contractual, al sostener que conferir efectos vinculantes a la fase precontractual pondría en riesgo la seguridad jurídica que debe presidir todo el recorrido contractual, ha de reivindicarse como prevalente, a nuestro juicio, el principio de seguridad del tráfico.

En virtud del principio de seguridad jurídica no puede modificarse desfavorablemente la situación anterior de las relaciones patrimoniales de una persona sin el consentimiento de ella, supuesto que no encajaría en la ruptura injustificada de los tratos preliminares, puesto que esta se produjo fruto de una conducta negligente o dolosa por parte de quien libremente decidió entrar en negociaciones y, solo por su comportamiento y conducta, creó una apariencia que legitima a la víctima a ser reparada[112]. Así pues, no se podría, en aras de la pretendida defensa de la seguridad jurídica, negar la naturaleza obligacional que queremos defender.

Y es que seguridad jurídica y seguridad del tráfico se complementan y, en el caso de entrar en colisión[113], *«se debe favorecer la seguridad del tráfico jurídico a costa de la seguridad jurídica en ocasiones donde la razón y la misma celeridad del tráfico lo mandan, (…) debe prevalecer la seguridad jurídica solo en aquellos casos donde no exista actividad de la parte titular del derecho subjetivo (…) así: la confianza no tiene como consecuencia una obstaculización del tráfico, pues cada poder legal y cada poder con contenido legalmente predeterminado, conlleva, junto a una elevada seguridad del tráfico, una considerable agilización del mismo»*.

E) *Argumento basado en el principio de confianza*. Al abrigo del principio general de la buena fe considerada en sentido objetivo, en el periodo precontractual se reconocen unos deberes de conducta, cuya inobservancia impone la obligación de reparar y genera responsabilidad precontractual.

La obligatoriedad del contenido natural del contrato no se deriva del pacto, ni de otras fuentes de integración normativa, sino más bien del principio de la buena fe, que obliga a respetar la confianza legítima con sujeción a lo que

razonablemente cabe esperar en el conjunto de derechos y obligaciones que configuran el *iter* del contrato[114]. Por lo tanto, las expectativas legítimas de las partes quedan incorporadas al contenido del contrato por exigencias objetivas del propio ordenamiento jurídico.

Así pues, las expectativas y la confianza que generan los tratos preliminares se convierten en un paradigma de comportamiento que incide en un doble tipo de responsabilidad: de un lado, contractual, nacida del incumplimiento imputable del contrato; y, de otro, precontractual, surgida del incumplimiento del deber genérico de actuación con arreglo al criterio de la buena fe en la fase de las negociaciones previas.

Precisamente por lo indicado, podemos afirmar que la responsabilidad precontractual no se basa en la violación del deber genérico *neminem laedere*, sino más bien en la quiebra de los principios de lealtad y confianza que los sujetos se deben recíprocamente[115], simplemente por el hecho de haber iniciado las negociaciones.

F) *Argumento del ensanchamiento y la ampliación del concepto de responsabilidad contractual*. Superada la consideración tradicional en cuya virtud la responsabilidad contractual deviene exclusivamente de los contratos, se ha venido apuntando una extensión creciente de su ámbito. Por tanto, la responsabilidad contractual es algo más que la mera responsabilidad por incumplimiento de la prestación principal, convirtiéndose en la responsabilidad ante el daño producido entre quienes se hallan ligados por un vínculo obligatorio.

Ello nos lleva a concebir una noción más amplia de la responsabilidad contractual[116], en la que se incluye no solo la responsabilidad ante el incumplimiento del contrato, sino también la responsabilidad precontractual, así como la derivada de la violación de deberes de protección o seguridad. Tanto es así, que la responsabilidad precontractual ha de calificarse de contractual, porque supone la violación de una obligación legal derivada de la buena fe (*ex* arts. 7.1 y 1258 del CC)[117] que impone comportarse correctamente en la fase preliminar a la celebración del contrato.

Quedó superada la tradicional clasificación de la responsabilidad contractual, según la cual esta responsabilidad proviene exclusivamente del contrato; más bien al contrario, la doctrina moderna ha advertido que ha venido adquiriendo una extensión creciente, merced a la simplificación de las formas contractuales y la multiplicación de las relaciones contractuales de hecho, así como también a la adición de pactos en una amplia variedad de obligaciones, que, ya con origen en la buena fe, ya en la publicidad o, incluso, en la naturaleza misma de las cosas, vienen a integrar el contenido obligacional del contrato. Y es que la obligación productora de responsabilidad contractual puede tener su fundamento tanto en un contrato, como en otras causas[118]. A tal fin, se ha sugerido que sería más exacta la expresión responsabilidad obligacional[119] que la de responsabilidad contractual.

Sin duda podríamos concluir que en el amplio espectro que rige la responsabilidad entre personas interrelacionadas[120], cuyo origen radica en el incumplimiento, se encontraría, por un lado, la responsabilidad contractual, nacida del incumplimiento imputable del contrato; y, por otro lado, la responsabilidad precontractual, surgida del incumplimiento del deber genérico de actuar de buena fe en las negociaciones previas. Y es que los principios que rigen y gobiernan las negociaciones contractuales rigen en todas las fases del contrato, entre ellos la buena fe, que emerge como directriz constante en todo el proceso de formación contractual.

Claro está, el hecho de tratar de delimitar la naturaleza de la responsabilidad precontractual acarrea consecuencias prácticas y no se reduce al mero plano teórico, dadas las notables diferencias que entre la responsabilidad contractual y extracontractual se detectan[121], entre las cuales reseñamos:

a) Régimen probatorio. Con relación a la carga de la prueba en materia contractual, bastará con que el acreedor pruebe el incumplimiento del deudor y que la imposibilidad de la prestación, derivada del incumplimiento, no sea imputable al mismo para que el deudor responda; situación que cambia ostensiblemente en el régimen extracontractual, ya que en este caso la víctima deberá probar la culpa y el daño ocasionado por quien lo hubiera infligido —agente del daño—.

b) Plazos de prescripción: las acciones que emanan de la responsabilidad extracontractual, según el artículo 1968.2 del Código Civil, prescriben en un año desde que la víctima conoció el daño, en tanto que el plazo general de las acciones personales prescribe a los quince años, en virtud del artículo 1964 del Código Civil.

c) En torno al alcance y extensión del resarcimiento en caso de ruptura injustificada de los tratos preliminares, a cuyo tratamiento me remito al apartado II.2 que se aborda de seguidas, en sede extracontractual se respondería de una forma integral (daños mediatos e inmediatos, incluidos los morales) por los perjuicios causados; en tanto que, si sostenemos su naturaleza contractual, se suele reconocer, por lo general exclusivamente, el resarcimiento del interés negativo, para cuya cuantificación se consideran los parámetros de previsibilidad y dolo.

2. Alcance de la citada responsabilidad y extensión del eventual resarcimiento

A) Retrospectiva histórica y comparada

Admitida la responsabilidad en el caso de ruptura injustificada de los tratos preliminares, procede determinar el alcance y contenido del resarcimiento con

el que habría que indemnizar a la víctima por los daños que le hubieran sido irrogados.

Una de las mayores aportaciones realizadas por IHERING con relación al tema de la *culpa in contrahendo* (bien entendido, para el caso de los perjuicios sufridos por nulidad del contrato[122], de no mediar culpa de la víctima, pues el supuesto de ruptura de las tratativas es ajeno a la teoría del pandectista alemán[123]) consistió en cifrar la indemnización de los intereses de confianza (*Vertraüensinteresse*), tras dilucidar si comprendería el interés positivo o de cumplimiento (restablecimiento del patrimonio del acreedor como si el contrato fuera válido, esto es, reintegro a su situación patrimonial como si el contrato se hubiera celebrado, de ahí que también se denomine interés de cumplimiento o de ejecución del contrato); o bien, el interés negativo —*negative Verträgs interesse*—, es decir, los daños sufridos por la víctima al haber confiado en la validez del negocio, los cuales no se habrían ocasionado de haberse sabido que el contrato era nulo, en cuyo caso la indemnización pretende reponer las cosas, en términos económicos, al estado en el que se hallarían si el perjudicado nunca hubiera oído hablar del contrato o no hubiera confiado en su validez (*id quod contractum initum non fuisse*).

IHERING se decanta en esta disyuntiva por el interés contractual negativo, aspecto vertebral y medular de su teoría[124], en cuya virtud la indemnización se extendería tanto al daño emergente (gastos en que incurrió la parte que comenzó la ejecución), como al lucro cesante[125] (pérdidas sufridas por el rechazo de ofertas ventajosas tras haber iniciado la ejecución), puesto que el culpable no podría ser obligado a indemnizar el equivalente de la prestación prometida —interés positivo— por hallarnos en presencia de un contrato nulo, del cual no podría emanar ningún deber de cumplimiento, con arreglo al adagio *«quod nullum est, nullum effectum producit»*.

Sin embargo, en Italia, FAGGELLA rechaza el parámetro del interés contractual negativo instaurado por IHERING y reduce la extensión de la indemnización en el caso de ruptura intempestiva de las negociaciones al daño emergente, esto es, a los gastos reales efectuados con ocasión de las mismas, descartando el lucro cesante[126], puesto que si durante el transcurso de las tratativas surge una situación más favorable para alguno de los interesados y el otro no la iguala, ya habría un motivo legítimo para desistir y, por ende, no existiría responsabilidad alguna y si, por el contrario, es la otra parte la potencialmente favorecida y no la aprovecha, pudiendo hacerlo sin riesgo, no podrá reclamar indemnización como víctima de la ruptura unilateral de las tratativas al haber perdido una ocasión de la que no se quiso aprovechar.

No obstante, bajo la vigencia del *Codice civile* de 1865 hubo una tendencia generalizada a sostener la tesis del interés contractual negativo de IHERING[127], incluso por aquellos[128] que se habían opuesto al fundamento de la *culpa in contrahendo*.

Con la aparición del *Codice civile* de 1942, tanto la doctrina como la jurisprudencia[129] se han pronunciado a favor de fijar el resarcimiento de la responsabilidad precontractual en el interés contractual negativo, limitado a su vez por el interés contractual positivo[130], incluso por quienes sostienen el carácter contractual de esta responsabilidad[131].

Por su parte, en Francia, SALEILLES limita el daño resarcible por ruptura o interrupción de las conversaciones iniciadas a los gastos que efectivamente se hubieran producido[132], siguiendo el criterio de FAGGELLA, con lo que restringe la noción del interés contractual negativo de IHERING, si bien añadirá un nuevo supuesto de retiro arbitrario de las tratativas descartado por el autor italiano, que permitiría al aceptante de la oferta exigir el cumplimiento del contenido de la oferta firme con plazo cuando el oferente quisiera hacer valer su derecho a revocarla[133], con lo cual, en este caso, supera por insuficiente el concepto del interés contractual negativo.

A su vez, el BGB alemán asume la teoría del interés contractual negativo de Ihering en los parágrafos 122 y 179, pero no de forma literal, pues incorpora una limitación: en efecto, el daño será indemnizable hasta el límite de la cuantía del interés que el perjudicado tiene en que se produzca la validez del contrato, esto es, el llamado interés contractual positivo o de cumplimiento[134]. Así pues, el interés negativo o de confianza —*negatives Vertraüensinteresse*— nunca podría exceder el resarcimiento acordado para el caso de que el contrato fuera válido.

En lo atinente a Venezuela, la doctrina también ha sostenido con carácter general que la extensión del resarcimiento de los daños y perjuicios como consecuencia de la ruptura de las tratativas comprende solamente el interés contractual negativo, sin que en ningún caso pueda rebasar el interés contractual positivo[135], puesto que no se puede pretender conceder al demandante el equivalente íntegro de la negociación abortada, sino el denominado valor de la pérdida de la oportunidad, cuya fijación compete a la autoridad judicial y en cuya determinación no podría excluirse el lucro cesante, dado que se trata de una responsabilidad extracontractual emanada del hecho ilícito, siempre que las negociaciones se hayan desarrollado con tal seriedad que hayan logrado despertar la confianza o expectativa de las partes en la futura celebración del contrato[136], a menos que fuera imposible establecer la relación de causalidad entre la conducta lesiva de quien se retira de los tratos preliminares y el daño ocasionado[137].

En el Derecho español la tesis mayoritaria[138] reduce la responsabilidad precontractual al interés contractual negativo o daño emergente, con exclusión del denominado interés positivo o lucro cesante: así pues, la responsabilidad derivada de la ruptura injustificada de los tratos preliminares abarcaría los gastos en que hubiera incurrido justificadamente la parte defraudada (pago de asesores; desplazamientos, gastos bancarios, alquiler de almacenes)[139], así como también los perjuicios emanados de las negociaciones paralelas que viniera celebrando y se vio obligado a abandonar por dicha razón. Pero la indemnización no se

extendería ni a los beneficios que hubiera generado el contrato abortado, ni a las ganancias dejadas de obtener por otra propuesta contractual no concluida[140]. Dicha tesis estaría fundada, principalmente, en la dificultad de evaluar el lucro cesante, dada la multiplicidad de los factores en juego que concurren.

De seguir tal propuesta, surge el problema de limitar cuál sea su límite superior para el caso que la indemnización recibida por el perjudicado ante el fracaso injustificado de los tratos preliminares excediera del provecho que en realidad hubiera obtenido de haberse celebrado el contrato. Cuestión que tiene gran relevancia en el supuesto que estamos analizando de ruptura injustificada en las negociaciones[141].

No obstante, la ausencia de normas concretas que resuelvan la cuestión, a diferencia de lo que sucede en el BGB, propicia la correspondiente interpretación a cargo de la doctrina y de la jurisprudencia[142]. En efecto, mientras que para algunos autores[143], en virtud del artículo 1107.1 del Código Civil, los daños indemnizables serán lo previstos o previsibles, esto es, los exigibles al deudor de buena fe, pues el deudor no está obligado a prever que el acreedor hubiera declinado otras ofertas más provechosas al contratar con él; otros[144] consideran que el interés contractual negativo estaría limitado por el positivo solo cuando mediara culpa, ya que en tal situación la responsabilidad alcanza los daños previstos y previsibles, pero no así cuando existiera dolo pues, en este caso, se respondería de todos los daños conocidos, previsibles o no; así como también se aboga[145], incluso, por evitar la aplicación del criterio de la previsibilidad *ex* artículo 1107.1 del Código Civil al supuesto de ruptura de las negociaciones, en el que todavía no se ha celebrado el contrato, cuando en el mencionado precepto se alude más bien a la futura obligación de resarcir emanada de la posible voluntad de las partes al tiempo de celebrar el contrato.

Por lo que respecta al ámbito internacional, los Principios UNIDROIT reconocen expresamente la responsabilidad en la etapa precontractual, al señalar el numeral 2º del artículo 2.1.15: *«Sin embargo, la parte que ha negociado, o ha interrumpido las negociaciones, con mala fe será responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte»*. Así pues, la responsabilidad de una parte por las negociaciones de mala fe se limita a los daños y perjuicios causados a la otra parte. Esto es, la parte agraviada puede recuperar los gastos en que incurrió por las negociaciones y también podrá ser compensada por la pérdida de oportunidad de celebrar otro contrato con un tercero (interés negativo)[146], pero no podrá, en principio, recuperar las ganancias que hubiera percibido de haberse perfeccionado el contrato original (la llamada expectativa o interés positivo).

Existe, no obstante, una discusión en torno a si el interés negativo incluye solamente el daño emergente o también el lucro cesante[147]. Y es que los Principios UNIDROIT contienen normas relativas a la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato (arts. 7.4.1 y sigs.)[148], que podrían resultar aplicables a las tratativas en caso de sostener que la responsabilidad precon-

tractual tiene naturaleza contractual[149], lo que nos pudiera conducir a plantear que la indemnización en el caso de ruptura injustificada de las negociaciones emprendidas comprendería tanto el interés negativo como el positivo, e incluso el daño moral[150]. De admitir tal criterio, la tasación de perjuicios a los cuales tendría derecho el negociante agraviado comprendería: todos los gastos en que haya incurrido por las negociaciones y la pérdida de oportunidad de la celebración de otro contrato con un tercero (interés negativo), es decir, el daño emergente; además, podría recuperar las ganancias que hubiera percibido de haberse celebrado el contrato original (interés positivo), esto es, el lucro cesante; e, incluso, el daño moral.

En el comentario oficial a los Principios del Derecho Europeo de Contratos se establece claramente que la indemnización de perjuicios por violación del deber de buena fe solo incluye el interés negativo[151]; sin embargo, el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, además de reconocer la indemnización del interés negativo, en el artículo 6 numeral 4 consagra una indemnización por la pérdida de ocasiones similares como consecuencia de los tratos, lo cual plantea si comprendería o no también el interés contractual positivo[152].

B) Nuestra opinión

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos[153], el español carece de normas concretas que permitan cuantificar el daño emanado de la ruptura injustificada de los tratos preliminares. A tal fin, hemos de partir de la noción de imprevisibilidad o previsibilidad del daño, toda vez que es doctrina pacífica en materia de daños sostener que cuando existe una conducta fraudulenta —dolo—, la indemnización ha de ser integral[154]; sin embargo, por el contrario, si el daño no es doloso solo podrá operar el resarcimiento de los daños que pudieron haberse previsto, a tenor de una interpretación literal del artículo 1107 del Código Civil.

En efecto, según lo señalado, el *quantum* indemnizatorio dependerá de la naturaleza que le atribuyamos a la ruptura injustificada de los tratos preliminares: si le reconocemos naturaleza contractual, comprenderá los daños previstos o previsibles cuando sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento; de admitir su naturaleza extracontractual, el hecho ilícito genera el resarcimiento integral, hasta del daño imprevisible. Así pues, en caso de dolo, el *quantum* del resarcimiento será pleno[155], sin que sea admisible pacto alguno para determinar su entidad, con lo que puede operar tanto el interés negativo como el positivo al momento de fijar el criterio indemnizatorio, puesto que es evidente que la obligación de indemnizar será más extensa cuando el deudor actúa de mala fe.

Se trataría de un principio no recogido con carácter general en norma alguna de nuestro ordenamiento civil, pero que se deduce del artículo 1106 del

Código Civil cuando comprende los dos aspectos del daño resarcible, el daño emergente y el lucro cesante[156].

En consecuencia, si la interrupción injustificada de las negociaciones fue culposa, carente de la intención primaria de causar daño, debemos aplicar el artículo 1107.1 del Código Civil y, por tanto, solo operaría el interés negativo, que se traduciría en la necesidad de indemnizar los llamados *«daños de la confianza»*[157] por haber suscitado en la otra parte legítimas expectativas de que el contrato se concluiría.

Sin embargo, surge la controversia en torno a si el *quantum* indemnizatorio fijado en el interés negativo debe estar limitado, de tal manera que no pueda rebasar el interés positivo, con lo que entra en escena la cuestión de si la reparación por ruptura injustificada de los tratos preliminares se reduce al daño emergente o también puede extenderse al lucro cesante.

No obstante que la doctrina mayoritaria tradicional nacional se pronuncie por el reconocimiento exclusivamente del resarcimiento del interés negativo[158], esta idea comienza a cuestionarse, toda vez que hoy se tiende a considerar que el interés negativo es una expresión más descriptiva que limitativa[159], puesto que el daño causado al violar el deber precontractual de la buena fe no tiene otro límite que la ley, lo cual nos llevaría a sostener la extensión del *quantum* indemnizatorio para el caso que nos ocupa a la completa e integra reparación de los perjuicios.

Ya la doctrina española[160] había cuestionado la conveniencia de mantener la exoneración del daño imprevisible en la reparación (*ex* art. 1107 del CC), al entender que difícilmente puede prescindirse de la reparación integral del daño injustamente causado.

En la misma línea argumentativa, y a mayor abundamiento, consideramos que esta es la tendencia que se está imponiendo en la moderna doctrina europea, tal como lo evidencia el hecho de que en la Convención de Viena no exista distinción entre el deudor de buena fe y el deudor doloso al momento de limitar su responsabilidad. Pero es que, incluso, la limitación prevista en el párrafo primero del artículo 1107 del Código Civil[161] ha sido reducida por la jurisprudencia[162], toda vez que, en la mayoría de los casos, para determinar la cuantía de los daños contractualmente indemnizables, no considera la conducta del deudor.

Y es que sabida es la función de la responsabilidad conforme al artículo 1101 del Código Civil[163]: el resarcimiento del daño que deriva del incumplimiento, una función pura y exclusivamente indemnizatoria, razón por la cual el causante de un perjuicio debe repararlo en su totalidad para que al restablecer el derecho perturbado se restablezca también el equilibrio y situación económica anterior a la perturbación sin desproporción entre tal menoscabo y su reparación.

Así las cosas, por las razones expuestas, más que entrar a dilucidar si el interés negativo comprende el daño emergente y el lucro cesante, lo verdadera-

mente relevante es que se ha de indemnizar todo el daño precontractual causado por la ruptura injustificada de los tratos preliminares, siempre que dicho daño sea injusto, antijurídico e imputable objetivamente. Por ello, el acreedor deberá probar la razonabilidad de su confianza, teniendo en cuenta los gastos y las ocasiones pérdidas, así como la ausencia de justificación de la ruptura. No ha de entenderse que existe una presunción de culpa, puesto que el daño no radica en el retiro de las negociaciones, dado que nadie está obligado a contratar, sino en su carácter injustificado, por tratarse de una conducta opuesta al principio de la buena fe *in contrahendo*.

En este sentido y con base en un criterio de realismo integrador, *«el equivalente pecuniario de la prestación incumplida se entiende como una partida que forma parte de la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento; no solo no se distingue de esta última, sino que el equivalente económico del incumplimiento está sometido a las mismas reglas que la responsabilidad contractual. Una vez acreditada la existencia del daño, esta orientación responde a la práctica de los Tribunales que suelen fijar —lo que acaso sea criticable— una indemnización en globo con la finalidad de reintegrar en el patrimonio del acreedor todas las consecuencias derivadas del incumplimiento»*[164].

CONCLUSIONES

I. La realización de tratos preliminares, por lo general, no constriñe inexorablemente a celebrar el contrato. Por tal razón, las tratativas pueden romperse antes de haber concluido el contrato, sin que dicha conducta pueda reputarse, en un principio, contraria a la buena fe.

No obstante, la diligencia que se ha de observar durante este periodo de negociaciones es la de un buen padre de familia, con sujeción a las reglas de la buena fe, que impone la observancia de los deberes de lealtad, veracidad, protección, y de no mantener conversaciones paralelas, de tal manera que una ruptura intempestiva e injustificada generaría a cargo de su infractor responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados. Aún así, pocas son las legislaciones que reconocen el deber de indemnizar en el caso de ruptura o desistimiento unilateral, sea justificada o no, de los tratos preliminares, salvo las previsiones del artículo 1337 del *Codice civile* italiano y la introducida en el parágrafo 311, apartado 2° del BGB, con motivo de la Reforma del Derecho de Obligaciones en el año 2002.

II. En cuanto a la naturaleza de esta responsabilidad, tanto se ha invocado el principio *neminem laedere*, en el marco de la responsabilidad extracontractual, como su naturaleza contractual. Ante estas dos visiones antagónicas expuestas, también se acude a una línea intermedia: una responsabilidad civil a medio camino entre la contractual y la extracontractual.

En este sentido, los Principios UNIDROIT, los del Derecho Europeo de Contratos y el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos regulan la responsabilidad en que se puede incurrir en el periodo precontractual. Ninguno de ellos utiliza la expresión latina *culpa in contrahendo*; tampoco conciben la responsabilidad precontractual como un todo, sino que más bien tratan las situaciones ligadas a la ruptura de la buena fe en el periodo de negociación contractual; y, además, no incluyen ninguna referencia expresa al fundamento de esta responsabilidad.

Nuestra posición se sitúa en el marco de la responsabilidad contractual sobre la base de argumentos de diversa índole: histórico; lógico y de extensión analógica; de Derecho comparado; de seguridad del tráfico jurídico y de confianza; así como del ensanchamiento y ampliación del concepto de responsabilidad contractual. Evidentemente, de tal postura doctrinal surgen consecuencias en torno al régimen probatorio, los plazos de prescripción, y el alcance y extensión del resarcimiento ante el supuesto de ruptura injustificada.

III. Respecto al alcance y contenido del resarcimiento por los daños irrogados en caso de ruptura injustificada de los tratos preliminares, nos encontramos con varias posturas: a partir del *Codice civile* de 1942, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han pronunciado a favor de fijar el resarcimiento de la responsabilidad precontractual en el interés contractual negativo, limitado a su vez por el interés contractual positivo; el BGB alemán asume la teoría del interés contractual negativo de IHERING (parágrafos 122 y 179), que nunca podría exceder del monto del resarcimiento acordado para el caso de que el contrato fuera válido.

Los Principios UNIDROIT reconocen expresamente la responsabilidad en la etapa precontractual (numeral 2º del art. 2.1.15). En su virtud, la parte agraviada puede recuperar los gastos en que incurrió por las negociaciones y también podrá ser compensada por la pérdida de oportunidad de celebrar otro contrato con un tercero (interés negativo), pero no podrá recuperar las ganancias que hubiera percibido de haberse perfeccionado el contrato original (la llamada expectativa o interés positivo), aun cuando surge la discusión respecto a si el interés negativo incluye solamente el daño emergente o también se extiende al lucro cesante.

En el comentario oficial a los Principios del Derecho Europeo de Contratos se establece claramente que la indemnización de perjuicios por violación del deber de buena fe solo incluye el interés negativo; sin embargo, en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (art. 6 numeral 4), además de reconocer la indemnización del interés negativo, consagra una indemnización por la pérdida de ocasiones similares como consecuencia de los tratos, lo cual plantea si comprendería o no también el interés contractual positivo.

En el Derecho español la tesis mayoritaria reduce la responsabilidad precontractual al interés contractual negativo o daño emergente, con exclusión del

denominado interés positivo o lucro cesante. No obstante, la ausencia de normas concretas propicia la correspondiente interpretación a cargo de la doctrina y de la jurisprudencia.

En nuestra opinión, si la interrupción injustificada de las negociaciones fue culposa, debemos aplicar el artículo 1107.1 del Código Civil y, por tanto, solo operaría el interés negativo, que se traduciría en la necesidad de indemnizar los llamados *«daños de la confianza»* por haber suscitado en la otra parte legítimas expectativas de que el contrato se concluiría. Respecto a si el *quantum* indemnizatorio fijado en el interés negativo debe estar limitado, de tal manera que no pueda rebasar el interés positivo, lo verdaderamente relevante es que se ha de indemnizar todo el daño precontractual causado por la ruptura injustificada de los tratos preliminares, siempre que dicho daño sea injusto, antijurídico e imputable objetivamente. Para ello, el acreedor deberá probar la razonabilidad de su confianza, así como la ausencia de justificación de la ruptura.

INDICE DE JURISPRUDENCIA

STS (Sentencia del Tribunal Supremo español)

- 23 de noviembre de 1984
- 16 de mayo de 1988
- 26 de febrero de 1994
- 26 de noviembre de 1997
- 14 de junio de 1999
- 16 de diciembre de 1999

Sentencia del Tribunal de Nápoles

- 31 de marzo de 1909

Sentencia de la Casación italiana

- 24 de marzo de 1958
- 13 de abril de 1973

Sentencia de la Corte de Casación francesa

- 11 de enero de 1984

BIBLIOGRAFÍA

ALBIEZ-DOHRMANN, K. J. (2002). Un nuevo derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB. *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, julio-septiembre, pp. 1162 y sigs.

ALMEIDA COSTA, M. (1984). *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Ed. Coimbra.

ALONSO PÉREZ, M. (1971). *La responsabilidad precontractual*. Separata de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Julio-agosto, pp. 60 y sigs.

ARÉVALO FERRER, A. (2000). Indemnización por ruptura injustificada de tratos preliminares: responsabilidad *ex* artículo 1902 del Código Civil. Comentario a la Sentencia del TS de 14 de junio de 1999 *(RJ* 1999, 4105). *Revista de Derecho Patrimonial* (4), 281-286.

ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (1989). *La culpa in contrahendo (tratamiento en el Derecho alemán y en otros ordenamientos)*. San Sebastián: Servicio Editorial Universidad del País Vasco.

BENATTI, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè.

BESSONE, M. (1972). Rapporto precontrattuale e doveri di corretezza. *Rivista Trimestralle di Diritto e Procedura Civile*, 962 y sigs.

BIANCA, C. M. (2000). *Diritto civile. 3, Il contratto*, Milano: Giuffrè editore.

BREBBIA, R. (1957). *Responsabilidad precontractual*. Rosario: Zavalia.

BUSNELLI, F. (1969). Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto «ingiusto», *Rivista di Diritto Civile I*, 427 y sigs.

CALUSSI, V. (1956). In tema di trattative e responsabilità precontrattuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 470 y sigs.

CARRARA, F. (1915). *La formazione dei contratti*. Milano: Vallardi.

CARUSO, D. (1993). *La colpa in contrahendo*. Milano: Giuffrè.

CEDRAS, J. (1985). La obligation de negotier. *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 265 y sigs.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1993). *Comentario del Código Civil*. Tomo II, Madrid: Ministerio de Justicia, pp. 60 y sigs.

DE CUPIS, A. (1975). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil,* traducción de la 2.ª edición italiana y estudio preliminar Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. (2000). La fuerza de la buena fe. En: Atilio ALTERINI; José Luis DE LOS MOZOS; Carlos Alberto SOTO (Directores), *Contratación contemporánea, teoría general y principios*. Palestra-Lima-Perú. Bogotá D.C.: Temis., pp. 273-285.

DE LOS MOZOS, J. L. (2001). *Responsabilidad en los tratos preparatorios del contrato. Estudios de Responsabilidad Civil en homenaje al Profesor Roberto López Cabana*. Madrid/Buenos Aires: Dykinson.

DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E. y MORALES A. M. (2002). *Los principios del Derecho europeo de contratos*. Madrid: Civitas.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1995). La formación del contrato. *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, enero-marzo.

DISTASO, N. (1980). *I contratti in generale*. Tomo I. Torino: UTET.

ENNECERUS, L.; LEHMANN, H. (1954). *Derecho de Obligaciones*. Volumen 1, tomo II, *Tratado de Derecho Civil* de ENNECERUS-KIPP-WOLFF (trad. trigésimoquinta edición por Pérez González, B. y Alguer, J.). Barcelona: Bosch.

EHRENBERG, V. (2003). Seguridad jurídica y seguridad del tráfico. *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, pp. 37 y sigs.

ERRARIS, J. (2003). *Le rôle des documents précontractuels dans l'interpretation par le juge du contrat*. Paris: Publibook.

FAGGELLA, G. (1906). Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione giuridica. *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*. Napoli. Tomo III, pp. 269 y sigs.

GALLO, P. (2004). Responsabilità precontrattuale: il quantum. *Rivista di Diritto Civile*, núm. 3, 507-520.

GARCÍA CANTERO, G. (2010). *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*. Madrid: Reus.

GARCÍA RUBIO, P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Madrid: Tecnos.

GARCÍA VALDECASAS, G. (1962). El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho español. *RDP*, tomo XVLI, 832 y sigs.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, M. (1999). *La moderación de la culpa por los tribunales*. Valladolid: Lex Nova.

HANOTIAU, B. (1987). La formation du contrat: les éléments caractéristiques de la convention. *Le Contrat en Formation-Hess Contract in Wordage*. Bruselas: Editions du Jeune Barreau.

IHERING, R. V. (1861). Culpa in contrahendo *bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelaglen Verträgren,* en *J. J.,* pp. 1 y sigs.

JORDANO FRAGA, F. (1987). *La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas.

LARENZ, K. (1958). *Derecho de Obligaciones*. (trad. Santos Briz, J.). Volumen 1.°. Madrid: EDERSA.

LEÓN GONZÁLEZ, J. (2002). Acotaciones históricas al artículo 1107 del Código Civil. *Estudios jurídicos* in memoriam *del profesor Alfredo Calonge*. Tomo II. Salamanca: Servicios editoriales Universidad de Salamanca.

LOI, M. Y TESSITORE, F. (1975). *Buona fede e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè.

LUPINI BIANCHI, L. (1991). La responsabilidad precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Caracas. Julio-diciembre.

LLAMAS POMBO, E. (1999). *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*. Madrid: Trivium.

MANZANARES SECADES, A. (1984). La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares. *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXVII, julio-septiembre, pp. 687 y sigs.

— (1985). La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo. *Anuario de Derecho Civil*, pp. 979 y sigs.

MEDINA ALCOZ, M. (2008). La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas acerca de la naturaleza de la responsabilidad precontractual. En: Jorge Oviedo Albán (Director) *Contratos,* T. 3 de la Colección Derecho privado y globalización. Bogotá D. C.: Ibáñez, pp. 151-208.

MELICH ORSINI, J. (2007). Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato, en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado.

MENEZES CORDEIRO, A. (1984). *Da boa Fé no Direito Civil*. Vol. I. Coimbra: Almedina.

MENGONI, L. (1956). Sulla natura de la responsabilità precontrattuale. *Rivista del Diritto Commerciale*. 1956, II, 365 y sigs.

MONSALVE CABALLERO, V. (2006). Evolución de la responsabilidad precontractual por tratos preliminares en el sistema continental europeo. *Revista Iusta*. Volumen 25. Bogotá, 107 y sigs.

— (2006). La ruptura injustificada de los tratos preliminares y su relación jurídica prenegocial en el Derecho europeo continental. *Via Inveniendi et Iudicandi Revista Virtual*. Volumen 2. Bogotá: Universidad Santo Tomas, pp. 107 y sigs.

OVIEDO ALBÁN, J. (2000). Los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales: Su importancia en la armonización y unificación del derecho privado. *Revista Vniversitas Pontificia Universidad Javeriana,* núm. 100. Bogotá. Diciembre, 95 y sigs.

— (2008). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. *Revista Vniversitas*. Núm. 115. Enero-junio. Bogotá, 83-116.

PANTALEÓN A, F. (1984). Comentario de la STS de 19 de julio de 1984. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Madrid, 1869 y sigs.

PASQUAU LIAÑO, M. (2000). *Comentario al artículo 1258 del Código Civil*. Jurisprudencia civil comentada, Tomo I. Granada, Comares.

PEREGO, E. (1974). *I vincoli preliminare ed il contratto*. Milano: Giuffrè.

RODRÍGUEZ TORRES, J. (1996). *Reflexiones sobre el precontrato*. Separata del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, núm. 25, febrero.

ROJAS MONTES, L.; GARCÍA-GRANERO MÁRQUEZ, M; SAPENA DAVO, J. (1989). *La protección de las partes contratantes mediante la intervención notarial en las fases preliminares del contrato de compraventa*. XIX Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino. Amsterdam. Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España.

ROMÁN GARCÍA, A. (1983). *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*. Madrid: Montecorvo.

RUBINO, D. (1939). *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*. Milano: Giuffrè.

SALEILLES, R. (1907). De la responsabilité precontractuelle. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 697 y sigs.

SCHMIDT, J. (1974). La sanction de la faute precontractuelle. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris.

SCHULZE, R. (2006). Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el derecho contractual europeo. *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, pp. 29-58.

SERRAO, E. (2006). *Il contratto preliminare*. Padua: Cedam.

SOBRAL DO NASCIMENTO, P. (2003). A responsabilidade Pré-contratual pela Ruptura das Negociações, *Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Inocencio Galvao Telles,* vol. IV Coimbra: Almedina, pp. 249 y sigs.

STÖLL, H. (1936). *Die Lehre von den Leistungsstörungen*. Tübingen.

TOMÁS MARTÍNEZ, G. (2010). Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 17 Núm. 1, 187-210.

VATTIER FUENZALIDA, C. (2006). Notas sobre el incumplimiento y la responsabilidad contractual. *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez,* Tomo II. Las Rozas: La Ley, pp. 919 y sigs.

VATTIER, C.; DE LA CUESTA, J. M. y CABALLERO, J. M. (Directores). (2003). *Código europeo de contratos,* Academia de iusprivatistas europeos (Pavía), I, *Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*. Madrid: Dykinson. Universidad de Burgos.

VICENTE DOMINGO, E. (2006). *La reparación integral y la compensación de lucros y daños. Estudios de Derecho de obligaciones homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez,* Tomo II. Las Rozas: La Ley.

VIGNAL, N. (1998). *La transparence en Droit privé des contrats*. Faculté de Droit et Science Politique d'Aix-Marseille. Institut de Droit des Affaires. Aix-Marseille: Presse Universitaire d'Aix-Marseille.

VIGURI PEREA, A. (1994). *Los tratos preliminares: las cartas y otros documentos legales precontractuales*. Barcelona: PPU IURA.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (1992). Comentario del artículo 1.107 del Código Civil. *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor José Luis Lacruz Berdejo,* Vol. I. Bosch. Barcelona: Bosch, pp. 851 y sigs.

— (2001). *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson.

NOTAS

[1] DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. (1998). *Instituciones de Derecho Civil I/2*. Segunda edición. Madrid: Tecnos, p. 52.

[2] ALBALADEJO, M. (1997). *Derecho Civil. II/1°*. Décima edición. Barcelona: Bosch, p. 381. Aún así, algunos Códigos y leyes regulan la responsabilidad precontractual: artículos 1337 y 1338 del Código Civil italiano; artículo 227 del Código Civil portugués; artículos 197 y 198 de Código Civil griego; artículo 422 del Código Civil brasileño; parágrafo 311, 2 del BGB; artículo 1362 del Código Civil peruano; artículo 863 del Código de comercio colombiano; artículos 689 y 690 del Código Civil paraguayo; artículo 465 del Código Civil de Bolivia; artículos 5-8 del Decreto-ley sobre la contratación económica y comercial de Cuba (diciembre de 2003); artículo 920 del Proyecto de Código Civil de Argentina de 1998. Además, la materia queda reflejada en los artículos 6 a 10 del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos.

[3] MESSINEO, F. (1952). *Doctrina general del contrato*. Tomo I. Buenos Aires: EJEA, p. 309.

[4] VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R., en AA.VV. (2001). *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*. (Coord. Valpuesta Hernández, M. R.; Verdera Server, R.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 250. En torno a la responsabilidad por *culpa in contrahendo* y los deberes recíprocos que surge en la fase precontractual, ver las Sentencias del Tribunal Supremo español de 26 de febrero de 1994 y 26 de noviembre de 1997.

[5] IHERING, R. V. (1861). «Culpa in contrahendo *bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelaglen Verträgren»,* en *J. J.,* pp. 1 y sigs.

[6] Con relación al movimiento de la pandectística alemana, BERNAD MAINAR, R. (2012). *Manual de historia del Derecho*. Segunda edición. Caracas: Publicaciones UCAB. 2012, pp. 196-198.

[7] D. 18. 1. 62. 1; *Institutiones* 3. 23. 5; D. 11. 7. 8. 1; D. 18. 4. 1. 8.

[8] Una explicación de la posición doctrinal de Ihering, en LUPINI, L. (1991). La responsabilidad precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Caracas, julio-diciembre, pp. 15-19.

[9] BREBBIA, R. (1957). *Responsabilidad precontractual*. Rosario: Zavalia, pp. 26 y 27.

[10] GARCÍA-GRANERO, A. V. (2002). La perfección de los contratos. *Instituciones de Derecho Privado* (Coord. Delgado De Miguel, J. F.). Tomo III. Obligaciones y Contratos. Volumen 1°. Madrid: Civitas, pp. 344 y sigs.

[11] MELICH ORSINI, J. (2007). Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato, en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, p. 74.

[12] ROMÁN GARCÍA, A. (1983). *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*. Madrid: Montecorvo, p. 381.

[13] LUPINI, L. (1991). La responsabilidad precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Caracas. Julio-diciembre, pp. 104-107.

[14] RODRÍGUEZ TORRES, J. (1996). *Reflexiones sobre el precontrato*. Separata del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, núm. 25, febrero, p. 35.

[15] VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R. (2001), en AA.VV. *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*. (Coord. Valpuesta Hernández, M. R.; Verdera Server, R.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 250.

[16] DÍEZ-PICAZO, L. (1979). *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos, p. 191.

[17] GARCÍA RUBIO, P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Madrid: Tecnos, pp. 158 y sigs.

[18] La Sentencia del Tribunal Supremo español de 16 de diciembre de 1999 asume la doctrina alemana de los daños ocasionados a la confianza, que admitiría la indemnización de los gastos y desembolsos realizados con arreglo al contrato proyectado.

[19] GUARDIOLA SACARRERA, E. (1994). *La compraventa internacional*. Barcelona: Bosch, p. 43.

[20] ALBALADEJO, M. (1997). *Derecho Civil. II/1°*. Décima edición. Barcelona: Bosch, p. 381.

[21] En los tratos preliminares habría que deslindar dos grados de voluntad: el simple ánimo de entenderse, sin crear un vínculo jurídico; y la intención de contratar, distinción que no es irrelevante, puesto que si la ruptura se produce en la fase del simple ánimo de tratar, las consecuencias serían menos graves que la producida en la fase de la intención de contratar. En este sentido, RODRÍGUEZ TORRES, J. (1996). *Reflexiones sobre el precontrato*. Separata del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, núm. 25, febrero, p. 35.

[22] Supuesto en el cual podría admitirse la obligación de devolver las cantidades entregadas como señal, cuando la ruptura de las negociaciones se ha producido a instancia del que hubiera entregado la cantidad en un momento tal de su desarrollo que hubiera generado la suficiente y razonable expectativa de contratar, aunque esta solución dependerá en última instancia del carácter que se le haya conferido a la entrega de la cantidad: tratativas, precontrato u opción. Al respecto, GARCÍA-GRANERO, A. V. (2002). La perfección de los contratos. *Instituciones de Derecho Privado* (Coord. Delgado de Miguel, J. F.). Tomo III. Obligaciones y Contratos. Volumen 1°. Madrid: Civitas, p. 355, que cita a RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2000). *Estudio legislativo y jurisprudencial del derecho civil: obligaciones y contratos*. Madrid: Dykinson, p. 239.

[23] VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R. (2001), en AA.VV. *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*. (Coord. Valpuesta Hernández, M. R.; Verdera Server, R.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 250.

[24] DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN BALLESTEROS, A. (1998). *Instituciones de Derecho Civil I/2*. Segunda edición. Madrid: Tecnos, p. 52.

[25] ALBALADEJO, M. (1997). *Derecho Civil. II/1°*. Décima edición. Barcelona: Bosch, pp. 383 y 384.

[26] GARCÍA-GRANERO, A. V. (2002). La perfección de los contratos. *Instituciones de Derecho Privado* (Coord. Delgado De Miguel, J. F.). Tomo III. Obligaciones y Contratos. Volumen 1°. Madrid: Civitas, pp. 334 y sigs.

[27] Téngase en cuenta que cuando Ihering elabora su teoría todavía no se había redactado el BGB, ni el Código de Obligaciones suizo, razón por la cual el modelo codificador vigente era el representado por el *Code* francés, que solo permitía encajar el supuesto de ruptura injustificada de los tratos preliminares a través de la responsabilidad derivada de hecho ilícito (arts. 1382 y 1383 del *Code*), modelo proyectado en los artículos 1151 del *Codice civile* italiano de 1865, 1902 del Código Civil español, 2314 del Código Civil chileno, o 1185 del Código Civil venezolano, entre otros.

[28] En este sentido, MOMMSEN, T., citado por BENATTI, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, pp. 6 y 7; BESSONE, M. (1972). Rapporto precontrattuale e doveri di corretezza. *Rivista Trimestralle di Diritto e Procedura Civile*, p. 1012.

[29] WINDSCHEID, B. (1904). *Diritto delle pandette* (trad. FADDA, C.; BENSA, P.). Volumen III, primera parte. Torino: UTET, p. 187.

[30] MENGONI, L. (1956). «Sulla natura della responsabilitá precontrattuale». *Rivista del Diritto Commerciale* 1956, II, p. 366; WINDSCHEID, B. (1904). *Diritto delle pandette* (trad. FADDA, C.; BENSA, P.). Volumen III, primera parte. Torino: UTET, p. 187.

[31] Una referencia sobre el particular, IGLESIAS SANTOS, J. (2007). *Derecho Romano*. Decimosexta edición. Madrid: Ariel Derecho, p. 114.

[32] Con relación a la *Lex Aquilia de damno dato* y la *actio legis Aquiliae*, BERNAD MAINAR, R. (2013). *Curso de Derecho Privado Romano*. Tercera edición. Primera Reimpresión. Caracas: Publicaciones UCAB, pp. 505-508.

[33] En su virtud, quien ocasiona un daño tiene la obligación de repararlo. Criterio expuesto por MELINGER, citado BARASSI, L. (1899). *Notas críticas a la obra de Melinger.* Archivo Giuridico Filippo Serafini, p. 594.

[34] Tesis que inicialmente mantuvo Windscheid, pero que más tarde abandonó para albergar el principio de la confianza, según el cual quien defrauda la confianza de la otra parte en una declaración negocial debe responder por ello. Al respecto, WINDSCHEID, B. (1904). *Diritto delle pandette* (trad. FADDA, C.; BENSA, P.). Volumen III, primera parte. Torino: UTET, p. 188.

Una de las críticas que se le propinó a la figura del pacto tácito de garantía fue estar basada en una ficción. En este sentido, BENATTI, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, pp. 7 y 8; DISTASO, N. (1980). *I contratti in generale*. Tomo I. Torino: UTET, pp. 332-333.

[35] FAGGELLA, G. (1906). Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione giuridica, en *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*. Nápoles. Tomo III, pp. 269 y sigs.; (1909) Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali, en *Archivo Giuridico Filippo Serafini,* pp. 128 y sigs.

[36] BREBBIA, R. (1957). *Responsabilidad precontractual*. Rosario: Zavalia, p. 28; CALUSSI, V. (1956). In tema di trattative e responsabilità precontrattuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 476.

[37] FAGGELLA, G. (1909). Fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali, en *Archivo Giuridico Filippo Serafini,* p. 150.

[38] Criterio sostenido por la Sentencia del Tribunal de Nápoles, presidido por Faggella, de 31 de marzo de 1909. Una crítica sobre la misma, POLACCO, V. (1915). *Le obbligazzioni nel diritto civile italiano*. Roma: Athenaeum, p. 513.

[39] Sobre la base del artículo 1151 del *Codice civile* italiano de 1865, norma que aludía a la responsabilidad civil extracontractual, hoy reproducido en cuanto a su idea en el artículo 2043 del *Codice civile* de 1942.

Concretamente, se admitía la naturaleza extracontractual de la *culpa in contrahendo* en los casos de nulidad del contrato y otros supuestos, tomando como argumento el artículo 36 del Código de comercio de 1882, en cuya virtud surgía para el revocante de la oferta la obligación de indemnizar al margen de la culpa por el mero hecho de haber iniciado la otra parte la ejecución del contrato antes de que la revocatoria llegara a su conocimiento. Con arreglo a este criterio, incluso se llegó a considerar por algunos que esta obligación de indemnizar consagraba la *culpa in contrahendo* en Italia: DUSI, B. (1937). *Istituzione di diritto civile*. Volumen 2. Torino: Giappichelli, p. 20; lo cual se matizó al considerar el caso como un supuesto de responsabilidad sin culpa: BENATTI, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, pp. 74-75; por ocasionar un daño que no es injusto, pero que la ley obliga a resarcir: LORDI, L. (1936). *Le obbligazzoni commerciali*. Segunda edición. Tomo I. Milano-Roma: S.E.L.- Athenaeum, pp. 40-41.

[40] Ya por entender que quien realiza tratativas confiando en la conclusión de un contrato, lo hace a su riesgo y peligro: COVIELLO, N. (1900). *Della C.D. Colpa in contrahendo*, en

Il Filangieri, p. 727; CARRARA, G. (1915). *La formazione dei contratti*. Milano: Vallardi, pp. 12-15, ya por considerar que en las tratativas cada una de las partes actúa en su propio y exclusivo interés, de tal manera que el daño ocasionado por la ruptura de las mismas no es sino el precio que ha de pagarse por la probabilidad que con las negociaciones se ha llegado a albergar respecto a la conclusión de un contrato favorable: PACCHIONI, G. (1937). *Dei contratti in generale*. Segunda edición. Volumen II, parte 2 Diritto Civile Italiano. Padova: Cedam, p. 112.

[41] POLACCO, V. (1915). *Le obbligazzioni nel diritto civile italiano*. Roma: Athenaeum, p. 511; RUBINO, D. (1939). *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*. Milano: Giuffrè, pp. 175-177; MENGONI, L. (1956). Sulla natura de la responsabilità precontrattuale. *Rivista del Diritto Commerciale*. 1956, II, p. 365; BENATTI, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, p. 11; DISTASO, N. (1980). *I contratti in generale*. Tomo I. Torino: UTET, p. 334.

[42] En efecto, el artículo 1124 de este Código señalaba que «*los contratos debe ser ejecutados de buena fe y obligan no solamente a lo expresado en ellos, sino también a las consecuencias que según la equidad, el uso o la ley deriven de ellos*», y algunas sentencias de la Casación italiana (10 de julio de 1936; 23 de junio de 1941) reconocen que en la fase preparatoria del contrato las partes han de comportarse con la diligencia normal. Al respecto, LOI, M.-TESSITORE, F. (1975). *Buona fede e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, p. 7.

[43] CALUSSI, V. (1956). In tema di trattative e responsabilità precontrattuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* p. 475; BENATTI, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, pp. 12-13; LOI, M.-TESSITORE, F. (1975). *Buona fede e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, p. 10; DISTASO, N. (1980). *I contratti in generale*. Tomo I. Torino: UTET, p. 308.

[44] DISTASO, N. (1980). *I contratti in generale*. Tomo I. Torino: UTET, p. 296; MIRABELLI, G. (1980). *Dei contratti in generale*. Torino: UTET, p. 114.

[45] En torno al significado atribuido por la jurisprudencia al principio de la buena fe en el artículo 1337 del *Codice civile*, LOI, M.-TESSITORE, F. (1975). *Buona fede e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, p. 14.

[46] SCOGNAMIGLIO, R. (1970). Dei contratti in generali, en *Commentario del Codice Civile* de Scialoja y Branca. Bolonia-Roma: Zanicchelli-Foro Italiano, p. 200; LOI, M.-TESSITORE, F. (1975). *Buona fede e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, p. 32.

[47] MESSINEO, F. (1952). *Doctrina general del contrato*. Tomo I. Buenos Aires: EJEA, p. 309; DISTASO, N. (1980). *I contratti in generale*. Tomo I. Torino: UTET, pp. 309-314.

[48] DISTASO, N. (1980). *I contratti in generale*. Tomo I. Torino: UTET, p. 309.

[49] En este sentido, la Sentencia de la Casación italiana de 24 de marzo de 1958 obtenida del *Massimario Giustizia Civile* 1958, p. 349.

[50] BENATTI, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, p. 55; SCOGNAMIGLIO, R. (1970). Dei contratti in generali en *Commentario del Codice Civile* de Scialoja y Branca. Bolonia-Roma: Zanicchelli-Foro Italiano, p. 210.

[51] MESSINEO, F. (1952). *Doctrina general del contrato*. Tomo I. Buenos Aires: EJEA, p. 310; BARBERO, D. (1967). *Sistema del Derecho privado* (trad. Sentís Melendo). Sexta edición. Tomo I. Buenos Aires: EJEA, p. 481; SACCO, R. (1975). *Il contratto*. Torino: UTET, p. 676; MIRABELLI, G. (1980). *Dei contratti in generale*. Torino: UTET, p. 114.

[52] DE CUPIS, A. (1975). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil,* traducción de la 2.ª edición italiana y estudio preliminar Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, pp. 168 y 169.

[53] MENGONI, L. (1956). Sulla natura de la responsabilità precontrattuale. *Rivista del Diritto Commerciale*. 1956, II, p. 361; BENATTI, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, p. 128.

[54] TRABUCCHI, A. (1976). *Istituzioni di diritto civile*. Vigésimo primera edición. Padova: Cedam, pp. 211-212.

[55] Este es el caso de Aubry y Rau, así como también Colin y Capitant, citados por VIGNAL, N. (1998). *La transparence en Droit privé des contrats*. Faculté de Droit et Science

Politique d'Aix-Marseille. Institut de Droit des Affaires. Aix-Marseille: Presse Universitaire d'Aix-Marseille, pp. 42, 43.

[56] SALEILLES, R. (1907). De la responsabilité precontractuelle. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 697-751.

[57] Una crítica centrada en la vaguedad e imprecisión del principio de la buena fe, HILSENRAD, A. (1935). *Las obligaciones precontractuales* (trad. Menéndez-Pidal, F.). Madrid: Góngora, pp. 80-83.

[58] SALEILLES, R. (1907). De la responsabilité precontractuelle. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 749.

[59] MAZEAUD, H. y L.-TUNC, A. (1961). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Tomo I (trad. quinta edición Alcalá Zamora, L). Buenos Aires: EJEA, pp. 123, 168, 174; RIPERT, G.- BOULANGER, J. (1964). *Tratado de Derecho Civil*. Tomo V. Las Obligaciones. Buenos Aires: La Ley, p. 454; GHESTIN, J. (1980). *Le contrat*. Tomo 2 del *Traité de Droit Civil* dirigido por Ghestin. París: LGDJ, pp. 176 y 802; VINEY, G. (1982). *La responsabilité: conditions*. Tomo IV del *Traité de Droit Civil* dirigido por Ghestin. París: LGDJ, pp. 229-230; SCHMIDT, J. (1982). *Négotiation et conclusion des contrats*. París: Dalloz, número 151.

[60] En este sentido, Sentencia de la Corte de Casación francesa de 11 de enero de 1984 y otras del mismo tenor. *Jurisprudence francaise núm. 5. Droit des contrats*. (1989). París: Litec, pp. 30 y sigs.

Criterio extensible también a la doctrina y jurisprudencia belga, italiana (bajo la vigencia del *Codice civile* de 1865), o venezolana. Al respecto, MELICH ORSINI, J. (2007). Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato, en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, p. 82.

[61] SCHMIDT, J. (1974). La sanction de la faute pre-contractuelle. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. París, 52.

[62] ENNECERUS, L.; LEHMANN, H. (1954). *Derecho de Obligaciones*. Volumen 1, tomo II, *Tratado de Derecho Civil* de ENNECERUS-KIPP-WOLFF (trad. trigésimoquinta edición por Pérez González, B. y Alguer, J.). Barcelona: Bosch, p. 228.

[63] Variadas han sido las teorías que precedieron a esta, superadas todas ellas por insuficientes: relación precontractual basada en la posterior conclusión del contrato; precontrato tácito; analogía *iuris*; relaciones contractuales de hecho. Sobre las referidas teorías y sus respectivas críticas, LARENZ, K. (1958). *Derecho de Obligaciones*. (trad. Santos Briz, J.). Volumen 1°. Madrid: EDERSA, p. 108; ENNECERUS, L.; LEHMANN, H. (1954). *Derecho de Obligaciones*. Volumen 1, tomo II, *Tratado de Derecho Civil* de ENNECERUS-KIPP-WOLFF (trad. trigésimoquinta edición por Pérez González, B. y Alguer, J.). Barcelona: Bosch, pp. 228 y 229; BENATTI, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, pp. 122-126.

[64] HEDEMANN, J. W. (1958). *Derecho de Obligaciones* (trad. Santos Briz, J.). Tomo III del *Tratado de Derecho Civil* de LEHMANN-HEDEMANN. Madrid: EDERSA, p. 166; ENNECERUS, L.; LEHMANN, H. (1954). *Derecho de Obligaciones*. Volumen 1, tomo II, *Tratado de Derecho Civil* de ENNECERUS-KIPP-WOLFF (trad. trigésimoquinta edición por Pérez González, B. y Alguer, J.). Barcelona: Bosch, p. 229.

[65] En efecto, el parágrafo 823 del BGB señala que *«quien dolosa o culposamente lesiona de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualesquiera otro derecho de otra persona, está obligado para con ella a la indemnización del daño causado por esto»*.

En torno al problema de la tipicidad del referido precepto, LIMPENS, J.-KRUITHOF, R.-MEINERTZHAGEN, A. (1983). Lyability for one's own act, en *International Encyclopedia of Comparative Law*. Volumen XI. Torts (ed. Tunc, A.), parte I, JCB. Mohr-Nijhoff: Tübingen-La Haya, pp. 45-47.

[66] Tal como se desprende del tenor de los parágrafos 831 y 278, respectivamente, del BGB. Al respecto, BUSNELLI, F. (1969). Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto ingiusto. *Rivista di Diritto Civile*, 434.

[67] FLUME, W. (1998). *El negocio jurídico. Parte General del Derecho Civil*. Tomo II. Cuarta edición. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, p. 723.

[68] Precisamente el Código suizo de Obligaciones incorpora en el artículo 2 el principio de la buena fe con rango de principio general, lo que lleva a la doctrina helvética a poner énfasis en la conexión existente entre la responsabilidad civil en la etapa de formación del contrato, el deber de informarse que recae sobre los contratantes, y la buena fe. Consecuencia de ello será que la buena fe exigirá a las partes, no solo el deber negativo de abstenerse de observar una conducta culposa, sino también el deber positivo de cooperar entre sí. Por ello, la confianza legítima opera como verdadero freno al principio de la libertad contractual, que no consiste en una mera convicción subjetiva, sino que ha de sustentarse en elementos objetivos idóneos, y fundamentaría la obligación de resarcir en el caso de ruptura de los tratos preliminares contraria a la buena fe. Al respecto, LOI, M. y TESSITORE, F. (1975). *Buona fede e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, p. 32.

[69] Posición que ya parecía haber encontrado eco en la doctrina y la jurisprudencia alemanas mucho tiempo antes sobre la base del principio de la confianza que la actitud del emisor de una declaración de voluntad había despertado en el destinatario de la misma, principio que estaba presente a lo largo del BGB en alguno de sus parágrafos (122, 179, 307). Al respecto, ENNECERUS-KIPP-WOLFF. (1954). *Tratado de Derecho Civil*. II, 2. Barcelona: Bosch, p. 229.

[70] ALBIEZ-DOHRMANN, K. J. (2002). Un nuevo derecho de obligaciones, La Reforma 2002 del BGB. *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre. Madrid, p. 1192.

[71] LUPINI, L. (1991). La responsabilidad precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Julio-diciembre. Caracas, 90.

[72] LÓPEZ HERRERA, F. (1952). *La nulidad de los contratos en la legislación civil de Venezuela*. Caracas: El Cojo, pp. 209 y sigs.; LUPINI, L. (1991). La responsabilidad precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Julio-diciembre. Caracas, pp. 91-95; MADURO LUYANDO, E.; PITTIER SUCRE, E. (2001). *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*. Volumen II. Caracas: Publicaciones UCAB, p. 669; MELICH ORSINI, J. (2006). *Doctrina General del Contrato*. Cuarta edición. Serie Estudios núm. 61. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, p. 118.

No obstante, no todos los casos que se abarcan dentro de la noción de *culpa in contrahendo* pueden encuadrarse en el marco de la responsabilidad civil por hecho ilícito, pues algunos de ellos encajarían en la figura del abuso de derecho, en el ámbito de la responsabilidad civil contractual, o en materia de protección al consumidor, tal como señala LUPINI, L. (1991). La responsabilidad precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Julio-diciembre. Caracas, 92, 93, 128 y 129.

[73] En efecto, el artículo 1160 del Código Civil señala que *«los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley»*. Al respecto, MELICH ORSINI, J. (2007). Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato, en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, pp. 111 y 112; LUPINI, L. (1991). La responsabilidad precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Julio-diciembre. Caracas, 78.

[74] LUPINI, L. (1991). La responsabilidad precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Julio-diciembre. Caracas, p. 93.

[75] BENATTI, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, p. 53; SCOGNAMIGLIO, R. (1970). *Dei contratti in generali* en *Commentario del Codice Civile* de Scialoja y Branca. Bolonia-Roma: Zanicchelli-Foro Italiano, pp. 208-210.

[76] LUPINI, L. (1991). La responsabilidad precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Julio-diciembre. Caracas, 80.

[77] MELICH ORSINI, J. (2006). *Doctrina General del Contrato*. Cuarta edición. Serie Estudios núm. 61. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, p. 118; LUPINI, L.

(1991). La responsabilidad precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Julio-diciembre. Caracas, 95.

[78] RIPERT, G. Y BOULANGER, J. (1964). *Tratado de Derecho Civil*. Tomo V. Las Obligaciones. Buenos Aires: La Ley, p. 80; BREBBIA, R. (1957). *Responsabilidad precontractual*. Rosario: Zavalia, p. 38.

[79] PUIG BRUTAU, J. (1987). *Compendio de Derecho civil*. Volumen II. Barcelona: Bosch, p. 223.

[80] Son partidarios de este criterio JORDANO FRAGA, F.; DELGADO ECHEVERRÍA, J., citados en GARCÍA RUBIO, P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Madrid: Tecnos, pp. 81-83.

[81] ALONSO PÉREZ, M. (1971). *La responsabilidad precontractual*. Separata de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Julio-agosto. Madrid, pp. 60 y sigs.

[82] ALONSO PÉREZ, M. (1971). *La responsabilidad precontractual*. Separata de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Julio-agosto. Madrid, pp. 60 y sigs.

[83] La extensión de la responsabilidad contractual a la fase de los tratos preliminares sobre la base de la relación de contacto social es sostenida por PANTALEÓN PRIETO, F., citado por GARCÍA RUBIO, P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Madrid: Tecnos, pp. 81-83.

[84] En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo español de 16 de diciembre de 1999 (que a su vez invoca la de 16 de mayo de 1988) establece que *«… de estos tratos sociales o contratos sociales puede y debe derivarse una cierta responsabilidad —precontractual o por culpa in contrahendo— que al faltar la relación contractual aparece como aquiliana, puesto que no puede negarse que exista una violación del principio* neminem laedere *…»*; *«… dicha responsabilidad extracontractual se puede derivar directamente de la teoría de los tratos preliminares o a través de la teoría del abuso de derecho, pero tanto en uno u otro caso lleva a desembocar ineludiblemente en la entrada en juego del artículo 1902 CC»*.

[85] COSSIO (1975). *Instituciones I*. Madrid: Alianza, pp. 264 y sigs. También DE LOS MOZOS, J. L.; MORENO QUESADA, B., citados por ROMÁN GARCÍA, A. (1983). *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*. Madrid: Montecorvo, p. 380.

Ver al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo español de 16 de mayo de 1988 en donde se afirma que el fundamento último de esta tesis descansaría en la violación de un deber de conducta impuesto por la buena fe considerada en sentido objetivo.

[86] DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. (1998). *Instituciones de Derecho Civil I/2*. Segunda edición. Madrid: Tecnos, p. 53; CASTÁN TOBEÑAS, J. (1985). *Derecho civil español común y foral*. Tomo 4. Decimosegunda edición. Madrid: Reus, p. 32; ALBALADEJO, M. (1997). *Derecho Civil. II/1°*. Décima edición. Barcelona: Bosch, pp. 382-384.

[87] DÍEZ-PICAZO, L. (1979). *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos, pp. 190 y 191.

[88] Extraídas de la influyente Sentencia del Tribunal Supremo español de 14 de junio de 1999.

[89] VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R. (2001), en AA.VV. *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*. (Coord. Valpuesta Hernández, M. R.; Verdera Server, R.). Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 250 y 251.

[90] LUNA SERRANO, A., citado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2000). *Curso de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Madrid: Colex, p. 372.

[91] MANZANARES SECADES, A., citado por GARCÍA RUBIO, P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Madrid: Tecnos, p. 83.

[92] ASÚA GONZÁLEZ, C., citada por GARCÍA RUBIO, P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Madrid: Tecnos, pp. 83 y 84.

[93] MELICH ORSINI, J. (2007). Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato, en *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, p. 111.

[94] OVIEDO ALBÁN, J. (2000). Los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales: Su importancia en la armonización y unificación del derecho privado.

Revista Vniversitas Pontificia Universidad Javeriana, núm. 100. Diciembre. Bogotá, pp. 95 y sigs.; (2008). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. *Revista Vniversitas*. Núm. 115. Enero-junio. Bogotá, p. 92.

[95] TREVIÑO AZCUE, J. C. (1998). *Contratación internacional. Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del Unidroit*. México: UNAM, p. 74.

[96] «*Artículo 2. 15 (Negociaciones con mala fe).*

(1) Cualquiera de las partes es libre de entablar negociaciones y no incurre en responsabilidad en el supuesto de que estas no culminen en acuerdo.

(2) Sin embargo, la parte que ha negociado, o ha interrumpido las negociaciones, con mala fe será responsable por los daños causados a la otra parte.

(3) En especial, se considerará mala fe el entrar en negociaciones o continuarlas con la intención de no llegar a un acuerdo».

[97] OVIEDO ALBÁN, J. (2008). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. *Revista Vniversitas*. Núm. 115. Enero-junio. Bogotá, 101 y 102.

[98] OVIEDO ALBÁN, J. (2008). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. *Revista Vniversitas*. Núm. 115. Enero-junio. Bogotá, 101.

[99] BIANCA, C. M. (2000). *Diritto civile. 3, Il contratto*, Milano: Giuffré editore, p. 168.

[100] Los Principios europeos de Derecho de contratos (documento elaborado por el grupo sobre Derecho europeo de contratos liderado por el profesor Lando, sobre el cual se ha basado en cierta medida el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos) establecen la buena fe y la negociación justa como deberes generales en el artículo 2:301. En efecto:

Artículo 2:301: Negociaciones contrarias a la buena fe

1) Las partes tienen libertad para negociar y no son responsables en caso de no llegar a un acuerdo.

2) Sin embargo, la parte que hubiere negociado o roto las negociaciones de manera contraria a las exigencias de la buena fe, será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.

3) En especial es contrario a la buena fe que una parte entable negociaciones o prosiga con ellas si no tiene intención alguna de llegar a un acuerdo con la otra parte.

Vemos que este artículo presenta una conexión muy estrecha con el artículo 1:201 del borrador del Marco común de referencia europeo sobre la responsabilidad precontractual, y ambos son aplicables tanto al periodo precontractual como al contractual y, específicamente, contemplan la responsabilidad por negociaciones contrarias a la buena fe. Sin embargo, el borrador del Marco común de referencia es más claro y más extenso que los Principios; y en este sentido destaca especialmente su referencia a que la buena fe precontractual no pueda ser ni excluida ni limitada por contrato.

Al respecto, OVIEDO ALBÁN, J. (2008). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. *Revista Vniversitas*. Núm. 115. Enero-junio. Bogotá, 92.

[101] Un comentario en torno a este artículo del Anteproyecto, GARCÍA CANTERO, G. (2010). *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*. Madrid: Reus, pp. 98-102.

[102] TOMÁS MARTÍNEZ, G. (2010). *Naturaleza de la responsabilidad precontractual (culpa in contrahendo) en la armonización jurídica europea. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 17 Núm. 1, 198-199.

[103] D. 4.3.1 y sigs.; *Codex* 2. 21. Una referencia a esta *actio* romana, IGLESIAS SANTOS, J. (2007). *Derecho Romano*. Decimosexta edición. Madrid: Ariel Derecho, p. 114.

[104] *Institutiones Gai* 4, 62; *Institutiones* 4, 6, 28; D. 17. 2. 38. Sobre esta modalidad de *actio* en Roma, BERNAD MAINAR, R. (2013). *Curso de Derecho Privado Romano*. Caracas: Publicaciones UCAB, p. 200.

[105] ALONSO PÉREZ, M. (1971). La responsabilidad precontractual. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Julio-agosto. Madrid, 889.

[106] DE CUPIS, A. (1975). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, traducción de la 2.ª edición italiana y estudio preliminar Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, pp. 168 y 169.

[107] ALONSO PÉREZ, M. (1971). La responsabilidad precontractual. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Julio-agosto. Madrid, 889.

[108] ALONSO PÉREZ, M. (1971). La responsabilidad precontractual. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Julio-agosto. Madrid, 890.

[109] ALBIEZ-DOHRMANN, K. J. (2002). Un nuevo derecho de obligaciones, La Reforma 2002 del BGB. *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre. Madrid, 1192.

[110] STÖLL, H. (1936). *Die Lehre von den Leistungsstörungen*. Tübingen, p. 143.

[111] SOBRAL DO NASCIMENTO, P. (2003). A responsabilidade Pré-contratual pela Ruptura das Negociações, *Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Inocêncio Galvâo Telles,* vol. IV. Coimbra: Almedina, pp. 249 y sigs.; ALMEIDA COSTA, M. (1984). *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*. Coimbra: Ed. Coimbra, p. 338; MENEZES LEITÃO, L, M. (2002). *Obrigações*, Vol. I. Coimbra: Almedina, p. 338.

[112] EHRENBERG, V. (2003). Seguridad jurídica y seguridad del tráfico. *Cuadernos de Derecho Registral*. Madrid, 37 y sigs.

[113] EHRENBERG, V. (2003). Seguridad jurídica y seguridad del tráfico. *Cuadernos de Derecho Registral*. Madrid, 48.

[114] PASQUAU LIAÑO, M. (2000). Comentario al artículo 1258 del Código Civil. *Jurisprudencia civil comentada,* Tomo I. Granada: Comares, p. 2149.

[115] PUIG BRUTAU, J. (1987). *Compendio de Derecho civil*. Volumen II. Barcelona: Bosch, p. 230.

[116] Sobre la evolución del alcance y extensión de la responsabilidad contractual, DE CUPIS, A. (1966). *La natura della responsabilità*. Milano: Giuffrè, p. 98.

[117] JORDANO FRAGA, F. (1987). *La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas, pp. 31 y 32.

[118] GARCÍA VALDECASAS, G. (1962). El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho español. *RDP*, tomo XVLI, pp. 832 y sigs.

[119] DE CUPIS, A. (1966). *La natura della responsabilità*. Milano: Giuffrè, p. 98.

[120] Las denominadas relaciones de contacto social (tratos preliminares, responsabilidad precontractual y relaciones contractuales de hecho). Ver en este sentido, PANTALEÓN A, F. (1984). Comentario de la STS de 19 de julio de 1984. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Madrid, 1876.

[121] BERNAD MAINAR, R. (2012). *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo IV. Caracas: Publicaciones UCAB, pp. 17-19.

[122] MENGONI, L. (1956). Sulla natura de la responsabilità precontrattuale. *Rivista del Diritto Commerciale*. 1956, II, p. 365; BREBBIA, R. (1957). *Responsabilidad precontractual*. Rosario: Zavalia, pp. 26 y 27.

[123] En torno a la pandectística alemana del siglo XIX, BERNAD MAINAR, R. (2012). *Manual de historia del Derecho*. Segunda edición. Caracas: Publicaciones UCAB, pp. 196-198.

[124] BENATTI, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, p. 145; LOI, M.-TESSITORE, F. (1975). *Buona fede e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, pp. 91-92.

Una exposición de la doctrina del interés negativo en GARCÍA RUBIO, P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Madrid: Tecnos, pp. 230-254.

[125] Aún así, surge la controversia en lo atinente a la indemnización del lucro cesante. En este sentido, GARCÍA-GRANERO, A. V. (2002). La perfección de los contratos. *Instituciones de Derecho Privado* (Coord. Delgado de Miguel, J. F.). Tomo III. Obligaciones y Contratos. Volumen 1°. Madrid: Civitas, p. 353.

[126] FAGGELLA, G. (1906). Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione giuridica, en *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*. Tomo III. Nápoles, pp. 269 y sigs. (núm. 9).

[127] CARRARA, G. (1915). *La formazione dei contratti*. Milano: Vallardi, p. 211; LORDI, L. (1936). *Le obbligazzoni commerciali*. Segunda edición. Tomo I. Milano-Roma: S.E.L.-Athenaeum, p. 40.

[128] En este sentido, esta parte de la teoría de Ihering —interés contractual negativo— se puede separar del resto de la teoría de la *culpa in contrahendo*. Al respecto, POLACCO, V. (1915). *Le obbligazzioni nel diritto civile italiano*. Roma: Athenaeum, p. 507.

[129] Sentencia de la Casación italiana de 13 de abril de 1973 obtenida del *Massimario Giustizia Civile* 1973, p. 562; DISTASO, N. (1980). *I contratti in generale*. Tomo I. Torino: UTET, pp. 316-320. Una crítica a la jurisprudencia italiana sobre el particular, LOI, M.-TESSITORE, F. (1975). *Buona fede e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, pp. 91 y sigs.

[130] Limitación criticada por carecer el Derecho italiano de una norma en tal sentido, en contra de lo que sucede en el Derecho alemán, que sí lo contempla en algunos preceptos del BGB (parágrafos 107, 307 y 309). Al respecto, BENATTI, F. (1963). *La responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, pp. 149-153; SCOGNAMIGLIO, R. (1970). Dei contratti in generali en *Commentario del Codice Civile* de Scialoja y Branca. Bolonia-Roma: Zanicchelli-Foro Italiano, p. 213; LOI, M.-TESSITORE, F. (1975). *Buona fede e responsabilità precontrattuale*. Milano: Giuffrè, pp. 96-100.

[131] MESSINEO, F. (1952). *Doctrina general del contrato*. Tomo I. Buenos Aires: EJEA, pp. 309 y 310.

[132] SALEILLES, R. (1907). De la responsabilité precontractuelle. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 739.

[133] SALEILLES, R. (1907). De la responsabilité precontractuelle. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 749.

[134] Ambos preceptos apuntados (parágrafos 122 y 179) aluden, respectivamente, al interés contractual negativo con la limitación del interés contractual positivo en términos muy similares: *«… no excediendo, sin embargo, la cuantía que el otro o el tercero tenga en la validez de la declaración …»; «… no excediendo, sin embargo, de la cuantía del interés que la otra parte tenga en la eficacia del contrato …»*. Al respecto, ENNECERUS, L.; LEHMANN, H. (1954). *Derecho de Obligaciones*. Volumen 1, tomo II, *Tratado de Derecho Civil* de Ennecerus-Kipp-Wolff (trad. Trigésimo quinta edición por Pérez González, B. y Alguer, J.). Barcelona: Bosch, pp. 228 y 229.

[135] MELICH ORSINI, J. (2006). *Doctrina General del Contrato*. Cuarta edición. Serie Estudios núm. 61. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, p. 118.

La concesión de una indemnización que pudiera rebasar el límite del interés positivo raya el absurdo, no solo porque no parece lógico que alguna de las partes comprometa en la celebración de un contrato más provechos que los que pudiera obtener como consecuencia de la conclusión y ejecución del referido contrato, sino también por la inexistencia de un nexo causal directo e inmediato entre el hecho ilícito y el daño producido. Al respecto, LUPINI, L. (1991). La responsabilidad precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Julio-diciembre. Caracas, 98 y 99.

Téngase en cuenta el artículo 920 del Proyecto de Código Civil argentino de 1998 cuando establece: «*Deber de buena fe. Las partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tratativas contractuales, aunque todavía no haya sido emitida una oferta. El incumplimiento de este deber genera responsabilidad por daño al interés negativo*».

[136] LUPINI, L. (1991). La responsabilidad precontractual en Venezuela. *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*. Julio-diciembre. Caracas, 97, siguiendo en este criterio a ZANNONI, E. (1987). *El daño en la responsabilidad civil*. Segunda edición. Buenos Aires: Astrea, p. 113.

[137] Para que el daño resulte resarcible ha de ser directo, sin necesidad de que resulte previsible. Al respecto, BERNAD MAINAR, R. (2012). *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones*. Tomo I. Caracas: Publicaciones UCAB, pp. 219 y 231.

[138] DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. (1998). *Instituciones de Derecho Civil I/2*. Segunda edición. Madrid: Tecnos, p. 53; ALONSO PÉREZ, M. (1971). *La responsabilidad precontractual*. Separata de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Julio-agosto. Madrid, pp. 60 y sigs.; RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2000). *Estudio legislativo y jurisprudencial del derecho civil: obligaciones y contratos*. Madrid: Dykinson, pp. 237 y 238; VALPUESTA

HERNÁNDEZ, M. R. (2001), en AA. VV. *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*. (Coord. Valpuesta Hernández, M. R.; Verdera Server, R.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 253.

[139] DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. (1998). *Instituciones de Derecho Civil I/2*. Segunda edición. Madrid: Tecnos, p. 53; ALBALADEJO, M. (1997). *Derecho Civil. II/1°*. Décima edición. Barcelona: Bosch, pp. 383 y 384.

[140] VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R. (2001), en AA.VV. *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones y Contratos*. (Coord. Valpuesta Hernández, M. R.; Verdera Server, R.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 253.

[141] GARCÍA RUBIO, P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Madrid: Tecnos, p. 246.

[142] ARÉVALO FERRER, A. (2000). Indemnización por ruptura injustificada de tratos preliminares: responsabilidad *ex* artículo 1902 CC. Comentario a la Sentencia del TS de 14 de junio de 1999 *(RJ* 1999, 4105). *Revista de Derecho Patrimonial* (4), pp. 281-286.

[143] CARRASCO PERERA, citado por GARCÍA RUBIO, P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Madrid: Tecnos, p. 247.

[144] GARCÍA RUBIO, P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Madrid: Tecnos, p. 247.

[145] PANTALEÓN PRIETO, F., citado por GARCÍA RUBIO, P. (1991). *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*. Madrid: Tecnos, p. 249.

[146] *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Roma, p. 61.

[147] GALLO, P. (2004). Responsabilità precontrattuale: il quantum. *Rivista di Diritto Civile*, núm. 3, 507-520.

[148] *«Artículo 7.4.2 (Reparación integral)*

(1) La parte perjudicada tiene derecho a la reparación integral del daño causado por el incumplimiento. Este daño comprende cualquier pérdida sufrida y cualquier ganancia de la que fue privada, teniendo en cuenta cualquier ganancia que la parte perjudicada haya obtenido al evitar gastos o daños y perjuicios.

(2) Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional».

[149] OVIEDO-ALBÁN, J. (2008). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual. *Revista Vniversitas*. Núm. 115. Enero-junio. Bogotá, p. 111.

[150] APARICIO, J. M. (1997). *Contratos, 1, parte general*. Buenos Aires: Hammurabi. Depalma Editor, p. 392.

[151] «*Las pérdidas de las que responde la persona que actuó de manera contraria a la buena fe incluyen los gastos en que se haya incurrido (…); el trabajo realizado (…) y las pérdidas sufridas en transacciones que se hayan llevado a cabo basándose en el contrato que se esperaba celebrar (…). En algunos casos también puede compensarse la pérdida de oportunidades. No obstante, la parte perjudicada no puede reclamar que se le devuelva a la posición en la que se encontraría de haberse celebrado correctamente el contrato. No resulta de aplicación el artículo 9:502*». LANDO, O.; BEALE, H. (2003). *Principios de derecho europeo de contratos, partes I y II*. Edición española a cargo de Pilar BARRES-BENLLOCH; José Miguel EMBID-IRUJO y Fernando MARTÍNEZ-SANZ. Madrid: Colegios Notariales de España, p. 268. El artículo 9:502 trata sobre el daño emergente y el lucro cesante derivados de la inejecución de las obligaciones del contrato.

[152] *«Artículo 6.4. En los casos previstos en los párrafos anteriores, la parte que ha actuado contra la buena fe está obligada a reparar el daño sufrido por la otra hasta el máximo de los gastos comprometidos por esta última en el curso de los tratos preliminares con vistas a la celebración del contrato, así como por la pérdida de ocasiones similares causada por los tratos pendientes»*. Un comentario en torno a este artículo del Anteproyecto, en GARCÍA CANTERO, G. (2010). *Estudios sobre el proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*. Madrid: Reus, pp. 101 y 102. Ver también ASÚA GONZÁLEZ, C. I.

(1989). *La culpa in contrahendo (tratamiento en el Derecho alemán y en otros ordenamientos)*. San Sebastián: Servicio Editorial Universidad del País Vasco, p. 163.

[153] Así, por ejemplo, el artículo 1338 del *Codice civile* italiano, o los parágrafos 122 y 179 del BGB.

[154] Responsabilidad integral no significa que pueda *«extenderse indefinidamente, ni siquiera en presencia de dolo, a toda la cadena de daños que han podido experimentar el acreedor o la víctima, antes bien, debe limitarse a aquellas consecuencias lesivas, que según el curso normal»*. En este sentido, LEÓN GONZÁLEZ, J. (2002). *Acotaciones históricas al artículo 1107 del Código Civil*. Estudios jurídicos in memoriam del profesor ALFREDO CALONGE. Tomo II. Salamanca: Servicios editoriales Universidad de Salamanca, p. 584.

[155] Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1984 *(RJ* 1984, 5656).

[156] VICENTE DOMINGO, E. (2006). *La reparación integral y la compensación de lucros y daños*. *Estudios de Derecho de obligaciones en homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Tomo II. Las Rozas: La Ley, p. 932.

[157] ALONSO PÉREZ, M. (1971). La responsabilidad precontractual. *RCDI*. Madrid, p. 905.

[158] DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. (1998). *Instituciones de Derecho Civil I/2*. Segunda edición. Madrid: Tecnos, p. 53; ALONSO PÉREZ, M. (1971). *La responsabilidad precontractual*. Separata de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Julio-agosto. Madrid, pp. 60 y sigs.; RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2000). *Estudio legislativo y jurisprudencial del derecho civil: obligaciones y contratos*. Madrid: Dykinson, pp. 237 y 238; VALPUESTA HERNÁNDEZ, M. R. (2001), en AA.VV. *Derecho Civil*. *Derecho de Obligaciones y Contratos*. (Coord. Valpuesta Hernández, M. R.; Verdera Server, R.). Valencia: Tirant lo Blanch, p. 253.

[159] BENATTI, F. (1963). *Op. cit.,* pp. 149 y sigs.; MENEZES CORDEIRO, A. (1984). *Da boa Fé no Direito Civil*. Vol. I. Coimbra: Almedina, p. 585.

[160] GUILARTE MARTÍN-CALERO, M. (1999). *La moderación de la culpa por los tribunales*. Valladolid: Lex Nova, p. 76. En este sentido YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001). *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson, p. 286, señala que *«si el signo de los tiempos exige una vigorosa defensa de la víctima, ello no ha de ser solo en el terreno de las relaciones no negociales, no se puede seguir diciendo ante un sistema contractual como el moderno que el tratamiento privilegiado que al deudor de buena fe da el artículo 1107 responde a un deseo de favorecer las transacciones y de permitir un reparto de los riesgos que evite desagradables sorpresas al deudor»*.

[161] YZQUIERDO TOLSADA, M. (1992). Comentario del Artículo 1107 del Código Civil. *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor José Luis Lacruz Berdejo,* Vol. I. Barcelona: Bosch, pp. 851 y sigs.

[162] DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1993). *Comentario del Código Civil*. Tomo II. Madrid: Ministerio de Justicia, pp. 60 y sigs. En el mismo sentido, MENEZES CORDEIRO, A. (1984). *Op. cit.,* pp. 593 y sigs.

[163] LLAMAS POMBO, E. (1999). *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*. Madrid: Trivium, pp. 270 y sigs.

[164] VATTIER FUENZALIDA, C. (2006) se hace eco de esta postura clásica renovada por autores como Díez-Picazo, Delgado Echeverría, Rogel Vide o Pantaleón Prieto, en *Notas sobre el incumplimiento y la responsabilidad contractual*. *Estudios de derecho de obligaciones*. *Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez,* Tomo II. Las Rozas: La Ley, pp. 919 y sigs.

(Trabajo recibido el 20-5-2013 y aceptado para su publicación el 18-6-2013)

La regulación de la usucapión en el Derecho catalán*

The usucaption in the Catalonian Civil Law

por

M.ª CORONA QUESADA GONZÁLEZ
Profesora de Derecho civil. Universidad de Barcelona

RESUMEN: La usucapión es una institución jurídica muy antigua. Su regulación en el Código Civil de Cataluña es bastante distinta de la establecida en el Código Civil español, hasta hace poco aplicable supletoriamente en esta Comunidad Autónoma. En el presente trabajo se comentan e interpretan los artículos 531-23 a 531-29 del Código Civil catalán dedicados a la usucapión. También se analiza la aplicación en Cataluña de los artículos 35 y 36 de la Ley Hipotecaria.

ABSTRACT: Usucaption is an ancient legal institution. The way in which usucaption is regulated in the Civil Code of Catalonia is quite different from the way in which it is addressed in the Spanish Civil Code, yet until very recently the latter was applied on a supplementary basis in Catalonia. This paper offers a commentary on and interpretation of articles 531-23 to 531-29 of the Catalan Civil Code, which address usucaption. The application of articles 35 and 36 of the Spanish Mortgage Act in Catalonia is also discussed.

---

* Este trabajo es fruto de la actividad de investigación imputable al grupo *Derecho patrimonial: norma jurídica y cambio social* de *ESADE Law School* (Universidad Ramón Llull), del que es investigador principal el Catedrático de Derecho civil Dr. Don Sergio Llebaría Samper.

PALABRAS CLAVE: Usucapión. Registro de la Propiedad

KEY WORDS: USUCAPTION. PROPERTY REGISTRY

SUMARIO: I. PRECEDENTES LEGISLATIVOS.—II. CONCEPTO.—III. SUJETOS.—IV. OBJETO.—V. EL EFECTO ADQUISITIVO DE LA USUCAPIÓN: 1. Cómo se producen los efectos de la usucapión. 2. La llamada *usucapio libertatis*. 3. La usucapión y la prescripción extintiva. 4. Usucapión y Registro de la Propiedad: *A*. *Usucapión* secundum tabulas. *B*. *Usucapión* contra tabulas.—VI. LA POSESIÓN: 1. Posesión en concepto de titular del derecho. 2. Posesión pública. 3. Posesión pacífica. 4. Posesión no interrumpida.—VII. LA INTERRUPCIÓN DE LA USUCAPIÓN: 1. Casos de interrupción de la usucapión: *A*. *Cese de la posesión*. *B*. *Reconocimiento por el usucapiente del derecho de los titulares del bien*. *C*. *Oposición judicial a la usucapión y acuerdo de someter a arbitraje las cuestiones relativas a la usucapión*. *D*. *Requerimiento notarial de los titulares del bien*. 2. Efectos.—VIII. LA SUSPENSIÓN DE LA USUCAPIÓN: 1. Casos de suspensión de la usucapión: *A*. *Cuando la usucapión se produce contra las personas que no pueden actuar por sí mismas o por medio de su representante*. *B*. *Cuando la usucapión se produce contra el cónyuge o el otro miembro de la pareja estable*. *C*. *Cuando la usucapión se produce entre las personas vinculadas por la potestad de los padres o por una institución tutelar, o entre la persona asistida y el apoderado*. 2. Efectos.—IX. PLAZOS.—X. ALEGACIÓN DE LA USUCAPIÓN.—XI. RENUNCIA AL DERECHO USUCAPIDO.—XII. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PRECEDENTES LEGISLATIVOS

La usucapión es una institución jurídica muy antigua, que ya aparecía en la *Ley de las XII Tablas*, primer cuerpo normativo escrito del que se tiene noticia en Occidente[1]. No me voy a remontar a tan lejano pasado para explicar los antecedentes históricos de la actual regulación de la usucapión en el Código Civil catalán[2], porque para su mejor comprensión creo que interesa conocer sobre todo sus más inmediatos precedentes legislativos.

En el libro IV, título II, de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña de 21 de julio de 1960, bajo la rúbrica «De la prescripción», se regulaban dos instituciones distintas: la usucapión (en el capítulo I) y la prescripción extintiva (en el capítulo II). Los compiladores adoptaron esta sistemática en el texto compilado siguiendo las directrices del Decreto de 23 de mayo de 1947 (por el que se crearon comisiones de juristas para el estudio y ordenación de los Derechos forales), cuyo artículo 3 disponía que los anteproyectos de las Com-

pilaciones se harían «adaptándose a la sistemática del Código Civil», que en su libro IV, título XVIII, bajo la rúbrica «De la prescripción», regulaba como ahora, conjuntamente, la prescripción adquisitiva y la extintiva (*cfr*. art. 1.930 sigs)[3].

En el libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, introducido en el Derecho catalán por la *Llei 5/2006, de 10 de maig*, se prescinde de esa sistemática acogida por los compiladores y se lleva la usucapión al título III que trata de la adquisición, transmisión y extinción de los derechos reales, siguiendo el criterio de la doctrina civil actual.

Se regula en el Código Civil catalán la denominada usucapión extraordinaria, para cuya consumación solo se requiere una posesión apta para usucapir (posesión *ad usucapionem*) y el transcurso de los plazos previstos legalmente[4].

En el Derecho romano además de la ahora denominada usucapión extraordinaria también existía la llamada usucapión ordinaria, de plazos más breves, para la que se exigían dos requisitos más: una *iusta causa* o justo título (acto o hecho jurídico que proporcionó o permitió la posesión y que hubiera transmitido la propiedad si no hubiera existido un vicio en el título) y la *bona fides* o buena fe (ignorancia del vicio en el título y creencia de que el *tradens* era el verdadero propietario). En el Código Civil español se regularon ambos tipos de usucapión, pero la normativa sobre la usucapión ordinaria contenida en este texto legal no se aplicó en Cataluña, ya que se mantenía lo dispuesto en el *Usatge 156, Omnes causae*[5], inspirado en el régimen visigodo de la prescripción del *Liber iudiciorum*, que acogía la prescripción de treinta años sin exigir buena fe ni justa causa[6].

En el artículo 342 CDCC se mantuvo el plazo de treinta años para usucapir los bienes inmuebles y se redujo el plazo a seis años para usucapir los bienes muebles. En el artículo 343 CDCC se establecieron unas normas específicas sobre la usucapión de determinadas servidumbres.

El artículo 342 CDCC fue modificado por la disposición final primera de la *Llei 22/2001, de 31 de desembre, de regulació dels drets de superficie, de servitud i d'adquisició voluntària o preferent*, con el fin de establecer que las servidumbres nunca se pueden usucapir, sin alterar los plazos para usucapir otros derechos reales.

El artículo 342 CDCC fue finalmente derogado por la disposición derogatoria, letra a), de la *Llei 5/2006, de 10 de maig, del Llibre Cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals*. En esta ley catalana se reguló la usucapión extraordinaria de derechos reales. El plazo para usucapir los derechos reales que recaen sobre bienes muebles es de tres años y para usucapir derechos reales que recaen sobre bienes inmuebles es de veinte años. Precisamente una novedad sobre la usucapión introducida por esta ley en el Derecho catalán es que los plazos se han reducido considerablemente.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, antes de estar vigente la actual regulación de la usucapión en el Derecho catalán, declaró que la normativa catalana sobre usucapión se tenía que integrar tomando en consideración la

tradición jurídica catalana y, en su defecto, las normas del Código Civil que no se opusieran al artículo 342 CDCC[7].

En la actualidad no ha lugar a la aplicación supletoria de los artículos del Código Civil español que regulan la prescripción adquisitiva porque la normativa del Código Civil de Cataluña sobre la usucapión es completa y autosuficiente, por eso se puede afirmar que la denominada usucapión ordinaria del ordenamiento jurídico estatal es una institución desconocida en el Derecho catalán[8].

A continuación me referiré al concepto, a los sujetos y al objeto de la usucapión en el Derecho catalán, así como a su efecto adquisitivo[9]. Después explicaré otras cuestiones relativas a la usucapión en el mismo orden en que se regulan en el Código Civil de Cataluña.

II. CONCEPTO

Según el primer apartado del artículo 531-23 CCC: «La usucapión es el título adquisitivo de la propiedad o de un derecho real posesorio basado en la posesión del bien durante el tiempo fijado por las Leyes, de acuerdo con lo establecido por la presente sección». Este precepto define la denominada prescripción adquisitiva o usucapión de acuerdo con los precedentes romanos, configurándola como un modo de adquirir la propiedad y otros derechos reales por medio de la posesión continuada de la cosa sobre la que recae el derecho real que se usucape durante el tiempo establecido legalmente. No obstante, también puede servir para confirmar la titularidad de un derecho que ya se había adquirido. En este sentido, en los trabajos preparatorios del libro V del Código Civil de Cataluña se observa: «A pesar de que la usucapión es un modo de adquirir, hemos de tener en cuenta que, muchas veces, su función será la de ser un medio de "prueba" o de "consolidación" de un derecho que ya se había adquirido previamente por otro título. Así, por ejemplo, es posible que el propietario no pueda probar su verdadero título, pero sí que ha estado poseyendo la cosa como amo durante el tiempo requerido para usucapir el bien. En este aspecto, la usucapión es un elemento esencial para la seguridad del tráfico jurídico»[10].

La usucapión es un modo de adquirir derechos reales originario[11], ya que el derecho usucapido se adquiere sin que lo transmita el anterior titular.

Etimológicamente para designar el modo de adquirir derechos reales objeto de estudio en este trabajo es mucho más acertado el término *usucapión,* utilizado en la actualidad en el Derecho catalán[12], que la palabra *prescripción* (a la que se debe añadir el calificativo *adquisitiva*) porque usucapión proviene del sustantivo *usus* que significa «uso» y del verbo *capere* que significa «tomar, coger, asir, prender».

Distinta de la usucapión es la adquisición inmediata de derechos reales sobre bienes muebles mediante su posesión de buena fe y a título oneroso, prevista en el artículo 522-8 CCC[13].

En el Derecho catalán el fundamento de la usucapión se encuentra en razones objetivas (seguridad del tráfico jurídico)[14], no en razones subjetivas (negligencia o presunta voluntad de abandono por el propietario)[15].

III. SUJETOS

Con la usucapión se resuelve un conflicto de intereses suscitado entre dos sujetos, el titular del derecho real objeto de la usucapión y quien posee *ad usucapionem* la cosa sobre la que recae el derecho que se pretende usucapir.

Voy a examinar ahora aspectos relativos a los sujetos que intervienen en la usucapión, después el objeto de la usucapión.

Sobre los sujetos que intervienen en la usucapión se pueden hacer las siguientes precisiones:

1.ª Parece que pueden adquirir derechos reales por medio de la usucapión las personas con capacidad natural, ya que esta es la capacidad que se exige para adquirir la posesión (art. 521-3.1 CCC)[16]. Cuando el usucapiente sea una persona jurídica ha de tener la capacidad natural su representante.

Cuestión distinta es que para ejercitar las facultades y derechos derivados de la usucapión los menores y los incapacitados necesiten a sus representantes legales, ya que según el artículo 521-3.2: «Las personas menores y las incapacitadas pueden ejercer las facultades propias de la posesión con la asistencia de sus representantes legales».

La pérdida de la capacidad natural del usucapiente después de iniciarse la usucapión creo que no ha de impedir la consumación de la usucapión porque en cualquier caso «el efecto adquisitivo se produce sin necesidad de que la persona que adquiere por usucapión haga ninguna actuación» (*cfr.* art. 531-23.2 CCC) y su representante puede realizar los actos necesarios para consumar la usucapión iniciada[17].

2.ª En los supuestos de comunidad de bienes la usucapión de un comunero para la comunidad debe comportar que sea esta la beneficiada con la usucapión. Ahora bien, no debe excluirse la posibilidad de que se consume la usucapión en beneficio exclusivo del comunero si la coposesión se convierte en posesión exclusiva objetivamente exteriorizada (esto es, si se produce la inversión del concepto posesorio), ya que en tal caso lo lógico es que adquiera por usucapión el comunero que efectivamente poseyó[18]. Y si solo se posee *ad usucapionem* una cuota, esta es lo que se usucapirá[19].

3.ª Puede adquirir por usucapión la Generalidad de Cataluña, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.2 del Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el *Text refós de la Llei de patrimoni de la Generalitat de Catalunya*.

4.ª Acerca de si la usucapión se puede consumar frente a todo tipo de personas o no, conviene distinguir dos posturas adoptadas históricamente:

Primera. Antes de la Compilación de Derecho civil catalán se entendía que la máxima de los glosadores *contra non valentem agere non currit praescripto*, impedía que la usucapión pudiera perjudicar a los impúberes por cuanto *durante pupillari aetate praescriptio semper dormit*. Tampoco corría la usucapión contra la mujer casada respecto de los bienes dotales administrados por el marido[20].

Segunda. Vigente la Compilación de Derecho civil catalán se aplicó en Cataluña una regla distinta, la contenida en el artículo 1932.1 del Código Civil, según el cual: «Los derechos y las acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas, inclusas las jurídicas, en los términos prevenidos por la ley. Queda siempre a salvo a las personas impedidas de administrar sus bienes el derecho para reclamar contra sus representantes legítimos, cuya negligencia hubiese sido causa de la prescripción». Es decir, resultaba irrelevante la falta o la limitación de la capacidad de obrar de las personas perjudicadas por la usucapión, de manera que si alguien adquiría por usucapión la propiedad de una cosa o la titularidad de cualquier derecho real limitado, la usucapión comportaba necesariamente la pérdida por prescripción del derecho para el hasta entonces titular, aun en el caso de que este anterior titular fuera un menor o un incapacitado.

Conforme a la legalidad vigente en la actualidad en Cataluña: «La posesión para usucapir se suspende en los casos en que la usucapión se produce: a) Contra las personas que no pueden actuar por sí mismas o por medio de su representante, mientras se mantiene esta situación. b) Contra el cónyuge o el otro miembro de la pareja estable, mientras dura la convivencia. c) Entre las personas vinculadas por la potestad de los padres o por una institución tutelar, o entre la persona asistida y el apoderado, de acuerdo con lo que establece el artículo 222-2.1, en el ámbito de sus funciones» (*cfr.*, art. 531-26 CCC, que comentaré después).

De esta regulación de la suspensión de la usucapión se deduce que la usucapión puede perjudicar a toda persona física o jurídica, pues aunque se trate de personas sin capacidad de obrar la suspensión de la usucapión solo tendrá lugar mientras carecen de representante legal. Como regla general cuando las personas que no pueden actuar por sí mismas tienen representante legal no se suspenderá la usucapión y si se consuma en su perjuicio solo podrán reclamar de su representante legal una indemnización de los daños y perjuicios que les haya producido su negligencia. Sin embargo, sí se suspende la usucapión aunque las personas que no pueden actuar por sí mismas tengan representante legal si la usucapión se ha de consumar a favor de este, por la posible existencia de un conflicto de intereses [*cfr.*, art. 531-26 c) CCC].

IV. OBJETO

Sobre el objeto resulta del artículo 531-23.1 CCC que son usucapibles los derechos reales, tanto el derecho de propiedad como los derechos rea-

les limitados, ya recaigan sobre bienes muebles o inmuebles, siempre que comporten posesión[21], porque sin posesión no puede haber usucapión (*cfr.* art. 522-6 CCC)[22]. No son susceptibles de ser adquiridos por usucapión ni el derecho de hipoteca ni los derechos reales de adquisición preferente, porque no comportan posesión.

Sin embargo, según el art. 565-3 c) CCC se puede constituir el censo por usucapión aunque es un derecho real que no tiene propiamente un contenido posesorio[23].

Por otra parte, a pesar de que algunas servidumbres son derechos reales susceptibles de posesión se excluye la posibilidad de que puedan adquirirse por medio de la usucapión, en cuanto el artículo 566-2.1 CCC establece: «Las servidumbres solo se constituyen por título, otorgado de forma voluntaria o forzosa»[24].

No pueden ser objeto de usucapión los derechos obligacionales o de crédito aunque conlleven el derecho a poseer el objeto sobre el que se ejercitan. Este es el caso, por ejemplo, del comodato o del arrendamiento[25].

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha considerado que el derecho de producir inmisiones no se puede adquirir por usucapión[26].

Cuestión distinta es determinar qué requisitos debe reunir una cosa para ser objeto de un derecho real usucapible. Creo que ha de ser tangible o materialmente aprehensible y susceptible de tráfico jurídico, porque se pierde la posesión por la destrucción total de la cosa poseída y por quedar esta fuera del tráfico jurídico [art. 521-8 c) y d)], y si se pierde la posesión no puede haber usucapión.

Por lo tanto, no se pueden usucapir derechos reales que recaigan sobre bienes de dominio público, a no ser que se desafecten[27].

V. EL EFECTO ADQUISITIVO DE LA USUCAPIÓN

Según el apartado segundo del artículo 531-23.2: «El efecto adquisitivo se produce sin necesidad de que la persona que adquiere por usucapión haga ninguna actuación». Esto significa que una vez transcurrido el plazo legal de posesión en concepto de titular del derecho que se pretende usucapir el poseedor se convierte *ipso iure,* automáticamente, en propietario o en titular del derecho real que haya usucapido sin que sea necesario además algún acto o formalidad adicional[28]. Cuestión distinta es que con el fin de inscribir en el Registro de la Propiedad la titularidad de un derecho real usucapido se ejercite una acción judicial para que se declare que el actor adquirió el derecho real por usucapión y sea posible practicar la correspondiente inscripción en dicho Registro.

Relacionadas con el efecto adquisitivo de la usucapión están las siguientes cuestiones que examino a continuación: 1.ª Cómo se producen los efectos de la usucapión; 2.ª La llamada *usucapio libertatis;* 3.ª La usucapión y la prescripción extintiva; 4.ª La usucapión y el Registro de la Propiedad.

1. Cómo se producen los efectos de la usucapión

Se ha considerado tradicionalmente que la adquisición de los derechos reales mediante la usucapión se produce al final del plazo para usucapir pero con efectos retroactivos al tiempo en que comenzó la posesión *ad usucapionem*[29], por lo que al usucapiente se le considerará titular del derecho real usucapido desde que comenzó a poseer *ad usucapionem,* resultando legítimos los actos realizados por el usucapiente en el tiempo intermedio e inválidos los actos de disposición que hubiere realizado el anterior titular en ese *medio tempore*[30].

En los trabajos preparatorios del libro V del Código Civil de Cataluña se razonó que no se ha de atribuir una eficacia retroactiva a la usucapión de entrada porque no es necesario ya que podemos llegar a las mismas consecuencias sin tener que recurrir a ficciones jurídicas. Se añadía que si de lo que se trata es de consolidar los actos realizados por quien usucapió antes de consumar la usucapión basta con invocar la doctrina de los actos propios —consagrada en la actualidad en el artículo 111-8 CCC[31]— y las normas generales de protección de terceros adquirentes.

No obstante, con esta postura que se adopta en el Derecho catalán sobre los efectos de la usucapión no queda claro cómo se resolverán ciertas situaciones que son fáciles de solucionar si se considera que la usucapión tiene efectos retroactivos. Por ejemplo, si el usucapiente fue un poseedor de mala fe se suscita la duda de si el titular perjudicado por la usucapión puede exigir la restitución de frutos producidos mientras era el propietario (*cfr.* art. 541-3.1 CCC)[32].

A mi modo de ver hubiera proporcionado más seguridad jurídica establecer que una vez consumada la usucapión sus efectos se retrotraen a la fecha del inicio de la usucapión, como se hizo en el Derecho portugués[33].

Si antes de consumarse la usucapión el poseedor *ad usucapionem* transmitió el derecho que usucapía, su posesión se podrá unir a la del adquirente a efectos de que se consume la usucapión (*cfr.* art. 531-24.4 CCC)[34] y los derechos reales que hayan constituido uno y otro *medio tempore* serán firmes definitivamente cuando se consume la usucapión.

Por lo que hace a los actos realizados por el antiguo propietario, según los trabajos preparatorios del libro V del Código Civil de Cataluña, estos pueden devenir ineficaces, no «inválidos», siempre que resulten afectados por la usucapión misma, pues el que usucape también habrá usucapido contra los que adquirieron algún derecho del titular inicial perjudicado por la usucapión[35].

Pienso que los actos realizados por el titular del derecho perjudicado por la usucapión mientras esta transcurría no devienen inválidos si se consuma —porque cuando el titular los llevó a cabo jurídicamente podía— sino que simplemente son inoponibles al usucapiente, que puede desconocerlos cuando ya se ha consumado la usucapión.

Si el propietario del bien objeto de la usucapión lo transmitió mientras el usucapiente poseía *ad usucapionem*, su transmisión fue válida, pero la usucapión se consumará frente al tercero adquirente cuando haya transcurrido el plazo legal previsto para usucapir.

2. La llamada *usucapio libertatis*

La llamada *usucapio libertatis* es la usucapión que comporta la extinción de los derechos reales que gravan el bien que se usucape como libre de cargas[36].

Según el apartado tercero del artículo 531-23 CCC: «El efecto adquisitivo no perjudica a los derechos reales no posesorios o de posesión compatible con la posesión para usucapir si los titulares del derecho real no han tenido conocimiento de la usucapión»[37].

En aplicación de la máxima jurídica *tantum praescriptum quantum possessum* si se posee una cosa en concepto de titular del dominio libre de cargas durante los plazos legales de usucapión, eso será precisamente lo que se adquiera por usucapión (p. ej., si se obstaculiza el camino que permitía el ejercicio de una servidumbre de paso dejando crecer arbustos que lo hacen intransitable el propietario adquirirá por usucapión la libertad del dominio)[38].

Si se posee *ad usucapionem*, para adquirir el dominio libre de toda carga deberá exteriorizarse la posesión en concepto de dueño de manera que incluso los titulares de los derechos reales no posesorios o de posesión compatible con la posesión *ad usucapionem* tengan conocimiento de la usucapión, ya que del artículo 531-23.3 CCC se deduce que si los titulares de los derechos reales no posesorios o de posesión compatible con la posesión para usucapir han tenido conocimiento de la usucapión y no han hecho nada para impedirla, la usucapión les perjudica y sus derechos se extinguen[39].

3. La usucapión y la prescripción extintiva

Como ya expliqué, en la Compilación del Derecho Civil de Cataluña de 21 de julio de 1960 se regularon conjuntamente la usucapión o prescripción adquisitiva y la prescripción extintiva, porque tradicionalmente se ha considerado que son dos modalidades de una misma institución. Seguramente es más acertada la sistemática actual en la que son tratadas como dos instituciones distintas[40], porque sus presupuestos y efectos son diferentes. La prescripción extintiva se regula en el libro I sobre «disposiciones generales» y la usucapión o prescripción adquisitiva en el libro V sobre «derechos reales» del Código Civil catalán.

Sin embargo, incluso admitiendo que se trata de dos instituciones distintas, existe entre ellas alguna relación[41], ya que si el plazo para ejercitar pretensiones

en defensa de derechos reales posesorios no coincide con el plazo para usucapir estos, se pueden producir desajustes. Así sucede, por ejemplo, cuando prescribe la pretensión que corresponde al titular de un derecho de usufructo sobre un bien inmueble para defender este derecho real si todavía no se ha consumado la usucapión de ese mismo derecho por otro sujeto, porque en este caso mientras el plazo de prescripción es de 10 años (art. 121-20 CCC) el plazo para usucapir es de 20 años (art. 531-27.1 CCC), con la consecuencia de que a los 10 años la usucapión todavía no se habrá consumado pero el titular del derecho real carecerá de acción para reclamar la posesión del inmueble al poseedor *ad usucapionem*. Cuando se trata de derechos reales sobre cosa ajena este desajuste se justifica si se quiere favorecer la libertad del dominio[42]. En nuestro ordenamiento jurídico la regla general es que los *ius in re aliena* gravan la propiedad de forma limitada en cuanto a contenido y duración[43]. Mas, si esta no fue la intención del legislador catalán, hubiera resultado más coherente hacer coincidir el plazo de ejercicio de pretensiones relativas a derechos reales limitados con el plazo para usucapirlos, o incluso establecer la imprescriptibilidad no solo de la acción reivindicatoria (art. 544-3 CCC) sino también de las acciones de protección de otros derechos reales posesorios con el límite de la adquisición del derecho mediante la usucapión por otra persona.

Los posibles desajustes o interferencias entre la prescripción extintiva y la usucapión se han pretendido evitar en algunas normas: en el artículo 121-20 CCC («Las pretensiones de cualquier clase prescriben a los diez años, a menos que alguien haya adquirido antes el derecho por usucapión o que el presente Código o las leyes especiales dispongan otra cosa»), en el artículo 544-3 CCC («La acción reivindicatoria no prescribe, sin perjuicio de lo establecido por la presente Ley en materia de usucapión»[44]) y en el artículo 544-7 CCC («La acción negatoria puede ejercerse mientras se mantenga la perturbación, salvo que, tratándose de un derecho usucapible, se haya consumado la usucapión»)[45]. Estas normas están pensadas para el supuesto en que la usucapión se consuma sin que haya prescrito la pretensión que corresponde al titular del derecho real usucapido en defensa de su derecho, que se extingue por efecto de la usucapión. Este podría ser el caso si el derecho usucapido fuera un usufructo sobre un bien mueble, ya que el plazo de prescripción de la pretensión relativa a su defensa es el mismo que cuando recae sobre un inmueble, de 10 años (art. 121-20 CCC), pero el plazo para usucapir se reduce a 3 años (art. 531-27.1 CCC).

4. Usucapión y registro de la propiedad

La usucapión es una institución jurídica basada en la posesión. Con la figura de la posesión se protegen situaciones de hecho. Con el Registro de la Propiedad se garantiza la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

Tienen en común la posesión —de la que es un efecto la usucapión— y el Registro de la Propiedad, ser medios de publicidad, aunque el segundo es mucho más perfecto que el primero.

Para que conforme al Derecho catalán la propiedad u otro derecho real susceptible de ser adquirido por usucapión, que recaiga sobre un bien inmueble, pueda ser objeto de publicidad registral habrá que promover la declaración judicial del dominio o del derecho real usucapido para que con fundamento en una sentencia la usucapión pueda tener acceso al Registro de la Propiedad[46]. Cuando el usucapiente al propio tiempo ya sea un titular registral esto será innecesario, porque con fundamento en la legitimación que le proporciona su inscripción (*cfr.* art. 38 LH) puede actuar en el tráfico jurídico como verdadero propietario o titular del derecho que usucapió[47].

La usucapión, como modo de adquirir la propiedad y los derechos reales, no es ajena al Registro de la Propiedad. Se puede producir conforme al Registro de la Propiedad (usucapión *secundum tabulas*) o al margen de este, contradiciendo lo que se publica en los asientos registrales (usucapión *contra tabulas*). A ambos tipos de relaciones entre la usucapión y el Registro de la propiedad, cuando es aplicable el Derecho civil catalán, me voy a referir a continuación.

A. Usucapión secundum tabulas

Para que el Registro de la Propiedad cumpla sus funciones y sea útil no puede ignorar la realidad. En nuestro sistema registral, sobre todo por carecer la inscripción como regla general de eficacia constitutiva, es posible que existan inexactitudes registrales, esto es, que lo que consta en el Registro de la Propiedad no coincida siempre con la situación jurídica real. En estos casos de discordancias, discrepancias o desajustes entre la realidad jurídica y los asientos registrales[48], la usucapión a favor del titular registral, o *secundum tabulas,* convalida las situaciones registrales inexactas y, por lo tanto, adecua estas a la realidad.

La usucapión *secundum tabulas* o conforme al Registro de la Propiedad se regula en el artículo 35 LH. Dispone este precepto: «A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción, y se presumirá que aquel ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa».

En el artículo 35 LH no se contempla una *usucapión tabular* porque esta consiste en el mero hecho de tener inscrito un derecho real en el Registro de la Propiedad y mantener esta inscripción sin contradicción por el plazo que fije la ley. En un sistema registral de usucapión *secundum tabulas,* como el nuestro, la inscripción solo permite presumir la posesión *ad usucapionem*[49], por eso si se prueba que no existió una efectiva posesión idónea para usucapir la usucapión no se consumará[50].

No se plantean dudas acerca de que el artículo 35 LH se refiere a la usucapión ordinaria, por mencionar el justo título y la buena fe que se exigen para este tipo de usucapión en el artículo 1940 del Código Civil.

La finalidad del artículo 35 LH es acortar el largo plazo de la usucapión extraordinaria (esto es, facilitar la usucapión ordinaria) cuando el usucapiente de buena fe aparece como titular registral del derecho que está usucapiendo[51] pero no opera la protección de la fe pública registral. Si operara *ex* artículo 34 LH, la adquisición sería instantánea y no haría falta la usucapión[52]. En consecuencia, el artículo 35 LH es útil, por ejemplo, para los titulares registrales que adquirieron a título gratuito o cuando el titular registral sea un inmatriculante[53].

El artículo 35 LH regula los efectos de la inscripción y, por lo tanto, parece que es de aplicación general en todo el territorio del Estado español (*cfr.* art. 149.1.8 CE). Sin embargo, plantea dudas la aplicación de este precepto en Cataluña porque en la actualidad la usucapión ordinaria que facilita es, como ya indiqué, una institución desconocida en el Derecho catalán[54].

La apreciación del artículo 35 LH de que «será justo título la inscripción» resulta, en principio, irrelevante en la Comunidad Autónoma catalana porque el justo título es un requisito que solo se exige para la usucapión ordinaria. En cambio, la presunción *iuris tantum,* que también se encuentra en el artículo 35 LH, de que concurren los requisitos exigidos en el artículo 531-24 CCC de ser la posesión del titular registral pública[55], pacífica[56] e ininterrumpida, sí tiene sentido que sea aplicable en Cataluña[57] porque no hay obstáculo para que esta presunción pueda favorecer al titular registral en esta Comunidad Autónoma[58].

Además se puede sostener que el requisito de que la posesión sea en concepto de titular del derecho usucapido (que también se exige en el artículo 531-24 CCC) resulta de la inscripción ya que se equipara esta con el justo título[59]. Es decir, como la inscripción equivale a justo título, por lo que aquí interesa, pone de manifiesto que el titular registral posee en concepto de titular del derecho usucapido[60]. En consecuencia, la afirmación de que «será justo título la inscripción» puede tener alguna relevancia en Cataluña siquiera sea por este limitado efecto.

Es importante destacar que también en Cataluña las presunciones del artículo 35 LH, conforme al último inciso de este precepto, tienen virtualidad «durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa»[61]. Este presupuesto temporal que podría ser de difícil prueba en el ámbito extrarregistral, se acredita fácilmente conforme al artículo 35 LH atendiendo a la fecha de la inscripción del titular registral que está usucapiendo y a la de los titulares registrales anteriores de quienes traiga causa (*accessio possessionis* de carácter registral). Se salva así sobre todo la dificultad de probar que los antecesores de quienes traiga causa el titular registral usucapiente poseyeron *ad usucapionem*[62].

De lo expuesto se colige que son considerables las ventajas que resultan de aplicar el artículo 35 LH en Cataluña. Sin embargo, por ser la llamada usucapión ordinaria una institución desconocida en el ordenamiento jurídico catalán me parece inviable reducir el plazo para usucapir cuando sea aplicable el Código Civil catalán invocando el artículo 35 LH.

Una cosa es que el Estado español tenga competencia exclusiva para regular la ordenación de los registros públicos (*scilicet*, para establecer la eficacia de la inscripción en el Registro de la Propiedad) y otra muy distinta que se tenga que admitir en Cataluña una institución extraña en esta Comunidad Autónoma que el legislador autonómico, respetando el ámbito de sus competencias, deliberadamente omitió regular.

B. *Usucapión* contra tabulas

En el artículo 36 LH se regula la denominada usucapión *contra tabulas*[63]. Este precepto ha sido objeto de numerosas y diversas críticas por ser prolijo, confuso y de difícil interpretación[64].

Establece el artículo 36 LH, por lo que aquí interesa, en su primer y segundo párrafo: «Frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34 solo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los dos supuestos siguientes:

a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.

b) Siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo que la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición. Cuando la prescripción afecte a una servidumbre negativa o no aparente, y esta pueda adquirirse por prescripción, el plazo del año se contará desde que el titular pudo conocer su existencia en la forma prevenida en el apartado a), o, en su defecto, desde que se produjo un acto obstativo a la libertad del predio sirviente.

La prescripción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito, si este no la interrumpiere en la forma y plazo antes indicados, y sin perjuicio de que pueda también interrumpirla antes de su consumación total…».

El fin de esta norma es resolver el conflicto que se puede originar entre el adquirente de un inmueble (tercero registral) —que lo encuentra usucapido por

persona distinta de su transferente o contra el cual se consuma la usucapión dentro del año siguiente a su adquisición[65]— y el usucapiente. Este conflicto se resuelve en el artículo 36 LH a favor del titular registral pero exigiéndole el cumplimiento de unos rigurosísimos requisitos. Además de los previstos en el artículo 34 LH ha de cumplir otros dos que se pueden sintetizar así: 1º. Que el titular registral no haya conocido ni podido conocer la posesión *ad usucapionem*, conforme a lo previsto en la letra a) del artículo 36.1 LH; y 2º. Que el titular registral no consienta la posesión *ad usucapionem*, durante el año siguiente a su adquisición[66]. Exigir la concurrencia de todos estos requisitos ha llevado a algunos autores a calificar al tercero del artículo 36 como *pluscuamperfecto*[67].

Una interpretación sistemática y conjunta de los artículos 1949 del Código Civil[68] y 36 LH lleva a algunos autores a la conclusión de que el artículo 36 LH solo será aplicable a la usucapión extraordinaria y no a la usucapión ordinaria frente al tercero hipotecario[69]. Es decir, solo la usucapión extraordinaria puede operar *contra tabulas*[70]. Si partimos de esta interpretación no se suscitan dudas sobre la aplicación del artículo 36 LH en Cataluña. Sin embargo no es aplicable el último inciso de la letra b) del primer párrafo del artículo 35 LH en la Comunidad Autónoma catalana, por referirse a la usucapión de servidumbres negativas o no aparentes, ya que según el artículo 566-2.4 CCC ninguna servidumbre se puede adquirir por usucapión.

VI. LA POSESIÓN

Como ya indiqué antes, del artículo 531-23 CCC se desprende que para la usucapión en el Derecho catalán se exigen como únicos requisitos la posesión del bien y el transcurso del tiempo fijado legalmente.

Según el primer apartado del artículo 531-24 CCC: «Para usucapir, la posesión debe ser en concepto de titular del derecho, pública, pacífica e ininterrumpida…». El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en reiteradas sentencias ha considerado que corresponde a los tribunales de instancia apreciar si una posesión es o no hábil para usucapir por tratarse de una cuestión de hecho no susceptible de revisión en casación, sin perjuicio de su acceso a la casación en los supuestos de apreciación irracional, ilógica o arbitraria[71].

Ahora me fijaré en el requisito de la posesión y sus caracteres.

1. Posesión en concepto de titular del derecho

El artículo 342 CDCC hablaba de «posesión en concepto de dueño», que en realidad solo es exigible para usucapir el dominio de una cosa *(animus rem sibi habendi),* pues para usucapir los demás derechos reales (limitados) la posesión

ha de ser en concepto de titular del derecho real que se usucape, como más correctamente resulta del vigente artículo 531-24.1 CCC[72].

La posesión «en concepto de titular del derecho» se ha de extereorizar mediante la realización de actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico. Son insuficientes simples apreciaciones subjetivas internas[73].

En concreto, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, a efectos de apreciar si existe *possessió a títol d'amo,* pagar los impuestos contra recibos extendidos a nombre de anteriores propietarios podría no ser concluyente, residir en un inmueble podría no ser determinante, puesto que «no es algo que socialmente sea exclusivo de los propietarios», como tampoco lo es poseer las llaves. Sin embargo se consideran actos de posesión dominical darse «de alta en el catastro», asumir «a su nombre los recibos e impuestos», actuar «como arrendador» y percibir «las rentas de los departamentos alquilados… con actos externos, presentándose así en el mundo exterior»[74].

El plazo legal para usucapir empezará a correr desde que se adquiere la posesión en concepto de titular del derecho real que se pretenda usucapir (*v. gr.,* en virtud de un título, aunque según el artículo 531-24.1 CCC no se necesita) o desde el momento en que se produzca una inversión del concepto posesorio que ha de consistir en convertir una posesión en concepto distinto al de «titular del derecho» en una posesión precisamente en ese concepto. Esta inversión parece que puede tener lugar de forma bilateral, cuando se origina en virtud de un nuevo negocio que provoca un cambio del concepto posesorio, o unilateral por parte del usucapiente, si su cambio de voluntad se manifiesta mediante un comportamiento no clandestino, de tal modo que es preciso que se pruebe con claridad el inicio de la posesión en concepto de «titular del derecho», esto es, el *dies a quo* de la prescripción adquisitiva[75]. En cualquier caso la inversión del concepto posesorio se ha de exteriorizar y ser apreciable objetivamente, sin que sea suficiente un cambio psicológico, por razones de seguridad jurídica, como ha apreciado el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en distintas sentencias[76].

Es irrelevante que la posesión sea de buena o mala fe porque el plazo para usucapir es el mismo en ambos casos, a lo que se debe añadir que el propio artículo 531-24.1 CCC en su último inciso afirma que para usucapir la posesión no necesita buena fe.

Por consiguiente, como ni el mandatario, ni el representante del poseedor, ni el llamado servidor de la posesión (*v. gr.,* el dependiente de una tienda o una empleada doméstica) poseen en concepto de titular de un derecho real, su posesión no es apta para usucapir a menos que se produzca una inversión del concepto posesorio[77]. Sin embargo, sí se puede usucapir por medio de otra persona (*v. gr.,* a través del representante del poseedor o del servidor de la posesión), porque como indica el artículo 521.1 CCC: «La posesión es el poder de hecho sobre una cosa o un derecho, ejercido por una persona, como titular, *o por medio de otra persona*».

Según el artículo 531-24.2 CCC: «La mera detentación no permite la usucapión». Son supuestos de detentación, conforme al artículo 521-1.2 CCC: «El ejercicio de un poder de hecho sobre una cosa o un derecho sin la voluntad aparente externa de actuar como titular del derecho o la tenencia con la tolerancia de los titulares…». Precisamente en la STSJC de 11 de junio de 2012[78] se apreció que el Ayuntamiento que poseía y pretendía haber usucapido el inmueble objeto del litigio era un mero detentador, porque para ubicar en él una casa cuartel de la Guardia Civil recabó el consentimiento del titular registral. De este dato el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dedujo que no concurría el *animus domini* exigido en la ley.

Un precarista o mero cultivador de hecho de una finca no puede adquirir la propiedad de esta por usucapión al faltar el requisito de la posesión en concepto de dueño, que es requisito *sine qua non* a esos efectos.

2. Posesión pública

Del artículo 531-24.1 CCC resulta que solo la posesión pública permite usucapir. La posesión es pública cuando se exterioriza el hecho de la tenencia y el concepto en que se posee durante todo el tiempo previsto para que se consume la usucapión, de manera que el titular del derecho que se está usucapiendo tenga la posibilidad de conocer y de interrumpir la usucapión. Por eso la posesión que consiste en actos furtivos u ocultos no es apta para usucapir, pues además el artículo 521-2 establece con carácter general que la posesión no puede ser clandestina.

3. Posesión pacífica

Exige también el artículo 531 CCC que la posesión *ad usucapionem* sea pacífica. La posesión será pacífica cuando se mantenga sin violencia y sin contrariar la voluntad del poseedor anterior. Según el último inciso del artículo 521-2 CCC: «La posesión… Tampoco puede adquirirse nunca con violencia mientras los poseedores anteriores se opongan». A pesar de que este precepto utiliza el término «adquirirse», en realidad, en el Derecho catalán lo importante es que el poder de hecho en que consiste la posesión *ad usucapionem* se ejerza pacíficamente[79]. Si se parte de esta premisa, una cuestión de indudable interés es determinar cuándo una posesión adquirida violentamente o con oposición del anterior poseedor pasa a convertirse en una posesión pacífica idónea para la usucapión. El artículo 521-8 e) CCC prevé: «La posesión se pierde por las siguientes causas: … e) La posesión por otra persona, incluso adquirida contra la voluntad de los anteriores poseedores, si la nueva posesión dura más de un

año». Esta norma permite sostener que aun adquirida de forma no pacífica la posesión pasa a convertirse en pacífica a partir del año[80]. Otro argumento importante a favor de esta interpretación se encuentra en el artículo 121-22 CCC en cuanto este precepto dispone: «Las pretensiones protectoras exclusivamente de la posesión prescriben al cabo de un año»[81]. De esta norma se desprende que transcurrido ese plazo la pretensión protectora exclusivamente de la posesión del anterior poseedor puede ser desestimada por haber prescrito, con la consecuencia de que ya ni siquiera podrá ser considerado «poseedor»[82]. Con todo, no hay que descartar la posibilidad de que aun adquirida violentamente la posesión o con la oposición del anterior poseedor, la posesión no pacífica pueda convertirse en pacífica aun antes del transcurso del año a partir del momento en que cese la fuerza o la oposición del anterior poseedor (*cfr.* art. 521-2.2 CCC), en cuyo caso el plazo para usucapir empezará a correr desde que la nueva posesión tenga el carácter de pacífica[83].

Un caso especial de posesión no pacífica se contempla en el artículo 531-27.2 CCC, en cuanto establece: «Los plazos de posesión para usucapir un bien hurtado, robado u objeto de apropiación indebida no empiezan a contarse hasta que ha prescrito el delito, la falta, su pena o la acción que deriva de los mismos para exigir la responsabilidad civil». La finalidad de este precepto es indicar a partir de qué momento hay que considerar que la posesión es pacífica para que pueda comenzar a correr el plazo de la usucapión.

4. Posesión no interrumpida

Por último se prevé en el artículo 531-24.1 que para usucapir la posesión debe ser ininterrumpida. La posesión del usucapiente ha de ser una posesión continuada no solo en cuanto a la misma posesión sino también en cuanto a los caracteres que la hacen apta para usucapir. Ha de ser, pues, una posesión en concepto de dueño, pública y pacífica sin interrupción.

Se interrumpe la posesión cuando tenga lugar el acaecimiento de un hecho que impida que continúe el proceso posesorio que lleva a la usucapión.

Como la prueba de la ininterrupción de la posesión no es fácil, en el apartado 3 del artículo 531-24 CCC se establece acertadamente una presunción de continuidad de la posesión en los siguientes términos: «Se presume que la persona que está usucapiendo ha poseído el bien de manera continuada desde que adquirió la posesión».

En el apartado 4 del artículo 531-24 CCC se permite la unión de posesiones *(accessio possessionis)*[84] en cuanto este precepto dispone: «La persona que adquiere por usucapión puede unir su posesión a la posesión para usucapir de sus causantes»[85]. En el artículo 411-6 CCC se establece la sucesión en la posesión *(successio possessionis)* cuando el heredero del poseedor acepta la herencia y

entra en posesión de los bienes que la integran. Conforme a este precepto: «el heredero que acepta solo tiene la posesión de la herencia si la ha tomado, y se entiende que continúa la del causante sin interrupción».

Mientras el artículo 411-6 CCC es aplicable al sucesor hereditario universal el artículo 531-24.4 CCC es aplicable al adquirente a título particular, ya lo sea en virtud de acto o negocio entre vivos o por causa de muerte. Obviamente quien ha conseguido la posesión con la oposición del anterior poseedor o simplemente sin su consentimiento no podrá unir a su posesión *ad usucapionem* la de su causante.

Se facilita así, con la presunción de continuidad de la posesión y con las reglas de la *accessio* y la *successio possessionis* la consumación de la usucapión, sin que interrupciones temporales breves (inferiores a un año) de la posesión afecten a la usucapión, ya que según el artículo 521-6.3 CCC: «Se entiende que la posesión es continuada aunque su ejercicio esté impedido o interrumpido temporalmente, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 521-8.e». Recuérdese que en el artículo 521-8 e) se establece que la posesión se pierde por «la posesión por otra persona, incluso adquirida contra la voluntad de los anteriores poseedores, si la nueva posesión dura más de un año».

Que la posesión *ad usucapionem* se interrumpe no significa que inevitablemente el usucapiente deja de tener el poder de hecho en que consiste la posesión, por eso si quien usucapía conserva la posesión material comenzará a correr de nuevo y completamente (desde el principio) el plazo para usucapir (*cfr.* art. 531-25.2 CCC) cuando en la posesión concurran los requisitos que la ley exige para que se pueda consumar la usucapión.

VII. LA INTERRUPCIÓN DE LA USUCAPIÓN

En el artículo 531-25 CCC se regulan los casos de interrupción de la usucapión en el Derecho civil catalán y sus efectos. Voy a comentar primero los casos de interrupción de la usucapión que enumera esta norma. Después me referiré a los efectos.

1. Casos de interrupción de la usucapión

Los casos de interrupción de la usucapión se recogen en el primer apartado del artículo 531-25 CCC. Según este precepto: «1. La posesión para usucapir se interrumpe en los siguientes casos: a) Cuando cesa la posesión. b) Cuando quien adquiere por usucapión reconoce expresa o tácitamente el derecho de los titulares del bien. c) Cuando los titulares del bien o una tercera persona interesada se oponen judicialmente a la usucapión en curso y cuando los titulares del bien y la persona que adquiere por usucapión acuerdan someter a

arbitraje las cuestiones relativas a la usucapión. d) Cuando los titulares del bien requieren notarialmente a los poseedores que les reconozcan el título de la posesión». A estos casos de interrupción de la usucapión hay que añadir el del artículo 531-27.3 CCC en cuanto este precepto establece: «La renuncia al tiempo transcurrido de una usucapión en curso equivale a la interrupción de la posesión para usucapir». Pienso que los casos de interrupción de la usucapión son *numerus clausus* y por eso no es admisible considerar interrumpida la usucapión por hechos que no tengan cabida en alguno de los supuestos de interrupción de la usucapión expresamente previstos en la ley (*scilicet,* en los arts. 531-25.1 y 531-27.3 CCC)[86].

Voy a examinar a continuación por separado cada uno de los casos de interrupción de la usucapión recogidos en el artículo 531-25 CCC.

A. Cese de la posesión

Un primer caso de interrupción de la usucapión tiene lugar «cuando cesa la posesión».

Según el artículo 521-8 CCC: «La posesión se pierde por las siguientes causas:

a) La cesión voluntaria de los bienes que son objeto de la misma a otra persona, en un concepto incompatible con la posesión de la persona que hace la cesión.
b) El abandono.
c) La pérdida o destrucción total.
d) El hecho de quedar fuera del tráfico jurídico.
e) La posesión por otra persona, incluso adquirida contra la voluntad de los anteriores poseedores, si la nueva posesión dura más de un año».

La duda que suscita este precepto es si en todos los supuestos de pérdida de la posesión que menciona se interrumpe la usucapión, por considerar que cesa la posesión también a estos efectos.

En el primer caso («cesión voluntaria de los bienes que son objeto de la misma a otra persona, en un concepto incompatible con la posesión de la persona que hace la cesión») creo que se puede unir la posesión de la persona que hace la cesión a la del cesionario, con lo que se evita la interrupción de la usucapión (*ex* art. 531-24.4 CCC).

En el supuesto de abandono (se presupone que de los bienes sobre los que recae la posesión), como se trata de un acto unilateral que automáticamente determina la pérdida de la posesión, se interrumpe la usucapión en el momento del abandono sin tener que esperar a que transcurra el plazo del año que el

artículo 521-8 e) CCC exige para la pérdida de la posesión por la posesión de otro aun contra la voluntad del antiguo poseedor.

Cuando se pierden, se destruyen totalmente o quedan fuera del tráfico jurídico los bienes sobre los que recae la posesión, no se interrumpe simplemente la usucapión, sino que esta deviene de imposible consumación, ya sea por imposibilidad material (caso de la pérdida o la destrucción total de los bienes) o por imposibilidad jurídica (en el caso de quedar los bienes fuera del tráfico jurídico).

Se pierde también la posesión a causa de «la posesión por otra persona, incluso adquirida contra la voluntad de los anteriores poseedores, si la nueva posesión dura más de un año». Esto significa, si hacemos una interpretación a *contrario sensu* del artículo 521-8 e) CCC, que si se recupera la posesión antes de que transcurra un año no se considerará interrumpida la usucapión. Por consiguiente, durante ese año puede comenzar a correr la usucapión a favor del nuevo poseedor si empieza a poseer en concepto de dueño o de titular de un derecho real posesorio sobre cosa ajena de una forma pública y pacífica, pero también durante ese año conserva el poseedor despojado una posesión incorporal sobre la cosa, apta para continuar o consumar el proceso de usucapión, en el caso de que recupere la posesión dentro del año.

B. Reconocimiento por el usucapiente del derecho de los titulares del bien

También se interrumpe la posesión *ad usucapionem* conforme al apartado b) del artículo 531-25.1 CCC «cuando quien adquiere por usucapión reconoce expresa o tácitamente el derecho de los titulares del bien». En este caso lo que en realidad sucede es que el poseedor deja de poseer en concepto de titular del derecho que usucapía y la posesión ya no es idónea para que se consume la usucapión. Si el reconocimiento ha sido precedido por un requerimiento notarial este y no aquel interrumpe la usucapión conforme al artículo 531-25.1 d).

Caso próximo a este de interrupción de la usucapión es la renuncia al tiempo transcurrido de la usucapión en curso, porque en ambos es la actitud del propio usucapiente lo que origina la interrupción (cfr. art. 531-27.3 CCC).

C. Oposición judicial a la usucapión y acuerdo de someter a arbitraje las cuestiones relativas a la usucapión

Establece como tercer caso de interrupción de la usucapión la letra c) del artículo 531-25.1 CCC: «Cuando los titulares del bien o una tercera persona interesada se oponen judicialmente a la usucapión en curso y cuando los titulares del bien y la persona que adquiere por usucapión acuerdan someter a arbitraje las cuestiones relativas a la usucapión». Creo que en este caso ni la

mera oposición judicial a la usucapión en curso ni el simple acuerdo de someter a arbitraje las cuestiones relativas a la usucapión son hechos que en si mismos considerados produzcan la interrupción de la usucapión sin más. El efecto interruptivo se producirá realmente si la resolución judicial o el laudo arbitral estiman procedente la oposición a la usucapión. Si no ocurre así la usucapión continuará sin que se interrumpa ni se suspenda[87]. A esta conclusión se llega haciendo una interpretación sistemática, relacionando el caso c) del primer apartado del artículo 531-25 CCC con el segundo apartado de este mismo precepto, ya que de este resulta que el cómputo de un nuevo plazo de usucapión en este supuesto «se inicia a partir de la firmeza del acto que pone fin al procedimiento» (judicial o arbitral).

No obstante, hay que entender que la interrupción produce sus efectos no «a partir de la firmeza del acto que pone fin al procedimiento», sino desde el momento en que hay oposición judicial a la usucapión (*v. gr*., desde que se interpone la demanda) o, en su caso, desde que se acuerda someter a arbitraje las cuestiones relativas a la usucapión, con la consecuencia de que si el plazo para usucapir termina durante el procedimiento (judicial o arbitral), si el usucapiente es vencido en juicio no se consumará la usucapión. En cualquier caso, pienso que si no llega a existir una resolución firme que resuelva el fondo del asunto y ponga fin al procedimiento en sentido favorable al titular del derecho que usucape otro, la usucapión no se interrumpirá.

Cuando frente a un usucapiente que sea titular registral (supuesto de la usucapión *secundum tabulas*[88]) se interponga una acción reivindicatoria o declarativa de dominio por quien pretenda ser *verus dominus,* se debe practicar una anotación preventiva de demanda, con fundamento en el principio de inoponibilidad de lo no inscrito (interposición de demanda judicial) frente a lo inscrito (titularidad registral del usucapiente), para que desde que conste en el Registro de la Propiedad la interposición de la demanda, si esta prospera, se pueda considerar interrumpida la usucapión[89].

Pueden hacer valer esta causa de interrupción de la usucapión tanto el titular del bien como una tercera persona interesada. Tercera persona interesada es cualquier persona a la que pueda beneficiar (directa o indirectamente) que la usucapión no se consume (por ejemplo, un acreedor del titular del derecho objeto de la usucapión).

Se puede apreciar que existe «oposición judicial» a la usucapión cuando se realiza cualquier actuación judicial encaminada a impedir que se consume la usucapión[90], como presentar una demanda (siempre que sea admitida)[91] o contestar una demanda con ese fin[92].

Por «acuerdan someter a arbitraje» hay que entender que los implicados han celebrado un acuerdo o convenio arbitral para resolver conflictos surgidos sobre el derecho que se usucape, a partir de cuya perfección habrá que considerar interrumpida la usucapión si el asunto se resuelve en sentido favorable para el titular del derecho.

D. Requerimiento notarial de los titulares del bien

También se interrumpe la usucapión cuando los titulares del bien requieren notarialmente a los poseedores con el fin de que estos les reconozcan el título de la posesión. Para que sea efectiva la interrupción de la usucapión en este supuesto creo que es necesario que quien haga el requerimiento sea legítimo titular del derecho que se usucape.

El requerimiento producirá su eficacia interruptiva cuando se realice, sin que sea necesario que el usucapiente reconozca el título de la posesión de los titulares del bien objeto de la usucapión, porque lo que interrumpe la usucapión en este supuesto es el requerimiento de estos, no el reconocimiento de aquel.

Como el artículo 531-25.1 d) CCC exige que el requerimiento sea notarial («requieren notarialmente», según palabras textuales) creo que deberá hacerse de esta forma para no tener problemas[93].

2. Efectos

Sobre los efectos de la interrupción se debe precisar que si el acto interruptivo se produce antes de haberse consumado el plazo que establece la ley para usucapir, ello determinará la total ineficacia jurídica —a efectos de la usucapión— del tiempo de posesión transcurrido.

En el apartado 2 del artículo 531-25 CCC se describe el efecto característico de la interrupción, que diferencia a esta figura jurídica de la suspensión, al afirmar que «la interrupción de la posesión para usucapir hace que deba comenzar a correr de nuevo y completamente el plazo de esta posesión».

En el caso de la interrupción de la usucapión el plazo para usucapir tendrá que iniciarse de nuevo, mientras cuando se suspende la usucapión el plazo para usucapir simplemente se reanudará cuando desaparezca la causa de la suspensión. No obstante, solo comenzará a correr de nuevo el plazo de la usucapión tras su interrupción si el usucapiente continúa poseyendo el bien que era objeto de la usucapión sin restituirlo a su titular, a partir del momento en que su posesión sea *ad usucapionem*

El inicio del cómputo de un nuevo plazo de usucapión variará en función de cual haya sido el caso de interrupción.

La interrupción debe ser alegada y probada por persona interesada en que no se consume la usucapión ya que se presume que el usucapiente ha poseído el bien de forma continuada desde que adquirió la posesión (*cfr*. art. 531-24.3 CCC).

VIII. LA SUSPENSIÓN DE LA USUCAPIÓN

La regulación de la suspensión de la usucapión fue una de las novedades que sobre este modo de adquirir derechos reales se introdujo por la Ley 5/2006,

de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales. La redacción originaria del artículo 531-26 del Código Civil de Cataluña, en el que se regulan los casos de suspensión de la usucapión, ha sido modificada en dos ocasiones.

La disposición derogatoria de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, derogó la letra b) del artículo 531-26.1 CCC, en la que se recogía como caso de suspensión de la usucapión que esta se produjera contra la herencia yacente.

Con posterioridad la disposición final tercera de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, cambió la redacción de las letras b) y c) del artículo 531-26.1 CCC.

Voy a comentar en primer lugar los casos de suspensión de la usucapión que se recogen en la actualidad en el artículo 531-26.1 CCC. Después me referiré a los efectos de la suspensión de la usucapión.

1. Casos de suspensión de la usucapión

En el artículo 531-26.1 CCC se establecen los casos de suspensión de la usucapión cuyo fundamento se halla en la imposibilidad, en la dificultad o en la inconveniencia de actuar para impedir que se consume la usucapión. Esto justifica que el plazo para usucapir se paralice mientras subsista una causa de suspensión y que se reanude su cómputo una vez haya desaparecido la causa de suspensión. Según el artículo 531-26.1 CCC: «La posesión para usucapir se suspende en los casos en que la usucapión se produce: a) Contra las personas que no pueden actuar por sí mismas o por medio de su representante, mientras se mantiene esta situación. b) Contra el cónyuge o el otro miembro de la pareja estable, mientras dura la convivencia. c) Entre las personas vinculadas por la potestad de los padres o por una institución tutelar, o entre la persona asistida y el apoderado, de acuerdo con lo que establece el artículo 222-2.1, en el ámbito de sus funciones».

Los supuestos de suspensión son *numerus clausus*, solo son admisibles los comprendidos en el artículo 531-26.1 CCC y no es posible su aplicación analógica por su excepcionalidad[94]. Voy a examinar a continuación por separado los casos de suspensión de la usucapión.

A. Cuando la usucapión se produce contra las personas que no pueden actuar por sí mismas o por medio de su representante

En el primer caso de suspensión de la usucapión recogido en el artículo 531-26.1 a) CCC quien resultaría perjudicado por la consumación de la usucapión no puede actuar por sí mismo o por medio de representante para

defender sus intereses. Es el caso de los menores de edad no emancipados, de los incapacitados, o incluso de las personas ausentes o desaparecidas, mientras no tienen un representante legal o un defensor judicial. Esta situación pocas veces se planteará (o por un espacio breve de tiempo), porque se trata de personas que necesitan y suelen tener a alguien que les represente.

Esta causa de suspensión plantea la duda de si puede operar cuando al representante legal no le es posible actuar por causa que le es inimputable (p. ej. debido a una grave enfermedad), pues parece que comprende también este caso y no solo el supuesto en que las personas afectadas carecen de representante legal. Si se admite esta interpretación, que parece ajustarse más al espíritu y a la letra de la ley, la suspensión del plazo de usucapión debe comenzar el primer día en que el sujeto afectado carezca de representante legal o en que no pueda actuar mediante el mismo[95]. En consecuencia, cuando el representante pueda actuar para impedir la usucapión en curso, si no la interrumpe será el responsable de los daños y perjuicios que puede ocasionar a la persona que representa[96].

Creo que en este supuesto la suspensión de la usucapión debe ser apreciable de oficio por razones de interés público al afectar a personas menores, incapaces o ausentes y porque se trata de una situación análoga a la contemplada en el artículo 121-18 CCC, en el que pensando en la prescripción extintiva se establece: «La suspensión de la prescripción no puede ser apreciada de oficio por los tribunales, sino que debe ser alegada por la parte a quien beneficia, salvo la producida en los supuestos establecidos por el artículo 121-16.a, cuando afecte a personas que aún son menores o incapaces».

B. Cuando la usucapión se produce contra el cónyuge o el otro miembro de la pareja estable

También se suspende la posesión para usucapir cuando la usucapión se produce contra el cónyuge o el otro miembro de la pareja estable.

En este supuesto de suspensión del artículo 531-26.1 CCC parece que lo pretendido por el legislador es salvaguardar la estabilidad de la convivencia conyugal o de las parejas extramatrimoniales, impidiendo que se pueda deteriorar o perturbar por una cuestión de tipo patrimonial como es la usucapión de bienes de uno de los integrantes de la pareja por el otro.

En el caso de los cónyuges la suspensión se debe iniciar desde la celebración del matrimonio aunque no se inscriba en el Registro civil (art. 61 CC) y acabar a partir del cese de la convivencia matrimonial, siquiera sea de hecho (esto es, sin necesidad de que exista separación decretada judicialmente, divorcio o nulidad del matrimonio).

Plantea dudas este supuesto de suspensión de la usucapión cuando se ha de aplicar a parejas de hecho: ¿Es aplicable a cualesquiera parejas de hecho o solo

a las reguladas en los artículos 234-1 CCC y sigs.? ¿Cuándo ha de comenzar la suspensión? ¿A partir de qué momento hay que reanudar el plazo de usucapión?

Pienso que esta causa de suspensión de la usucapión solo es aplicable a parejas estables constituidas conforme a los artículos 234-1 CCC y sigs. con fundamento en los siguientes argumentos: 1º. Una interpretación sistemática lleva a esta conclusión porque en el ordenamiento jurídico catalán cuando se menciona a las parejas estables hay que entender que se hace referencia a las reguladas en los artículos 234-1 CCC y sigs. salvo si la propia ley dispone otra cosa; 2º. La excepcionalidad de la suspensión obliga a interpretar restrictivamente los términos «pareja estable»; 3º. Por seguridad jurídica debe limitarse la aplicación de esta causa de suspensión de la usucapión a las parejas estables reguladas en los artículos 234-1 CCC y sigs., evitando así la incertidumbre y posibles conflictos que se podrían originar si se tuviera que decidir en cada caso concreto, sin criterios claros, si una pareja de hecho es o no estable a efectos de aplicar el artículo 531-26.1 b) CCC y, en función de eso, a partir de que momento se inicia la suspensión[97].

En consecuencia, cuando una pareja no está casada, para que proceda la suspensión, ha de encontrarse en cualquiera de los casos en que según el artículo 234-1 CCC «dos personas que conviven en una comunidad de vida análoga a la matrimonial se consideran pareja estable». Estos casos son: «a) Si la convivencia dura más de dos años ininterrumpidos. b) Si durante la convivencia, tienen un hijo común. c) Si formalizan la relación en escritura pública». La suspensión comenzará en diferentes momentos según el caso: a partir de los dos años de la convivencia, a partir del nacimiento o adopción del hijo común o a partir de la fecha de otorgamiento de la escritura pública.

La suspensión en el supuesto de la pareja estable acaba, como en el caso de la pareja casada, cuando cesa la convivencia.

Sea como fuere, creo que en esta situación recogida en la letra b) del artículo 531-26.1 CCC la suspensión ha de ser alegada y probadas sus circunstancias (inicio y fin) por la persona interesada en invocarla, pues no existen motivos para defender que debe ser apreciada de oficio.

Se excluye la aplicación de esta causa de suspensión a la usucapión entre personas vinculadas por otras formas de convivencia, como son las relaciones convivenciales de ayuda mutua reguladas en los artículos 240-1 CCC y sigs., al no mencionarlas el precepto que comento.

C. Cuando la usucapión se produce entre las personas vinculadas por la potestad de los padres o por una institución tutelar, o entre la persona asistida y el apoderado

En el tercer caso de suspensión recogido en el artículo 531-26.1c) CCC se trata de evitar crear tensiones y de impedir que se deteriore la relación entre los

padres y sus hijos sometidos a su potestad y entre los titulares de instituciones tutelares y los sujetos a las mismas.

No parece necesario, para que opere esta causa de suspensión, que los sujetos implicados convivan, pues no se exige.

Tal como está redactado el artículo 531-26.1 c) CCC creo que este precepto es aplicable tanto cuando quienes usucapen sean los padres o titulares de una institución tutelar los bienes de sus hijos o protegidos, como a la inversa. Cuando los perjudicados por la usucapión son los sometidos a la potestad de los padres o a alguna institución tutelar creo que esta causa de suspensión puede ser apreciada de oficio, mientras en otro caso ha de ser alegada por el interesado. Pienso que también por razones de interés público, como en el primer caso de suspensión de la usucapión, es defendible esta posibilidad en el tercer caso de suspensión de la usucapión del que ahora me ocupo.

En la mención de la potestad de los padres pienso que hay que comprender también la potestad prorrogada y la rehabilitada.

Por titulares de instituciones tutelares, a efectos de hacer valer la causa de suspensión que ahora comento, creo que hay que entender a quienes expresamente menciona el artículo 121-16 e) CCC («La prescripción también se suspende: …e) En las pretensiones entre la persona que ejerce los cargos de tutor, curador, administrador patrimonial, defensor judicial o acogedor y la persona menor o incapaz, mientras se mantiene su función correspondiente») e incluso al guardador de hecho, porque en todos estos supuestos se ejercen funciones de protección de la persona y ha lugar a hacer una interpretación sistemática ya que se justifica por iguales motivos la suspensión de la usucapión. Además en el artículo 531-26.1 c) se utiliza la expresión «institución tutelar» sin más precisiones. Pienso que confirma esta interpretación la última versión del artículo 531-26.1 c) CCC porque ahora en este precepto se considera que también concurre esta causa de suspensión incluso cuando la usucapión se produce «entre la persona asistida y el apoderado, de acuerdo con lo que establece el artículo 222-2.1, en el ámbito de sus funciones».

La suspensión dura mientras subsiste la potestad o la institución tutelar.

2. Efectos

En el segundo párrafo del artículo 531-26 CCC se explica con sencillez y brevedad en qué consiste la suspensión: en no computar en el plazo para usucapir el tiempo de suspensión. Por lo tanto, no se priva de eficacia al tiempo transcurrido antes de la suspensión, que se suma al tiempo que sigue al fin de la suspensión hasta completar el plazo. Es decir, tras la suspensión se reanuda el cómputo del plazo de la usucapión. Esta es la diferencia esencial que distingue a la suspensión de la interrupción, porque, como ya indiqué, cuando esta

acontece se priva de eficacia al tiempo transcurrido y el plazo de usucapión ha de iniciarse de nuevo por completo[98].

Sobre el cómputo del tiempo hay que atenerse a lo dispuesto en el artículo 121-23.2 CCC.

La persona interesada en la suspensión debe probar la causa, la fecha en que comenzó y la fecha en que terminó. Solo en los casos a los que ya me he referido expresamente es defendible la apreciación de oficio de la usucapión.

Se destacó en los trabajos preparatorios del libro V del Código Civil de Cataluña que la suspensión de la posesión para usucapir es una medida necesaria por la brevedad de los plazos para usucapir previstos en este texto legal, de los que enseguida me ocupo[99].

IX. PLAZOS

Como ya adelanté se regula en el Código Civil catalán la denominada usucapión extraordinaria, para cuya consumación solo se requiere la posesión *ad usucapionem* y el transcurso de un determinado plazo de tiempo.

En el Derecho catalán la llamada usucapión ordinaria, de plazos más breves, para la que se exigen además un justo título y la buena fe, es una institución desconocida. Antes de la Compilación se acogió la prescripción de treinta años, sin exigir buena fe ni justa causa, del *Usatge 156, Omnes causae*[100].

Los compiladores establecieron en el artículo 342 CDCC: «La usucapión del dominio y demás derechos reales sobre cosas inmuebles, incluso las servidumbres no comprendidas en el artículo 283, tendrá lugar por la posesión en concepto de dueño por el tiempo de treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe. Lo mismo será aplicable al dominio y demás derechos reales sobre cosas muebles, pero el tiempo será de seis años». La principal innovación que este precepto introdujo respecto del Derecho anterior fue reducir el plazo de los treinta años del *Usatge 156, Omnes causae* para usucapir los bienes muebles sin título ni buena fe, a los seis años.

La disposición final primera de la *Llei 22/2001, de 31 de desembre, de regulació dels drets de superficie, de servitud i d'adquisició voluntària o preferent*, modificó el artículo 342 CDCC pero no alteró los plazos para usucapir.

En la *Llei 5/2006, de 10 de maig, del Llibre Cinquè del Codi civil de Catalunya*, *relatiu als drets reals*, se han reducido los plazos, para la usucapión de derechos reales que recaen sobre bienes muebles a tres años y para la usucapión de derechos reales que recaen sobre bienes inmuebles a veinte años.

La reducción del plazo para la usucapión de los bienes inmueble a veinte años es una importante novedad por la honda raigambre que tenía en Cataluña el plazo de los treinta años.

Como regla general, la adquisición de la posesión de un bien mueble de buena fe y a título oneroso comporta la adquisición del derecho en que se basa el concepto posesorio, aunque los poseedores anteriores no tuviesen poder de disposición suficiente sobre el bien o el derecho (*cfr.* art. 522-8.1 CCC), sin necesidad de tener que esperar a que transcurra el tiempo exigido para que se consume la usucapión porque según el artículo 522-8 CCC la posesión es título. En consecuencia, la usucapión de bienes muebles se requerirá cuando se trate de una adquisición a título gratuito o a título oneroso de mala fe.

Están sometidos a un régimen jurídico específico los bienes muebles perdidos, hurtados, robados o que han sido objeto de una apropiación indebida, porque en estos casos los propietarios pueden reivindicarlos de los poseedores que tienen su posesión efectiva, salvo que estos la hayan adquirido de buena fe y a título oneroso en subasta pública o en un establecimiento dedicado a la venta de objetos similares a dicho bien y establecido legalmente (*cfr.* art. 522-8.3 CCC).

El acortamiento de los plazos para usucapir planteó un problema de Derecho transitorio, el de cuál sería el plazo para usucapir cuando la usucapión se inició, pero no se consumó, antes de la entrada en vigor del libro quinto del Código Civil de Cataluña. Solucionó este problema la disposición transitoria segunda de la *Llei 5/2006, de 10 de maig*, en cuanto estableció: «La usucapión iniciada antes de la entrada en vigor de este libro se rige por las normas del mismo, excepto los plazos, que son los que establecía el artículo 342 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña. Sin embargo, si la usucapión debía consumarse más allá del tiempo para usucapir establecido por este Código, se le aplican los plazos que fija este, que comienzan a contar a partir de la entrada en vigor de este libro». De esta disposición resulta que la usucapión iniciada antes de la entrada en vigor del libro quinto del Código Civil de Cataluña se somete a la nueva normativa, exceptuando los plazos, que son los del artículo 342 CDCC. Mas, si a partir de la entrada en vigor del libro quinto del Código Civil de Cataluña el tiempo que falta para que se consume la usucapión es superior a veinte o a tres años, según se pretenda usucapir, respectivamente, un derecho real sobre bien inmueble o un derecho real sobre bien mueble, el plazo de usucapión que se debe tomar en consideración es el de la nueva legalidad, a contar a partir de su entrada en vigor. Según la disposición final de la *Llei 5/2006, de 10 de maig,* el libro quinto del Código Civil de Cataluña entró en vigor el 1 de julio de 2006[101].

El cómputo inicial y final de los distintos plazos de usucapión que establece la ley ha de hacerse conforme al artículo 121-23. 2 y 3 CCC[102] con las debidas adaptaciones[103].

En el segundo apartado del artículo 531-27 CCC se establece una especialidad sobre el cómputo inicial del plazo de usucapión cuando la cosa poseída ha sido adquirida por el usucapiente mediante la comisión de un delito de hurto, robo o apropiación indebida, pues no empieza a contarse hasta que ha prescrito el delito, la falta, su pena o la acción que deriva de los mismos para exigir la responsabilidad civil.

No hay un límite impuesto al tiempo que puede durar la suspensión, pues no se ha incluido una norma parecida a las que establecen el plazo de preclusión de treinta años, aplicable a la prescripción y a la caducidad (*cfr.* arts. 121-24 y 122-5 CCC)[104].

Por último, en el apartado tercero del artículo 531-27 CCC, por si se suscitara alguna duda se afirma una obviedad, que la renuncia al tiempo transcurrido de una usucapión en curso equivale a la interrupción de la posesión para usucapir, como no podía ser de otro modo y ya adelanté.

Para renunciar al tiempo transcurrido para usucapir antes de que se haya consumado la usucapión creo que es necesario tener capacidad de obrar o, en otro caso, que actúen los representantes legales del usucapiente, por tratarse de un efecto perjudicial para este.

X. ALEGACIÓN DE LA USUCAPIÓN

Cuando concurren todos los requisitos previstos legalmente para que se consume la usucapión, la adquisición del derecho real por el usucapiente se produce *ipso iure*. Ahora bien, como la usucapión es un modo de adquirir los derechos reales originario y no es apreciable de oficio por los tribunales, se tendrá que hacer valer en juicio cuando haya lugar a ello (p. ej., como excepción cuando el propietario ejercite una acción reivindicatoria o ejercitando una acción declarativa de dominio o del derecho real usucapido).

En el artículo 531-28 CCC se precisa quienes están legitimados para alegar la usucapión.

En primer lugar están legitimados «la persona que ha adquirido por usucapión o sus herederos».

En segundo lugar está legitimada «toda persona interesada en el hecho de que se declare que la persona que adquiere por usucapión ha adquirido el bien», es decir, cualquier otra persona distinta al usucapiente o sus herederos que esté interesada en que se reconozca al usucapiente como titular del derecho real usucapido. Este es el caso de los acreedores de quien usucapió, que verán así incrementada la garantía patrimonial universal de su deudor (*cfr.* art. 1911 CC), de los legitimarios de quien usucapió, ya que puede suponer un aumento de su legítima, y de los titulares de derechos (p. ej. arrendatarios) cuya existencia (o subsistencia) dependa de que se haya consumado la usucapión[105].

XI. RENUNCIA AL DERECHO USUCAPIDO

De la renuncia al derecho usucapido se ocupa el artículo 531-29 CCC, al disponer: «La renuncia requiere la capacidad para disponer del derecho usucapi-

do. 2. La renuncia al derecho usucapido no perjudica a los acreedores de quien ha adquirido por usucapión, ni a los titulares de derechos constituidos sobre el bien usucapido. 3. La renuncia no impide a quien ha adquirido por usucapión volver a iniciar la usucapión del mismo derecho».

Como modo de adquirir la propiedad o los derechos reales limitados sobre los bienes la usucapión implica que cuando ha transcurrido el plazo legal de posesión en concepto de titular del derecho que se pretende usucapir el poseedor se convierte automáticamente en propietario o en titular del derecho real que haya usucapido[106].

Sin embargo, la adquisición *ipso iure* del derecho usucapido no supone que el favorecido con la usucapión haya de ser forzosamente titular del derecho usucapido, porque se admite la posibilidad de renunciar a lo adquirido mediante la usucapión.

Si consideramos que la usucapión se consuma automáticamente cuando ha transcurrido el plazo legal de posesión con independencia de si se ha alegado o no, hay que concluir que la renuncia al derecho usucapido equivale a un acto de disposición. Por eso el sujeto renunciante debe tener la capacidad necesaria para disponer del derecho usucapido, con la consecuencia de que cuando el renunciante sea un menor emancipado puede necesitar un complemento de capacidad [*cfr*. arts. 211-12 y 236-27.1 b) CCC].

Si el beneficiado con la usucapión es una persona jurídica, la renuncia deberá proceder del órgano al que estatutariamente corresponda la facultad de disposición de los bienes que forman el patrimonio de la persona jurídica.

Sobre los requisitos de forma, la ley no establece nada por lo que parece admisible tanto la renuncia expresa como la tácita. La renuncia será tácita cuando resulte de actos concluyentes que hacen suponer el abandono del derecho adquirido.

En los trabajos preparatorios del Código Civil catalán se presupone que tras la renuncia al derecho usucapido este pertenece a su antiguo titular. Pienso que el legislador catalán debió decir claramente que con la renuncia al derecho usucapido se produciría este importante efecto o, por lo menos, debió emplear otros términos más acertados de los que poder deducir esto, como ocurre en el artículo 1935 del Código Civil español, en el que se hace referencia a «renunciar la prescripción ganada», porque si se renuncia a la usucapión (en lugar de al derecho usucapido) esta no produce su eficacia habitual y el derecho usucapido queda en el patrimonio del anterior titular cuando no renunció a él[107]. Si de los trabajos preparatorios del Código Civil catalán no resultara que el legislador quiso que se produjera tan importante efecto, con la actual redacción del artículo 531-29 CCC habría que llegar a la conclusión de que si se renuncia a un derecho real limitado usucapido este se extingue —ya que de acuerdo con el artículo 532-4.1 CCC: «El derecho real se extingue si los titulares, unilateral y espontáneamente, re-

nuncian al mismo»— y, por lo tanto, no podría volver al patrimonio de su anterior titular[108].

La renuncia al derecho usucapido no es eficaz cuando los acreedores de quien usucapió o los titulares de derechos constituidos sobre el bien usucapido invocan la usucapión, porque según el artículo 531-29.2 CCC la renuncia al derecho usucapido no les perjudica[109]. Coincide este precepto en lo esencial con el párrafo segundo del artículo 532-4 CCC, que con carácter general dispone: «La renuncia hecha en fraude de acreedores de los renunciantes o en perjuicio de los derechos de terceros es ineficaz».

Que «la renuncia al derecho usucapido no perjudica a los acreedores de quien ha adquirido por usucapión» significa que para cobrar se pueden dirigir contra el bien usucapido aunque sobre este ya no tenga ningún derecho su deudor[110].

Los derechos constituidos por el usucapiente sobre el bien usucapido se mantienen tras la renuncia al derecho usucapido aunque el titular de este ya no sea el usucapiente sino el anterior titular «usucapido», que lo recupera pero con el gravamen que suponen los nuevos derechos constituidos.

Hay que considerar que acreedores en este contexto son los titulares de créditos anteriores a la renuncia que se generaron durante el periodo en que el bien estuvo poseído por el usucapiente. Por titulares de derechos constituidos sobre el bien usucapido hay que entender los que lo fueren de derechos constituidos por el usucapiente *medio tempore* (esto es, mientras duró la usucapión)[111].

Como ya señalé, conforme al artículo 531-27 CCC, la renuncia al tiempo transcurrido de una usucapión en curso equivale a la interrupción de la posesión para usucapir. En este caso el bien que se usucapía no está afecto al pago de ningún crédito ya que no se puede forzar al deudor a consumar la usucapión[112].

Sobre si es posible renunciar a usucapir en el futuro un derecho real sobre un determinado bien nada se dice en el Código Civil catalán al regular la usucapión. Sí se afirma, en cambio, en el artículo 121-10.1 CCC, que la renuncia anticipada a la prescripción es nula. Pienso que esta misma solución es la que procede cuando se renuncia a usucapir en el futuro[113], ya que una cosa es renunciar al derecho adquirido mediante la usucapión —renuncia equiparable a la de cualquier otro derecho disponible— y otra muy distinta la renuncia anticipada a usucapir en el futuro, porque la usucapión es una institución de interés público y la exclusión voluntaria de la ley aplicable podría llegar a perjudicar a terceros (*v. gr.,* acreedores) interesados en hacer valer una usucapión consumada [*cfr.* art. 6.2 CC, 531-28 b) y 531-29.2 CCC].

XII. CONCLUSIONES

Se ha ampliado considerablemente la regulación de la usucapión en el Derecho catalán, ya que con anterioridad a la entrada en vigor del Código Civil

de Cataluña dicha regulación se reducía a un solo precepto, el artículo 342 de la Compilación de Derecho civil catalán, en el que tan solo se establecía el plazo de tiempo que debía transcurrir para que el poseedor *ad usucapionem* se convirtiera en titular del derecho usucapido. En la actualidad los artículos 531-23 a 531-29 del Código Civil catalán excluyen la aplicación del Código Civil español. Sin embargo, sí es aplicable en Cataluña la mayor parte del contenido de los artículos 35 y 36 de la Ley Hipotecaria.

El legislador catalán ha considerado que la usucapión es un elemento esencial para la seguridad del tráfico jurídico. Sin embargo, no le ha atribuido eficacia retroactiva, a pesar de que esta solución hubiera proporcionado más seguridad jurídica.

En la normativa sobre la usucapión contenida en el Código Civil de Cataluña se han introducido novedades relevantes respecto de la regulación legal aplicable antes en esta comunidad autónoma, como son la reducción de los plazos de la posesión para usucapir y la suspensión de la usucapión. Esta última novedad es una medida lógica por la brevedad de los plazos para usucapir previstos en el Código Civil catalán, que son de tres años para los bienes muebles y de veinte años para los bienes inmuebles.

BIBLIOGRAFÍA

ALAS, L.; DE BUEN, D.; RAMOS, E. R.: *De la usucapión*. Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1916.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *La usucapión*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles, Madrid, 2004.

BADOSA COLL, F.: Els dos sistemes adquisitius de drets reals en el llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya, *La codificació dels drets reals a Catalunya (Materials de les Catorzenes Jornades de Dret Català a Tossa)*. Documenta Universitaria, Girona, 2007, pp. 83 y sigs.

— Justo título, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix,* t. XIV, 1971, pp. 660 y sigs.

— *Manual de Dret Civil Català,* Ferran Badosa Coll (Director). Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003.

CARRASCO PERERA, Á.: Orientaciones para una posible reforma de los derechos reales en el Código Civil español, *La codificació dels drets reals a Catalunya (Materials de les Catorzenes Jornades de Dret Català a Tossa)*. Documenta Universitaria, Girona, 2007, pp. 59 y sigs.

DE LA RICA Y ARENAL, R.: La buena fe y la publicidad del Registro, *RCDI*, 1949, núm. 256, 541 y sigs.

DEL POZO CARRASCOSA, P.; VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*. Editorial Marcial Pons, Barcelona, 2008.

DÍAZ FRAILE, J. M.ª: VV.AA., *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña,* tomo I. Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña. Editorial Bosch, 2008.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial,* vol. III. Editorial Civitas, Madrid, 1995.

— *La prescripción extintiva. En el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Civitas, Madrid, 2003.

— Las relaciones entre usucapión y prescripción extintiva y la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria (Reflexiones en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1987), *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*. Universidad de Murcia, 1989, pp. 221 y sigs.

DURÁN Y BAS, M.: *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña, escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4º del Real decreto de 2 de febrero de 1880*. Imprenta de la Casa de Caridad, Barcelona, 1883.

ESPIAU ESPIAU, S.: *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña,* tomo I. Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña, Editorial Bosch, 2008.

— La adquisición de buena fe de bienes muebles en la regulación del Código Civil de Cataluña, *ADC,* 2007, pp. 15 y sigs.

— La regulación de la usucapión en el Código Civil de Cataluña, *ADC,* 2008, pp. 463 y sigs.

FENOY PICÓN, N.: La usucapión ordinaria *contra tabulas* y frente al tercero: el problema de la vigencia del artículo 1949 del Código Civil, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo,* tomo III. Editorial Civitas, Madrid, 2003, pp. 3771 y sigs.

GALLEGO DEL CAMPO, G.: La usucapión *contra tabulas*, *RCDI,* núm. 686, 2004, 2655 y sigs.

GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro mercantil,* t. I. 7.ª ed., Editorial Civitas, Navarra, 2011.

— El principio hipotecario de la usucapión *secundum tabulas*, *RCDI*, núm. 642, 1997, 1713 y sigs.

GARCÍA HERRERA, V.: *La usucapión a favor de la herencia yacente*. Editorial Dykinson, Madrid, 2008.

GOMÁ SALCEDO, J. E.: *Instituciones de Derecho civil común y foral,* t. I. Editorial Bosch, Barcelona, 2010.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: La usucapión de comuneros, *RCDI,* núm. 716, 2009, 3167 y sigs.

HERNÁNDEZ GIL, A.: *La posesión*. Editorial Civitas, Madrid, 1980.

LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros: *Elementos de Derecho civil III*, vol 1º. Editorial Dykinson, Madrid, 2003.

MACÍA MORILLO, A.: La usucapión *secundum tabulas*. El artículo 35 de la Ley Hipotecaria, *RCDI,* 2001, núm. 664, 461 y sigs.

MIRAMBELL I ABANCÓ, A.: La regulació dels drets reals en el llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya, *La codificació dels drets reals a Catalunya (Materials de les Catorzenes Jornades de Dret Català a Tossa)*. Documenta Universitaria, Girona, 2007, pp. 21 y sigs.

MORALES MORENO, A. M.: *Posesión y usucapión*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1972.

— La inscripción y el justo título de usucapión, *ADC,* 1971, pp. 1123 y sigs.

NETO, A.: *Código Civil anotado*. Ediforum, Lisboa, 2004.

NUÑEZ LAGOS, R.: Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria, *Revista de Derecho Notarial,* 1962, julio-diciembre, 103 y sigs.

PIRES DE LIMA, A. y ANTUNES VARELA, J.: *Código Civil anotado*, volume III. Coimbra Editora, Coimbra, 1987.

PUIG FERRIOL, L.: PUIG FERRIOL, L.; ROCA TRÍAS, E.; ABRIL CAMPOY, J. M.; AMAT LLARI, M. E.: *Institucions del Dret civil de Catalunya*, vol. IV. Editorial Tirant lo Blanch, València, 2007.

PUIG FERRIOL, L.; ROCA TRÍAS, E.: *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*. Bosch, Casa Editorial, t. IV, vol. 1º, Barcelona, 1981.

REBÉS SOLÉ, J.-E.: La usucapión inmobiliaria en Cataluña, *RJC,* 1969, 930 y sigs.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: Comentario a los artículos 35 y 36 de la Ley Hipotecaria, *Comentarios a la Ley Hipotecaria,* Andrés Domínguez Luelmo (Director). Lex Nova, Valladolid, 2013.

SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *La Usucapión Inmobiliaria*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

SERRERA CONTRERAS, P. L.: Apostilla sobre la usucapión contra tabulas, *RCDI,* 2005, núm. 689, 873 y sigs.

Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya, Els drets reals, Departament de justicia i interior, Observatori de Dret privat de Catalunya, secció de Dret patrimonial, Lleida, 2003.

VV.AA.: *Els Drets reals,* Adolfo Lucas Esteve (dir.). Editorial Atelier, Barcelona, 2007.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*. Editorial Dykinson, Madrid, 1998.

NOTAS

[1] En la *Lex XII Tabularum* (siglo V a. C.). se alude con carácter general a la usucapión en el punto 3 de la Tabla VI (*usus auctoritas fundi bienium est, … ceterarum rerum omnium … annuus est usus*).

[2] Sobre los precedentes históricos de la usucapión en el Derecho romano se puede consultar GARCÍA HERRERA, Vanessa: *La usucapión a favor de la herencia yacente*. Editorial Dykinson, Madrid, 2008, pp. 104 y sigs.

[3] Véase PUIG FERRIOL, L.: PUIG FERRIOL, L.; ROCA TRÍAS, E.; ABRIL CAMPOY, J. M.; AMAT LLARI, M. E., *Institucions del Dret civil de Catalunya*, vol. IV. Editorial Tirant lo Blanch, València, 2007, p. 144.

[4] Por esto según REBÉS SOLÉ: «No cabe hablar en Cataluña de una prescripción ordinaria o extraordinaria […]. No obstante, de tener que utilizar esta terminología, habría que denominarla ordinaria porque exige solo los elementos que son esenciales a esta institución» (REBÉS SOLÉ, José-Enrique: «La usucapión inmobiliaria en Cataluña», *RJC,* 1969, p. 944).

[5] Se refiere a este célebre *Usatge* Don Manuel DURÁN Y BAS, en *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña, escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4º del Real decreto de 2 de febrero de 1880*. Imprenta de la Casa de Caridad, Barcelona, 1883, pp. 284 y sigs.

[6] Sobre esto se puede consultar REBÉS SOLÉ, *op. loc. cit.,* p. 936; y PUIG FERRIOL, L.; ROCA TRÍAS, E.: *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*. Bosch, Casa Editorial, t. IV, vol. 1º, Barcelona, 1981, p. 145.

[7] *Sic,* SSTSJC de 17 de julio de 1995 *(RJ* 1995, 8176) y de 19 mayo 2005 *(RJ* 2005, 10276).

[8] *Sic,* PUIG FERRIOL, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, *cit*., p. 155.

[9] Sobre la evolución histórica de la usucapión inmobiliaria en Cataluña se puede consultar REBÉS SOLÉ, *op*. *loc*. *cit*., pp. 931 y sigs.

[10] Traducción literal de la versión original escrita en catalán que se encuentra en *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya, «Els drets reals»*, Departament de justicia i interior, Observatori de Dret privat de Catalunya, secció de Dret patrimonial, Lleida, 2003, p. 79.

[11] Con más precisión se puede decir, siguiendo al profesor BADOSA COLL, que la usucapión es un *título legal adquisitivo originario* claramente suficiente para adquirir derechos reales [«Els dos sistemes adquisitius de drets reals en el llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya», *La codificació dels drets reals a Catalunya (Materials de les Catorzenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, Documenta Universitaria, Girona, 2007, p. 93].

[12] El Código Civil español no utiliza el término *usucapión*, del que se encuentran definiciones en el Digesto. Según MODESTINO: *Usucapio est adiectio domini per continuationem possessionis temporis lege definiti* (D. 41, 3).

[13] Dice literalmente el artículo 522-8.1 CCC: «La adquisición de la posesión de un bien mueble de buena fe y a título oneroso comporta la adquisición del derecho en que se basa el concepto posesorio, aunque los poseedores anteriores no tuviesen poder de disposición suficiente sobre el bien o el derecho». Sobre este precepto se puede consultar ESPIAU ESPIAU, Santiago: La adquisición de buena fe de bienes muebles en la regulación del Código Civil de Cataluña, *ADC*, 2007, pp. 15 y sigs.; y BADOSA COLL, «Els dos sistemes adquisitius de drets reals en el llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya», *loc*. *cit*., pp. 98 y sigs.

[14] Como han sostenido algunos autores el fundamento de la usucapión se halla en un interés general, que es básicamente, el de la seguridad de las situaciones jurídicas, que no pueden estar perpetuamente amenazadas por la súbita aparición de pretensiones basadas en derechos antiguos y olvidados (véase, GOMÁ SALCEDO, José Enrique: *Instituciones de Derecho civil común y foral,* t. I. Editorial Bosch, Barcelona, 2010, p. 676; y DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial,* vol. III. Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 699).

[15] Véase, DEL POZO CARRASCOSA, P.; VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho civil de Cataluña*. *Derechos reales*. Marcial Pons, Barcelona, 2008, p. 90; y PUIG FERRIOL, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, *cit*., p. 145.

[16] Véase *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya, cit*., p. 79.

[17] *Sic,* PUIG FERRIOL, *op*. *loc*. *cit*., p. 146.

[18] Sobre este tema se puede consultar GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.: La usucapión de comuneros, *RCDI,* núm. 716, 2009, 3167 y sigs.

[19] En este sentido se dijo en los trabajos preparatorios del libro V del Código Civil de Cataluña: «Si se usucape una cuota, o bien se crea una comunidad con el propietario, único, anterior, o bien de la usucapión de todos surge la comunidad, y en este caso es necesario que todos los "comuneros" hayan participado en la usucapión» (Traducción literal de la versión original escrita en catalán que se encuentra en *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya, cit*., p. 81).

[20] Véase, PUIG FERRIOL, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, *cit*., p. 28.

[21] Según BADOSA COLL, de la lista de derechos reales del libro quinto son derechos posesorios: el usufructo, el uso, la habitación, el aprovechamiento parcial, la superficie, el vuelo, la retención, la prenda y la anticresis («Els dos sistemes adquisitius de drets reals en el llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya», *loc*. *cit*., p. 90).

[22] Según el artículo 522-6 CCC: «La posesión de acuerdo con los requisitos establecidos por el artículo 531-24 permite la usucapión del derecho de propiedad o de los demás derechos reales posesorios».

[23] Seguramente el hecho de que el censo sea un derecho real que no tiene propiamente un contenido posesorio explica que en el artículo 565-3 c) CCC se especifique que un título de constitución del censo puede ser la usucapión, mientras para otros derechos reales que sin duda se pueden adquirir por usucapión no existe semejante especificación, como sucede

con el usufructo (el art. 561-3.1 CCC simplemente dice: «El usufructo puede constituirse por cualquier título a favor de una o diversas personas, simultánea o sucesivamente, sobre la totalidad o una parte de los bienes de una persona, sobre uno o más bienes determinados o sobre la totalidad o una parte de sus utilidades»).

En sentido parecido se pronuncian DEL POZO, VAQUER y BOSCH (*op. cit.,* p. 89), que además consideran que la usucapibilidad del censo es una inercia histórica de cuando era configurado como un supuesto de dominio dividido (*cfr.* art. 297 CDCC).

[24] Sobre la solución radical del Código Civil catalán de excluir la usucapión como modo de adquirir servidumbres afirma CARRASCO PERERA con fundamento en razonables argumentos: «es torpe suprimir la posibilidad de adquirir por usucapión una servidumbre continua, positiva y aparente» [«Orientaciones para una posible reforma de los derechos reales en el Código Civil español», *La codificació dels drets reals a Catalunya (Materials de les Catorzenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, Documenta Universitaria, Girona, 2007, p. 75].

[25] Así, STSJC de 23 junio 2011 *(RJ* 2011, 6274).

[26] Se ha pronunciado así el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sentencias de 16 de septiembre de 2002 *(RJ* 2002, 9541) y de 14 de octubre de 2002 *(RJ* 2003, 651).

[27] Así resulta del artículo 17 Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de patrimonio de la Generalidad de Cataluña, en cuanto este precepto dispone: «Los bienes de dominio público de la Generalidad son inalienables, imprescriptibles e inembargables».

[28] Véase *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya, cit*., p. 79.

[29] Esta es la doctrina dominante que ya defendieron ALAS, DE BUEN y RAMOS en su obra ya clásica *De la usucapión,* Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1916, pp. 276 y 277. Se han pronunciado en este sentido autores de reconocido prestigio como HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *La posesión*. Editorial Civitas, Madrid, 1980, pp. 538 y sigs.; y ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *La usucapión*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles, Madrid, 2004, p. 21.

[30] En este sentido, afirma ALBALADEJO GARCÍA: «los actos que el titular del derecho realizó durante el periodo de usucapión (periodo en el que aquel correspondía todavía a él, y no al usucapiente), devienen inválidos» (*op. cit*., p. 22).

[31] Según el artículo 111-8 CCC: «Nadie puede hacer valer un derecho o una facultad que contradiga la conducta propia observada con anterioridad si esta tenía una significación inequívoca de la cual derivan consecuencias jurídicas incompatibles con la pretensión actual».

[32] No se plantea esta duda cuando es aplicable el Código Civil español porque como se aprecia que los efectos de la usucapión se producen como si el usucapiente hubiese sido titular del derecho desde que comenzó a poseer, los frutos de la cosa le corresponden a partir de entonces, aunque hubiese sido poseedor de mala fe (véase, ALBALADEJO GARCÍA, *op. cit*., p. 22; y HERNÁNDEZ GIL, *op. cit*., p. 540).

[33] El artículo 1288 del Código Civil portugués dispone que «invocada la usucapión, sus efectos se retrotraen a la fecha del inicio de la posesión» y el artículo 1317 c) del Código Civil portugués se limita a confirmar que «el momento de la adquisición del derecho de propiedad es: …c) en el caso de la usucapión, el del inicio de la posesión». Se puede consultar sobre estos preceptos PIRES DE LIMA, A., y ANTUNES VARELA, J.: *Código Civil anotado*, volume III. Coimbra Editora, Coimbra, 1987, pp. 66 y 121; y NETO, Abílio: *Código Civil anotado*. Ediforum, Lisboa, 2004, pp. 1217 y 1244.

[34] Además, según el artículo 521-6.1 CCC: «Se presume que los poseedores han poseído un bien de forma continuada desde que adquirieron su posesión y que pueden unir su posesión a la de sus causantes».

[35] *Cfr., Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya, cit*., p. 80.

[36] Se afirma en la STSJC de 28 de febrero de 2011 «que la prescripción extintiva *contra tabulas* —artículo 36 *in fine* LH— y la *usucapio libertatis* tienen lugar cuando la prescripción de los *iura in re aliena* se produce bien por no uso o inacción del titular, en

el primer supuesto, o bien por una posesión de la cosa gravada en concepto de libre, es decir, contraria al derecho proclamado registralmente para la usucapión liberatoria» *(RJ* 2011, 5822).

[37] Sobre la *usucapio libertatis* véase la STSJC de 4 de mayo de 1998 *(RJ* 1998, 6135).

[38] Se razona en la STSJC de 1 de octubre de 2001 *(RJ* 2002, 6948): «el nudo propietario, al poseer ya, y por definición, en concepto de dueño, solo puede aspirar a una consolidación de las facultades dominicales ordinarias por confusión, al quedar liberado de la carga limitativa del dominio propia de todo usufructo. La liberación de tal carga mediante prescripción adquisitiva será, pues, solo posible si se posee, no ya en concepto de dueño, sino en concepto de libre de cargas, en aplicación de la máxima "tantum preaescriptum quantum possessum"».

[39] Se dice en los trabajos preparatorios del libro V del Código Civil de Cataluña al comentar el precedente inmediato del vigente artículo 531-23.3 CCC: «Se trata de una manifestación del principio *tantum praescriptum quantum possessum* que encontramos también en el artículo 531-25, cuando hace referencia al hecho de que la posesión ha de ser "en concepto de titular del derecho". Salvo si la persona que usucape hace un acto obstativo expreso contra los derechos reales no posesorios o de posesión compatible con la posesión para usucapir, y que, por tanto, su titular esté enterado de la usucapión en curso, resulta evidente que estos derechos no han de ser perjudicados por la usucapión. Este precepto se inspira en el artículo 36.4 LH —el contenido del cual no es de ámbito registral, sino de derecho civil puro— y amplia el contenido: no solo se refiere a los derechos adquiridos a título oneroso, sino también a los adquiridos a título gratuito. No hace falta hacer una referencia expresa a que la adquisición se ha de haber realizado de buena fe, puesto que este texto ya prevé una norma general en este sentido, en el artículo 111-6 PLCC» (Traducción literal de la versión original escrita en catalán que se encuentra en *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya, cit*., p. 80).

[40] Aborda esta cuestión desde el punto de vista de su origen histórico GOMÁ SALCEDO, *op. cit*., p. 674.

[41] Como ya observó Luis DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN: «adquisición y extinción son siempre fenómenos indisolublemente unidos o, acaso mejor, dos vertientes o dos perspectivas de un mismo fenómeno, de manera que la adquisición del dominio por una persona, el usucapiente o nuevo dominus, va unida siempre a su extinción o pérdida en otra» *(La prescripción extintiva. En el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo,* Editorial Civitas, Madrid, 2003, p. 53).

[42] Es interesante el planteamiento que hizo DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN sobre si la prescripción extintiva de acciones relativas a derechos reales limitados va unida a un fenómeno que pueda denominarse de usucapión liberatoria en «Las relaciones entre usucapión y prescripción extintiva y la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria (Reflexiones en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1987)», *Homenaje al profesor Juan Roca Juan,* Universidad de Murcia, 1989, p. 225.

[43] Se hace especial hincapié sobre este aspecto en la SAP Girona, de 18 de julio de 2005 *(AC* 2006, 1596), en la que literalmente se dice: «la regla general de nuestro ordenamiento jurídico es la de la propiedad libre, y la de unos derechos reales que la gravan de forma limitada, en cuanto a contenido y duración».

[44] Configurar la acción reivindicatoria como imprescriptible evita conflictos (véase sobre este tema YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*. Dykinson, Madrid, 1998, pp. 44 y sigs).

[45] Como observó MIRAMBELL I ABANCÓ, uno de los problemas bien resueltos en el Derecho catalán ha sido la relación entre la usucapión y las acciones reivindicatoria y negatoria [«La regulació dels drets reals en el llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya», *La codificació dels drets reals a Catalunya (Materials de les Catorzenes Jornades de Dret Català a Tossa)*, Documenta Universitaria, Girona, 2007, p. 44].

[46] Según algunos autores también se puede conseguir la inscripción de la usucapión en el Registro de la Propiedad mediante el expediente de dominio o el acta de notoriedad [véase

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B.: «Comentario a los artículos 35 y 36 de la Ley Hipotecaria», *Comentarios a la Ley Hipotecaria,* Andrés Domínguez Luelmo (Director). Lex Nova, Valladolid, 2013, p. 374].

[47] No obstante, en esta situación, considera Juan M.ª DÍAZ FRAILE que el titular registral puede promover la correspondiente declaración judicial como demandante frente al titular extrarregistral porque consumada la usucapión es lícito que quiera añadir a su legitimación registral otra judicial (*Derechos reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña,* tomo I, Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña, Editorial Bosch, 2008, p. 405).

[48] Acerca de cómo puede ocurrir esto, observa Antonio Manuel MORALES MORENO: «Además de la falibilidad del Registrador, al ejercer su función calificadora y de posibles errores en la inscripción, en muchos de estos casos hay circunstancias de hecho que escapan a la calificación» *(La inscripción y el justo título de usucapión», ADC,* 1971, p. 1131).

[49] Se puede consultar sobre esta cuestión GARCÍA GARCÍA, J. M. : El principio hipotecario de la usucapión *secundum tabulas*, *RCDI*, núm. 642, 1997, 1713; MACÍA MORILLO, A.: La usucapión *secundum tabulas*. El artículo 35 de la Ley Hipotecaria, *RCDI,* 2001, núm. 664, 483 y sigs.; y LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros: *Elementos de Derecho civil III*, vol 1º. Editorial Dykinson, Madrid, 2003, p. 172.

[50] Es decir, el titular registral tiene a su favor la presunción de ostentar una posesión *ad usucapionem* con solo demostrar la inscripción, lo que supone una inversión de la carga de la prueba, de manera que quien se oponga a la usucapión deberá probar que la posesión del titular registral no reúne los requisitos de la posesión *ad usucapionem*. Se puede consultar sobre este aspecto SANCIÑENA ASURMENDI, C.: *La Usucapión Inmobiliaria*. Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 259 y 266.

[51] Véase GARCÍA GARCÍA, El principio hipotecario de la usucapión *secundum tabulas*, *loc. cit.,* p. 1714; y refiriéndose al Derecho civil catalán, PUIG FERRIOL, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, *cit.,* p. 155.

[52] Como observa MACÍA MORILLO: «desde el momento en que inscribe su derecho el sujeto que reúne los requisitos del artículo 34, se convalida automáticamente su adquisición por la fuerza de la Ley» (*op. loc. cit.,* p. 490).

[53] Véase GARCÍA GARCÍA, J. M., en *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro mercantil,* t. I. 7.ª ed., Editorial Civitas, Navarra, 2011, p. 195; y en El principio hipotecario de la usucapión *secundum tabulas*, *loc. cit.,* p. 1721; y MACÍA MORILLO, *op. loc. cit.,* pp. 492 y sigs.

[54] *Vide, supra,* el epígrafe I.

[55] Sobre el requisito de posesión *pública* observa GARCÍA GARCÍA: «El artículo 35 LH se refiere a la presunción de posesión *pública*. Realmente, será muy difícil desvirtuar esta presunción, pues la publicidad registral determina por sí misma este aditamento a la posesión, por lo que no es concebible que estando publicado el asiento en el organismo oficial de la publicidad registral, pueda decirse que la posesión no fue pública. En tal sentido, se puede llegar perfectamente a la conclusión de que la presunción opera aquí como *iuris et de iure* por definición y por la propia naturaleza de las cosas» (El principio hipotecario de la usucapión *secundum tabulas*, *loc. cit.,* p. 1744).

[56] Queda desvirtuado el requisito de posesión *pacífica* si en el propio Registro de la Propiedad figura una anotación de demanda relativa a la posesión (así, GARCÍA GARCÍA, *op. loc. ult cit*., p. 1744).

[57] Sobre la aplicación en Cataluña del artículo 35 LH véase la STSJC de 19 de mayo de 2005 *(RJ* 2005, 10276).

[58] En este sentido GARCÍA GARCÍA, *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro mercantil, cit.,* p. 195; y DÍAZ FRAILE, *op. loc. cit*., p. 365.

[59] Afirma PUIG FERRIOL refiriéndose al Derecho civil catalán: «la inscripción equivale a título y este representa una posesión en concepto de propietario o de titular del derecho real que se quiere usucapir» (*Institucions del Dret civil de Catalunya*, *cit.,* p. 155).

[60] En este sentido ha afirmado GARCÍA GARCÍA: «No alude el artículo 35 LH a la presunción de posesión "en concepto de dueño", y ello es porque el concepto de dueño o de titular del derecho, no necesita de una presunción *iuris tantum,* sino que resulta *iuris et de iure* del propio asiento registral, por razón de la equivalencia de la inscripción con el justo título» (El principio hipotecario de la usucapión *secundum tabulas*, *loc. cit.,* p. 1744).

[61] *Sic,* DÍAZ FRAILE, *op. loc. cit.,* p. 365.

[62] Así, GARCÍA GARCÍA, El principio hipotecario de la usucapión *secundum tabulas*, *loc. cit.,* p. 1745.

[63] O, como afirma con más precisión, GARCÍA GARCÍA, el principio hipotecario que puede denominarse de «limitación de la usucapión *contra tabulas*» (*Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro mercantil, cit.,* p. 196).

[64] Véase GALLEGO DEL CAMPO, G.: La usucapión *contra tabulas*, *RCDI,* núm. 686, 2004, 2706 y sigs., sobre todo la 2710. También es interesante la propuesta de reforma del artículo 36 LH que hace SERRERA CONTRERAS, P. L.: Apostilla sobre la usucapión contra tabulas, *RCDI,* 2005, núm. 689, 881 y sigs.

[65] Existen divergencias en la doctrina sobre el momento a partir del cual se computa el plazo del año (véase, SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, *op. loc. cit.,* p. 378).

[66] Como observa SANCIÑENA ASURMENDI: «Pasado el plazo anual sin que el titular registral ejercite la acción oportuna, su actitud de tolerancia le impide beneficiarse del registro; se aplicarán las normas civiles por las que prevalecerá la usucapión consumada» (*op. cit.*, p. 281). En el mismo sentido LACRUZ BERDEJO y otros, *op. cit.,* p. 173.

[67] Véase DE LA RICA Y ARENAL, R.: La buena fe y la publicidad del Registro, *RCDI*, 1949, núm. 256, 544; GALLEGO DEL CAMPO, *op. loc. cit.,* p. 2707; y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, *op. loc. cit.,* p. 375.

[68] También se ha sostenido que el artículo 1949 del Código Civil ha sido derogado por el artículo 36 LH. Véase, entre otros, FENOY PICÓN, N.: La usucapión ordinaria *contra tabulas* y frente al tercero: el problema de la vigencia del artículo 1949 del Código Civil, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo,* tomo III. Editorial Civitas, Madrid, 2003, pp. 3771 y sigs.; y SANCIÑENA ASURMENDI, *op. cit.,* p. 271.

[69] Así, por ejemplo, GARCÍA GARCÍA, *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro mercantil, cit.,* p. 196; y NÚÑEZ LAGOS, R.: «Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria», *Revista de Derecho Notarial,* 1962, julio-diciembre, p. 114.

[70] Véase, refiriéndose al Derecho catalán, DÍAZ FRAILE, *op. loc. cit.,* p. 367.

[71] Véase, entre otras, las SSTSJC de 23 de diciembre de 1999 *(RJ* 2000, 9610), 29 de julio de 2002 *(RJ* 2002, 10441), 19 de mayo de 2003 *(RJ* 2003, 6361) y 15 de julio de 2008 *(RJ* 2009, 5538).

[72] En el comentario al precedente del artículo 531-24.1 CCC que se hace en los trabajos preparatorios del libro V del Código Civil de Cataluña se afirma que se recoge en esta norma el principio *tantum praescriptum quantum possessum* (*Treballs preparatoris del llibre cinquè del Coci Civil de Catalunya, cit.*, p. 80).

[73] Como ha precisado el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña siguiendo al Tribunal Supremo en sentencia de 15 de julio de 2008 *(RJ* 2009, 5538): «la "possessió a *títol d'amo"* no es un concepto puramente subjetivo o intencional, por lo que no basta la pura motivación volitiva representada por el ánimo de tener la cosa para sí, sino que es preciso, además, el elemento objetivo o causal consistente en la existencia de "actos inequívocos, con clara manifestación externa en el tráfico", es decir "actuar y presentarse en el mundo exterior como efectivo dueño y propietario de la cosa sobre la que se proyectan los actos posesorios"». Además, refiriéndose al *animus domini,* el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña también ha dicho en sentencia de 11 de junio de 2012 *(RJ* 2012, 8791) que «la fijación, en el proceso, de la realidad o existencia de estos actos o circunstancias pertenece a la "questio facti", por lo que su apreciación corresponde al juzgador de instancia, la cual solo puede ser combatida en casación mediante la denuncia de error en la valoración de la prueba fundada en la conculcación de una regla legal de prueba, pero, en cambio, el juicio de calificación

mediante el cual se atribuye a los datos fácticos previamente fijados la significación jurídica de "en concepto de dueño" (concepto jurídico indeterminado) constituye una "questio iuris", y, por ende, es susceptible de revisión en casación».

[74] Véase las SSTSJC de 15 de julio de 2008 *(RJ* 2009, 5538), 11 de junio de 2012 *(RJ* 2012, 8791) y otras que en estas se citan.

[75] *Sic,* STSJC de 10 de octubre de 1996 *(RJ* 1997, 3395); 23 de mayo de 1996 *(RJ* 1996, 6255); y 4 de mayo de 1998 *(RJ* 1998, 6135).

[76] En la STSJC de 29 de julio de 2002 *(RJ* 2002, 10441) el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha apreciado que si no se adquirió la posesión en concepto de propietario la conversión de esta posesión en otra situación posesoria en concepto de dueño implica no solo la intención de poseer la cosa como propietario sino que exige también la objetivación del *animus*. También es importante sobre la inversión o interversión del concepto posesorio, cuando el poseedor actúa externamente como dueño, la STSJC de 30 de mayo de 2013 *(RJ* 2013, 5761).

[77] Véase SSTSJC de 26 de febrero de 1996 *(RJ* 1997, 7277), 1 de octubre de 2001 *(RJ* 2002, 6948) y 11 de diciembre de 2003 *(RJ* 2004, 915).

[78] *RJ* 2012, 8791.

[79] Así, ESPIAU ESPIAU, «La regulación de la usucapión en el Código Civil de Cataluña», *ADC,* 2008, p. 474.

[80] En el Derecho catalán actual el carácter pacífico o violento de la posesión no es permanente. Como explicó Ferran BADOSA COLL, con anterioridad a la Codificación el carácter pacífico o violento de la posesión era permanente, de manera que una posesión adquirida violentamente se consideraba usurpativa, no solo una vez cesada la violencia que sirvió para adquirirla, sino también en manos de todos los que trajeran causa del usurpador (Justo título, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix,* t. XIV, 1971, p. 710).

[81] Según el artículo 250 LEC: «1. Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: […] 4º Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute».

[82] Como observó Antonio Manuel MORALES MORENO, el momento en que se subsana el carácter no pacífico que originariamente tuviera la posesión coincide con la prescripción de las acciones ordenadas al restablecimiento del orden posesorio (*Posesión y usucapión*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1972, p. 175).

[83] Es interesante el asunto resuelto por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de junio de 2011 *(JUR* 2011, 289537) en el que el Ayuntamiento de Valls pretendía haber adquirido por usucapión una finca. El Tribunal apreció que «no podría considerarse dicha posesión pacífica por el modo de adquirir la misma, sin seguir procedimiento expropiatorio alguno».

[84] En la STSJC de 29 de julio de 2002 *(RJ* 2002, 10441) se aprecia que se ha consumado la usucapión con fundamento en el que denomina principio de la *accessio possessionis*.

[85] En este sentido dispone el artículo 521-6 CCC, dedicado a la continuidad de la posesión: «1. Se presume que los poseedores han poseído un bien de forma continuada desde que adquirieron su posesión y que pueden unir su posesión a la de sus causantes. 2. Se presume que los poseedores mantienen el mismo concepto posesorio que tenían cuando adquirieron la posesión. 3. Se entiende que la posesión es continuada aunque su ejercicio esté impedido o interrumpido temporalmente, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 521-8.e».

[86] En el asunto decidido por la sentencia de 23 de septiembre de 1997 *(RJ* 1998, 9098) el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña consideró que el piso objeto del litigio fue usucapido por los demandantes porque el acto unilateral del titular del piso, que consistió en otorgar una escritura pública en la que manifestó que lo vendía a los demandados y que fue otorgada a espaldas de la actividad posesoria continuada de los poseedores de hecho con ánimo dominical, no tuvo ninguna trascendencia para interrumpir la usucapión. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona recurrida, confirmada luego por el Tribunal Superior

de Justicia de Cataluña, se declaró la nulidad de dicha escritura y se decretó la cancelación de las inscripciones contradictorias de la propiedad declarada en la sentencia.

[87] En este sentido se afirma literalmente en *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya*: «No hace falta decirlo expresamente, porque es de lógica del sistema jurídico, que si la actuación judicial no prospera, la usucapión no se ha interrumpido» (Traducción literal de la versión original escrita en catalán, *op. cit.,* p. 82).

[88] *Vide, supra,* el epígrafe V.4.A.

[89] Se puede consultar sobre esta cuestión DÍAZ FRAILE, *op. loc. cit*., p. 387.

[90] En este sentido véase *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya, op. cit*., p. 82.

[91] Por ejemplo, una demanda de desahucio por precario [véase, STSJC de 23 de septiembre de 1997 *(RJ* 1998, 9098)].

[92] ESPIAU ESPIAU, considera que también hay oposición judicial y, por consiguiente, interrupción de la usucapión, cuando se solicitan diligencias preliminares, se celebra el acto de conciliación o se pide el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita para el proceso relativo al derecho que se está usucapiendo («La regulación de la usucapión en el Código Civil de Cataluña», *loc. cit.,* pp. 503 y 504).

[93] Sin embargo, entiende Santiago ESPIAU ESPIAU que aunque el artículo 531-25.1 d) alude a un requerimiento «notarial» esta calificación se refiere a la necesidad de que sea «fehaciente», por lo que cualquier manifestación de oposición a la posesión *ad usucapionem* por parte del titular del bien, exigiendo al usucapiente el reconocimiento de su derecho, interrumpe la usucapión siempre y cuando pueda constatarse su existencia («La regulación de la usucapión en el Código Civil de Cataluña», *loc. cit*., p. 504; y *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña,* tomo I. Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña, Editorial Bosch, 2008, p. 386).

[94] Véase DEL POZO; VAQUER y BOSCH, *op. cit.,* p. 96. Sin embargo, considera ESPIAU ESPIAU, que el artículo 531-26 CCC no establece una enumeración cerrada de las causas de suspensión de la usucapión (La regulación de la usucapión en el Código Civil de Cataluña, *loc. cit.,* p. 510).

[95] Son partidarios de esta interpretación DEL POZO; VAQUER y BOSCH, *op. cit.,* p. 96.

[96] Así, PUIG FERRIOL, *Institucions del Dret civil de Catalunya, cit*., p. 162.

[97] Sin embargo, ESPIAU ESPIAU, cuando todavía no estaban vigentes los artículos 234-1 CCC y sigs., refiriéndose a la ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, entendió: «que lo dispuesto en el artículo 531-26.1.b) CCCat es igualmente aplicable a la unión de pareja no regulada por dicha ley, siempre que sea "estable"» (*Derechos reales. Comentarios al libro V del Código Civil de Cataluña*, *cit*., p. 392; y La regulación de la usucapión en el Código Civil de Cataluña, *loc. cit.,* p. 512).

[98] Se afirma en los trabajos preparatorios del libro V del Código Civil de Cataluña que la suspensión es un complemento de la interrupción de la usucapión, porque se suspende la posesión para usucapir hasta que el propietario afectado está en condiciones de interrumpirla [véase *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya, cit.,* p. 83; y VV. AA.: Adolfo Lucas Esteve (dir.), *Els Drets reals*. Editorial Atelier, Barcelona, 2007, p. 85].

[99] *Cfr*., *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya, cit.,* p. 83.

[100] Según la versión castellana de VIVES I CEBRIÁ el *Usatge* 156 decía lo siguiente: «Todas las causas ya sean buenas ya sean malas ó acciones civiles ó criminales si dentro de 30 años no serán terminadas, ó cautivos sobre los que se moviere pleito sin que nadie los posea si definidos ó vendidos no serán, en manera alguna sean pedidos otra vez. Si alguno empero después del susodicho decurso de 30 años intentare mover pleito le obste este número de años y se le obligue á haber de pagar una libra de oro á aquel á quien dispusiere el Rey». El transcrito *Usatge* se refería propiamente a la prescripción extintiva. No obstante, los juristas catalanes anteriores a la Compilación, así como la jurisprudencia, se inclinaron por extender la normativa del referido *Usatge* a la prescripción adquisitiva o usucapión, pues se alegaba

que aplicando a *sensu contrario* la doctrina general sobre la prescripción extintiva, resulta que el poseedor de la cosa a los treinta años tiene la seguridad de que nadie puede reclamársela, y por tanto se habrá convertido en dueño (consúltese, PUIG FERRIOL, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, *cit*., pp. 26 y 27).

[101] Por ejemplo, si la usucapión de un bien inmueble se inició en el año 2000, según la regulación anterior, la usucapión se consumaría el año 2030, pero como resulta más beneficioso el plazo de veinte años de la nueva ley se le aplica este a partir de la entrada en vigor de la nueva ley, por lo que la usucapión se consumará en el año 2026.

[102] Según el artículo 121-23. 2 y 3 CCC: «2. En el cómputo del plazo de prescripción no se excluyen los días inhábiles ni los festivos. El cómputo de días se hace por días enteros. El día inicial se excluye y el día final debe cumplirse totalmente. 3. El cómputo de meses o años se hace de fecha a fecha. Si en el mes del vencimiento no existe el día correspondiente al inicial, se considera que el plazo finaliza el último día del mes».

[103] Como indica BADOSA COLL: «La regulació del comput del temps es fa en seu d'efectes negatius: la prescripció i la caducitat (art. 121-23.2 i 3 supèrfluament repetit al 122-5.2 i 3 CCCat), però és aplicable analògicament a d'altres supòsits» [*Manual de Dret Civil Català,* Ferran Badosa Coll (Director). Editorial Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 102].

[104] Sobre este aspecto en *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya* se comentó: «Hay que destacar que no se incluye una norma parecida al término de preclusión del artículo 121-24 PLCC que, a pesar de su larga duración, resultaría inaceptable en los casos de matrimonio y unión estable de pareja» (Traducción literal de la versión original escrita en catalán, *op. cit*., p. 83).

[105] En *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya*, sobre la alegación de la usucapión se comenta: «En atención a que se trata de la simple constatación de una situación jurídica, cualquier interesado está legitimado: no solo los acreedores o titulares de derechos reales constituidos sobre la cosa usucapida, sino también los legitimarios que, aunque no tienen ningún derecho ni pretensión actual sobre la cosa, están evidentemente interesados en que el patrimonio de su futuro causante sea cuanto más amplio mejor» (Traducción literal de la versión original escrita en catalán, *op. cit*., p. 85).

[106] *Vide, supra,* el epígrafe V.1.

[107] Entiende GARCÍA HERRERA, refiriéndose al contenido del artículo 1935 del Código Civil: «No se trata, por tanto, de una renuncia de derechos (el derecho adquirido por la usucapión); la renuncia no alcanza al derecho, sino que se detiene en la usucapión que se ha consumado automáticamente, pero que en virtud de una voluntad de renuncia no ha llegado a incorporarse el derecho objeto de usucapión al patrimonio del usucapiente» (*op. cit*., p. 186).

[108] Razona GOMÁ SALCEDO, refiriéndose al artículo 1935 del Código Civil: «Hay que entender que a lo que se renuncia es a las consecuencias de la usucapión, es decir, a la facultad de proclamarse como dueño, sin confundir esta renuncia con la abdicación del derecho sobre la cosa, o su abandono, con lo que pasaría a ser *nullius*» (*op. cit*., p. 683).

[109] Se observa en *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya* sobre este aspecto: «La existencia de acreedores del usucapiente no ha de impedir la renuncia ni, por tanto, que la cosa vuelva al patrimonio del propietario anterior. Ahora bien, estos acreedores no se pueden ver perjudicados por la disminución del patrimonio de responsabilidad del usucapiente. Esto reafirma que la usucapión hace adquirir el dominio automáticamente, y que el titular no puede renunciar en perjuicio de terceros» (Traducción literal de la versión original escrita en catalán, *op. cit*., p. 86).

[110] Según PUIG FERRIOL, la ineficacia de la renuncia *ex* artículo 531-29.2 CCC no determina que el usucapiente recupere la titularidad del bien, sino únicamente que los acreedores pueden ejercitar sus derechos vía acción revocatoria según el artículo 1111 del Código Civil (*Institucions del Dret civil de Catalunya*, *cit*., p. 168).

[111] Se razona en *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya* sobre esta cuestión: «Es evidente que la renuncia puede perjudicar a otras personas, por ejemplo, al usufructuario actual de la finca usucapida, o a los legitimarios del renunciante, pero los

intereses en juego pueden ser muy diferentes: El usufructuario ha de ser protegido, siempre que el usufructo sea oponible al nuevo propietario, de acuerdo con las reglas generales. En cambio, el interés de los legitimarios es hipotético y, en todo caso, parece menos importante que el del propietario anterior que, por la renuncia, puede llegar a recuperar la finca» (Traducción literal de la versión original escrita en catalán, *op. cit.,* p. 87).

[112] Véase *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi Civil de Catalunya*, *cit*., p. 86.

[113] Así, ESPIAU ESPIAU, «La regulación de la usucapión en el Código Civil de Cataluña», *loc. cit.,* p. 514; y PUIG FERRIOL, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, *cit*., p. 168.

(Trabajo recibido el 28-5-2013 y aceptado para su publicación el 18-6-2013)

Problemas sucesorios de transmisión de la empresa familiar*

Hereditary succession problems in family companies

por

M.ª EUGENIA SERRANO CHAMORRO
Catedrática de Derecho civil en la EUE Empresariales
Universidad de Valladolid

RESUMEN: Es de gran valor para la economía de nuestro país una buena planificación de la sucesión en las empresas familiares, pues genera un impacto económico relevante. Los problemas hereditarios afectan a la continuidad de la empresa. En este trabajo se pretende ofrecer la normativa actual de nuestro derecho civil, teniendo en cuenta el poder del testador (empresario) para poder libremente disponer *mortis causa* de su empresa familiar, según la normativa vigente.

ABSTRACT: It is of great value to the economy of our country a good succession planning in family businesses, because it generates a significant economic impact. The hereditary problems affect the continuity of the company. In this work it is intended to provide the current rules of our civil law, taking into account the power of the testator (employer) to be able to freely dispose

* El presente trabajo se hace en base al Proyecto de Investigación otorgado por la Junta de Castilla y León, bajo el título «La sucesión *mortis causa* de la empresa en Castilla y León. Problemas que plantea». Resolución EDU/940/2009 de 28 de abril de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León.

mortis causa for his family-owned companies according to the regulations in force, family companies.

PALABRAS CLAVE: Empresa. Sucesión. Legítima. Empresa familiar. Partición. Protocolo. Testador.

KEY WORDS: Enterprise. Succesion. Legitimize. Family companies. Partition. Protocol. Testator

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO DE EMPRESA EN GENERAL.—III. SUCESIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR.—IV. LA NUEVA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 1056 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. ASPECTO SUBJETIVO. 2. ASPECTO OBJETIVO. 3. ASPECTO FINALISTA O INTENCIONAL. 4. ASPECTO TEMPORAL. 5. PAGO DE LA LEGÍTIMA. 6. EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO. 7. FORMA. —V. CONEXIÓN DEL ARTÍCULO 1056 CON LOS ARTÍCULOS 841 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO CIVIL.—VI. CONCLUSIÓN.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Se ha puesto de relieve en numerosos trabajos, reuniones, conferencias la importancia de ofrecer un tratamiento útil y ágil a la hora de planificar la sucesión de las empresas familiares[1], con intereses particulares y políticos enraizados, puesto que contribuye a un buen desarrollo de la economía de nuestro país. Son los principales agentes de creación de riqueza, generan un considerable impacto económico determinando a los estados miembros de la Unión Europea, a través de su Comisión a adoptar medidas que garanticen la supervivencia de este tipo de empresas[2].

El presente trabajo se enmarca dentro de la investigación jurídica de derecho sustantivo, estudiando una de las preocupaciones relevantes de estas empresas, los riesgos inherentes a la sucesión generacional, la transmisión hereditaria de la empresa familiar, ¿puede el testador, normalmente el fundador de la empresa familiar, adjudicar la misma a un solo heredero para preservar su indivisión? ¿nuestro sistema legitimario permite la libre disposición de los bienes hereditarios? ¿se puede pagar la legítima de los herederos en metálico hereditario o extrahereditario? ¿los problemas hereditarios afectan a la supervivencia y continuidad de la empresa? ¿qué medios se pueden utilizar para sobrevivir al fenómeno sucesorio? Para resolver las cuestiones[3] de ámbito civil me fijaré en el objeto hereditario: la empresa, teniendo en cuenta las modificaciones legislativas en vía sucesoria que van tratando de corregir los interrogantes expuestos.

Realizaré esta labor desde el ámbito estatal, sin perjuicio de hacer referencias a la normativa autonómica que ofrece una regulación interesante, principalmente Galicia y Cataluña, tras sus recientes modificaciones en el ámbito del Derecho de Sucesiones[4].

La principal novedad la presenta la Ley 7/2003 de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa que en su EM alude al problema antes mencionado de su transmisión *mortis causa*: *«la presente Ley desarrolla el denominado Proyecto Nueva Empresa que tiene por objeto estimular la creación de nuevas empresas, especialmente las de pequeña y mediana dimensión, que constituyen la columna vertebral de la economía española y de la europea y son claves en la creación de puestos de trabajo.*

Asimismo, teniendo en cuenta la situación y perspectiva de las pequeñas y medianas empresas como factores generadores de riqueza y empleo, y con el objeto de proporcionarles los medios suficientes para que puedan desarrollarse, alcanzar el ámbito internacional y superar los cambios generacionales dentro de las mismas, la presente Ley intenta resolver tres problemas que se han identificado en la mayoría de nuestras empresas: las dificultades de financiación, la pérdida del control de la gestión por los socios que ostentan la mayoría y los problemas de supervivencia de la sociedad derivados de la sucesión generacional».

Se introducen transformaciones en la legislación civil vigente en aquellos preceptos en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual, etc. Estas modificaciones, aplicables exclusivamente al territorio común, que se rige por el Código Civil, conforme al artículo 149.1.8 de la Constitución española, se realizan atendiendo, además, a un criterio integrador del ordenamiento privado en el conjunto de las legislaciones civiles del Estado[5].

PARRA LUCÁN[6] señala que la institución de las legítimas está siendo sometida a revisión. El análisis crítico de las legítimas no se contempla exclusivamente desde el punto de vista del puro interés personal, bien del testador (libertad de testar), bien de los legitimarios (derecho a ver satisfechas sus expectativas), sino desde un punto de vista del interés social (en relación con la función económica y social) que, se entiende, debe justificar la existencia de esta institución para que el ordenamiento garantice su protección.

II. CONCEPTO DE EMPRESA EN GENERAL

Conviene dar unas nociones del objeto de la transmisión: la empresa, pues dependiendo del tipo de bien, la sucesión será más o menos complicada. Si

conforme al artículo 659 del Código Civil la herencia puede constituirse por todo tipo de bienes, evidentemente la empresa es uno de ellos, pero con múltiples factores que son merecedores de un análisis pormenorizado.

PALAZÓN[7] entiende que la sucesión *mortis causa* de la empresa tiene carácter interdisciplinar, pues la empresa social se somete al Código de Comercio y leyes de sociedades y la empresa mercantil individual busca el derecho civil de sucesiones[8]. Si bien, a pesar de que la regulación del Código Civil está pensada para un tipo de sociedad muy distinta a la actual (configurada para una empresa agraria, principalmente) no se puede pretender encontrar en los textos legales una panacea para la sucesión hereditaria en la empresa porque las situaciones son infinitas, no hay una solución única que pueda considerarse la más apropiada para todas, las características y objetivos empresariales son distintos.

DÁVILA[9] ya manifestó, que las normas del derecho sucesorio están inspiradas en un tipo de economía agraria, no mercantil, de escaso tráfico para una economía poco desarrollada en el cambio; con la vista fija siempre en el interés individual, omitiendo casi el interés del público. Aunque estas declaraciones son de hace bastante tiempo, creo que hoy en día se pueden mantener, pues en el ámbito civil prima el interés del causante, y aunque se tiende a una regulación más permisiva y de mantenimiento de la empresa-mercantil, explotación-agraria, no se contempla propiamente una regulación de normas sucesorias para la empresa, hay que partir de las normas generales, con las modificaciones que se han ido introduciendo, especialmente en el artículo 1056 del Código Civil.

Son varias las ideas que se pueden aportar sobre el objeto de transmisión: la empresa, pero conduciría a un estudio pormenorizado de la normativa mercantil y nuestro cometido es la parte sucesoria en sí, el ámbito civil, por eso simplemente realizaré alguna indicación de la misma.

El término «empresa» puede abarcar distintas variantes, empresa como titular individual, empresa como sociedad, empresa como explotación agraria, o empresa familiar, entre otras.

Desde un punto de vista general, atendiendo a su concepto económico, vemos a la empresa como organización de capital y trabajo para la producción o el cambio de bienes o servicios. El titular de la empresa realiza en el mercado una actividad profesional que constituye el objeto de su empresa regulada por el derecho mercantil.

El Tribunal Constitucional ha afirmado que el artículo 38 CE[10] se refiere a las empresas, en el sentido de organizaciones que tienen una finalidad de lucro como vehículo de garantizar la existencia de una economía de mercado. En esta línea FONT GALÁN[11] manifiesta que el concepto económico constitucional de empresa es el de una organización económica productiva y socioeconómicamente eficiente, creada y dirigida por un sujeto jurídico (privado o público) atribuido de libertad económica.

También en nuestros códigos decimonónicos aparece la figura de la empresa confundida, en la mayor parte de los casos, entre las nociones de explotación, establecimiento, tienda, industria…

Por lo que al Código Civil se refiere, el precepto más significativo es el artículo 1056.2.º, que permite al testador que, en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia, quiera conservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad, atribuirla a un solo descendiente, disponiendo que se satisfaga en metálico la legítima. Esta norma faculta no solo la continuación y conservación de la empresa, sino también su mantenimiento dentro de la familia, evitando así que caiga en manos de extraños lo que en ocasiones constituye el fruto de toda una vida. Se trata como dice PALAZÓN[12] de considerar a la empresa en su condición de conjunción de varios elementos organizados entre sí, constituyendo un todo inescindible e indivisible, estamos ante una norma dispositiva que excepciona el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, de mantener la unidad, conservación e indivisibilidad de dicha conjunción u organización.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico patrimonial, la empresa se concibe por JIMÉNEZ[13] como una específica modalidad de riqueza productiva, constitutiva de un bien o valor patrimonial de explotación resultante de la materialización de la iniciativa creadora del empresario, de la proyección patrimonial de su labor organizadora de los distintos factores productivos, facultades, poderes y técnicas jurídicas, y de la actividad de producción e intermediación de bienes y servicios para el mercado a través del establecimiento mercantil. Indicando que los problemas derivados de las carencias conceptuales de la empresa se hacen evidentes al ser necesario determinar qué es lo que se transmite y el régimen jurídico aplicable a cada negocio transmisorio de la empresa Estos problemas se ven en la transmisión *inter vivos* como *mortis causa*, pues nuestro ordenamiento jurídico solo establece algunas normas aisladas tendentes a garantizar el mantenimiento de la unidad económica y jurídica de la empresa y la continuidad de su administración y funcionamiento.

PALAZÓN[14] nos ofrece una visión de la empresa que permite su transmisión como unidad, se manifiesta en el tráfico como un bien económico de estructura compleja.

La nomenclatura que se utiliza es dispar: industria, empresa, negocio…

Considerando los tipos de sociedades conocidos por el Código del Comercio, se suelen clasificar en sociedades de personas o individualistas y de capitales o colectivistas. En las primeras el tipo se configura tomando en consideración primordialmente la persona de los socios. Y en las sociedades de capitales, por el contrario, las aportaciones de los socios y el capital pasan a primer plano, no interesando tanto la persona de los socios como la cuantía de su participación.

Recientemente la ley de Sociedades de Capital de 2 de julio de 2010 cumple con la tarea encomendada por la Ley 3/2009 de 3 de abril sobre modificaciones

estructurales de las sociedades mercantiles de refundir en un único texto las formas o tipos de sociedades de capital. Reconociendo como tal a la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones teniendo siempre carácter mercantil (art. 1 y 2). Estas pueden ser sociedades de capital unipersonales o grupo de sociedades. El artículo 18 de esta ley[15], al regular los grupos de sociedades, acude al Código de Comercio, considerando que, a tenor del artículo 42 del Código de Comercio: *«Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:*

a. Posea la mayoría de los derechos de voto.
b. Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
c. Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
d. Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por esta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado».

Son sociedades de capital unipersonales de responsabilidad limitada o anónima, según artículo 12 de la LSC 2010:

a. La constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica.
b. La constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones o las acciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. Se consideran propiedad del único socio las participaciones sociales o las acciones que pertenezcan a la sociedad unipersonal.

Si bien VALMAÑA[16] destaca el peso de la sociedad de responsabilidad limitada como tipo social de referencia en el ámbito de la empresa familiar, al presentar múltiples ventajas en lo relativo a obligaciones formales que, además, tienen repercusiones en lo relativo a los costes de su gestión, por lo que resulta una opción que la doctrina ha venido entendiendo como mucho más adecuada

para la pequeña y mediana empresa, y en particular, para la empresa familiar. NAVARRETE[17] concreta que la SRL es la que mejor se adapta a las necesidades de la fundación de una empresa familiar, pero también la SRLNE, al permitir una forma societaria sencilla que puede evolucionar con el crecimiento de la empresa y cuando las necesidades de financiación externas sean mayores, pues su transformación en SL convencional es muy simple.

No debemos olvidar en este estudio que una gran parte del tejido empresarial español está integrado por sociedades de carácter familiar en sentido amplio, es decir, aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí. Esta realidad económica, jurídica y social obliga a tomar en consideración sus peculiaridades y la lícita autorregulación de sus propios intereses especialmente en relación a la sucesión de la empresa familiar, removiendo obstáculos y dotando de instrumentos al operador jurídico.

Referencia obligada cuando se habla de empresa familiar en cualquier sector es el Protocolo familiar concebido como un documento a través del cual los integrantes de la familia titular de la empresa se proponen encauzar los problemas que puedan afectar a su continuidad, con la previsión de cláusulas cuyo alcance se pretende que obliguen también a sus sucesores[18]. Así se pueden encontrar entre los pactos relativos a la propiedad de la empresa, los que afectan al régimen económico matrimonial de los socios (viene siendo exigencia habitual de los Protocolos el sometimiento al régimen de separación de bienes en capitulaciones matrimoniales) y los que afectan a la sucesión de la empresa familiar (en las que se recomienda testar de determinada forma para conservar la empresa en la familia).

La cultura del protocolo familiar, *shareholders agreement*, se encuentra sancionada en las prácticas económicas y de buen gobierno de las sociedades familiares de los países de nuestro entorno, especialmente anglosajones, en cuanto es considerada una garantía adicional para terceros, inversores y acreedores, además de para los propios socios, al dotar de previsibilidad el relevo generacional en la sociedad.

NAVARRETE[19] señala que en los países de libre mercado las empresas de socios familiares constituyen el entramado básico de la economía y los principales agentes de creación de riqueza.

Por otro lado, no existe un concepto unívoco, ni jurídico ni económico, de Empresa familiar, lo cual dificulta su identificación desde una perspectiva jurídico-positiva. VICENT CHULIÁ[20] distingue la microempresa familiar de la Sociedad Familiar de Capital siendo esta última la que interesa al derecho mercantil, especificando que es un sujeto-empresa de cierta dimensión que crean una o varias familias, organizado en una sociedad o grupo de sociedades, y que se transmite en sucesivas generaciones, manteniendo unida la organización y valores familiares y la organización y gestión de la empresa. Esta Empresa

Familiar ocupa un lugar destacado en el capitalismo actual. En España[21] el número de empresas familiares supera los dos millones, generando entre un 65% y un 70% del Producto Interior Bruto (PIB) y, aproximadamente, el 75% del empleo, con cerca de nueve millones de trabajadores, de los cuales más de un millón y medio son autónomos. Su actividad genera un considerable impacto económico, su modelo de gestión contribuye a generar cierta estabilidad del empleo, mayor responsabilidad hacia los trabajadores, las relaciones laborales adquieren matices privilegiados de continuidad.

Se viene considerando que una empresa es familiar cuando una parte esencial de su propiedad está en manos de una o varias familias, cuyos miembros intervienen de forma decisiva en la administración y dirección del negocio[22]. Existe, por tanto, una estrecha relación entre propiedad y gestión o, dicho de otro modo, entre la vida de la empresa y la vida de la familia.

En España muchas de las empresas familiares actuales surgieron en su tiempo como iniciativas individuales, que a lo largo del tiempo se han consolidado como grupos familiares.

Sea cual sea la fórmula jurídica, lo que caracteriza a la empresa familiar es que exista un control familiar de las decisiones y una continuidad intergeneracional.

En todo caso, el régimen matrimonial y las cuestiones sucesorias tienen una gran importancia en la continuidad de la empresa y deben ser tenidas en cuenta, fundamentalmente, cuando se produce el paso a la segunda generación.

La sucesión generacional se ha revelado como uno de los problemas críticos de la empresa familiar, como lo demuestra el dato de que la mayoría de este tipo de empresas no llegan a la tercera generación. Unido a este problema está el de la permanencia del control de la empresa en el núcleo familiar. Por lo tanto, la preparación de la sucesión es un aspecto fundamental en las empresas familiares y la mentalización acerca de la importancia de esta cuestión, es un factor clave para su continuidad. La preparación de la sucesión implica la imprescindible colaboración de las partes que van a intervenir y requiere una planificación serena y reflexiva de la misma.

Es un hecho incuestionable que las empresas, muy particularmente las pequeñas y medianas, no resuelven de una forma fácil las tensiones que surgen en una transmisión *«mortis causa»* y por ello, con más frecuencia de la deseable, se ven abocadas al cierre, cuando por ejemplo, los sucesores del causante no quieren seguir en la explotación y reclaman su parte en la herencia o exigen el pago de sus derechos legitimarios. En estos casos, lo más probable es que todo acabe en la disolución de la empresa y la subsiguiente pérdida económica y de puestos de trabajo. Por otro lado, la disolución lleva a una considerable desvalorización del patrimonio empresarial, ya que los diferentes elementos que lo integran valen mucho menos individualmente considerados que concebidos como conjunto productivo[23]. Se ha visto como uno de los objetivos de la Co-

misión Europea el lograr que el empresario disponga de una autonomía más amplia a la hora de decidir cómo quiere planear la sucesión de su empresa para mantenerla en el seno familiar. Es aquí donde la disposición en vida —y con carácter irrevocable— de derechos sucesorios sobre la empresa que potencie que el sucesor se involucre desde aquel mismo momento, adquiere un protagonismo destacado. Todo ello, teniendo en cuenta que las normas sucesorias, por sí solas, no son suficientes para cubrir esta finalidad de conservación de la empresa familiar en las sucesivas generaciones; las reglas mercantiles del derecho de sociedades completan este marco y coadyuvan decisivamente a alcanzar una correcta transmisión de la empresa.

Obviamente, la problemática que se plantea es muy diferente si se trata de un empresario individual o bien de una empresa con forma societaria. Sin ir más lejos, la responsabilidad frente a los acreedores por las deudas generadas por el ejercicio de la empresa es muy diferente en uno y otro caso: la empresa individual, por ejemplo, aunque, obviamente integra una unidad patrimonial, no llega a ser un patrimonio separado, en el sentido de que de las deudas del causante responde todo el patrimonio, no solo el estrictamente empresarial. Eso no quita, evidentemente, que después de que el heredero no sucesor de la empresa haya pagado una deuda derivada de la actividad empresarial pueda dirigirse —ya en relaciones internas— contra el auténtico titular que deberá hacerse cargo, ya que la empresa, como objeto de la herencia, constituye una unidad que comprende el activo y el pasivo. En cambio, si la empresa se estructura en forma de sociedad mercantil (a menudo como sociedad de responsabilidad limitada) se obvian bastantes de las contingencias que genera la sucesión *mortis causa*, dado que las personas jurídicas no causan una sucesión en sentido estricto.

El derecho, para la adecuada organización de la empresa familiar, debe asegurar que se produzca sin traumas la sucesión hereditaria adecuada en el empresario individual y, después, en las cabezas de las distintas estirpes familiares.

Siguiendo con la empresa familiar, es de destacar el RD 171/2007 de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares[24], entendiendo como tal (art. 2,1) aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad. Los aspectos subjetivo, objetivo y formal del protocolo no son objeto de regulación, como tampoco lo es su contenido que será configurado por la autonomía negocial, como pacto parasocial, en hipótesis más frecuente sin más límites que los establecidos, con carácter general, en el ordenamiento civil y específico, en el societario.

Uno de los objetivos esenciales de la publicidad del protocolo es la sucesión de la titularidad de la empresa familiar[25]. La lícita posibilidad de designar un

representante sucesorio por el causante titular de las participaciones, para facilitar el ejercicio de socio constante de la comunidad hereditaria. También se puede mencionar la modificación que se realiza del RRM, pues en la inscripción de pactos y condiciones inscribibles de los socios de la sociedad anónima y limitada pueden constar (arts. 114.2.b, y 175.2.b, respectivamente) el establecimiento *por pacto unánime entre los socios de los criterios y sistemas para la determinación previa del valor razonable de las acciones/participaciones sociales previstos para el caso de transmisiones* inter vivos *o* mortis causa.

III. SUCESIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR

No se puede en un solo trabajo recoger todas las cuestiones que pueden plantearse en el ámbito sucesorio de la empresa en general, hay suficiente material para estudiar separadamente la empresa agraria, distinguiéndola de la empresa en general, o incluso de la familiar, o bien las posibilidades de disposición por el titular, o los problemas en el ámbito económico si el titular está casado bajo el régimen de gananciales, por eso simplemente analizaré el aspecto de nuestra competencia, que es el civil, en concreto la sucesión *mortis causa* de la empresa pero desde el punto de vista del nuevo artículo 1056 del Código Civil aunque haré referencia a otras opciones hereditarias.

La falta de previsión testamentaria sobre la ordenación de la sucesión en la Empresa, si la transmisión no se ha realizado en vida, puede tener consecuencias importantes sobre la continuidad de la misma. En este punto hay que comenzar señalando que en España rigen varias legislaciones civiles: la común y las diferentes legislaciones forales, que establecen normas muy diferentes en materia sucesoria y cuya aplicación depende de la vecindad civil del causante o testador. En la sucesión por causa de muerte puede existir, o no, testamento, siendo en este último supuesto cuando las diferentes legislaciones cobran importancia, ya que en defecto de testamento, regirán las normas sucesorias establecidas en cada legislación civil. En nuestro caso hay que acudir a las normas generales de la legislación española, pues nuestra Comunidad, Castilla y León, en este punto sigue al derecho común.

Sin riesgo de exageraciones puede afirmarse que el testamento es instrumento prácticamente imprescindible para asegurar en lo posible la continuidad y cohesión de la Empresa Familiar tras el fallecimiento del anterior o anteriores titulares; en la misma medida en que la sucesión intestada constituye un peligroso factor de riesgo para que se produzca su extinción o dispersión. Sin embargo no existe un tipo axiomático de testamento del titular de la Empresa Familiar, ni siquiera por aproximación.

Su contenido deberá tener en cuenta los factores familiares concretos, que la realidad ofrece cada vez con mayor cantidad de variantes y matices.

También, por supuesto, se han de contemplar las características y valores personales y profesionales de los sucesores, así como el volumen y características de la empresa. Todo ello sin olvidar que el diseño testamentario habrá de adaptarse a la composición del patrimonio del empresario, teniendo muy en cuenta la existencia y valor de otros bienes ajenos a la propia empresa, puesto que la progresiva flexibilización legislativa del sistema legitimario no permite prescindir del límite cuantitativo que en todo caso impone a la voluntad del testador.

Lo que parece indudable es que la falta de coordinación entre protocolo familiar y ordenación sucesoria y familiar de los miembros de la empresa, entorpece la continuidad de la empresa. El protocolo familiar debe servir de complemento de la propia sucesión, canalizando de manera dinámica las necesidades de la empresa. Teniendo en cuenta que las cuestiones que más preocupan al empresario, de cara a la transmisión de su empresa, son principalmente dos: la elección del sucesor adecuado y el reparto de sus bienes entre sus hijos, siendo difícil a veces, su armonización. En materia civil destaca el nuevo artículo 1056 del Código Civil en cuanto prevé la posibilidad especial de transmisión de una empresa, pero hay que conjugar otros tantos aspectos necesarios, como es la situación de la empresa mientras se realiza la partición y adjudicación de los bienes hereditarios, ¿cómo se gobierna? ¿estamos ante una administración conservadora? ¿qué ocurre con las nuevas deudas creadas por la empresa? La dinámica de la empresa puede chocar con la lentitud a la hora de heredar, por eso se trata de conseguir una regulación más específica y apropiada de la sucesión empresarial frente a las reglas generales de sucesión de nuestro ordenamiento jurídico, que para esta Comunidad Autónoma (Castilla y León), son aplicables las normas civiles de nuestro Código Civil.

El sistema de legítimas consagrado en nuestro Derecho, no garantiza el mantenimiento de la unidad y continuidad de la misma. La reciente modificación del artículo 1056 del Código Civil por la Ley 7/2003 ha mejorado esta situación al permitir que, en atención a la conservación de la empresa, el testador disponga que se pague en metálico su legítima a los demás interesados y, en caso de no existir metálico suficiente, permite que se pueda abonar con efectivo extrahereditario, dando para ello un plazo de cinco años. Esta medida establece una posición de equilibrio entre los derechos de los herederos, que quedan garantizados, y el fin último de conservar la empresa.

En estos últimos años se han realizado muchas modificaciones y regulaciones de la empresa familiar en distintos aspectos, pero sin olvidarnos del objeto de nuestro estudio el artículo 1056 de nuestro Código Civil que ha supuesto una cohesión de dos ordenamientos jurídicos —derecho de sucesiones y Derecho de la Empresa—, así en la Ley 7/2003 de 1 de abril de la SLNE, se introducen importantes modificaciones en la sucesión de la empresa. La empresa familiar, orgánicamente, está sujeta a la normativa societaria, que en algunos aspectos

puede tratar de adaptar a sus necesidades específicas pero que, en cualquier caso, debe observar y respetar. Esta ley en su E.M. señala que su finalidad es crear «instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, individual, etc., atendiendo además a un criterio integrador del ordenamiento privado del conjunto de las legislaciones civiles del estado»[26].

Hay que citar al RD 171/2007 de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, así como al RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, la Ley 35/2011 de 4 de octubre sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias, Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, o Orden AAA/1408/2012, de 26 de junio, por la que se regula el Registro de explotaciones agrarias de titularidad compartida, o Ley 3/2014 de 1 de octubre de medidas administrativas para reducir las trabas administrativas para las empresas de ámbito andaluz, entre otras normas.

Por otro lado, cabe afirmar que la correcta ordenación de la sucesión *mortis causa* en la Empresa Familiar requiere, no como requisito legal sino como presupuesto empírico, de una estructura societaria adecuada al tamaño y características de la empresa y de la propia familia[27].

Desde el momento en que se desea vincular la titularidad y la gestión de la empresa al dato biológico de la pertenencia a una familia surge inmediatamente la necesidad de articular jurídicamente el complejo de interrelaciones entre ambas entidades.

¿Cuál es el valor del protocolo familiar como instrumento eficaz para la regulación de la sucesión en la Empresa Familiar? Se dice con frecuencia que el protocolo familiar es básicamente una herramienta que pretende prever la sucesión en la empresa[28]. La pregunta es con qué eficacia puede hacerlo.

El fenómeno sucesorio se articula, por regla general, en dos fases de contenido diferente y que suelen presentarse casi siempre de modo sucesivo.

La primera fase está constituida por el título de la sucesión. Esta, como señala el artículo 658 del Código Civil, se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de este, por disposición de la ley. Se habla así de sucesión testamentaria y sucesión *ab intestato*. El título formal y material de la primera es el testamento; el de la segunda, la declaración de herederos, judicial o notarial según los casos. La segunda fase, que ocasionalmente puede coincidir en tiempo y forma con la primera (en la hipótesis de partición efectuada en el propio testamento), es precisamente la partición, que admite diversas variantes: hecha por el testador, por el contador-partidor testamentario, por el contador-partidor dativo o por el juez en el correspondiente procedimiento.

En relación a la primera fase, referida al título sucesorio, el problema práctico que se plantea es el siguiente: ¿Puede el protocolo familiar obligar a los socios

a otorgar testamento en un sentido determinado o con un contenido concreto en lo referente a la titularidad de las acciones o participaciones de la empresa familiar? Se trata de una cuestión de gran importancia, ya que es harto frecuente que los protocolos familiares contengan previsiones acerca de la determinación de sucesores de los socios en la titularidad de la empresa por la vía de establecer criterios excluyentes, especialmente la prohibición de disponer en favor de personas ajenas a la familia o cuya relación de parentesco exceda de cierto grado.

También se dan pactos sobre disposiciones testamentarias que establecen el pago en metálico de legítimas y su aplazamiento.

No hay duda de que las disposiciones testamentarias que incumplan o no respeten los pactos del protocolo familiar son plenamente válidas y eficaces.

Resulta evidente la conveniencia de que el empresario otorgue testamento para ordenar la sucesión de la empresa, lo cual es predicable tanto respecto del fundador y su cónyuge como de los demás miembros de la familia que hubieran adquirido la condición de titulares de acciones o participaciones de la empresa. El testamento, como ley fundamental de la sucesión, no solo cierra el paso a la aplicación inexorable de las reglas de la sucesión intestada en lo relativo a la cuantificación de los derechos hereditarios de los descendientes y del cónyuge (en el caso frecuente del empresario casado y con hijos), sino que abre también una amplia gama de posibilidades en orden a la distribución cualitativa del caudal relicto (incluida, claro está, la empresa familiar). Es reconocida e indiscutible la soberanía de la voluntad del testador en la disposición *mortis causa* de su patrimonio (STS de 22 de mayo de 2009, *RJ* 2009/3038). En esta línea, el artículo 1056.1 dispone: «*Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos»,* esa libertad está mermada por mantener ciertas exigencias legales que iré señalando, como es el respeto de la legítima, según los casos.

Para esta finalidad distributiva-particional cabe utilizar una gran variedad de recursos: atribuciones a título singular, disposiciones sobre imputación de legados o donaciones, disposiciones relativas a la forma de pago de las legítimas, cláusulas de naturaleza particional, etc.

Sin riesgo de exageraciones puede afirmarse que el testamento es instrumento prácticamente imprescindible para asegurar en lo posible la continuidad y cohesión de la empresa familiar tras el fallecimiento del anterior o anteriores titulares; en la misma medida en que la sucesión intestada constituye un peligroso factor de riesgo para que se produzca su extinción o dispersión.

La imposibilidad de proyectar un modelo generalmente válido del testamento del titular de la empresa familiar no significa que no sea adecuado formular algunas líneas directrices básicas. Así, respecto de la forma, parece evidente que se ha de optar por el testamento abierto, no solo por las garantías de conservación y eficacia que este ofrece frente al testamento ológrafo (riesgo de pérdida, manipulación o destrucción, así como posibilidad de caducidad quinquenal), sino

sobre todo por el peligro de nulidad o ineficacia que presenta la forma ológrafa y si esto se puede afirmar respecto de cualquier testamento, mucho más si se trata de ordenar la sucesión en la empresa familiar, ya que el testamento del empresario suele revestir tal complejidad jurídica que su redacción por alguien no perito en Derecho resulta totalmente desaconsejable. El testamento abierto, al estar autorizado por notario, garantiza la capacidad del otorgante y la libertad del consentimiento prestado, así como que su contenido se ajusta a la legalidad.

Una segunda consideración de carácter general respecto del testamento del empresario se refiere a la necesidad de coordinar sus disposiciones con la adopción de medidas complementarias, tanto en lo relativo al régimen económico matrimonial como en lo que afecta a los estatutos de la sociedad o sociedades que constituyan la estructura jurídica de la empresa. Como es la posibilidad de prever el derecho de voto para la dinámica de la empresa.

Otra observación de tipo general es la conveniencia de que el testador designe albacea y contador-partidor, concurriendo ambos cargos en la misma persona.

El ordenamiento jurídico ofrece una amplia variedad de instrumentos técnicos que pueden utilizarse en función de los diferentes casos y circunstancias para ordenar la sucesión del empresario y proteger a la empresa de la disgregación y, en último término, de la desaparición. Los más frecuente pueden ser:

— El usufructo universal a favor del cónyuge[29].
— La fiducia sucesoria: artículo 831 del Código Civil[30].
— Legado de cosa específica y mejora en cosa determinada[31].
— Institución de heredero[32].
— Pago en metálico de las legítimas, que la examinaré en este trabajo.

Voy a exponer algunas de estas cuestiones planteadas. La que más interés nos despierta es la partición efectuada por el mismo testador-empresario con el fin de evitar una situación de comunidad, ya que el empresario intenta una continuidad de su empresa.

IV. LA NUEVA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 1056 DEL CÓDIGO CIVIL

La redacción original del artículo 1056 párr. 2 del Código Civil era la siguiente:

«El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos».

Se ha introducido una interesante modificación del segundo párrafo del artículo 1056 del Código Civil cara a la conservación de las explotaciones económicas familiares por medio de la regulación de su transmisión *mortis*

causa. Así, se permite que el testador legue a su voluntad la totalidad de la misma, disponiendo el pago en metálico de la legítima a los legitimarios. En el supuesto de que no exista metálico, el pago de la legítima se puede producir con efectivo extrahereditario como excepción al principio de que la legítima ha de pagarse en bienes de la herencia[33].

Ya FERNÁNDEZ TRESGUERRES[34] indicaba que los primeros comentaristas del Código Civil consideraban que la partición por el testador era un desarrollo del párrafo primero del artículo 1056, en virtud del cual el testador impediría hacer uso a sus herederos de la facultad conferida en el artículo 1062.2 del Código Civil a condición de que los demás hijos perciban su legítima en dinero. Considerando la doctrina mayoritaria, antes de la reforma del 2003, que el 1056.2 estaba desvinculado del artículo 1062.2 pues al referirse el precepto al ascendiente y no a cualquier testador y concretarse a las explotaciones debería darse otro significado cual es el constituir una excepción a la norma de que la legítima tiene que ser pagada en bienes hereditarios, como vino a avalar la reforma en 1981 de los artículos 841 y sigs. del Código Civil.

En el régimen del Código Civil[35], la concepción de la legítima como cuota que había de ser satisfecha ineluctiblemente con bienes relictos (la legítima como *pars bonorum* - art. 806 CC) conducía a la inevitable desintegración de la explotación agraria familiar cuando esta representaba el valor principal del caudal hereditario. En estos supuestos, en los que no había bienes suficientes para satisfacer el derecho de los legitimarios con independencia de la explotación familiar, se imponía la necesidad de proceder a su desmembración para hacer efectivas las cuotas que les correspondían.

He apuntado alguna de las situaciones que se tuvieron en cuenta para su reforma, partiendo de la nueva redacción de este artículo, expondré las bases esenciales a tener presentes en su estudio.

El artículo 1056, párrafo segundo, tras la modificación del 2003, pasa a tener la siguiente redacción:

«El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que este no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844».

El nuevo artículo 1056.2 del Código Civil es una herramienta hábil para la sucesión de la empresa familiar así como también para las sociedades estrictamente patrimoniales.

Para NAVARRO FERNÁNDEZ[36] el artículo 1056 constituye una pieza desencajada, siendo confusa la expresión empresa o explotación

El párrafo segundo del artículo 1056 aborda directamente la sucesión en la empresa familiar por la vía de aligerar el rigor del sistema legitimario a través de un procedimiento de pago en metálico de legítimas más flexible que el regulado por los artículos 841 a 847 del Código Civil.

Se trata de un supuesto de partición efectuada por el testador. Sabemos que la partición puede entenderse como negocio jurídico y como conjunto de operaciones jurídicas y materiales. Esta partición en la sociedad familiar la estudia FERNÁNDEZ TRESGUERRES[37] como medio para evitar la existencia de la comunidad hereditaria, recordando la clásica definición de la partición como negocio jurídico que impide el nacimiento o pone fin a la comunidad hereditaria mediante la distribución entre los coherederos de los derechos contenidos en la masa y permite el traspaso individualizado de los distintos elementos, activos y pasivos, que integran el patrimonio del causante.

La partición hecha por el testador tiene como finalidad principal evitar la situación de comunidad hereditaria, porque desde la muerte del testador cada heredero es titular, en propiedad exclusiva o en *proindiviso* de los bienes o derechos concretos que integran la sucesión. Los bienes partidos por el testador no llegan nunca a ser comunes de los herederos.

La nueva redacción del artículo 1056 del Código Civil no pasa de ser un paso poco firme en la dirección de abrir vías especificas para la sucesión de la empresa familiar[38]. Se limita a sustituir la palabra «padre»[39] por «testador», a añadir que la facultad de pagar la legítima en metálico no solo encuentra su justificación en el interés de la familia, sino que la tiene también en la conservación de la empresa (cosa que, sin demasiado esfuerzo, podía considerarse implícito en el texto originario) y a introducir algún otro matiz de carácter menor. Lo más novedoso es quizá, de un lado, la ampliación del tipo de explotación a la cual ahora alcanzan estas facultades particionales y, del otro, que asimila el mantenimiento del control de una sociedad de capital o grupo de estas al concepto tradicional de conservación de la empresa.

El artículo 1056 permite con gran amplitud el pago en metálico de las legítimas, pero la facultad que atribuye ha de estar ligada a una finalidad concreta: «preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas». La norma parece contemplar prioritariamente la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar perteneciente al fundador, el cual, tratándose de empresa societaria, es titular de una parte de capital suficiente para mantener la unidad de la empresa y el control de la sociedad. Pero si nos situamos ante transmisiones de paquetes accionariales

más pequeños, que en sí mismos no atribuyan facultades de control, puede ser más dudosa la aplicación del nuevo artículo 1056. El caso puede darse con frecuencia en las sucesiones de accionistas o partícipes pertenecientes a la segunda generación o a generaciones posteriores, que ya no detentan por sí solos mayorías sociales de control. En estos casos puede resultar dudosa la utilización de la facultad particional del artículo 1056. Pero no así la de los artículos 841 y siguientes, que, pese a sus inconvenientes, permite al testador la adjudicación de todos los bienes hereditarios o de parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, satisfaciendo en metálico (incluso extrahereditario) la porción hereditaria del resto de los legitimarios.

Es interesante la afirmación de GARCÍA-BERNARDO LANDETA[40] por y para la legítima se han construido instituciones como la mejora, la preterición, la desheredación, la inoficiosidad, la computación y la imputación, que está desplazando a la colación. Añadiendo[41] que la satisfacción de las legítimas no se hace en virtud de un tercer género sucesorio, sino por vía de la sucesión testamentaria o abintestato o por donación del causante reconocida o imputada en su testamento y, además, en bienes gerenciales como se desprende de los artículos 806 y sigs. del Código Civil, que la miden o determinan por el haber líquido de la herencia sumadas, en su caso, las donaciones hechas por el causante y por eso se las califica de *pars bonorum*; sin embargo, por razón de otro interés, como en los supuestos de los artículos 841 y sigs. y 1056 párr. 2, aquellos vigentes desde la reforma de la Ley 11 de 13 de mayo de 1981 y este tanto antes como después de su reforma por la disposición final primera de la Ley 7 de 1 de abril del 2003, puede pagarse con dinero extrahereditario, la legítima o legítimas o la parte de ellas, pero siempre del propio beneficiario, compensándose como una especie de compraventa entre los afectados y en este caso se puede calificar a la legítima de *pars valoris bonorum*, que se satisfacen mediante legados de cosa ajena propia del heredero, quien al aceptar la herencia deberá entregar el legado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 863 y párr. 2º del 1056.

Se ha estudiado mucho sobre la naturaleza de la legítima[42], en general, se puede afirmar que la legítima en nuestro del Código Civil es *pars bonorum,* es decir, se atribuye al legitimario una cuota de bienes o una parte alícuota de la herencia, con lo que devienen cotitulares de la misma, juntamente con los herederos del causante. El causante puede satisfacer la legítima por cualquier título y con cualquier bien. Se trata de decidir si este artículo 1056.2 altera la naturaleza de la legítima puesto que al hacer uso de la facultad atribuida en dicho precepto, el pago se realizará en metálico.

FERNÁNDEZ TRESGUERRES[43] afirma que con la reforma de 2003 desaparece la referencia a la sociedad familiar, que hubiera sido un indicio de la limitación de los beneficiarios, con esta nueva redacción ha de entenderse que el testador puede evitar la *pars bonorum* en cualquier disposición testamentaria que persiga la conservación de la empresa o el interés de su familia. Estos son

parámetros bastante amplios y subjetivos como para evitar su fiscalización si bien deberán ser adecuadamente casualizados en testamento.

Desglosaré el estudio de este artículo para la comprensión de la finalidad perseguida.

1. Aspecto subjetivo

El sujeto activo que goza de la facultad del artículo 1056.2.° es el testador que hace la partición, el testador-partidor.

En este sentido hay que destacar la sentencia de 7 de septiembre de 1998 *(RJ* 1998, 6395) al determinar que no toda disposición realizada por el testador en relación con la distribución de los bienes integrantes de su patrimonio hereditario puede considerarse como partición hecha por el testador. Para delimitar la cuestión existe una regla de oro, consistente en que la determinación de una verdadera partición se dará cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones —inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes— pero cuando, así no ocurre, surge la figura de las denominadas doctrinalmente normas para la partición, a través de las cuales, el testador se limita a expresar su voluntad para que en el momento de la partición, determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que mencione.

Más específicamente puede hablarse de la existencia de tres grupos de personas: 1. Las que ostentan la legitimación activa de las facultades concedidas por el artículo 1056.2; 2. Las que pueden ser beneficiarias del ejercicio de esas facultades; y 3. Las personas cuyo derecho no puede ser vulnerado por ese ejercicio.

Respecto del primer grupo de personas, tras la reforma ha desaparecido el término *padre* que ha sido sustituido por el de *testador*, con lo que evidentemente se amplía el supuesto y se acoge lo que constituía el sentir mayoritario de la doctrina que interpretaba el precepto. Se podría llamar:

ORDENANTE. Esta facultad la tiene, como he expuesto el padre y cualquier ordenante. Se exige capacidad para testar conforme al artículo 662 del Código Civil. Esta facultad se podrá utilizar por vía testamentaria, como se expresa en el artículo 1056 o bien se puede hacer en documento intervivos necesitando un testamento no contradictorio anterior o posterior.

La partición hecha por el testador corresponde a la mentalidad del legislador que, para proveer necesidades familiares, ventajas prácticas y anhelos muy legítimos, admite la posibilidad de que se realice por sí mismo la distribución y partición de sus bienes entre sus coherederos, lo cual proviene del Derecho romano, se reconoce en el Derecho histórico de Castilla y se mantiene en el Derecho moderno; así lo expresaba la sentencia de 6 de marzo de 1945[44], destaca que implica siempre un acto de última voluntad, que debe ser respetada,

como voluntad soberana del testador, produciendo el efecto, como dicen las sentencias de 21 de julio de 1986 y 21 de diciembre de 1998[45], de conferir a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados. Cuya partición hecha por el testador no extingue la comunidad hereditaria sino que la evita, ya que no llega a formarse.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES[46] de la dicción del artículo 1056.2 deduce que el cónyuge delegatario puede hacer uso de esta facultad para asignar a uno de los sucesores la explotación económica o paquete significativo de la empresa, con los límites previstos en dicho precepto. Esta posibilidad ya defendida, en su día por VALLET, resulta ahora confirmada por la posibilidad de atribuir a un ejecutor —el contador-partidor— la facultad de pago de las legítimas en el 1056 así como por la especificación de posibilidades que al testador y al delegatario le atribuyen tanto el 1056 del Código Civil como el 831 del Código Civil.

En cuanto al segundo grupo, quién puede ser el BENEFICIARIO, se ha visto ampliado con la reforma del término *padre*, ya que este término utilizado por el precepto limitaba tanto el sujeto activo como el pasivo al exigir esa relación parental en ambas partes.

Beneficiario de la disposición puede ser cualquiera, no solo un descendiente, puede ser un extraño en cuanto persigue una finalidad económica. Y puede realizarse a título de heredero, legatario o prelegatario. Puede ser el beneficiario persona individual o varias, admitiendo la sujeción a término o plazo, modo o condición.

Se podría completar esta referencia diciendo que destinatarios de la voluntad del testador que hace uso de la facultad particional del artículo 1056.2 lo son el adjudicatario de la explotación económica o de los títulos o cuotas de la sociedad de capital pertenecientes al causante y los herederos forzosos que reciben su legítima en metálico. Adjudicatario de la empresa, individual o social, puede ser cualquier persona, sea o no uno de los legitimarios. En el régimen legal anterior solo podía usarse de esta facultad particional a favor de los hijos y, como mucho, de los nietos (el precepto se refería al padre, no al testador, como hace actualmente). Si existen hijos es difícil pensar que el testador decida atribuir la empresa a un extraño y, desde luego, esa decisión no puede ampararse en el interés de la familia. Pero aun así, si la motivación consiste en el mantenimiento de la unidad de la empresa es posible que el padre, amparado en el artículo 1056.2, la atribuya a un extraño y ordene que las legítimas de sus hijos sean satisfechas en dinero efectivo.

El caso más frecuente será el del testamento por el cual el padre adjudica la empresa familiar (o sus acciones o participaciones) a uno solo de los hijos y que este pague su legítima en metálico al resto de sus hermanos e, incluso, al cónyuge viudo, ordenando en este caso la capitalización del usufructo viudal. Lo normal será que el testador instituya heredero universal al hijo destinatario de la titularidad de la empresa y que por vía de legado atribuya al resto su legítima.

En relación al tercer grupo de personas cuyo derecho no puede ser vulnerado, INTERESADOS[47], el texto modificado ya no se refiere a los demás hijos, sino a los demás interesados, por lo que también este grupo de personas se ha visto ampliado. Los *demás interesados* a quienes ha de pagarse su legítima serían cualquiera de los legitimarios a que se refiere el artículo 807 del Código Civil; esto es, a los demás descendientes a quienes no se le ha asignado la explotación, al ascendiente o ascendientes que, siendo legitimarios, mantengan su derecho sobre el patrimonio hereditario y también el cónyuge viudo. Respecto al cónyuge viudo, entiendo que este artículo 1056 es una norma preferente al artículo 839 del Código Civil, de manera que los herederos no podrán conmutar la legítima del viudo. Aunque hay corrientes dispares en la doctrina.

2. Aspecto objetivo

El elemento objetivo estaba constituido antes de la reforma por la *explotación agrícola*[48], *industrial o fabril*, mientras que el texto actual habla de *explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas*. Una vez más, la reforma recoge lo que ya en su día había dicho la doctrina a favor de la amplia interpretación del precepto, considerándolo extensible a cualquier explotación. TORRES GARCÍA[49] entiende que el objeto de la explotación es enumerativo y no exhaustivo ya que cuando se quiere excluir se hace expresamente, así el RD de 9 de febrero de 2007 lo hace respecto de las sociedades anónimas cotizadas.

El objeto de la atribución particional lo ha de constituir «una explotación económica o un paquete de acciones o participaciones» que atribuyan el control de «una sociedad de capital o grupo de estas». El legislador ha utilizado con toda intención una expresión tan vaga e indeterminada como «explotación económica» con objeto de evitar interpretaciones restrictivas o excluyentes.

Se sustituyen los términos anteriores de «explotación agrícola, industrial o fabril», por la idea genérica de una actividad y un patrimonio aplicados a la obtención de un beneficio económico. Caben en este amplio marco las explotaciones agrícolas, industriales, comerciales y de servicios, incluso las actividades profesionales a las que se hallen vinculados elementos patrimoniales necesarios y útiles para su desarrollo.

Se puede pensar en una farmacia, un estudio arquitectónico o un despacho de abogado, siempre, claro está, que el adjudicatario reúna los atributos personales necesarios para su continuidad o «preservación» (por ejemplo, la titulación académica adecuada). Explotación económica es pues un concepto que engloba en sí a la empresa individual propiamente dicha, pero que va más allá, porque incluye también otro tipo de actividades económicas que no son estrictamente empresariales.

El objeto de la facultad particional del artículo 1056, párrafo segundo, puede ser también un conjunto de acciones o participaciones de una sociedad de capital, anónima o limitada, que confiere el control de la sociedad o de un grupo de sociedades. La finalidad de la norma es evidente: se trata de facilitar la continuidad y unidad de la empresa familiar, no solo individual, sino también cuando esta se halle estructurada como sociedad mercantil aislada o en grupo. La referencia a sociedades de capital no debe ser entendida como excluyente. Aunque no sea habitual, una empresa familiar puede revestir la forma de sociedad colectiva o comanditaria simple o por acciones.

Y también en este caso (siempre que la sociedad no se extinga por muerte del socio colectivo) el testador podrá atribuir las cuotas sociales a uno solo de los herederos usando la facultad particional del artículo 1056, solución a la que se puede llegar tanto por interpretación extensiva o análoga de los términos «sociedad de capital», como por el hecho de que bajo la forma societaria colectiva o comanditaria existirá siempre una «explotación económica» en sentido amplio.

Puede resultar llamativa la amplitud de la norma, en cuanto atribuye al testador la facultad de atribución a un heredero y el correlativo pago en metálico de las legítimas a los demás herederos forzosos, con el único requisito de que el paquete de acciones o participaciones permita mantener el control de la sociedad. No se hace referencia alguna al objeto de la sociedad ni se requiere que su actividad tenga carácter empresarial.

Y como resulta que una sociedad anónima o limitada no tiene por qué tener un objeto mercantil o empresarial, el precepto del artículo 1056.2 resulta de aplicación para cualquier testador titular de una cantidad de acciones suficiente para conferir el control de la sociedad. Me estoy refiriendo, por supuesto, a las sociedades patrimoniales o de mera tenencia de bienes. Puede que la literalidad de la norma haya ido más lejos de lo realmente querido por el legislador, pero en los términos en los que está planteada es totalmente posible que el testador cuyo único patrimonio está constituido por el 100 por 100 de una sociedad limitada, la cual a su vez no desarrolla ninguna otra actividad que la de ser titular del domicilio familiar y tal vez de la residencia de vacaciones y de un automóvil, pueda atribuir vía artículo 1056.2, la totalidad de tales participaciones con la obligación de pagar en metálico su legítima a los demás hijos, con aplazamiento de cinco años y sin la garantía de la confirmación de la partición por todos los hijos o, en su defecto, por el juez. Tal vez habría sido más realista suprimir los requisitos de los artículos 841 y siguientes para el pago de legítimas en metálico en casos generales y extender su posibilidad a todo testador, sea o no titular de una explotación, ya se trate de una sociedad, ya de bienes de otra naturaleza. Porque, aspectos formales y fiscales aparte, ninguna diferencia de fondo existe entre un patrimonio familiar ordinario y una sociedad familiar meramente patrimonial o de tenencia de bienes.

Ya no se trata de conservar la unidad de la empresa en interés de la familia. Ahora el testador puede atribuir la empresa o las acciones o participaciones a un único adjudicatario, bien lo haga en interés de la familia, bien para asegurar la conservación de la empresa.

Por explotación económica entiende FERNÁNDEZ TRESGUERRES[50] cualquier actividad que ordene medios para la producción de lucro, como la actividad arrendadora del causante, de pisos o locales, como persona física.

La desaparición de la referencia al objeto agrícola, industrial o fabril de la explotación, lleva a la consideración de que el interés familiar, como cuestión de hecho de difícil valoración, permite el pago privilegiado de la legítima que este precepto prevé en sociedades no productivas, incluso meramente patrimoniales, reproduciéndose la problemática del Fuero de Ayala.

El bien objeto de protección es una empresa, la nota mercantilista, social y económica se adentra en la esfera individual. Es claro que la continuidad de la empresa afecta al aspecto individual-familiar, pero dado que hay trabajadores, la sociedad se preocupa de ello y por eso se amplia a «explotación económica, control de una sociedad de capital o grupo de estas». La práctica señala que la generalidad de la actividad empresarial se realiza mediante sociedades mercantiles, por lo que es adecuado abrir el elenco desde el empresario individual al social.

En este artículo 1056.2 se manifiestan los principios básicos que inspiran el momento del cambio de la titularidad empresarial: unidad —quiere preservar indivisa una explotación—, continuidad y conservación. Principios que como manifiesta PALAZÓN GARRIDO[51] constituyen el punto de vista que el legislador civil tiene sobre la empresa.

Un tema importante es saber si esta explotación o sociedad es un bien privativo o por el contrario es ganancial[52] ya que en este caso la situación cambia siendo precisa la participación del cónyuge afectado. La jurisprudencia en este aspecto es interesante, la sentencia de 21 de diciembre de 1998 *(RJ* 1998, 9756). estima válida la partición de bienes gananciales efectuada por los testadores mediante testamentos iguales y simultáneos. En STS de 1 de julio de 1996 *(RJ* 1996, 5549) se contempla un caso de explotación de negocio propiedad de la comunidad conyugal transmitida, en virtud de testamento mancomunado del cónyuge causante. La STS de 28 de septiembre de 2006 *(RJ* 2006, 6517). es interesante en cuanto que al padre se le había otorgado la concesión administrativa a título particular en la explotación familiar agraria, siendo bien privativo no ganancial, así lo indica el Fd. Dch. 3.º: *«el recurrente comete de nuevo error de considerar que en la herencia de su madre, fallecida en 1980, han de incluirse sus derechos sobre la concesión administrativa otorgada por el desaparecido Instituto Nacional de Colonización, cuando es claro, según se razonó en su momento, que la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 no permitía la transmisión* mortis causa *de la misma, concedida exclusivamente a su esposo. En consecuencia en la división de la sociedad de gananciales por fallecimiento de su madre no puede*

pretenderse que figure como parte de su activo derechos sobre la concesión ni sobre su valor, que es bien privativo del padre, que le sobrevivió».

Por su parte la sentencia de 15 de junio de 2006 *(RJ* 2006, 3538). declara nula la partición efectuada por el testador incluyendo bienes gananciales sin proceder a la liquidación previa de esta sociedad legal y sin intervención del otro cónyuge. Es necesario que los bienes distribuidos en una partición testamentaria sean propios del causante, hacerlo, mezclando bienes privativos y gananciales no es otra cosa que incluir bienes ajenos al patrimonio del causante.

En la sentencia de 7 de septiembre de 1998 *(RJ* 1998, 6395), se dice *«hablar de la totalidad de los bienes gananciales como caudal relicto objeto de partición hereditaria, es una posición totalmente improcedente, desde el instante mismo que el objeto de una partición hereditaria solo puede recaer sobre bienes de la exclusiva propiedad del testador, y la otra mitad de los bienes gananciales no lo son».* De ahí la necesidad de relacionar este artículo 1056 y el 659 del mismo cuerpo legal (limitando la sucesión de una persona a sus bienes, derechos y obligaciones), con el artículo 1379 del Código Civil, que permite a cada uno de los cónyuges disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales.

Me parece interesante citar la nueva Ley 35/2011 de 4 de octubre sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias ya que la titularidad compartida de una explotación como unidad económica no altera el régimen jurídico de los bienes que conforman el régimen jurídico-matrimonial, que implica la administración compartida de la explotación y el reparto al 50% de los rendimientos generados entre ambos cónyuges[53].

En cumplimiento de su artículo 7 se dicta la Orden AAA/1408/2012, de 26 de junio, por la que se regula el Registro de explotaciones agrarias de titularidad compartida.

3. Aspecto finalista o intencional

Si la empresa es productiva y constituye la base económica de la vida familiar, es natural que el empresario testador quiera adoptar las medidas necesarias para su conservación[54].

¿Qué significa la expresión «en atención a la conservación de la empresa o en interés de la familia»? Siguiendo a TORRES GARCÍA[55] se encuentran opiniones doctrinales que avalan distintas consideraciones pero no considero imprescindible el que la disposición testamentaria tenga que encontrar su fundamento, más que en esa simple voluntad del testador. Así nos indica expresamente[56] que «en todo caso podrá someterse al arbitrio judicial la valoración de la existencia o no de los presupuestos de la norma que encadena estas consecuencias pero no obstante la no exigencia como indispensable del interés de la familia no es óbice para excluir, a diferencia de cómo se ha postulado por parte de un sector doctrinal la aplicación de la medida prevista en dicho precepto a favor de extraños.

Siguiendo a RUEDA[57] en primer lugar, hay que indicar que antes de la reforma había un solo requisito justificante, que era el interés familiar o móvil que impulsaba al padre a atribuir la empresa a uno de sus descendientes.

La conservación de la empresa (a diferencia del interés familiar) es algo tan subjetivo como que sencillamente lo desee el testador. Al existir la conjunción «o» y si se concilia el deseo de conservar la empresa con el de mantenerla indivisa, aunque no haya interés familiar, es evidente que se podría utilizar la facultad del 1056.2, luego el criterio es subjetivo.

Ni antes ni con la nueva redacción define el legislador qué es el interés familiar.

Con CÁMARA, consideraremos que el interés familiar es el deseo del testador de que la explotación se mantenga dentro de la familia, evitando la división.

Con que concurra uno de los dos requisitos es suficiente. Pero es que, además, se puede estimar que el interés familiar ya no es solo la necesidad de conservación de la empresa, sino otra cosa, pues de otra forma el legislador no habría presentado dos alternativas.

La trascendencia del carácter objetivo del requisito lo es en función de la necesidad de impugnación por los no adjudicatarios. Así, pues, intentaremos deducir su naturaleza.

— *Interés familiar:* Establecido que el interés familiar no es ninguno de los demás mencionados en el Código Civil (67, 70, 82.4, 103.2 y 1389), ni puede ser el que define DÍEZ-PICAZO (interés en la conservación de la empresa), porque es otro requisito alternativo diferente, solo nos queda el de CÁMARA: «deseo del testador de que la explotación se mantenga dentro de la familia».

— *Conservación de la empresa:* En cuanto a la conservación de la empresa, nos encontramos ante similar problema. Qué es lo mejor para la conservación de la empresa es algo tan subjetivo como que simplemente lo desee el testador.

Según HUERTA[58] el testador que use de la facultad atributiva del artículo 1056.2 ha de hacerlo «en atención a la conservación de la empresa o en interés de la familia». Nuevamente se observa aquí una diferencia, no solo de matiz, con la anterior redacción de la norma, la cual se refería al padre que «en interés de la familia quiera conservar indivisa una explotación». Ya no se trata de conservar la unidad de la empresa en interés de la familia. Ahora el testador puede atribuir la empresa o las acciones o participaciones a un único adjudicatario, bien lo haga en interés de la familia, bien para asegurar la conservación de la empresa. El interés de la familia, como finalidad perseguida por el testador, ha de presumirse con carácter *iuris tantum* y, aunque cabe prueba en contrario (STS de 19 de mayo de 1951), tal prueba será prácticamente imposible, dada la subjetividad intrínseca de la idea de aquello que pueda ser beneficioso para el interés familiar.

La conservación de la empresa es la otra finalidad justificante de la facultad particional, que se establece en la norma con carácter alternativo al interés de

la familia, no de forma acumulativa. En este caso la finalidad perseguida por el testador, la motivación práctica que justifica su disposición particional, es la conservación de la empresa, si bien tal conservación no es necesario que se vincule a la familia. No se exige que la empresa se conserve en el ámbito familiar, sino simplemente que se conserve, que no se disgregue ni se extinga. Tampoco aparece expresamente establecido como requisito que se conserve la unidad en la titularidad de la empresa, si bien este parece ser el espíritu de la norma, sobre todo si se conecta con el propósito de «preservar indivisa una explotación económica» a que alude el propio artículo 1056. Por lo demás, continúa vigente la doctrina anterior en el sentido de que la voluntad del testador de que se conserve indivisa la explotación o de mantener el control de la sociedad no necesita más fundamento que esa simple voluntad.

Por otra parte, el mantenimiento del control de una sociedad de capital o grupo de estas supondrá normalmente ostentar la mayoría del capital social o, al menos, un número tal de acciones o participaciones que atribuyan mayoría absoluta de voto. Pero esto, aunque normal, no es un requisito legal. La mayoría de control es una cuestión de hecho que no siempre se identifica con la mayoría absoluta. Existen muchas sociedades de cierta dimensión que son controladas *de facto* con mayorías que no exceden del 5 por 100 del capital social.

En este sentido, puede resultar conveniente que el empresario-testador adopte en su testamento previsiones acerca de la administración o gestión de la empresa individual mientras perdure la comunidad hereditaria, esto es, desde que fallece hasta que la partición extingue la comunidad. Es conveniente, que se adopten previsiones, singularmente sobre el derecho de voto en la sociedad familiar durante el periodo que media entre su fallecimiento y la partición.

En cualquier caso, la referencia a la finalidad de control hace pensar a ESPEJO[59] que la finalidad específica que justifica en este caso la partición es el mantenimiento del control en las mismas manos de una sociedad de este tipo y se pregunta si esta última finalidad se debe conjugar o no con la necesidad de la adjudicación para la conservación de la empresa, es decir, si deben exigirse ambas finalidades cumulativamente o basta que se pretenda el mantenimiento del control en la sociedad, sea cual sea el objeto de esta, empresarial o no. La respuesta a esta duda es importante, porque de no exigirse la doble finalidad, la nueva norma dejaría en manos del causante la aplicación del pago en metálico a cualesquiera casos, pues bastaría con la aportación de todos sus bienes a una sociedad para justificar la aplicación de las específicas consecuencias del precepto. Añadiendo que de ser así, se perdería la primitiva justificación de la norma, que hoy se sigue proclamando que es el interés de la familia que estriba en el mantenimiento del control de una explotación empresarial, es más esta posibilidad de atribuir los bienes del causante a un solo legitimario no contradice nuestro sistema legitimario, pues estaba generalizado con la introducción de los artículos 841 y sigs.

4. Aspecto temporal

La nueva redacción del precepto, como la anterior, no establece limitación alguna temporal para el beneficiario. Nada impediría que al día siguiente de la adjudicación enajenare a un tercero o varios los bienes recibidos total o parcialmente. Falta por tanto una norma similar a la establecida en la legislación fiscal que impone el mantenimiento durante diez años para obtener la bonificación del 95 por ciento del impuesto.

El testador, asimismo, tiene la facultad de fijar un plazo de hasta 5 años desde su fallecimiento para dicho pago. Plazo criticado por ESPEJO al entender que es un plazo muy amplio[60]. Es una novedad comparándolo con la redacción anterior[61], pero solo cuando se haga en efectivo extrahereditario a los demás legitimarios. Se permite aplazar el pago en metálico de las legítimas pero esta facultad tiene que ser atribuida «por el testador o por el contador-partidor por él designado». Si el testador no ha previsto el aplazamiento, lo cual no se presume, el heredero adjudicatario de la explotación ha de abonar las legítimas en el momento mismo en que se determine su importe, según una interpretación literal de este precepto. A mi modo de ver, creo que se respeta igualmente la voluntad del testador con independencia de que se produzca o no el aplazamiento y pienso que con una interpretación más armónica y lógica la voluntad del testador es la conservación íntegra y si en la herencia no hay efectivo dinerario se debe favorecer al destinatario que pueda conservar la empresa, pensemos en el testamento otorgado en un tiempo en que la empresa valga poco y si tenga caudal económico el testador para hacer frente al pago, pero pasan unos años, muere el testador y en ese momento la empresa ha crecido mucho y el favorecido debe pagar más de lo que el testador pensó al hacer el testamento, de tal manera que no puede hacer frente al pago de la legítima. Verdaderamente supondría un perjuicio que no se había pensado inicialmente. La labor del notario será aconsejar y advertir que su deseo de conservación de la empresa puede verse trastocado de no prever los distintos avatares que surgen en la marcha empresarial de cualquier empresa o sociedad.

Está claro que como medida excepcional de conservación de la empresa es el testador el que decide y altera la normas sucesorias, pero desde el momento en que se permite y respeta esta voluntad creo que debe primar a la forma en que se haga, es decir, la conservación indivisa interesa a la marcha de la empresa, es un bien económico y social derivado de un interés particular (testador-propietario total o en gran parte de la explotación), si expresamente el testador o contador por él designado puede acudir a las reglas generales de extinción de las obligaciones, parece absurdo que no pueda el beneficiario acudir también a estas opciones, pues el del Código Civil expresamente dispone que si «no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su

legítima en bienes de la herencia», lo cual indica que es facultad personal del testador, pero no entiendo que se permita designar a una persona beneficiaria solo para recibir la empresa y no tenga facultades para pagar como estime conveniente a los demás legitimarios. Este tema se conectaría con la naturaleza de la legítima[62]. Si bien, para FERNÁNDEZ TRESGUERRES[63] el legitimario sigue teniendo la misma posición que en la redacción originaria del Código Civil: el dinero en que se ha de pagar la legítima es una valoración en metálico de la *pars bonorum* que como legitimario le corresponde, sin que sean en ningún caso de aplicación los artículos 841 y sigs. cuya remisión parcial en el precepto es equivocada. En su opinión, la posición del legitimario en el artículo 1056 equivale a la que posee en los artículos 821 y 829 del Código Civil por lo que realmente, la derogación del *quales* legitimario se refiere básicamente a la igualdad en las adjudicaciones previsto en el artículo 1062, que el testador puede por sí mismo derogar, defendiendo esta postura tras analizar las acciones que tiene el legitimario en defensa de sus derechos.

Así, siguiendo a LACALLE[64] cuando el testador dispone y distribuye en pago las legítimas, haciendo la partición total o parcial de los bienes, podrá establecer reglas particulares o especiales para hacer la partición con libertad distributiva, respetando la intangibilidad cuantitativa de la legítima pero no la cualitativa, como destaca, entre otras, la STS de 28 de junio de 1961, al declarar que el artículo 1056 del Código Civil faculta al testador para producirse en la partición que efectúe con una amplia libertad, no solo en la composición cualitativa de los lotes, sin sujeción a los artículos 1061 y 1062, sino también en la distribución valorativa al admitir como único medio de impugnación la acción por lesión en más de la cuarta parte.

La legítima es derecho de crédito (de valor), de naturaleza dineraria, si bien, mientras no se haya concretado la forma de pago se mantiene el derecho del legitimario sobre los bienes de la herencia sin mayor garantía, a salvo las ordenadas por el testador. La única condición exigida para la mutación de la naturaleza de la legítima desde la *pars bonorum* a la *pars valoris bonorum*, es que se establezca la forma de pago.

LACALLE[65] con carácter general entiende la legítima como *pars bonorum*, es decir, como cuota o parte alícuota de la herencia y no como *pars hereditatis*, ni *pars valoris bonorum*. Ahora bien siguiendo al TS parece que se trata de *pars hereditatis,* ya que el legitimario es cotitular de todos los bienes hereditarios en tanto no se practique la partición de la herencia, en la que ha de respetarse cualitativa y cuantitativamente la legítima a cuyo pago quedan afectos todos los bienes relictos[66].

Por otro lado, en los casos de impago y siempre que transcurra el plazo de cinco años los preceptores del metálico sea este herencial o extrahereditario pueden pedir la efectividad del derecho legitimario en bienes hereditarios *(pars bonorum)* si bien aplicada a la legítima estricta.

Según la RDGRN de 25 de febrero de 2008[67]: «La legítima en nuestro Derecho común (a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán) se configura generalmente como una *pars bonorum* o parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que en ciertos supuestos reciba su valor económico o *pars valoris bonorum*. Por ello debe intervenir el legitimario en la partición, tanto en el inventario como en el avalúo y en el cálculo de la legítima, operaciones todas en las que el legitimario está interesado para preservar la intangibilidad de su legítima».

Parecida, la Resolución de 1 de marzo de 2006 *(RJ* 2006, 3919): «La legítima en el Código Civil es *pars bonorum*, debiendo intervenir el legitimario o sus causahabientes en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima, son operaciones en las que ha de estar interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima».

5. Pago de la legítima

Este artículo permite, como ya he dicho, el pago en metálico[68]. Permitiendo abono con efectivo extrahereditario[69]. Si bien los términos «metálico» y «efectivo» parecen sinónimos. Da a entender que el beneficiario puede pagar en dinero aplicando las normas del pago de nuestro Código Civil, pero por otro lado se alude a «cualquier otro medio de extinción de las obligaciones», ampliándose en este caso a supuestos como dación, perdón, compensación… requiriéndose el consentimiento del legitimario, salvo que el testador lo hubiera previsto. Yo creo que no se pueden aplicar todos los medios de extinción recogidos en el artículo 1156[70] y ampliados por nuestra doctrina (muerte, prescripción…)[71].

En opinión de HUERTA[72] el pago de la legítima con dinero no hereditario puede ser suplido por la aplicación de «cualquier otro medio de extinción de las obligaciones», según dispone el artículo 1056.2. Las formas de extinción de las obligaciones aparecen enumeradas en el artículo 1156 del Código Civil: pago, pérdida de la cosa debida, condonación de la deuda, confusión de derechos, compensación y novación. En relación con la obligación de pago de legítimas no será nunca posible su extinción por pérdida, ya que el dinero es cosa genérica; la condonación no es trasladable al ámbito sucesorio, en el cual lo que cabe, en rigor, no es la dispensa del cumplimiento sino la repudiación; la confusión de derechos entre el heredero obligado y el legitimario puede llegar a producirse en algún caso, por ejemplo si este fallece antes de cobrar en metálico su legítima y le sucede como único heredero el obligado al pago. Los supuestos más factibles son la compensación y la novación. Por compensación podrá extinguirse la obligación de pago en metálico de legítima por razón de deudas del legitimario frente *al* heredero adjudicatario de la empresa, siempre que concurran los requisitos del artículo 1196 del Código Civil.

La novación puede suponer la extinción de la obligación y el nacimiento de otra nueva, o bien una simple modificación de sus elementos manteniéndose la identidad del vínculo obligatorio, según se trate de novación extintiva o modificativa. Respecto del pago o cumplimiento propiamente dicho, se hará en dinero, que es la especie ordenada por el testador. No obstante, una vez determinado el importe de la deuda en dinero, no existe ningún obstáculo para que aquel pueda hacerse efectivo mediante la cesión de otros bienes propios del heredero, para lo cual se requiere, entre otras exigencias, el consentimiento del legitimario acreedor.

Numerosos interrogantes plantea también la remisión a otras formas de extinción de la obligación que realiza el precepto en cuanto no es fácil aplicar el 1156 del Código Civil al pago de una obligación legitimaria. Debe entenderse que el favorecido con la designación es el obligado al pago y que serán acreedores los demás interesados.

Surgen interesantes problemas de la calificación obligacional del pago de la legítima en relación con la forma de extinguir la obligación.

El favorecido con la designación testamentaria es el obligado al pago y serán acreedores los demás interesados o legitimarios. En el caso de ser varios los favorecidos, la obligación sería solidaria por aplicación del artículo 1084 del Código Civil[73], puesto que la partición está hecha ya por el testador, en contra del criterio general de la mancomunidad de las obligaciones del artículo 1137 del Código Civil[74]. Será pues de aplicación el artículo 1143 del Código Civil[75].

En cualquier caso, son muchos los problemas de calificación obligacional del pago de la legítima en relación a la forma de extinguir la obligación. Habría que ir viendo caso por caso para ver si tiene aplicación en el caso concreto.

Otra cuestión interesante es ¿por qué título el adjudicatario debe recibir los bienes? ¿sobre qué bienes se pueden satisfacer los derechos legitimarios tanto del beneficiario de la atribución empresarial como de los demás interesados? Dependerá de la disposición ordenada por el testador y de si hay o no más bienes hereditarios. La referencia a «cualquier legitimario» hace pensar en dos o más legitimarios. Igualmente parece partir de que el objeto de la transmisión es la explotación económica o el paquete de acciones a favor del adjudicatario y los derechos legitimarios de los demás interesados deben ser satisfechos en metálico. Esto nos lleva a pensar que el adjudicatario es heredero frente a posibles colegitimarios sucesores a título particular cuya designación puede ser como legatarios de cantidad o como legado alternativo o como legado de cosa del gravado. ¿Será siempre el adjudicatario un verdadero heredero? ¿la herencia puede entenderse repartida en legados? ¿quién asume las posibles deudas de la empresa? ¿en que momento se valora la empresa o paquete de acciones? Una de las cuestiones más relevantes en la designación del sucesor en la empresa familiar con pago en dinero a los demás interesados, es el momento en que se hará la valoración de la empresa. En este sentido, parece difícil que el testador

pueda valorar la empresa en su testamento ya que, al ser esta un objeto dinámico, su valor dependerá del momento que concretamente se considere.

Este asunto ha dado lugar a largos comentarios en la doctrina. En la actualidad parece posible entender que la valoración de la empresa se hará en todo caso con referencia al momento de la muerte del testador, a fin de poder considerar cuales de las donaciones que este hubiera hecho en vida deben considerarse inoficiosas y, en su caso, reducirlas. Con este procedimiento se fijaría la cuota que corresponde a cada legitimario en el activo hereditario. No obstante, si existe un lapso de tiempo entre el fallecimiento y la liquidación de la porción que corresponde abonar al legitimario, la mayoría de la doctrina entiende que el valor así obtenido debe reajustarse con los cambios de valor producidos hasta este último momento, a fin de evitar perjuicios a los interesados. De esta manera, en la práctica sería el valor del patrimonio en el momento de la liquidación el que se tendría en cuenta para conocer lo que debe abonarse concretamente al legitimario. La intervención del empresario en la redacción del testamento puede ser también determinante en este punto para evitar conflictos entre los sucesores, ya que en su testamento puede incluir concretos criterios de valoración o reglas específicas aplicables al caso o, incluso, designar la concreta empresa de tasación que deberá hacer la valoración de la sociedad.

Este artículo 1056 se refiere a la forma de pago precisando que «si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia». Según ESPEJO[76] faltan aquí elementos para interpretar adecuadamente este inciso, pues no se determina en él, quién, cuándo y dónde se debe establecer la forma de pago. La omisión de una previsión sobre el modo de pago debe entenderse como exigencia de un pago inmediato. Es más, la posibilidad de que cualquier legitimario solicite la realización de una partición normal en la que se adjudiquen a cada legitimario bienes concretos de la herencia, dependería solamente del impago de la legítima en metálico, y no —como equivocadamente dice la norma— de la falta de previsión sobre el modo de hacer el pago.

RUEDA[77] al hablar del pago en metálico entiende que es la forma natural de pago, el precepto lo sitúa en primer lugar: «… disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados…». Añadiendo que si hay metálico, no entra en juego el artículo 1056.2, sino el artículo 1056.1 y, por lo tanto, no es aplicable el plazo de los cinco años —que se reserva para el segundo párrafo, de dinero extrahereditario u otros medios de extinción de las obligaciones. Con el pago de dinero extrahereditario y aplazamiento, se consigue que el adjudicatario se financie el metálico de las legítimas con la misma explotación —sus rendimientos—, sin tener que depender de la financiación externa. Esto facilita la sucesión en la empresa.

En la jurisprudencia podemos encontrar alguna sentencia relevante como la de 9 de diciembre de 2010 *(RJ* 2011, 1415). Trata sobre un legado de un

único bien inmueble en la herencia, con obligación de compensar en metálico a los demás legitimarios, a quienes se otorga únicamente la legítima estricta. A este punto se refiere su FD 6.º: «*La cuestión más importante en este recurso es, precisamente, la interpretación de la voluntad de la testadora. La situación que deriva del testamento de la causante D.ª Leonor es la que sigue: unos legitimarios, tres de los hijos, resultan favorecidos con el legado de la única finca existente en la herencia, al parecer, el único bien de la testadora y son obligados a pagar a los demás legitimarios su legítima estricta en dinero. La problemática se plantea en el litigio sobre la base de la corrección o incorrección de la partición efectuada por el contador-partidor, dadas las expectativas de valor que afectan a la finca objeto del legado*[78].

Otro problema que tiene que ver con el plazo es si hay que pagar intereses por ese aplazamiento. Podemos ver distintas opiniones HUERTA[79] mantiene que nada establece la ley en materia de intereses por razón del aplazamiento, el testador y el contador-partidor pueden establecer la existencia de intereses, pero si no se establece la existencia de intereses, la cantidad adeudada en concepto de legítima no devengará ninguno. Igualmente considera que no es aplicable lo dispuesto en el artículo 847 del Código Civil, que para el supuesto del artículo 841 establece que el crédito metálico devengará el interés legal desde la liquidación. Fundamentalmente porque el artículo 1056.2 no contiene ninguna previsión en este sentido ni remite al 847; además, porque el régimen legal del artículo 1056 obedece a una motivación específica, de la que carece el sistema más general del artículo 841, cual es la conservación de la empresa y el interés de la familia, elemento finalista que justifica un régimen más favorable para el adjudicatario de la empresa.

En mi opinión, la postura no es acertada, yo creo que si se paga en dinero y ya que se aplican las normas sobre extinción de las obligaciones (expresamente lo recoge el art. 1056.2 CC) se pueden reclamar el pago de intereses. El adjudicatario en principio se beneficia de la herencia, el bien más preciado queda en su poder, los demás reciben su parte en bienes hereditarios o extrahereditarios, no eligen, pero dado que los preceptos generales se remiten al momento del fallecimiento o de la valoración de los bienes, resulta contrario a la buena fe y al equilibrio de las contraprestaciones que se pueda pagar en dinero y además se demore en el pago sin tener que pagar intereses.

Pienso que el artículo 847 del Código Civil[80] resulta aplicable en este caso puesto que es una norma para casos especiales, además no se ha excluido su aplicación ni expresa ni tácitamente, y se atenderá al valor que tuvieren los bienes al tiempo de liquidarles la porción correspondiente y el crédito metálico devengará el interés legal. Es una norma general en materia de herencia, pero para supuestos específicamente permitidos como resulta en el presente supuesto. La finalidad de conservación de la empresa no se opone a las reglas generales del cumplimiento de las obligaciones, por lo tanto cabe la aplicación del artículo 847.

HUERTA[81] considera que no son aplicables a la partición los preceptos de la sección 8.ª en que se incluyen los artículos 841 a 847, lo cual no comparto. Es cierto que la partición efectuada por el testador es de eficacia inmediata «se pasará por ella» con el único límite del respeto de las legítimas en su perspectiva cuantitativa, pero igual que ha excluido expresamente los preceptos 843 y 844.1º los demás preceptos tendremos que ver si son incompatibles o no con el permiso ofrecido en el artículo 1056.2, pero no expresar de golpe que estos artículos no se aplican por contradecir la intencionalidad del testador.

Según RUEDA[82] el plazo debe ser de caducidad (por participar de la misma naturaleza del plazo del art. 844.2). Nada se dispone sobre intereses, ni tampoco se prohíbe imponerlos al testador o al contador-partidor. Si nada se dijo, no existirán intereses. Aunque aquí, a pesar de no considerar aplicable la normativa de los artículos 841 y siguientes del Código Civil como supletorios, sí nos vendría muy bien la aplicación del artículo 847, que establece que el crédito devengará el interés legal desde la liquidación.

6. Extinción de la obligación de pago

No parece que el favorecido con el patrimonio empresarial, pueda renunciar al pago en metálico manteniendo la disposición a su favor. Los legitimarios podrán pedir su legítima en bienes de la herencia solo si no se hubiere establecido la forma de pago. Desaparece del texto, la referencia expresa que hasta entonces contenía el precepto proyectado al consentimiento de los legitimarios, similar a la contenida en el artículo 843 del Código Civil pero agravada en cuanto no permitía el recurso al Juez.

La supresión de este consentimiento, obviamente posterior al fallecimiento del disponente, debe ser destacada favorablemente en cuanto altera por completo el alcance de la partición por el testador alejándola de otros supuestos de pago en metálico ineficaces en la práctica precisamente por esta razón.

7. Forma

La partición puede ser un elemento integrado en un protocolo familiar.

También puede ejercitarse en actos *inter vivos* con tal que posteriormente fallezca con un testamento compatible con la partición realizada.

La regla general, como ya he expuesto es que el artículo 658 del Código Civil solamente admite dos títulos, causas, o especies, de sucesión por causa de muerte, una la que se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de este, por disposición de la ley, denominadas respectivamente, testamentaria y legítima. El contrato no es el modo normal de delación;

lo es en supuestos excepcionales y en los territorios sujetos al derecho foral, es, en cambio, el testamento el modo de delación normal de la sucesión pues en el 1271.2º del Código Civil se prohíbe la delación contractual, si bien la expresión «y otras disposiciones particionales» parece que pudiera abrir al contrato las disposiciones particionales representativas de la universalidad de la herencia, si tal universalidad comprende la ordenación de la sucesión en la unidad productiva empresarial de la familia. Esto no puede ser así por cuanto que en esta figura faltaría operatividad al principio de irrevocabilidad de los contratos.

En esta línea el artículo 1271 párrafo segundo se modifica por esta ley 7/2003 en los siguientes términos: *«Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056».*

Significa que solo el testamento es el negocio jurídico admitido por el Código Civil para la delación de la herencia, con exclusión de los contratos, aunque la jurisprudencia haya mitigado en la práctica, el rigor de este precepto.

El contenido del pacto particional del artículo 1271.2° ha sido ampliado en su nueva redacción, ya que no se limita a la mera división del caudal. Supone concordar este artículo con la nueva redacción del 1056. También puede extenderse, según el texto de la norma, a «otras disposiciones particionales», las cuales pueden ser las relativas al pago en metálico de las legítimas, incluyendo la forma y plazo en que haya de realizarse.

Se plantea la posibilidad de eficacia del pacto contractual[83], que en muchos territorios forales como Aragón, Cataluña, Navarra o Galicia tienen tanta importancia, según ROCA SASTRE[84], la sucesión contractual, «será la que tiene por causa, título o fuente, el contrato sucesorio o, si se quiere, la que se defiere por vía del contrato».

Según GARCÍA MEDINA[85] la nueva redacción del 1271 del Código Civil no cambia la sustancia del precepto[86], en cuanto que no convierte la partición ordenada en vida del causante en irrevocable, sino que sencillamente dota a dicho causante de facultades de ordenación de pagos de las legítimas, si es preciso, con caudales extrahereditarios e, incluso, de pagar dichas legítimas a plazos (hasta en cinco años máximo), si todo ello está causalizado en la conservación de una empresa o en interés de su familia.

Destacar que las modificaciones legislativas producidas en Cataluña en los últimos años son una muestra de la tendencia a mantener la legítima como institución, si bien disminuyendo su trascendencia, al privarle de algunas de las garantías para su exigibilidad. La Ley del Libro IV del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions) ha sustituido la regulación del Código de sucesiones por causa de muerte (aprobado por Ley 40/1991, de 30 de diciembre)[87], acentuando, como explica el propio Preámbulo legal, el

debilitamiento de la legítima y restringiendo su reclamación. Se señala como uno de los objetivos de la nueva regulación la reducción de los derechos de los legitimarios para adecuar la institución a la realidad social contemporánea, en la que, según el legislador catalán, prevalece el interés en proporcionar a los hijos una formación por encima del interés en proporcionar un valor patrimonial cuando falten los padres.

La Llei 10/2008, de 10 de julio, intenta revitalizar los pactos sucesorios y prevé expresamente la posibilidad de que se celebren pactos que tengan la finalidad del mantenimiento y la continuidad de una empresa familiar o un establecimiento profesional, así como su publicidad por los mismos medios que el protocolo familiar (en la actualidad, RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares).

La Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia se ocupa de una manera más amplia de la legítima en el capítulo V del Título X (arts. 238 a 266). Se introducen modificaciones importantes respecto del régimen anteriormente vigente. La consideración de la legítima como *pars bonorum* es relegada: si el testador no hubiera asignado la legítima en bienes determinados, los herederos, de común acuerdo, podrán optar entre pagarla en bienes hereditarios o en metálico, aunque sea extrahereditario; a falta de acuerdo entre los herederos, el pago de la legítima se hará en bienes hereditarios (art. 246); si los bienes atribuidos por el causante a un legitimario no fueran suficientes para satisfacer su legítima, este solo tendrá derecho a su complemento, el cual se satisfará de acuerdo con las reglas del artículo anterior (art. 247). El artículo 249 establece que «el legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor», si bien, el legitimario podrá exigir que el heredero, el comisario o contador-partidor o el testamentero facultado para el pago de la legítima formalice inventario, con valoración de los bienes, y lo protocolice ante notario. Termina diciendo el artículo que el legitimario podrá solicitar también anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad sobre los bienes inmuebles de la herencia: puesto que se trata de un simple derecho de crédito parece que la anotación puede ser preventiva de legado (arts. 47 y 48 LH). El heredero debe pagar las legítimas o su complemento en el plazo de un *año* desde que el legitimario la reclame: transcurrido este plazo la legítima producirá el interés legal del dinero; si el legitimario no estuviera conforme con la liquidación de la legítima y rechazara el pago, el heredero o persona facultada para entregarla podrá proceder a la consignación judicial (art. 250). Si no hubiera en la herencia bienes suficientes para el pago de las legítimas podrán reducirse por inoficiosos los legados y donaciones computables para su cálculo.

En cuanto a la facultad otorgada al contador-partidor, lo que se delega es la partición no la disposición, en este sentido sí estoy de acuerdo con HUERTA[88] cuando expresa que el testador sí puede instituir herederos por partes iguales a

sus hijos y facultar al contador-partidor disponiendo el abono extrahereditario en metálico de los derechos del resto de coherederos. No se confiere en este caso facultad alguna de contenido dispositivo. También resulta muy conveniente el nombramiento de contador-partidor cuando sea el propio testador quien adjudique la explotación o las acciones o las participaciones sociales de control a una persona concreta y ordene el pago en efectivo extrahereditario a los demás herederos. A pesar de que la disposición particional del testador resulta suficiente por sí sola, no es inútil la designación del contador-partidor, pues tendrá que evaluar y elaborar el inventario, calcular las legítimas, teniendo en cuenta el haber hereditario (*donatum* más *relictum* neto) al tiempo del fallecimiento del testador (art. 818 CC).

La STS de 18 de junio de 1982 falló a favor de que el adjudicatario tiene que pagar solo la legítima corta, a menos que de la voluntad del testador se dedujese otra cosa, puesto que la voluntad del testador era que se conserve indivisa la empresa, y el gravarla con altas cantidades hace peligrar su continuidad; así pues, como del testamento no resulte otra cosa, debe entenderse legítima corta o estricta.

El 1056.2 es por lo tanto una de las mejoras tácitas admitidas por el Código Civil.

V. CONEXIÓN DEL ARTÍCULO 1056 CON LOS ARTÍCULOS 841 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO CIVIL

Con la reforma de 2003, no hay ya duda de la independencia del artículo 1056.2 con respecto al artículo 841 y siguientes.

El artículo 1056 perdió trascendencia tras la reforma, en 1981, de los artículos 841 y sigs. del Código Civil bajo la rúbrica «Pago de la porción hereditaria en casos especiales».

Los artículos 841 a 847 establecen la posibilidad de que la legítima de los descendientes pueda ser siempre pagada en dinero a todos menos a uno, a voluntad del causante. Esta modificación fue el motor de una revisión crítica por parte de la doctrina acerca de la naturaleza de la legítima. La legítima de los descendientes puede pagarse en dinero pero, al mismo tiempo, se mantiene como un residuo la concepción de la legítima como *pars valoris*: la «intangibilidad global», es decir, el destino de los bienes *in natura* al colectivo de legitimarios sigue siendo una regla inderogable por voluntad del causante.

Según ESPEJO[89] constituye la razón de ser de una norma especial: si existiera metálico en la herencia, sobraría la necesidad de regular el supuesto, porque lo único que la legítima exige en general es que los legitimarios perciban su legítima en bienes pertenecientes a la herencia, el Código Civil reconoce la posibilidad de pago de la legítima en metálico extrahereditario con una gran amplitud.

Concluye el artículo 1056 diciendo: *«No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844»*.

Es preciso acudir a la sección octava, cap. II «De la herencia», que lleva la rúbrica «Pago de la porción hereditaria en casos especiales» artículos 841 a 847, mientras que el 1056 se incluye en el cap. VI dentro de los preceptos de partición.

Los artículos 841 y sigs. no son normas particionales, se trata de facultar al testador la atribución de conmutar. Pues el artículo 841.1 dispone de manera general: *«El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquel, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios»*. Su interpretación tiene un alcance restringido y es norma de carácter excepcional, por eso hay que estar al tenor literal de sus preceptos.

Se trata de una posibilidad concedida al testador, en que puede entrar en juego la voluntad de los hijos y descendientes. Sin embargo, expresamente proclama el artículo 1056 que esta norma es excepcional y tiene una aplicación restringida, como ya he señalado, en aras de la conservación de la empresa, cosa que no sucede en los artículos 841 y sigs. Por eso expresamente se dice, aunque yo creo que no hacía falta, que no es necesaria la aprobación judicial (de los arts. 841 y sigs.) y no hay este plazo para pagar, puesto que como ya he expuesto, si hay aplazamiento el artículo 1056 pone el tope de 5 años[90].

Aunque el artículo 1056 está ubicado sistemáticamente en el Código Civil dentro de la regulación de la partición, trata de una materia que incide de manera directa en la legítima. A diferencia de lo que sucede con lo dispuesto en el artículo 841, que no exige requisito objetivo para que el testador pueda adjudicar alguno de los bienes a alguno de los descendientes y ordene el pago en metálico de la legítima a los demás legitimarios, el artículo 1056 se refiere expresamente a una explotación económica, o al control de una sociedad de capital.

Existen algunas diferencias de régimen jurídico que oscurecen las relaciones entre ambas normas. Basta con señalar que el pago en metálico de la legítima a los demás descendientes se contempla en los artículos 841 y sigs. como una facultad para el legitimario favorecido por la designación (art. 842) mientras que en el régimen del artículo 1056 se le impone como una carga, de la que solo podría liberarse renunciando a la atribución. Además, el artículo 841 impone un pago inmediato de la legítima en metálico mientras que el artículo 1056 permite un aplazamiento de hasta cinco años.

El artículo 1056 permite al testador, o al contador partidor expresamente autorizado para ello, adjudicar íntegramente una explotación económica o la totalidad de las acciones o participaciones que ostente en una sociedad bajo su control a quien considere más conveniente en atención al interés de la empresa

o al interés de la familia. De «padre» e «hijos» hablaba la redacción originaria del artículo 1056, y de «testador» e «interesados» habla ahora el artículo 1056, con lo que se da cabida a la interpretación que la doctrina mayoritaria había defendido ya para el Derecho anterior, esto es, la posibilidad de que cualquier ascendiente y en relación con cualquier descendiente pudiera hacer uso de la posibilidad ofrecida por el precepto. Aunque se ha discutido, y la opinión no es compartida por todos, la referencia a la conservación de la empresa que contiene en la actualidad el artículo 1056 puede interpretarse como la posibilidad de adjudicar la empresa a un tercero, es decir, a quien no sea legitimario, por supuesto con la obligación de satisfacer la legítima en dinero. Esta interpretación, que encaja con los planteamientos de la Unión Europea sobre transmisión y conservación de las empresas enlaza también con la creciente tendencia a considerar la legítima como un derecho puramente crediticio.

Por lo que se refiere al objeto, la redacción del artículo 1056 anterior a la reforma del año 2003 se refería a «una explotación agrícola, industrial o fabril», mientras que en la actualidad el precepto se refiere a la «explotación económica» o bien al conjunto de acciones o participaciones «que permitan mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas». Debe existir una verdadera empresa, sin que sea suficiente la existencia de un conjunto de bienes si no está organizado como un conjunto empresarial.

No existe inconveniente en considerar incluidos en el precepto, como ya expuse, junto a los empresarios, a los profesionales liberales. Se permite, además, hacer uso de esta posibilidad tanto al titular de una empresa individual como al socio con posición dominante en una sociedad de capital. No se exige que se trate de una sociedad productiva, por lo que parece que también quedan incluidas las meramente patrimoniales o de tenencia de bienes.

En los casos en que las acciones o participaciones no supongan una posición de control en la sociedad debe recurrirse a la vía del artículo 841 del Código Civil.

La norma se refiere expresamente a la posibilidad de establecer un aplazamiento en el pago de hasta cinco años, lo que ha sido criticado por entender que supone una modificación excesiva del sistema general de las legítimas.

Por lo que se refiere a las garantías exigibles, si existen inmuebles, la doctrina considera aplicable el artículo 15 de la Ley Hipotecaria, lo que no es posible si se trata de un paquete de acciones. El Código no resuelve tampoco el problema del momento en el que deben valorarse los bienes para fijar la cuantía de las legítimas. En la doctrina las opiniones no son unánimes, pues cabe acudir al criterio del momento de la muerte (más el interés legal) o al del momento del pago. La cuestión ofrece indudable interés práctico, puesto que dada la naturaleza productiva de los bienes que nos ocupan la empresa puede revalorizarse o depreciarse, entre otros factores, por la actividad del beneficiado, por la disposición que debe satisfacer a los demás su legítima.

La doctrina discute el título por el que el beneficiario y los demás legitimarios entran en la sucesión cuando el testador no lo haya dicho expresamente, pues de ello depende la solución que se dé a algunos problemas, como el momento en que el beneficiario puede entrar en la posesión, la obligación frente a los acreedores de la empresa, o los derechos en caso de que no se pague en el plazo establecido a los legitimarios.

Cuando el caudal hereditario es suficiente para que todos los hijos del testador reciban al menos su legítima estricta en bienes de la herencia sin necesidad de fragmentar o dividir más allá de lo deseado la titularidad de la empresa familiar, la adjudicación de esta a alguno de los hijos no plantea ningún problema que no pueda ser resuelto por medio de actos particionales efectuados por el propio testador, atribuyendo al resto de los hijos su legítima (o su mayor porción hereditaria) mediante la atribución de otros bienes distintos de la empresa. El problema, se presenta en el frecuente caso de que el resto del patrimonio ajeno a la empresa familiar no basta para pagar las legítimas del resto de hijos o descendientes. El sistema de legítimas constituye un serio obstáculo para la continuidad de la empresa y su pervivencia. No tanto por su cuantía en relación con el total de la herencia, sino especialmente por su naturaleza de derecho recayente sobre una parte del caudal hereditario *(pars bonorum),* a la cual los legitimarios tienen derecho como regla general.

El pago en metálico de la porción hereditaria está regulado en la sección 8.ª, capítulo II del título III del libro III del Código Civil, artículos 841 a 847, cuya redacción actual se introdujo en la reforma de la ley de 13 de mayo de 1981. Su finalidad no es otra que la flexibilización del rigor legitimario, permitiendo al testador que las legítimas puedan ser pagadas en metálico a alguno o algunos de los herederos forzosos mediante el cumplimiento de ciertos requisitos. El régimen legal de los artículos 841 y siguientes no tiene como objetivo específico facilitar la integridad de la empresa familiar. Es una norma de carácter más general, ya que la utilización de la facultad de pago en metálico de las legítimas no requiere que con ella el testador logre ninguna finalidad u obtenga un resultado predeterminado por la ley. El testador puede usar de dicha facultad sin expresar en el testamento la causa o motivo de por qué lo hace. En esto precisamente se manifiesta cierta utilidad que todavía puede conservar el artículo 841, después de la reforma reciente del artículo 1056 del Código Civil, en la ordenación testamentaria de la sucesión en la empresa familiar.

El régimen legal del pago en metálico de las legítimas de los artículos 841 a 847 del Código Civil ha sido ampliamente estudiado por la doctrina. Se trata de normas que afectan más bien al contenido dispositivo del testamento, aunque también se hallan teñidas por un indudable tono particional.

La facultad de pagar en metálico las legítimas de alguno o algunos de los herederos forzosos corresponde al testador. Este puede hacerlo bien directamente, ordenándolo así en el testamento, bien de forma indirecta, autorizando

expresamente al contador-partidor designado. Así lo establece el párrafo primero del artículo 841: «El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquel, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios».

La autorización al contador-partidor ha de ser expresa y su contenido será de mera ejecución testamentaria. El testador no puede delegar en el contador-partidor la designación del hijo o descendiente adjudicatario de los bienes hereditarios, ya que tal designación no tiene naturaleza particional, sino dispositiva. El párrafo segundo del artículo 841 dispone que «también corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto del párrafo anterior al contador-partidor dativo a que se refiere el artículo 1057 del Código Civil». La figura del contador-partidor dativo se introdujo en el Código como instrumento sencillo que puede evitar la partición judicial cuando no exista acuerdo unánime de los herederos sobre la forma de realizarla.

El sistema del artículo 841 del Código Civil no ha tenido en la práctica una aplicación muy extendida. En los testamentos se utiliza con distintas finalidades, siendo la más frecuente la del testador con hijos de más de un matrimonio o con hijos matrimoniales y no matrimoniales. Es más raro que se acuda a esta vía para resolver los problemas que puede plantear la sucesión en la empresa del testador. La razón de este relativo fracaso hay que buscarla en el procedimiento legal para el pago del derecho de los demás legitimarios. En primer lugar, la partición con pago en metálico de legítimas, o mayor porción hereditaria, requiere la aprobación expresa de todos los hijos o descendientes interesados en ella y, en su defecto, aprobación judicial (art. 843 CC).

La partición con pago en metálico de legítimas no tiene, pues, el efecto inmediatamente ejecutivo de que goza la realizada por el propio testador («se pasará por ella», dice el art. 1056 CC) o por el contador-partidor nombrado por él. Requiere de la conformidad expresa de los herederos o de su aprobación judicial. El segundo inconveniente deriva de lo dispuesto en el artículo 844, que impone un plazo muy breve para el pago en metálico, lo cual puede suponer grandes dificultades prácticas cuando no exista efectivo en la herencia y el pago haya de realizarse con dinero extrahereditario, que el adjudicatario de los bienes tendrá que obtener de su propio patrimonio o acudiendo al crédito: «La decisión de pago en metálico no producirá efectos si no se comunica a los perceptores en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión. El pago deberá hacerse en el plazo de un año más, salvo pacto en contrario». Precisamente con objeto de evitar estos inconvenientes el nuevo párrafo segundo del artículo *1056* del Código Civil ha establecido que a la partición a que se refiere dicho artículo no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844. A pesar de todos estos obstáculos el procedimiento de los artículos 841 y siguientes puede conservar todavía alguna

utilidad en lo relativo a la sucesión en la empresa familiar, aunque sea más bien residual. Lo normal será acudir a la partición efectuada por el propio testador en los términos del artículo *1056,* párrafo segundo. Pero esta vía tiene también algunas limitaciones, que no afectan, en cambio, al sistema del artículo 841. Como ya hemos visto el artículo *1056* permite con gran amplitud el pago en metálico de las legítimas, pero la facultad que atribuye ha de estar ligada a una finalidad concreta: «preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas». La norma parece contemplar prioritariamente la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar perteneciente al fundador, el cual, tratándose de empresa societaria, es titular de una parte de capital suficiente para mantener la unidad de la empresa y el control de la sociedad. Pero si nos situamos ante transmisiones de paquetes accionariales más pequeños, que en sí mismos no atribuyan facultades de control, puede ser más dudosa la aplicación del nuevo artículo *1056*. El caso puede darse con frecuencia en las sucesiones de accionistas o partícipes pertenecientes a la segunda generación o a generaciones posteriores, que ya no detentan por sí solos mayorías sociales de control. En estos casos puede resultar dudosa la utilización de la facultad particional del artículo *1056*. Pero no así la de los artículos 841 y siguientes, que, pese a sus inconvenientes, permite al testador la adjudicación de todos los bienes hereditarios o de parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, satisfaciendo en metálico (incluso extrahereditario) la porción hereditaria del resto de los legitimarios.

La sentencia de 4 de noviembre de 2008[91] destaca que es igualmente partición tanto la que comprende todo el patrimonio del causante, como si no lo comprende totalmente.

Señalar también la sentencia de 22 de mayo de 2009 *(RJ* 2009, 3038), que en su Fd. Dch. 3º indica: *La cuestión de derecho esencial, base jurídica del presente litigio, que se plantea a la Sala es la naturaleza y eficacia de las adjudicaciones de bienes que, a modo de normas particionales, hace el testador*[92].

VI. CONCLUSIONES

I. La sucesión generacional se ha revelado como uno de los problemas críticos de la empresa familiar, como lo demuestra el dato de que la mayoría de este tipo de empresas no llegan a la tercera generación. Unido a este problema está el de la permanencia del control de la empresa en el núcleo familiar. Por lo tanto, la preparación de la sucesión es un aspecto fundamental en las empresas familiares y la mentalización acerca de la importancia de esta cuestión, es un factor clave para su continuidad. La preparación de la sucesión implica la imprescindible colaboración de las partes que van a intervenir y requiere una planificación serena y reflexiva de la misma. Como se ha tratado de explicar en este trabajo.

II. Lo que caracteriza a la empresa familiar, con independencia de su fórmula jurídica, es que exista un control familiar de las decisiones y una continuidad intergeneracional.

El régimen matrimonial y las cuestiones sucesorias tienen una gran importancia en la continuidad de la empresa y deben ser tenidas en cuenta, fundamentalmente, cuando se produce el paso a la segunda generación.

III. En España rigen varias legislaciones civiles: la común y las diferentes legislaciones forales, que establecen normas muy diferentes en materia sucesoria y cuya aplicación depende de la vecindad civil del causante o testador. En la sucesión por causa de muerte puede existir, o no, testamento, siendo en este último supuesto cuando las diferentes legislaciones cobran importancia, ya que en defecto de testamento, regirán las normas sucesorias establecidas en cada legislación civil.

Debemos acudir a la normativa civil, si bien, hay que tener en cuenta que no se ofrece una solución única que pueda considerarse la más apropiada para todas ellas, las características y objetivos empresariales son distintos.

IV. Sin riesgo de exageraciones puede afirmarse que el testamento es instrumento prácticamente imprescindible para asegurar en lo posible la continuidad y cohesión de la empresa familiar tras el fallecimiento del anterior o anteriores titulares; en la misma medida en que la sucesión intestada constituye un peligroso factor de riesgo para que se produzca su extinción o dispersión.

Teniendo en cuenta que el testamento del empresario se refiere a la necesidad de coordinar sus disposiciones con la adopción de medidas complementarias, tanto en lo relativo al régimen económico matrimonial como en lo que afecta a los estatutos de la sociedad o sociedades que constituyan la estructura jurídica de la empresa. Es conveniente que el testador designe albacea y contador-partidor, concurriendo ambos cargos en la misma persona.

El ordenamiento jurídico ofrece una amplia variedad de instrumentos técnicos que pueden utilizarse en función de los diferentes casos y circunstancias para ordenar la sucesión del empresario y proteger a la empresa de la disgregación y, en último término, de la desaparición. A este respecto, mi opinión es centrarme en las normas sucesorias que regula nuestro Código Civil para tener claro que el empresario-testador puede y debe transmitir su empresa *mortis causa,* estableciendo las pautas adecuadas para que a su muerte continúe existiendo. Para ello acudo al sistema permitido en el artículo 1056 del Código Civil, sin perjuicio de mencionar otras posibles opciones permitidas en nuestra legislación.

V. Por lo que al Código Civil se refiere, el precepto más significativo es el artículo 1056.2, que permite al testador que, en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad atribuirla a un solo descendiente, disponiendo que se satisfaga en metálico la legítima. Esta norma faculta no solo la continuación y conservación de la empresa, sino también su

mantenimiento dentro de la familia, evitando así que caiga en manos de extraños lo que en ocasiones constituye el fruto de toda una vida. Se trata de considerar a la empresa en su condición de conjunción de varios elementos organizados entre sí, constituyendo un todo inescindible e indivisible, estamos ante una norma dispositiva que excepciona el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, de mantener la unidad, conservación e indivisibilidad de dicha conjunción u organización.

VI. El sistema de legítimas consagrado en nuestro Derecho, no garantiza el mantenimiento de la unidad y continuidad de la misma. La reciente modificación del artículo 1056 del Código Civil por la Ley 7/2003 ha mejorado esta situación al permitir que, en atención a la conservación de la empresa, el testador disponga que se pague en metálico su legítima a los demás interesados y, en caso de no existir metálico suficiente, permite que se pueda abonar con efectivo extrahereditario, dando para ello un plazo de cinco años. Esta medida establece una posición de equilibrio entre los derechos de los herederos, que quedan garantizados, y el fin último de conservar la empresa.

Esta modificación del segundo párrafo del artículo 1056 del Código Civil ha introducido una importante mejora de cara a la conservación de las explotaciones económicas familiares por medio de la regulación de su transmisión *mortis causa*. Así, se permite que el testador legue a su voluntad la totalidad de la misma, disponiendo el pago en metálico de la legítima a los legitimarios. En el supuesto de que no exista metálico, el pago de la legítima se puede producir con efectivo extrahereditario como excepción al principio de que la legítima ha de pagarse en bienes de la herencia

El nuevo artículo 1056.2 del Código Civil es una herramienta hábil para la sucesión de la empresa familiar así como también para las sociedades estrictamente patrimoniales.

El artículo 1056 permite con gran amplitud el pago en metálico de las legítimas, pero la facultad que atribuye ha de estar ligada a una finalidad concreta: «preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas». La norma parece contemplar prioritariamente la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar perteneciente al fundador, el cual, tratándose de empresa societaria, es titular de una parte de capital suficiente para mantener la unidad de la empresa y el control de la sociedad.

Estas consideraciones se han explicado y analizado en este trabajo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ACEBES CORNEJO, R. (1997). Algunos aspectos de derecho sucesorio en el estatuto de la explotación familiar agraria de 1981 y su relación con el Código Civil. En: J. M. Ruiz-Rico Ruiz (coord.), *Estudios de derecho agrario*, Málaga. Pp. 361-386.

ARRIOLA ARANA, J. M (2005). *Titularidad sucesoria en la empresa familiar.* Tomo IV. Barcelona. Bosch.

BALLARÍN MARCIAL, A. (1995). Introducción y crítica a la naturaleza de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias. *RDAA*, año XI, núm. 27 julio-diciembre, 7-12.

— (2001). La sucesión mortis causa de la explotación agraria. *Rev J. del Notariado* núm. 38. 9-30.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (2003). Sociedad nueva empresa. *Aranzadi Civil*, núm. 3/2003. Tribuna. Pamplona. BIB 2003, 427.

BERMEJO PUMAR, M. M., (2005). La legítima. Función y estructura, en *J. F., Delgado de Miguel y M. Garrido Melero, Instituciones de Derecho Privado,* V. 3, Civitas, Cizur Menor.

BERROCAL LANZAROT, A. I. (2006). La protección del patrimonio familiar empresarial, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 24. http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1142403992968&esArticulo=true&idRevistaElegida=1142401935607&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU&siteName=RevistaJuridica&urlPage=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU

BUSTO LAGO, J. M., coord. (2007). *Derecho de sucesiones. Legislación, comentarios y jurisprudencia*. Pamplona.Thomsom. Aranzadi.

CALATAYUD SIERRA, A. (2010). La facultad del testador de imponer obligaciones a sus sucesores. *Revista Jurídica del Notariado*. julio-septiembre.

CABALLERO LOZANO, J. M. (1997). Modernización de la explotación y de la actividad agraria. *RDAA*. núm. 31, 11-19.

CARRETERO GARCÍA, A. (2003). *Empresa agraria y profesionales de la agricultura en el derecho español comunitario*. Ed. Comares. Granada.

CERDA GIMENO (2007). De la fiducia sucesoria a la sucesión contractual en la empresa familiar. *Rev. Jur. Notariado*. Núm. 62, 89-143.

CORRAL DUEÑAS (1995). Comentarios a la Ley de Modernización de las explotaciones agrarias. *RDAA*, año XI, núm. 27, julio-diciembre.

DAVILA GARCÍA, J. (1946). La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomo III. Pp. 569-594.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1991). Comentario al artículo 1056 del Código Civil. En *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid: Ministerio de Justicia.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (1989). *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. Madrid. Tecnos.

DOMÍNGUEZ REYES, J. F. (2010). *La transmisión de la herencia*. Atelier. Barcelona.

EGEA FERNÁNDEZ, J. (2007). Protocolo familiar y pactos sucesorios. La proyectada reforma de los heredamientos, *InDret* 3/2007, *Revista para el Análisis del Derecho,* www.indret.com, Barcelona, julio.

FELIZ MARTÍNEZ, I. I. (1996). El régimen de las explotaciones familiares agrarias en la Ley de 4 de julio de 1995. *AC*. Pp. 481-493.

FERNANDEZ-TRESGUERRES, A. (2008). *Transmisión* mortis causa *de la condición de socio*. Thomson.

FOSAR BENLLOCH, E. (1963). La explotación agrícola y el artículo 1056, párrf. 2º del Código Civil. *ADC*. Pp. 377-422.

— (1971). Mas sobre el artículo 1056 II del Código Civil y la explotación agrícola. El principio general de derecho de la atribución sucesoria unitaria de la explotación familiar. *RCDI*. 225-271.

GARCÍA DE PABLOS, J. F. (2011). Ley de titularidad compartida de las explotaciones agrarias. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Pamplona. Núm. 832, p. 6.

GARCÍA RUBIO M.ª PAZ (2008). La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la Facultad de Mejorar. *Anuario Derecho Civil*. Pp. 57-112.

GARCÍA VALDECASAS (1963). La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor. *RDP*. 957 y sigs.

GARRIDO MELERO, M, FUGARDO ESTIVILL, J. M. (2005). *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo IV. Barcelona. Bosch.

GUÍA PARA LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA FAMILIAR. Ministerio de Economía. Madrid. Septiembre de 2003. http://www.emprender-en-aragon.es/medias/pdf/guia_pequena_mediana_empresa_familiar.pdf

HUERTA TRÓLEZ, A. (2004). La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio. *Rev. Jur. Notariado*. Núm. 50, 93-138.

LACALLE SERER, E., SANMARTÍN ESCRICHE, F. APARICIO URTASUM, C. (2008). *Sucesiones y herencias*. Valencia. Tirant lo Blanch.

LACALLE SERER, E., SANMARTÍN ESCRICHE, F. (2012). *Protocolos sobre Sucesiones y Herencias*. Valencia. Editado por Tirant Lo Blanch.

MALDONADO RAMOS, I. (1996). Consideraciones sucesorias y societarias en torno a la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias. *RCDI*. 119-130.

MILLÁN SALAS, F. (1999). *Instituciones sucesorias en el Código Civil que conservan integra una explotación agraria*, Ediasa.

MUÑIZ ESPADA, E. (2008). *La transmisión de la empresa agraria*. Thomson. Pamplona. 2008.

NAVARRETE SÁNCHEZ, E. (2010). La empresa familiar: el protocolo familiar. *La Gaceta jurídica de la empresa andaluza*. Núm. 23. Marzo. Pp. 13-15.

OCHOA MARCO, R., SEBASTIAN CHENA, M., GARCIA RAMIREZ, J. (2008). *La herencia. Análisis práctico de los problemas sustantivos y procesales del derecho de sucesiones*. Madrid. Colex.

PALAZÓN GARRIDO, M. L. (2003). *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*. Tirant lo Blanch. Valencia.

PARRA LUCAN, M. A. (2009). Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio. AFDUDC, 13, 2009, pp. 481-554.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1985). La naturaleza jurídica de la legítima. *ADC*. Pp. 849-908.

POVEDA BERNAL, M. I. (2009). La empresa familiar agraria en la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural. *El desarrollo sostenible en el ámbito rural*. Ed. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona. 2009. Pp. 175-214.

PUIG BRUTAU, J. (1960). El testamento del empresario. *RDP*. Pp. 845-858.

REVERTE NAVARRO, A. (2004). Sucesión *mortis causa,* en *Empresa y Sucesión Legitimaria (notas al nuevo art. 1056 del CC)*. Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia. Madrid.

REYES LOPEZ, M. J. (2004). *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*. Monografía de Revista de Derecho Patrimonial. Ed. Aranzadi, S. A., enero.

ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR (1947). El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria. *RCDI*. Octubre. 585-599.

ROCA JUNYENT, M. (2005). *La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario*. Tomo IV. Barcelona. Bosch.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1994). *Derecho de Sucesiones*. Tomo III, Bosch Casa Editorial. Barcelona.

RODRÍGUEZ DÍAZ, I. (2000). *La empresa familiar en el ámbito del derecho mercantil*. Madrid. EDERSA.

RUEDA ESTEBAN, L. (2003). La modificación del artículo 1056 II C. Civil. *Cuadernos de Derecho y Comercio*. Núm. 59, pp. 105-140.

— (2006). «La reforma del párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomo 44. Pp. 57-94.

SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. y CALERO ARTERO, J. F. (2000). *La empresa familiar: Guía práctica de organización y funcionamiento*. Granada. Lexconsult. Ed. Comares.

SERRANO CHAMORRO, M. E. (2009). Algunos de los problemas que pueden aparecer a la hora de partir una herencia. Especial consideración jurisprudencial. *RCDI*. Julio-agosto. 1959-2002.

TORRES GARCÍA, T. F. (1980). La explotación agrícola familiar: su conservación en la sucesión *mortis causa* del titular *(art. 35 LRYDA)*. *ADC*. Pp. 335-388.

— (2006). *Legítima, legitimarios y libertad de testar. Síntesis de un sistema*. Ed/APDC-Universidad de Murcia.

— Una aproximación al artículo 1056. II del Código Civil (Posible sucesión mortis causa de la empresa). *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. Colegio de Registradores de España. Madrid. Thomson-Civitas.

TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2005). El patrimonio agrario: constitución, titularidad y transmisión unitaria, en Garrido Melero y Fugardo Estevill, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos,* II, Barcelona, Bosch.

VALMAÑA, A. (2010). Ley de Sociedades de capital y empresa familiar: una oportunidad desaprovechada. *Noticias jurídicas.com*. Julio. 2010. http://noticias.juridicas.com/articulos/50-Derecho-Mercantil/201007-352398712542.html

VATTIER FUENZALIDA, C. (1983). El pago en metálico de la legítima de los descendientes. *RDP*. 453-478.

— (1987). Reforma de estructuras y concentración parcelaria, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, octubre 1986 - marzo, 21-36.

— (1996). Concepto y tipos de empresa según la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Año núm. 72, núm. 637, 2203-2218.

VICENT CHULIÁ, F. (2000). La organización jurídica de la sociedad familiar. *Revista de Derecho Patrimonial*. Editorial Aranzadi, S. A., enero-1, núm. 5.

VIDAL MARTÍNEZ, J. (1979). Algunos aspectos de la regulación de la sucesión mortis causa en el Código Civil que favorecen la creación y el mantenimiento de las unidades agrarias. *RDP*. 546-558.

NOTAS

[1] *Vid*. HUERTA TRÓLEZ, A. La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio. *Rev. Jur. Notariado* núm. 50. 2004. *Op. cit*., 94. «Es frecuente la afirmación, tal vez exagerada, de que el principal problema de la empresa familiar es el de la sucesión».

[2] Se han buscado a grandes escalas soluciones para la permanencia de estas empresas, se han dictado medidas de protección por la Comisión Europea, por entes ministeriales estatales, por nuestras comunidades autónomas, la labor de las cátedras de empresa familiar merecen una mención nominativa. En aras de la prevención y agilización de la sucesión *mortis causa* de la empresa familiar (objeto de nuestro estudio) se constituyó una Comisión Interministerial de expertos del Ministerio de Economía y del Ministerio de Justicia que, en febrero de 2002, finalizó sus trabajos con las propuestas de modificación; por una parte, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en el sentido de posibilitar la emisión de acciones sin voto y la gestión de autocartera y, por otra, del Código Civil, con el fin de facilitar la transmisión hereditaria de la empresa familiar.

[3] Analizaré la legislación civil pero teniendo en cuenta la legislación mercantil estando afectada la legislación laboral y fiscal, entre otras; este cúmulo de legislaciones implicadas es fiel reflejo de la importancia que en nuestra sociedad representa la transmisión de la empresa.

[4] El derecho civil de Cataluña, además de los heredamientos, ha contado desde siempre con instituciones que tienen como principal objetivo el mantenimiento del patrimonio o la explotación familiar. En este sentido posibilita que el testador (también el heredante) pueda delegar en otra persona de su confianza (normalmente el cónyuge o los parientes más próximos) la elección de quien, de entre sus hijos, deba ser el concreto heredero o herederos que lo deban suceder, porque, por ejemplo, considere que es más idóneo para cumplir aquel objetivo económico.

[5] NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A. *Introducción al derecho agrario. Régimen jurídico de las explotaciones agrarias*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005. Pp. 284 y sigs. Actualmente la preocupación por la conservación de la empresa familiar es un fenómeno más sentido en la empresa de tipo industrial y comercial que en las explotaciones agrícolas.

El sistema del Código Civil ofrece vías tan válidas como los derechos autonómicos. El Código Civil ha sido reformado en dos importantes aspectos. En 1981 se modificó la normativa sobre régimen económico del matrimonio y se introduce la posibilidad de atribución preferente de la explotación en la liquidación de la sociedad de gananciales. Al mismo tiempo se reformó el derecho hereditario para facilitar la transformación de las legítimas en una *pars valoris* y fomentar prácticas y previsiones sucesorias con respecto a la conservación de las explotaciones económicas. La reciente reforma de 2003 ha afectado tanto al artículo 1056 como al propio 1406 del Código Civil ya modificado en 1981.

[6] PARRA LUCÁN, M. A. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio. AFDUDC, 13, 2009, pp. 481-554. *Op. cit*., p. 483.

[7] PALAZÓN GARRIDO, M. L. *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003. *Op. cit*., p. 19.

[8] Si bien la empresa puede ser considerada como objeto unitario a efectos del tráfico jurídico, los distintos elementos que la integran pueden hallarse sujetos a diferente régimen jurídico.

[9] DÁVILA GARCÍA, J. La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. 1946. Tomo III. *Op. cit*., p. 577.

[10] Artículo 38 CE: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación».

[11] PALAZÓN GARRIDO, M. L. *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003. *Op. cit*., p. 99.

[12] *Vid*. PALAZÓN GARRIDO. *Op. cit*., p. 100.

[13] JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., *Lecciones de Derecho mercantil*. Tecnos. 13.ª ed. Madrid. 2009. P. 43.

[14] *Vid*. pp. 27 y sigs.

[15] Artículo 18. Grupos de sociedades. «A los efectos de esta Ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras».

[16] *Vid*. VALMAÑA, A. Ley de Sociedades de capital y empresa familiar: una oportunidad desaprovechada. *Noticias jurídicas.com*. Julio 2010. Señala que el 93,20% de las sociedades que se constituyeron en España durante 2009 revistieron forma de sociedad de responsabilidad limitada, mientras que solo el 0,94% lo hicieron como sociedad anónima. Sin embargo, sí nos interesa destacar que es en la empresa familiar en la que más se advierte el carácter *intuitu personae* de una sociedad que, por su propia esencia, resulta eminentemente cerrada. Así lo destacaba el propio legislador en la EM de la LSRL, señalando que tanto las restricciones legalmente establecidas respecto a la transmisibilidad de las participaciones como, también, las establecidas respecto a la representación en las Juntas Generales, eran las que permitían advertir dicho carácter.

[17] NAVARRETE SÁNCHEZ, E. *Op. cit.,* p. 14. Comienza diciendo que «En los países de libre mercado las empresas de socios familiares constituyen el entramado básico de la economía y los principales agentes de creación de riqueza. En España, las empresas de este tipo rondan los dos millones y generan alrededor del 68% del Producto Interior Bruto».

[18] POVEDA BERNAL, M. I. La empresa familiar agraria en la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural. *El desarrollo sostenible en el ámbito rural*. Edt. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona. 2009. Pp. 187 y sigs. Y en concreto en su p. 212 considera necesario acometer reformas legislativas en distintos ámbitos jurídicos. Destacando el derecho societario, ya que la agricultura del futuro demanda el paso de la explotación individual a la explotación societaria. Se debe avanzar en unas sociedades agrarias especiales.

[19] *Op. cit.,* p. 13.

[20] VICENT CHULIÁ, F. *Introducción al Derecho mercantil*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. 21.ª ed. P. 243.

[21] Datos sacados de la GUÍA para la pequeña y mediana empresa familiar. Ministerio de Economía. Madrid. Septiembre de 2003. Estos datos se mantienen en la 6ª edición. Año 2008. Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

[22] *Vid*. RODRÍGUEZ DÍAZ, I. *La empresa familiar en el ámbito del Derecho mercantil*. EDERSA. Madrid. 2000. P. 20. En cuanto a sus clases *vid*. Pp. 24 y sigs.

[23] *Vid*. PALAZÓN, en especial pp. 332 y 439, y sigs.

[24] Hasta el año 2007 estos protocolos eran documentos generalmente privados para uso exclusivo dentro de la empresa.

[25] Según la EM de este RD, el otro objetivo esencial es la articulación de la sociedad conyugal.

[26] Esta ley 7/2003 busca una reforma de mínimos, casi una reforma de gestos y afecta, en sede civil, a dos materias bien definidas:la flexibilización de las normas particionales: partición por el testador y contratos sobre la herencia futura y a través de ella incide en la naturaleza *pars bonorum* de la legítima;y un retoque en la eventual predetracción por uno de los cónyuges de bienes gananciales por fallecimiento de su consorte.

[27] *Vid*. RODRÍGUEZ DÍAZ, I. *La empresa familiar en el ámbito del Derecho mercantil*. EDERSA. Madrid. 2000. Pp. 43 y sigs., sobre los aspectos de derecho mercantil de las empresas familiares, poniendo de relieve sus particularidades en cuanto al patrimonio, funcionamiento de los órganos sociales y causas de disolución.

[28] *Vid*. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. y CALERO ARTERO, J. F. *La empresa familiar: Guía práctica de organización y funcionamiento*. Lexconsult. Ed. Comares. Granada 2000. p. 14. «A efectos de nuestro estudio consideramos la sucesión como el proceso que es necesario seguir para realizar el traspaso del poder de gestión y de la propiedad de la empresa a la siguiente generación, con la finalidad de garantizar su continuidad en manos de la familia, proceso que necesariamente tendrá una duración dilatada, que dependerá de las características y circunstancias de la familia empresaria y de la empresa familiar».

[29] En realidad el recurso al usufructo universal no se dirige al logro de la continuidad de la empresa, sino que responde al deseo, muy habitual, de que la situación de hecho del cónyuge no sufra alteraciones en lo patrimonial como consecuencia del fallecimiento del testador.

[30] Como excepción al carácter esencialmente personal de las disposiciones testamentarias y a la prohibición general de delegar la facultad de testar, el artículo 831,1, párrafo 1 del Código Civil establece: «Podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particional, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar». Normalmente la delegación de la facultad de mejorar y distribuir suele hacerse en testamento (hoy única vía posible) y aparece vinculada a un legado de usufructo universal a favor del propio cónyuge. Asimismo, merced a la libertad que concede su segundo párrafo para señalar plazo sin limitación, la delegación se confiere por toda la vida del cónyuge viudo, de modo que se coordina con el carácter vitalicio del usufructo vidual.

HUERTA TRÓLEZ en p. 113 considera que no es posible delegar la facultad particional de pago en métalico de legítimas del artículo 1.056,2.° del Código Civil. Bien es cierto que el cónyuge del causante, en ejercicio de la fiducia sucesoria, puede hacer uso de la mejora en cosa determinada (la empresa o el paquete de control de la misma) que regula el artículo 829, obteniendo de esta forma como resultado el pago en metálico de los derechos de los demás legitimarios si no existen otros bienes suficientes en el caudal relicto. Pero existen importantes diferencias, ya que esta última vía no permite ni el aplazamiento del pago ni la aplicación de «cualquier otro medio de extinción de las obligaciones a que se refiere el artículo 1056.

Vid. GARCÍA RUBIO M.ª P.: «La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la Facultad de Mejorar». *Anuario Derecho Civil 2008*.

[31] El legado de cosa específica puede ser un medio idóneo para la transmisión *mortis causa* de la Empresa Familiar, siempre que el caudal hereditario sea suficiente para cubrir al menos la legítima estricta del resto de herederos forzosos. Si se trata de la sucesión en una empresa individual la responsabilidad por el pago de las deudas de la empresa puede plantear complejos problemas jurídicos y contables, ya que el legatario no responde directamente del pago de las deudas hereditarias (aunque estas pueden llegar a afectar a la efectividad del legado), sino que son responsables de ellas los herederos, incluso con su propio patrimonio si aceptan la herencia pura y simplemente.

A la mejora en cosa determinada se refiere el artículo 829 del Código Civil: «La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de esta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá este abonar la diferencia en metálico a los demás interesados». Hay que recordar aquí que la mejora no es una forma de llamamiento sucesorio. La sucesión se defiere únicamente a título universal o a título singular, es decir, a título de heredero o de legatario. La mejora es una parte de la legítima que el testador puede utilizar para su libre distribución entre sus hijos y descendientes. Esto significa que por regla general la mejora en cosa determinada no es sino un legado o, rara vez, una institución de heredero en cosa cierta que, por vía interpretativa de la voluntad del testador, del Código equipara al legado de cosa específica (art. 768). Lo interesante del artículo 829 es que prevé la posibilidad de pago en metálico a los demás interesados cuando el valor de la cosa objeto de mejora perjudique el *quantum* del resto de las legítimas.

Vid. NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A. *Introducción al derecho agrario*. *Régimen jurídico de las explotaciones agrarias*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005. *Op. cit.,* p. 292. Otras vías para conservar la explotación. La explotación agrícola se puede atribuir por vía de legado de cosa específica y determinada del artículo 882 del Código Civil en relación con lo dispuesto en los artículos 821 y 822 del Código Civil que tienden a favorecer la conservación de la explotación.

La explotación agrícola también puede ser objeto de mejora del supuesto contemplado en el artículo 829 del Código Civil que añade: si el valor de esta excediere del tercio destinado

a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá este abonar la diferencia en metálico a los demás interesados.

También se señala la facultad de mejorar del artículo 831 como dispositivo que permite mantener la integridad de la explotación agrícola.

El supuesto de adjudicación de cosa indivisible o que desmerezca mucho por su división contemplado en el artículo 1062 también se contempla como dispositivo que puede favorecer la conservación de la explotación.

Por último, pero no menos importantes, son las reglas contempladas en los artículos 841 a 847 del Código Civil para el pago de la porción hereditaria en casos especiales. La transformación de la legítima en un valor económico permite realmente en el sistema del Código Civil conservar la explotación sin necesidad de acudir a lo dispuesto en el artículo 1056.

[32] Si bien es posible que el testador disponga de toda su herencia distribuyéndola en legados (art. 891 CC), lo más conveniente, también lo habitual, es que el testamento contenga institución de heredero.

[33] El artículo 1056 parr. 2 en su redacción anterior a la Ley 7/2003, de 1 de abril, ya se interpretaba en este sentido. Tras la reforma, se especificó legalmente la naturaleza extrahereditaria de la compensación en metálico al resto de legitimarios en el supuesto de que en la herencia no hubiese más bienes o resultaren insuficientes. *Vid*. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., Comentario al artículo 1056 del Código Civil. En *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, *op. cit.,* p. 2480.

[34] *Vid*. FERNÁNDEZ TRESGUERRES. *Op. cit.,* p. 260.

[35] PARRA LUCÁN, M. A. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio. AFDUDC, 13, 2009, pp. 481-554. *Op. cit.,* p. 484. En los Derechos de sucesiones autonómicos no ha habido, desde la creación del sistema autonómico, modificaciones revolucionarias, pero sí puede afirmarse que todos los pasos dados apuntan hacia un reconocimiento cada vez mayor de la libertad de disponer y una restricción de la legítima, bien por los sujetos a los que se les reconoce, bien por la cuantía, bien por la naturaleza de los derechos de los legitimarios y las acciones previstas para su exigencia.

[36] NAVARRO FERNÁNDEZ, *op. cit.,* p. 290.

[37] FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. *Transmisión mortis causa…*, pp. 257 y sigs.

[38] PARRA LUCÁN. *Op. cit.,* p. 486 afirma que el legislador, sin modificar el sistema general de las legítimas, permite a los testadores una mayor libertad de testar, que modifica el régimen de las legítimas con finalidades distintas (favorecer la permanencia de la empresa a pesar de la sucesión).

[39] Antes se entendía incluidos como padres a los ascendientes, si bien la limitación a este grupo de parientes había sido objeto de múltiples críticas.

[40] GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A. «La legítima en el Código Civil». *Op. cit.,* p. 117.

[41] *Op. cit.,* pp. 220 a 221.

[42] *Vid*. LACRUZ BERDEJO. *Derecho de sucesiones (Elementos de Derecho civil V). 5.ª edición*. *Bosch*. Barcelona. 1993. BUSTO LAGO, J. M. *Derecho de Sucesiones. Legislación, comentarios y jurisprudencia*. Thomson. Pamplona. 2007. ROMÁN GARCÍA, A. *Derecho de sucesiones. Instituciones de Derecho Civil español VII*. Mc Graw Hill. Madrid. 1999.

FERNÁNDEZ TRESGUERRES. *Op. cit.,* p. 283. En su conclusión 15 considera que la legítima, en cuanto subsista, es un derecho de crédito sin dejar de ser una *pars bonorum* si bien *in specie solvet*. El testador, contador-partidor o cónyuge delegado, deben concretar la forma de pago a los legitimarios, como única condición, en la que deben entenderse comprendidas las garantías de cumplimiento.

[43] FERNÁNDEZ TRESGUERRES, A. «La Ley 7/2003, …».

[44] STS de 6 de marzo de 1945 *(RJ* 1945/272). A pesar de los años que han pasado desde que se dictó, se observa que está muy bien razonada y fundamentada, destacando su considerando 2.

[45] STS de 21 de julio de 1986 *(RJ* 1986/4575) y 21 de diciembre de 1998 *(RJ* 1998/9756).

[46] FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. *Transmisión* mortis causa *de la condición de socio*. Thomson. 2008. *Op. cit.,* p. 242.

[47] Por interesados debe entenderse cualquier legitimario del testador y no solo el descendiente.

[48] NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A. *Introducción al derecho agrario. Régimen jurídico de las explotaciones agrarias*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005. En sus pp. 284 y sigs. habla de la conservación de la integridad de la explotación. La conservación de la integridad de la explotación agrícola con ocasión de los cambios generacionales es una de las preocupaciones más sentidas en los últimos decenios. A esa preocupación se añade hoy la falta de relevo y sucesión en la titularidad de las explotaciones.

En España se encuentra una riqueza impresionante de ordenamientos, instituciones y figuras jurídicas que tratan de preservar esta integridad de la explotación agrícola, podemos verlo en Vizcaya, Navarra y Aragón.

Actualmente asistimos a un relanzamiento de la preocupación en general por la empresa familiar. Los sistemas hereditarios vertebrados en torno al principio de división igualitaria de la herencia y acompañados del principio de la intangibilidad de la legítima pueden producir consecuencias no deseadas en las estructuras agrarias de las sociedades modernas. Ha sido el caso de la mayor parte de las regiones españolas que han mantenido durante siglos explotaciones de pequeño tamaño. Navarro Fernández opina que no es el sistema hereditario en sí mismo el que produce efectos perversos o beneficiosos, sino las condiciones histórico-sociales concretas en las que opera en el conjunto del sistema social.

[49] TORRES GARCÍA, T. F. «Una aproximación al artículo 1056.II del Código Civil (Posible sucesión *mortis causa* de la empresa)». *Op. cit.,* p. 1661.

[50] *Op. cit.,* p. 274.

[51] PALAZÓN GARRIDO, M. L. *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003. Pp. 98 y sigs.

[52] NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A. *Introducción al derecho agrario. Régimen jurídico de las explotaciones agrarias*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005. P. 288. Al hablar de la atribución preferente de la explotación agrícola en la liquidación de la sociedad de gananciales. El artículo 1406, 2º del Código Civil dice que cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde este alcance: la explotación económica que gestione efectivamente. El precepto ha dado lugar a interpretaciones diversas en las que aquí no vamos a detenernos.

El término explotación económica es amplio, pudiendo equipararse al concepto empresa. Ha de tratarse de una explotación económica ganancial fundada durante la vigencia de la sociedad, por uno cualquiera de los cónyuges y a expensas de los bienes comunes. También es empresa ganancial la ya existente adquirida a título oneroso a costa del caudal común, ya se haga la adquisición para la comunidad o para uno solo de los cónyuges. También la adquirida constante la sociedad por uno de los cónyuges por precio aplazado si el primer desembolso tuviera carácter ganancial…

El artículo 1046 establece un límite para la atribución: «hasta donde alcance su haber». La doctrina mayoritaria es partidaria de suavizar la exigencia y permitir el pago de un suplemento al otro cónyuge o sus herederos, sin que sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 1062 del Código Civil en su caso, porque de lo contrario se desvirtuaría la finalidad de la atribución preferente.

No existe unanimidad en cuanto al momento de valorar los bienes y derechos: bien el de la disolución, bien el de la liquidación.

[53] GARCÍA DE PABLOS, J. F. Ley de titularidad compartida de las explotaciones agrarias. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Pamplona. 2011. Esta explotación agraria de titularidad compartida tendrá la consideración de explotación agraria prioritaria.

Vid. MILLÁN SALAS, F. *Instituciones sucesorias en el Código Civil que conservan integra una explotación agraria,* Ediasa. 1999.

[54] PUIG BRUTAU, J. «El testamento del empresario». *RDP.* 1960. P. 850. El empresario testador debe considerar atentamente la conveniencia o inconveniencia de instituir herederos a quienes no deban recibir la empresa.

[55] TORRES GARCÍA, T. F. «Una aproximación al artículo 1056.II del Código Civil (Posible sucesión *mortis causa* de la empresa)». *Op. cit.,* p. 1661.

[56] *Op. cit.,* p. 1662.

[57] RUEDA ESTEBAN, L. «La modificación del artículo 1056 II C. Civil».Cuadernos de Derecho y Comercio núm. 59. Año 2003. Pp. 105 y sigs.

[58] *Op. cit.,* p. 126.

[59] *Op. cit.,* p. 1264.

[60] *Vid*. ESPEJO. *Op. cit.,* p. 1267: «No entendemos el porqué de someter el pago a los demás legitimarios a un plazo tan amplio. Valga, no obstante el sistema, si con ello se consigue la conservación de la empresa; en cambio, si el aplazamiento se pudiera usar en los casos en que se transmitiera una sociedad de capital, el efecto de la reforma sobre el sistema de legítimas sería injustificado, por tratarse de un régimen incoherente con el sistema general y sin ninguna justificación objetiva. Este sería un nuevo argumento a favor de una interpretación del precepto en conexión con el sistema, lo que exige considerar que la finalidad del mismo es defender las explotaciones de una indeseable división, sin que se pueda generalizar al pago de la legítima en cualquier caso.

[61] *Vid*. ESPEJO. *Op. cit.,* p. 1267, este aplazamiento es la innovación introducida en la nueva redacción.

[62] *Vid*. FERNÁNDEZ TRESGUERRES, *op. cit.,* p. 262 que cita a Pantaleón y Vallet. Con arreglo al contenido de la legítima podrían entenderse diversas configuraciones de la legítima: que esta es *pars hereditatis*, la consecuencia es que el legitimario tiene derecho, como heredero, a una parte alícuota bruta de la herencia,tanto en el activo como en el pasivo; respondiendo, por consiguiente, de las deudas y cargas de la herencia; *pars valoris*, si la ley concede al legitimario un simple derecho de crédito, puramente personal, a pagar en dinero, por una cuantía que se determine según la participación que se le reconozca en el valor del caudal. El importe se calcula sobre el valor que tengan los bienes hereditarios a la muerte del testador, previa deducción del pasivo. *Pars valoris bonorum*, si no otorga al legitimario un simple derecho de crédito, sino que afecta como un gravamen real a todos y cada uno de los bienes de la herencia; *pars valoris bonorum qua in specie heres cohere debet*. Si los legitimarios son acreedores de valor pecuniario de los bienes que integran el patrimonio hereditario, fijado en el mismo momento en que fallece el causante. Este valor ha de ser satisfecho en bienes relictos, a diferencia de la legítima concebida como *pars valoris*. *Pars bonorum,* el legitimario es considerado como cotitular de los bienes del activo hereditario, una vez deducidas las cargas. Es cotitular de la comunidad hereditaria durante el periodo de liquidación y partición de la herencia, en cuanto su legítima no haya quedado satisfecha. Es el sistema general del Código Civil.

[63] *Op. cit.,* p. 262.

[64] LACALLE SERER. *Op. cit.,* p. 174.

[65] LACALLE SERER. Sobre la legítima *vid.,* pp. 166 y sigs.

[66] *Vid*. STS de 8 de mayo de 1989 (STS 1989/3673), 26 de abril de 1997 *(RJ* 1997, 3542).

[67] RDGRN. de 25 de febrero de 2008 *(RJ* 2008, 2791), Resolución de 1 de marzo de 2006 *(RJ* 2006, 3919).

[68] *Vid*. CALATAYUD SIERRA, A. «La facultad del testador de imponer obligaciones a sus sucesores». *Revista Jurídica del Notariado*. Julio-septiembre 2010. Pp. 52 y sigs. sobre posibilidad de conmutar.

[69] En consecuencia, el 1056.2 del Código Civil establece, en el supuesto de que no haya más bienes en la herencia, la compensación con activo extrahereditario al resto de herederos legitimarios.

[70] Artículo 1156. «Las obligaciones se extinguen:

— Por el pago o cumplimiento. Por la pérdida de la cosa debida. Por la condonación de la deuda.

— Por la confusión de los derechos de acreedor y deudor. Por la compensación. Por la novación».

— La doctrina unánimemente ha entendido que este artículo no es una enumeración exacta y caben otros supuestos.

[71] *Vid*. RUEDA, pp. 138 y sigs.

Es también la gran creación del legislador de 2003: *«podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones»*, con lo que acudimos al 1.156 y encontramos formas de extinción en cuanto sean aplicables.

[72] *Op. cit*., p. 130.

[73] Artículo 1084.1 del Código Civil: «*Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio*.

[74] Artículo 1137 del Código Civil: «La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquellos tenga derecho a pedir, ni cada uno de estos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Solo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria».

[75] Artículo 1143 del Código Civil: «La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguen la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1146. El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobre la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación».

[76] *Op. cit*., p. 1268.

[77] *Op. cit*., p. 136.

[78] *La cláusula contenida en el testamento de D.ª Leonor podía dar lugar a dos posibles soluciones: 1.ª La aplicación de los artículos 841 y sigs. del Código Civil, porque se ha producido la adjudicación del único bien de la herencia y se obligó a los legatarios-adjudicatarios a pagar la legítima de los demás en dinero*… En consecuencia de todo lo anterior, debe concluirse que el cuaderno particional llevado a cabo por el contador partidor es válido y debe ser elevado a escritura pública».

2.ª Aplicar el artículo 1056 del Código Civil, único vigente en el momento en que la causante otorgó su testamento. Esta solución tropieza asimismo con diversas dificultades, tales como que la norma que rige la sucesión es la vigente en el momento del fallecimiento del causante, no la del otorgamiento del testamento y D.ª Leonor falleció estando vigentes los artículos 841 y sigs. del Código Civil, así como que en realidad el artículo 1056 del Código Civil resulta difícil de aplicar por no tratarse de una partición en sentido estricto.

La sucesión creó una comunidad hereditaria que no se extendió al único bien inmueble, que quedó excluido al haberse legado a los hijos que se dedicaban a su explotación y que adquirieron su propiedad desde la muerte del causante, según dispone el artículo 822.1 del Código Civil. Este legado estaba gravado con la carga del pago de las legítimas a los demás legitimarios…

[79] *Op. cit*., p. 131.

[80] Artículo 847 del Código Civil: *«Para fijar la suma que haya de abonarse a los hijos o descendientes se atenderá al valor que tuvieren los bienes al tiempo de liquidarles la porción correspondiente, teniendo en cuenta los frutos o rentas hasta entonces producidas. Desde la liquidación, el crédito metálico devengará el interés legal»*.

[81] *Op. cit*., p. 132.

[82] *Op. cit*., p. 137.

[83] De la inicial terminología «sucesión contractual» se ha pasado a la de «pactos sucesorios», más acorde con la realidad.

[84] ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho de Sucesiones*. Tomo III, Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1994. *Op. cit*., p. 517.

[85] *Vid*. GARCÍA MEDINA, J. *Panorama de la sucesión contractual* mortis causa. BIB 2003/1293. Aranzadi. 2003.

[86] Debe recordarse que, a pesar de la vigencia de la prohibición general de los pactos sucesorios plasmada por el artículo 1271.2 del Código Civil, la Ley estatal 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes, llegó a admitir este tipo de pactos, los cuales, sin embargo, no tuvieron prácticamente ninguna clase de repercusión práctica en los catorce años que estuvo vigente. Esta posibilidad, además, se suprimió con la Ley 19/1995, de 14 de julio.

[87] *Vid*. GINES CASTELLET, N. Los pactos sucesorios en Cataluña: entre la tradición y la innovación. *AC*. Núm. 5. La Ley. Marzo 2011.

[88] *Op. cit*., pp. 133 y sigs.

[89] *Op. cit*., p. 1267.

[90] La posibilidad de permitir al beneficiario que satisfaga de manera aplazada a los demás la legítima es un criterio realista que trata de evitar la descapitalización de la empresa y permitir que realmente pueda conservarse sin necesidad de venderla para satisfacer el pago.

[91] STS de 4 de noviembre de 2008 *(RJ* 2008, 589). *Asimismo, destaca la jurisprudencia (así, sentencia de 21 de julio de 1986 [RJ 4575] y de 21 de diciembre de 1998 (RJ 9756)) que la partición hecha por el testador se entiende sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1075 en relación con el 1056 del Código Civil concede a los legitimarios en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o aparezca que fue otra la voluntad del testador.*

En el presente caso, la testadora previó que hubiera una desigualdad entre el valor de los bienes atribuidos a una u otro de sus hijos, en cuyo caso el mayor valor de uno de los dos impuso que «se impute como legado o mejora en favor del que resulte beneficiado».

[92] La respuesta casacional se da en tres partes.

La primera, es la reconocida e indiscutible soberanía de la voluntad del testador en la disposición *mortis causa* de su patrimonio: es el verdadero fundamento de la sucesión testada que se basa en el principio de la propiedad privada en cuanto transmisible *mortis causa* y en el principio de la autonomía de la voluntad, ambos reconocidos en el Código Civil, artículo 33.1 y deducidos del artículo 658, primer párrafo, primer inciso, del Código Civil. Lo que tiene el límite a la facultad de disponer *mortis causa,* establecido en el artículo 808 del Código Civil que es la legítima, que es intangible cuantitativamente y cualitativamente, conforme añade el artículo 813.

La segunda es que la partición es la división del patrimonio hereditario que puede ser hecha por el testador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1056, primer párrafo, del Código Civil con lo que no extingue la comunidad hereditaria, sino que la evita. Lo que es distinto al caso en que ordena que determinado bien o que determinados bienes, muchos o pocos, se adjudiquen a unos u otros de sus herederos, incluyéndose en la porción que deba percibir cada uno de ellos (es el caso que contempla la sentencia de 7 de septiembre de 1998 *[RJ* 6395]), por lo que se dará la comunidad hereditaria, que deberá dividirse por medio de la partición encomendada, en el caso presente, a un contador-partidor. Es decir, este caso no es una partición hecha por el testador.

La tercera, que es que estas disposiciones o adjudicaciones, verdaderas normas particionales, son obligatorias, de obligado cumplimiento, a salvo en todo caso las legítimas. Es decir, consecuencia de los puntos anteriores, se da la obligatoriedad de las disposiciones particionales del testador. Así se desprende de la sentencia de 25 de enero de 1971 *(RJ* 288) y reitera la de 8 de marzo de 1989 *(RJ* 2023) que afirma, esta última, que las adjudicaciones deben respetarse dentro de los límites legales, aunque no se puedan calificar como partición, reservando la práctica de las operaciones particionales respecto de los demás bienes al contador-partidor nombrado de forma expresa. Lo cual ya lo habían declarado las sentencias de 9 de marzo de 1961 (945) y 15 de febrero de 1988 (1987), que insisten en que las disposiciones del testador serán vinculantes en tanto en cuanto no perjudiquen la legítima.

Aplicando lo anterior al caso presente, aparece una voluntad inequívoca del testador, soberano de su propia sucesión *mortis causa,* que partiendo de la institución de herederos a favor

de sus tres hijos (cláusula segunda) no lo hace por partes iguales,…en todo caso, respetando la legítima, que la sentencia de instancia ha declarado que no se lastimó. En definitiva, el hijo varón, demandante y recurrente en casación, se ha sentido discriminado y perjudicado, pero lo ha sido por disposición expresa, clara y correctamente interpretada en la instancia, por el testador, que le ha respetado su legítima estricta».

(Trabajo recibido el 26-12-2013 y aceptado para su publicación el 20-2-2014)

Préstamos con garantía hipotecaria y compraventa de vivienda: vinculación contractual*

Mortgages loan and sale of homes: the linked contract

por

MIGUEL ÁNGEL TENAS ALÓS
Personal investigador en formación
Universidad de Zaragoza

RESUMEN: Este trabajo analiza la posibilidad de establecer una conexión contractual entre la compraventa de una vivienda y el préstamo con garantía hipotecaria solicitado para su financiación. En España no existe todavía una norma legal que permita establecer tal vinculación en el ámbito inmobiliario, algo que sí ocurre con la financiación de los bienes muebles y los servicios. Un comprador que adquiera un bien gracias a la obtención de financiación no debería encontrarse en peor situación que quien lo adquiere a plazos. A la hora de abordar el tema de la vinculación, se ha procedido al análisis de los diversos preceptos, dispersos en el ordenamiento jurídico español, que establecen una vinculación contractual. Se han considerado también las principales cláusulas existentes en la compra de vivienda y los préstamos hipotecarios, con la finalidad

* Este trabajo se ha realizado dentro del Proyecto de investigación «Formación del contrato: desde la negociación a la perfección del contrato» (DER 2011-23056), del Ministerio de Ciencia e Innovación, y del Grupo de investigación consolidado «Autonomía de la voluntad en el Derecho privado» (AUDEPRIV S110), del Gobierno de Aragón y de la Unión Europea-Fondo Social Europeo, dirigidos por la Dra. M.ª Ángeles Parra Lucán, catedrática de Derecho civil.

de analizar su posible vinculación contractual. El objetivo es comprobar si se puede llegar o no a elaborar una teoría doctrinal que nos permita afirmar que existe vinculación entre ambos contratos y las posibles consecuencias jurídicas que se derivarían de ella. En caso afirmativo, hay que considerar la conveniencia de que, *lege ferenda*, el legislador introduzca alguna norma expresa, extendiendo, con las debidas adaptaciones, el régimen previsto para la adquisición de bienes muebles o la contratación de servicios.

ABSTRACT: This paper analyzes the possibility of establishing a contractual linked between the sale of a house and the mortgage loan applied for its funding. In Spain, there is still no legal standard to establish this link. Instead, it be related to the financing of personal properties and the services. A buyer who purchases a product through funding must be in the same situation as the acquirer in installments. This paper analyzes the different articles, scattered in the Spanish legal system, about the contractual relationship. Are treated, too, the different clauses in home purchase and mortgage loans. The purpose is to test the feasibilitiy of a contractual relationship theory between these contracts and their consequences. If so, should be considered that the legislator approve any express provision, as already exists in other areas.

PALABRAS CLAVE: Compraventa de vivienda. Consumidores. Contrato vinculado. Crédito al consumo. Financiación. Hipoteca. Inmuebles. Préstamo con garantía hipotecaria. Vinculación contractual

KEY WORDS: Sale of homes. Consumers. Linked contract. Consumer credit. Financing. Mortgage. Mortgage loan. Contractual relationship

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. La necesidad de vivienda y los contratos dirigidos a su adquisición. 2. La necesidad de obtención de préstamos de garantía hipotecaria a la hora de adquirir una vivienda. 3. La actual situación de las teorías de la vinculación contractual. Las distintas normativas referidas a la vinculación contractual: *A) Ley de Contratos de Crédito al Consumo. B) Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles. C) Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias. D) La normativa europea existente en materia de vinculación contractual.* —II. LA VINCULACIÓN CONTRACTUAL EN LOS BIENES INMUEBLES: 1. La subrogación hipotecaria: *A) La subrogación hipotecaria voluntaria. B) La subrogación hipotecaria obligatoria. C) La imposibilidad de subrogación. D) La cláusula de vinculación.* 2. La hipoteca sin subrogación. 3. La compraventa entre particulares.—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La adquisición de una vivienda constituye la compra más importante en la vida de una persona, y de la que dependerá en buena medida su futura calidad de vida. Dado que es muy extraño que alguien disponga del dinero en efectivo necesario para proceder a su pago, lo habitual es que se financie mediante la constitución de un préstamo con garantía hipotecaria, cuya garantía será precisamente la vivienda recién adquirida. Si bien hay otras posibilidades de acceso a la vivienda, en el imaginario español la propiedad de la misma constituye la opción preferida para la gran mayoría de las personas.

La vinculación contractual es, por lo general, un tema muy poco tratado en nuestro ordenamiento jurídico, regulada en apenas unos artículos en distintas normas en referencia a este concepto. Lo hace, además, de manera casi exclusiva a los bienes muebles y los servicios, de forma que la construcción de una teoría respecto de los bienes inmuebles se torna todavía más compleja.

Resulta fundamental, pues, estudiar en profundidad esta figura que se centra además en uno de los protagonistas indudables de la actual crisis económica, los préstamos hipotecarios.

Para ello, conviene analizar las distintas normas que tratan la vinculación contractual, para comprender cómo está actualmente la situación en nuestro país. Además, deviene básico realizar un análisis de los préstamos hipotecarios y de las distintas cláusulas que estos contengan. Y es que, en función de qué supuesto o clausulado nos encontremos, podremos defender unos argumentos u otros para ver si resulta factible conseguir operar una teoría que haga viable o no la vinculación contractual entre estos préstamos y la compra de la vivienda.

Deben cumplirse una serie de requisitos para que nos encontremos ante contratos vinculados, como son la pluralidad contractual y la existencia de un nexo funcional entre ellos. Se entiende que existe este nexo funcional cuando a través de los dos contratos las partes pretendan alcanzar un único resultado económico.

Todo ello, sin perder de vista los problemas fundamentales a los que se enfrenta esta teoría, como son su escaso desarrollo y el principio de la relatividad del contrato. Para dar cuenta del primero, deberemos basarnos no solo en las normas, sino también en las opiniones doctrinales y los pronunciamientos jurisprudenciales. Precisamente desde la jurisprudencia se ha intentado, sin éxito, como veremos, articular un concepto de tercero que permita establecer la vinculación contractual de forma compatible con el nombrado principio de la relatividad. Este principio es, sin lugar a dudas, el gran escollo a solventar por parte de la doctrina y en la práctica.

La importancia de esta vinculación contractual radica en el hecho de que un comprador no puede estar en peor posición jurídica si adquiere un bien a plazos, directamente al vendedor, que si lo financia mediante un crédito. El problema

estriba en que la petición de un crédito implica la inclusión de un tercero —el financiador— en la operación comercial.

Son varias las consecuencias de la aceptación de la teoría de la vinculación contractual —como reflejan los artículos 26 y 29 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo—, siendo la principal la posibilidad de que el comprador, si una de las dos partes restantes del contrato no cumple con su obligación, pueda resolver la compraventa sin soportar carga alguna. En caso de incumplimiento del vendedor que no entrega la vivienda, por ejemplo, si el comprador ya ha solicitado un préstamo con garantía hipotecaria, la teoría de la vinculación contractual le permitirá resolver el contrato con la entidad financiera sin que dicha entidad pueda cobrarle por ningún concepto. De otro lado, si el financiador no pone el dinero a disposición del consumidor, o dicho consumidor no consigue financiación para la adquisición de la vivienda, la teoría de la vinculación contractual permitiría al consumidor renunciar a la compra sin penalización alguna.

Hay que considerar, también, la posibilidad de la conveniencia de que, *lege ferenda*, el legislador introduzca en materia de inmuebles alguna norma expresa, extendiendo así el régimen previsto para la adquisición de bienes muebles o la contratación de servicios.

1. La necesidad de vivienda y los contratos dirigidos a su adquisición

Que la adquisición de una vivienda no es una compra más es algo evidente, debido a sus especiales características. Lo es incluso desde los cimientos, desde la adquisición del suelo, lo que ha posibilitado el desarrollo de una legislación urbanística de lo más extensa y profunda, hasta el punto de que hoy día constituye un tipo de Derecho, el urbanístico, con sustantividad propia[1].

El acceso a una vivienda constituye hoy día el mayor gasto al que se enfrenta una familia española y se trata, además, de un bien necesario, cuyo uso no tiene carácter opcional. Como señala LACRUZ BERDEJO[2], la utilización de ciertos bienes no puede evitarse. Dentro de este listado encontraríamos también el uso de un avión para cubrir grandes distancias en cortos periodos de tiempo, por ejemplo. Pero la que más destaca es, sin lugar a dudas, la vivienda, dado que una persona puede elegir si viajar o no, pero no le es opcional la necesidad de precisar de un lugar donde vivir.

Debido a esta necesidad, la propia Constitución Española proclama en su artículo 47 el derecho a una vivienda digna y adecuada como principio rector de la política social y económica. No puede olvidarse, además, que el acceso a la vivienda deviene básico para que la persona pueda desarrollar otros derechos reconocidos en la Carta Magna, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la libertad y el derecho a la intimidad[3]. Conviene

resaltar que el derecho a la vivienda no implica un derecho a la propiedad de la misma, si bien en nuestro país es la opción preferida por los consumidores[4].

La Unión Europea, por su parte, no habla de derecho a una vivienda digna y adecuada, sino de *«una ayuda a la vivienda para garantizar una existencia digna a toda persona que no disponga de recursos suficientes»*, un alcance que dependerá de *«las modalidades establecidas por el derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales»*[5].

También encontramos recogido el derecho a la vivienda en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948, así como en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que entró en vigor en 1976.

Así pues, mientras los organismos nacionales e internacionales se han preocupado por destacar la importancia de una vivienda, cuando un consumidor se enfrenta a su adquisición se encuentra ante una dicotomía más que evidente. De un lado, debido al enorme gasto económico que le supone, precisa tener las mayores garantías posibles y toda la seguridad que el ordenamiento jurídico pueda ofrecerle. Por el otro, su habitual desconocimiento en la materia, que requiere un control del proceso y de información precontractual suficiente. Todo ello unido al hecho de que, si quien le vende el inmueble es un profesional, tendrá un conocimiento de la materia mucho mayor que el del comprador.

Ahora bien, dónde se establece el límite para considerar una información precontractual suficiente es sumamente complejo[6]. Sin olvidar, además, que la compraventa de una vivienda se produce mediante un contrato de adhesión[7]. Es decir, que no permite prácticamente ninguna negociación.

La vivienda es un bien que se considera objeto del Derecho de Consumo[8], puesto que responde tanto a una necesidad personal como familiar. Como CALAIS-AULOY indicaba, en este tipo de bien se encuentra una de las características más constantes de este tipo de Derecho. Se trata del hecho de que la persona que se aloja, al que denomina consumidor de vivienda, está normalmente en una posición de debilidad en relación con la persona que le procura dicha vivienda. El propio autor indicaba también que esto se producía por el exceso de demanda sobre el de oferta[9]. Si el autor tenía razón en esto, en los próximos años deberíamos ver cómo las posiciones de comprador y vendedor tienden a igualarse. Debo añadir que, bajo mi punto de vista, y si bien es posible —hasta cierto punto— que las condiciones para los compradores mejoren en los próximos años —algo, aunque vagamente, ya han mejorado, de hecho—, difícilmente se conseguirá el equilibrio óptimo si no es mediante una buena regulación y control.

En la actualidad, en lo que respecta a información precontractual, encontramos como principal normativa a seguir 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 —TRLGDCU en adelante—, y el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a

la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas. También existen preceptos relativos a la materia en la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, la Ley General de Publicidad, la Ley de Competencia Desleal o la Ley de Ordenación de la Edificación. Todas ellas, con el Código Civil como telón de fondo, que servirá de norma supletoria. Hoy día, la información resulta *«necesaria no ya solo para corregir las falsas apariencias de un producto, sino porque a menudo es el único medio con que se cuenta para conocerlo (su utilidad, sus ventajas, sus riesgos, etc)»*, como señala MORALES MORENO[10].

Conviene reseñar que toda negociación requiere desde su inicio de la buena fe y el justo equilibrio entre las partes. Dado que ya hemos señalado el hecho de que difícilmente comprador y vendedor parten de una posición semejante, la normativa impondrá en este campo mayores obligaciones al profesional, que deberá informar al posible comprador de modo más exhaustivo que en otros campos de la contratación. Una información correcta resultará básica para evitar posteriores sorpresas o abusos respecto al adquirente. Y es que, como señala MEZQUITA DEL CACHO[11], o la protección al consumidor es preventiva, o será burlescamente inútil caso de reducirse a la posterior reparación judicial.

Hay que añadir, además, que el primer paso de la negociación entre las partes se produce antes de que comprador y vendedor tengan contacto directo. Me refiero ahora a los folletos y anuncios publicitarios, que van dirigidos a *quien quiera* escucharlos, pues no tienen un destinatario concreto. Cualquier sujeto con capacidad de contratar es posible receptor y potencial comprador.

Por supuesto, como ya se ha venido señalando, resultará fundamental en este campo de la contratación distinguir quién es el vendedor. En lo que respecta al adquirente, vamos a centrarnos siempre en un consumidor particular que desea adquirir la vivienda. Pero respecto del vendedor, tendremos que considerar —máxime para analizar después la posible vinculación contractual o no—, si se trata de un particular o de un profesional.

2. La necesidad de obtención de préstamos con garantía hipotecaria a la hora de adquirir una vivienda.

Como ya se ha señalado en el epígrafe anterior, la adquisición de una vivienda constituye hoy día la operación económica a la que las familias españolas destinan la mayor parte de sus recursos. Pero, como es bien sabido, la gran mayoría de ellas no dispone del dinero suficiente para pagarla[12]. A la hora de llevar a cabo la adquisición, lo habitual es financiarla con un préstamo con garantía hipotecaria[13] cuya garantía será, precisamente, la vivienda recién adquirida. El contrato de préstamo con garantía hipotecaria es el resultado, pues, de la suma de dos negocios jurídicos distintos[14]. De un lado tendremos el

contrato principal, que sería la adquisición del inmueble, y de otro el contrato accesorio, el préstamo con garantía hipotecaria.

En esta materia, caben destacar la Ley Hipotecaria y el Reglamento Hipotecario, dos textos fundamentales. No agotan, no obstante, la normativa respecto a este tema, puesto que han sido dictadas varias Órdenes Ministeriales y Resoluciones, cuyo fin es matizar y concretar ciertos aspectos. Hoy día, es una materia de total actualidad y sufre modificaciones con gran asiduidad, pero no centradas en el aspecto que más nos interesa; las medidas preventivas. Muy al contrario, las nuevas normativas buscan solventar de un plumazo todos los problemas, cuando sería más simple configurar un ordenamiento jurídico claro y que no permitiera los abusos a los nuevos préstamos hipotecarios firmados[15] —porque siguen firmándose, pero terminan incurriendo en los mismos problemas que los ya existentes[16]—.

A nivel europeo, permanecía vigente hasta hace poco tiempo la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se derogó la Directiva 87/102/CEE del Consejo. No obstante, en la materia que nos atañe se ha aprobado recientemente una nueva Directiva, aún no traspuesta al Derecho español. Se trata de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, sobre Contratos de Crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial[17], que ya ha precisado además de un Reglamento que la complemente[18].

La principal medida que se acuerda entre prestamista y prestatario en los préstamos con garantía hipotecaria consiste en vincular el cumplimiento de las obligaciones derivadas del préstamo con la sujeción del bien hipotecado —la vivienda— para responder del mismo —tanto del principal, como de los intereses y demás gastos que puedan surgir—.

Como características de los préstamos con garantía hipotecaria, conviene recordar que se tratan de contratos de adhesión, pues la negociación entre una parte y la otra tiende a no existir, puesto que la posición dominante —y con mucha diferencia— la ostenta la entidad financiera. Además, es importante remarcar la especial protección de que goza el préstamo de hipoteca, pues se trata de un derecho de garantía real. Nuestro ordenamiento jurídico señala, en el artículo 1911 del Código Civil, la responsabilidad universal del deudor con la totalidad de su patrimonio. La hipoteca es una garantía que se añade, lo que implica que el acreedor hipotecario puede perseguir cualquier bien del deudor, no solo el afectado especialmente por ese derecho real[19].

Igual que a la hora de celebrar el contrato de compraventa de una vivienda, en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria existe una evidente desigualdad entre la información de que dispone la entidad financiera y aquella que ostenta el consumidor. El hecho del elevado importe y duración de las mismas[20], y el que sea uno de los sectores del mercado donde mayor número de reclamaciones de consumidores se producen anualmente, señalan que existe

un problema más que evidente en la materia. Hay que considerar además el supuesto de que no solo se constituyen préstamos con garantía hipotecaria sobre la vivienda para adquirir la misma, pues una vez pagada esta, también pueden contratarse para adquirir cualquier otro bien, aunque estos casos quedan fuera de nuestro estudio.

Pero no solo deben protegerse los derechos de los consumidores por esta vía. No podemos pasar por alto el derecho constitucional de la vivienda digna —así como los derechos derivados o dependientes del mismo, como el derecho a la propiedad privada recogido en el artículo 33 de la Constitución Española—, algo que deben respetar, e incluso procurar facilitar, las normas que regulen el mercado hipotecario.

Los préstamos con garantía hipotecaria están en la actualidad en el ojo del huracán mediático, debido al sobreendeudamiento de algunos de los consumidores, que terminan viendo cómo las entidades financieras proceden a la ejecución de su hipoteca, lo que en la práctica supone perder la vivienda[21].

3. La actual situación de las teorías de la vinculación contractual

Los primeros pasos respecto a la teoría de la conexión de contratos tuvieron lugar en Italia, uno de los países que más se ha preocupado por esta figura, junto con Francia. Ambos países cuentan con un problema fundamental en esta materia —al igual que España—, como es el principio de la relatividad contractual[22]. En Italia abordaron la materia en los años treinta del pasado siglo, siendo los precursores NICOLÒ y GIORGIANI[23]. La mayoría de los juristas italianos están de acuerdo en que se produce vinculación contractual —*«collegamento contrattuale»*— cuando *«las partes, con el fin de alcanzar un determinado resultado económico, concluyen dos o más contratos distintos que presentan entre sí un nexo jurídico»*[24]. Hoy día, si bien todavía tienen varias cuestiones sobre las que deliberar, puede decirse que en el país transalpino existe una teoría consolidada respecto a la vinculación contractual. Superando el principio de la relatividad del contrato se admite en la jurisprudencia italiana que las partes, en el ejercicio de su autonomía contractual, pueden dar vida, con un solo acto, a contratos diversos y distintos, que, aun conservando la individualidad de cada tipo negocial y aun permaneciendo sometidos a su propia disciplina, sin embargo están coligados entre sí, funcionalmente y con relación de dependencia recíproca, de modo que las vicisitudes de uno repercuten sobre los otros, condicionando su validez y ejecución.

Respecto a la teoría francesa, si bien es posterior en el tiempo, no toma como base la italiana. Fue TEYSSIE[25] quien realizó la primera obra sobre este punto, que aún no ha sido superada. Posteriormente, el legislador francés dictó dos leyes sobre la materia, una referida a operaciones mobiliarias, y la otra a inmobiliarias[26].

En lo que concierne al caso español, no hay ninguna norma que trate específicamente del tema, pero sí podemos encontrar artículos de leyes que se refieren a la vinculación contractual de un modo u otro, como más adelante se expondrá. Como señala SOLER PASCUAL[27], ya toca elaborar una completa teoría. En lo que respecta a los contratos vinculados, viene a colación la diferencia entre tipicidad legislativa y tipicidad social, como señala DÍEZ-PICAZO[28].

Antes de entrar en ese punto, conviene especificar qué es un contrato vinculado y cuándo se produce el supuesto en cuestión. En la actualidad —y desde hace ya algún tiempo—, están apareciendo nuevos contratos que carecen de regulación propia y que se utilizan habitualmente de un modo distinto al que fueron inicialmente planteados[29]. Siguiendo a TEYSSIE[30], encontramos varios datos capaces de explicar este fenómeno, como serían la especialización de las actividades —lo que viene a explicar la especialización de las entidades financieras como concedentes de crédito y el hecho de que los comerciantes se dediquen únicamente a vender al consumidor los productos, y no también a financiarlos—, la circulación cada vez más rápida de las riquezas o la complejidad de los procesos de producción de hoy día. Los contratos vinculados, por tanto, entrarían plenamente en esta categoría de contratos sin regulación propia.

La doctrina distingue tres tipos de vinculación contractual[31], como son la simple concurrencia de contratos, el acuerdo de contratos con dependencia unilateral o bilateral, y la unión alternativa.

No se disponía con la vieja normativa de una definición legal para los mismos. Por fortuna, la doctrina sí se había encargado de ello. Así, siguiendo el artículo 14.1 de la derogada Ley de Crédito al Consumo, un buen número de autores sostenía que son contratos vinculados aquellos *«contratos de consumo en los que se establece expresamente que la operación incluye la obtención de un crédito de financiación»*[32]. Ahora bien, a lo largo de las siguientes páginas deberemos plantearnos si esta definición es correcta y engloba el supuesto que estamos aquí estudiando, dado que la mención al establecimiento expreso de que incluya la obtención de un crédito de financiación puede chocar con algunos de los preceptos que aquí estudiamos. Una definición que podría entroncar más con nuestro objeto de estudio, la financiación de la compra inmobiliaria, y que desde estas líneas nos atrevemos a lanzar dado que no hay todavía una lo bastante convincente como para poner de acuerdo a la doctrina, sería la que establece que los contratos vinculados son aquellos contratos de consumo en los que la adquisición del bien objeto del contrato principal se produce por la obtención de un crédito de financiación. De todos modos, sí hay definición actual en la normativa para su ámbito de aplicación, concretamente en el artículo 29.1 de la LCCC. El artículo en cuestión nos dice: *«Por contrato de crédito vinculado se entiende aquel en el que el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos y ambos contratos constituyen una unidad comercial desde un punto de vista objetivo».*

En lo que no cabe lugar a dudas es en los presupuestos básicos que deben darse para que nos encontremos ante un supuesto de vinculación contractual. Estos serán la pluralidad contractual y la conexión funcional.

El primero de ellos resulta obvio, para que dos o más contratos tengan una vinculación entre sí, deberemos precisamente tener como mínimo dos contratos, pues si solo existe uno no hay nada que vincular. Dicho así resulta más sencillo de lo que realmente es, pues como indica MARÍN LÓPEZ[33], en muchas contrataciones el consumidor no es consciente de que ha celebrado dos contratos con dos personas distintas. Además, hay que señalar que, en principio, de la lectura de los artículos puede entenderse que se refieren a un negocio concluido entre un consumidor y un profesional. No obstante, no parece haber problema en poder aplicar también la norma al caso en que sea también un consumidor quien vende el producto. En este caso, deberemos entender como tal al sujeto que vende un bien o servicio al margen de su actividad empresarial o profesional.

Por otra parte, respecto de la conexión funcional, el problema estriba en decidir cuándo se produce. Se defiende la doctrina de la causa para establecer cuándo se da el supuesto, entendiendo por tal el propósito que las partes buscan lograr a la hora de celebrar el contrato. Como explica, de nuevo, MARÍN LÓPEZ[34], *«existirá un nexo funcional entre los dos contratos cuando a través de los mismos las partes pretenden alcanzar un único resultado económico»*. Así, en el ámbito del crédito al consumo existirá dicha vinculación cuando los dos contratos firmados puedan considerarse como partes integrantes de una sola operación económica. En el caso que estudiamos, si bien puede resultar hasta cierto punto claro el hecho en cuestión, podemos atender a otros rasgos identificativos, como que se firme el mismo día tanto el contrato de compraventa como el préstamo con garantía hipotecaria, o la existencia en este último de una cláusula contractual que exija por parte de la entidad financiera que el dinero sea destinado al pago del precio de la vivienda[35].

Desde luego, después de comentar los presupuestos exigidos en la actualidad[36] para la vinculación contractual, no podemos obviar el gran problema al que se enfrenta esta teoría. Este no es otro —como ya se ha comentado anteriormente—, que el principio de la relatividad del contrato. El Código Civil se refiere al efecto relativo que tienen los contratos, pero no se ocupa de la conexión contractual, pues era una figura inexistente en la fecha de su redacción. Es decir, de lo que habla nuestro Código es de un contrato sinalagmático, que solo causa efecto entre las partes, pero cuyo cumplimiento además dependerá solo de las partes que celebren el contrato, y no de la acción de un tercero, como sí ocurrirá en los contratos vinculados. Dado que quien adquiere un inmueble difícilmente tendrá en su poder la cantidad precisa para pagarlo, dependerá de la acción de un tercero —la entidad financiera, en este caso— para estar en condiciones de cumplir con la obligación a la que se ha comprometido[37].

Pero esto, que puede parecer así sencillo, dista en gran medida de estar resuelto. La jurisprudencia española ha intentado dar un nuevo significado —con la finalidad de poder esquivar de alguna manera este principio— al concepto de tercero, sin lograrlo de modo satisfactorio por el momento. El problema estriba en especificar en qué proporción se puede considerar responsable el prestamista del incumplimiento del proveedor —pues él sí ha cumplido su parte, que es la concesión del crédito—, y si solo soportará el prestamista dicha posibilidad o también recaerá en parte sobre el consumidor. Se defiende el hecho de que una entidad financiera puede más fácilmente tanto soportar los riesgos, como conocer la situación del vendedor del inmueble y presionarlo[38]. Pero no podemos dejar de lado el principio de la equidad de las partes, y el hecho de que habrá que justificar la relación entre la entidad financiera y el vendedor. En defensa del comprador, no obstante, puede argumentarse que no se puede encontrar en peor situación de la que tendría un comprador a plazos, si bien la doctrina sigue varias posiciones a este último respecto[39].

Las consecuencias derivadas de la vinculación contractual deben analizarse desde dos presupuestos distintos. En primer lugar, siguiendo el artículo 26 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, hay que tratar las consecuencias que tienen lugar cuando el consumidor y el proveedor del producto o servicio han acordado que el pago del precio se financie mediante un contrato de crédito. Las consecuencias serán tres: la eficacia de la adquisición queda condicionada a la efectiva obtención del crédito; es nulo el pacto por el que el consumidor se obliga a pagar al contado en el caso de que no obtenga el crédito previsto; el consumidor dispone en todo momento de la opción de no concertar el contrato de crédito y realizar el pago de la forma que acuerde con el proveedor del bien o servicio.

Por su parte, el artículo 29 de la Ley de Contratos de Crédito de Consumo estipula que existe vinculación cuando el crédito contratado sirve exclusivamente para financiar un contrato relativo al suministro de bienes específicos o la prestación de servicios específicos de modo que ambos contratos, el de financiación y el de adquisición del bien o servicio, forman una unidad comercial desde el punto de vista objetivo. Así, las consecuencias serán que: si el consumidor desiste del contrato de adquisición del bien o prestación del servicio, deja de estar obligado por el contrato de crédito, sin penalización alguna; el consumidor puede ejercer sus derechos no solo frente al proveedor, sino también frente al prestamista (de manera subsidiaria y provisional) en los casos en que no se le entregue el bien o se le preste el servicio, o no sean conformes con el contrato. Esto implica que el incumplimiento del proveedor permite al consumidor exigir al financiador la devolución de lo pagado por el préstamo.

Y por si no fuera suficiente todo lo dicho, no podemos olvidar que no estamos hablando simplemente de cualquier bien en este trabajo, sino que nos referimos a bienes inmuebles. Como veremos en las próximas páginas, la com-

plejidad en este tema adquiere una dimensión mayor, dado que los diversos artículos que mencionan la vinculación contractual se refieren a bienes muebles, excluyendo en muchos casos de modo específico los inmuebles.

4. Las distintas normativas referidas a la vinculación contractual

Como ya se ha comentado, no existe norma alguna en el ordenamiento jurídico español que trate específicamente la cuestión de los contratos vinculados. No obstante, sí podemos encontrar una serie de artículos, desperdigados por la legislación, que pueden permitirnos hacer un análisis del estado de la cuestión en la actualidad.

A) Ley de Contratos de Crédito al Consumo[40]

Así, podemos comenzar el repaso a esta normativa por la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo —LCCC en adelante—. En ella encontramos tres artículos que se refieren a la cuestión objeto de análisis, como son el 24, el 26 y el 29. En dicha norma hay ciertas modificaciones en esta materia con respecto a la Ley de Crédito al Consumo —a la que deroga—.

Los requisitos que exigía la ya derogada Ley de Crédito al Consumo, 7/1995, de 23 de marzo de 1995[41] era que los contratos estuvieran sometidos a ella, que existiera pluralidad contractual y que hubiera conexión funcional entre los contratos de crédito y de consumo. También era necesaria la exclusividad en las operaciones entre vendedor y financiador para poder justificar la vinculación, pero dada la complejidad de la prueba terminó por no exigirse tal circunstancia. Uno de los principales problemas era el hecho de que no incluía definición alguna de qué se consideraba contrato vinculado, como ya se ha señalado anteriormente[42].

En la actualidad, es el artículo 29.1 LCCC el que establece cuáles son las circunstancias necesarias para encontrarnos ante contratos vinculados. Además de este artículo, aluden a la vinculación contractual el 24 y el 26 de este cuerpo normativo.

Una de las principales críticas que ha recibido la LCCC es su redacción. Concretamente, como señala MARÍN LÓPEZ, el artículo 26 está hablando de dos supuestos de contratos vinculados distintos. Y es que, en dicho artículo, encontramos los denominados contratos de crédito vinculados, pero también los contratos de consumo vinculados a la obtención de un crédito. Expuesto así, podría darnos la impresión de que este último supuesto encajaría a la perfección con la solicitud de un préstamo con garantía hipotecaria en la compraventa de una vivienda. Pero no es así en absoluto. El artículo 4.5 habla de que la Ley

se aplicará únicamente de modo parcial a aquellos créditos cuyo importe supere los 75.000 euros. Si solo dijera esto la normativa, todavía quedaría margen para aplicarla a varios préstamos hipotecarios, dado que hoy día son varias las viviendas de segunda mano que pueden adquirirse por esa cantidad. Pero es el artículo 3 el que cierra definitivamente la posibilidad de aplicación de la misma, al establecer que *«quedan excluidos de la presente ley: a) Los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria»*.

B) Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles[43]

Si bien hemos comenzado el repaso por la LCCC, dado que es la norma que más específicamente habla de contratos vinculados en todo nuestro ordenamiento jurídico, debemos continuar con la Ley 28/1998, de Venta a Plazos de Bienes Muebles —LVPBM en adelante—. Concretamente, con su artículo 9.2.

No podemos olvidar el origen del fenómeno que estamos estudiando. En un primer momento, eran los propios vendedores quienes financiaban a sus clientes las compras que les realizaban, hasta que las entidades financieras coparon dicho mercado y comenzaron a encargarse de prestar a los consumidores el dinero que precisaban. Tal fenómeno ocurrió con el abaratamiento de los productos, debido a la fabricación en gran serie. Esto nos permite hablar, aunque de manera somera, de uno de los principales argumentos de defensa que encuentra la teoría de los contratos vinculados. Se defiende el hecho de que un comprador que solicite un préstamo no puede estar en una situación jurídica menos ventajosa que el adquirente a plazos de un bien[44]. La cuestión es que, con la concesión del crédito por parte de la entidad financiera, dos de las tres partes que intervienen en el negocio encuentran un beneficio, mientras que el tercero no. De un lado, el vendedor obtiene directamente el precio del bien que ha transferido, de modo que puede utilizarlo en adquirir nuevos bienes, invertirlo en su empresa o del modo que considere apropiado, pero dispone de él inmediatamente tras realizar el negocio. De otro lado, la entidad financiera obtendrá un beneficio económico con el cobro de los intereses del dinero prestado. Finalmente, el consumidor, no encuentra ningún beneficio en esta operación que no obtuviera con la compra a plazos. Peor aún, se encuentra en una situación jurídica más compleja. Al fin y al cabo, si se produce una compra en la que solo intervienen comprador y vendedor, el incumplimiento del último permite al consumidor exigir el cumplimiento de la obligación o solicitar la ineficacia del contrato, pero al existir tres partes y haber cumplido una, todo se torna más complejo.

La LVPBM dota al consumidor de facultad de desistimiento, mediante su artículo 9. En él, establece las condiciones que debe cumplir el comprador para poder renunciar a la compra del bien durante los siguientes siete días hábiles a la entrega del bien. Esta facultad es, además, irrenunciable, como establece

el propio artículo, en su segundo precepto. Tal precepto es, además, el que más nos interesa desde la perspectiva de los contratos vinculados, puesto que establece, en su segundo párrafo, que *«Si como consecuencia del ejercicio de este derecho se resolviera el contrato de venta a plazos también se dará por resuelto el contrato de financiación al vendedor y, en tal caso, el financiador solo podrá reclamar el pago a este»*.

Ahora bien, el propio nombre de la Ley nos deja claro que no es aplicable a bienes inmuebles, y el artículo 5.3 excluye *«los préstamos y ventas garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento sobre los bienes objeto del contrato»*.

C) Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias[45]

Esta norma alude a la vinculación contractual en su artículo 77[46]. Conviene, en primer lugar, añadir que su texto es prácticamente idéntico al del artículo 44.7 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista[47] —LOCM en adelante—, según la redacción de la Ley 47/2002, que modificaba la original[48]. Como señala MARÍN LÓPEZ[49], *«con el artículo 77 TRLGDCU, el legislador ha pretendido generalizar la regla de la propagación de la ineficacia a la hipótesis de desistimiento de cualquier tipo de contrato de consumo»*.

Lo que es muy importante en la redacción de ambos artículos es el hecho de diferenciar dos supuestos distintos. Y es que el crédito puede haber sido concedido bien por el vendedor del producto, bien por un tercero. Es este último caso, el artículo 77 exige la existencia de un acuerdo previo entre el prestatario y el empresario contratante para que exista vinculación contractual.

Como ya se ha comentado en este trabajo, hoy día la LCCC no exige como presupuesto necesario para establecer la vinculación contractual la existencia de ningún acuerdo, algo que sí hacía la Ley de Crédito al Consumo[50]. No podemos olvidar el momento de redacción de cada norma. La Ley de Crédito al Consumo se aprobó en 1995, así que la LOCM y el TRLGDCU siguen las directrices de la misma, al establecer en sus respectivos artículos la existencia de acuerdo previo.

Ahora bien, el supuesto cambió con la aprobación de la LCCC, que ya no consideraba necesario el acuerdo previo para entender la vinculación contractual. Esto nos lleva, en primer lugar, a una cuestión. A considerar si de modo tácito deben ser considerados derogados los artículos 44.7 LOCM y 77 TRLGDCU. La LCCC, en su Disposición derogatoria, apartado b, establece que *«quedan derogadas las siguientes disposiciones: b) cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a esta Ley»*. Por mi parte, considero que estarán efectivamente derogados dentro del ámbito de aplicación de la LCCC, lo cual supone que no estarán derogados en todos los supuestos posibles. La LCCC excluye de su ámbito de aplicación varios tipos de contrato en su artículo 3, entre ellos,

los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria. Este tipo de créditos, por ejemplo, no está excluido del TRLGDCU siempre y cuando se trate de un crédito concedido por un profesional a un consumidor. Es decir, que el artículo 77 del TRLGDCU seguiría vigente para estos contratos, entre otros.

En segundo lugar, conviene observar cuál es el ámbito de aplicación del Texto refundido. La norma se está refiriendo a relaciones entre un particular y un profesional, de modo que quedan fuera de su alcance los negocios en los que ambas partes sean personas que no estén ejerciendo su profesión. Es decir, que no sería aplicable a una compraventa de vivienda llevada a cabo entre particulares, como señala su artículo segundo.

D) La normativa europea existente en materia de vinculación contractual

Hasta la fecha, la Directiva en vigor es la 2008/48/CE[51], relativa a los contratos de consumo. Ha derogado a la Directiva 87/102/CEE[52]. Respecto al ordenamiento español, la transposición de la Directiva 2008/48/CE ha tenido lugar con la LCCC. Las modificaciones introducidas por la actual Directiva con respecto a la anterior son significativas.

La Directiva 87/102/CEE hablaba de vinculación contractual, sin llegar a nombrarla de este modo específicamente, en su artículo 11, cuya redacción decía que *«Los Estados miembros garantizarán que la existencia de un contrato de crédito no afecte en modo alguno los derechos del consumidor frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante dichos contratos, cuando los bienes o servicios no se suministren o no sean conformes al contrato de suministro»*, y después establecía ciertas condiciones en el segundo precepto del artículo. Era, no obstante, una regulación en la materia que podemos considerar arcaica, muy lejana a la visión actual de la vinculación contractual.

La Directiva 2008/48/CE ha mejorado la situación, pero no ha conseguido librarse de las críticas debido a su redacción, cuya comprensión resulta compleja. Establece en su artículo 15[53], que lleva por nombre «Contratos de crédito vinculados», dos previsiones para los contratos vinculados. El primer precepto del artículo 15 recoge una regla que ya existía en el derecho interno español, pero que carecía de previsión en la anterior Directiva, estableciendo que siempre que el consumidor desista del contrato de consumo quedará liberado respecto del contrato de préstamo. Respecto del segundo precepto del artículo 15 de la Directiva 2008/48/CE, la redacción no varía excesivamente en comparación con la anterior Directiva. Básicamente, establece el derecho de recurso del consumidor frente al prestamista, de lo que puede entenderse que tendrá la potestad de interponer acciones contra este último.

Continuando con la Directiva 2008/48/CE, hay que advertir que no juega el principio de armonización plena. Y es que, aunque el artículo 22[54] de la Di-

rectiva permitiría entender lo contrario, lo cierto es que el artículo 15.3[55] deja abierta la posibilidad a los Estados Miembros de tener un régimen específico en materia de responsabilidad. Al margen de todo esto, la Directiva excluye de su ámbito de aplicación los préstamos con garantía hipotecaria, tal y como refleja en su artículo 2.2.a): *«La presente Directiva no se aplicará a: a) los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble»*.

El principal problema para establecer la vinculación entre la compra de vivienda y los préstamos con garantía hipotecaria radica en el hecho de que las previsiones de vinculación contractual, tanto de una Directiva como de la otra, se refieren única y exclusivamente a la financiación de bienes muebles. Ambas excluyen de modo expreso de su ámbito de aplicación a los préstamos de financiación de bienes inmuebles.

En la actualidad, está en tramitación, con un Dictamen del Banco Central Europeo estableciendo ciertas recomendaciones[56], la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial[57]. Aunque a buen seguro incluirá modificaciones en su redacción respecto de la conocida hasta la fecha, conviene resaltar un importante avance en la materia que nos ocupa. El artículo segundo de la Propuesta de Directiva, en su apartado primero, establece específicamente que se aplicará a *«los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial»*. En la explicación detallada de la propuesta, desarrolla brevemente la intención del legislador con respecto a la inclusión de este artículo[58].

Encontramos, no obstante, en su Exposición de Motivos, dentro del epígrafe titulado «Disposiciones vigentes en el ámbito de la propuesta», la afirmación de que son varios los Estados que utilizan algunos preceptos de la Directiva/2008/48/CE para un ámbito que no es de su aplicación[59], dado que el artículo 2.2.a) de la Directiva excluye su aplicación a contratos de crédito garantizados por una hipoteca.

Caso de aprobarse, esta Propuesta de Directiva regulará, por primera vez, la concesión de préstamos para adquirir inmuebles a nivel comunitario. Se trata de una norma que busca proteger a los consumidores, incluyendo medidas como, según recoge el artículo 9.2 de la Propuesta *«los Estados miembros garantizarán que el contrato de crédito no pueda celebrarse hasta tanto el consumidor no haya dispuesto de tiempo suficiente para comparar las ofertas, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si aceptar una oferta (…)»*[60]. A este respecto, por ejemplo, encontramos que en España, como señala MARÍN LÓPEZ[61], «se ha hecho una incorporación anticipada de algunas de las

normas contenidas en esta Propuesta de Directiva». Por ejemplo, respecto de la oferta vinculante realizada por la entidad financiera, que debe tener una vigencia de al menos 14 días naturales desde su fecha de entrega, tal y como estipula la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios[62], en su artículo 23.

En lo que respecta al caso español, la transposición ha sido fidedigna a la Directiva 2008/48/CE en este punto, de forma y manera que los préstamos con garantía hipotecaria no entran dentro del ámbito de aplicación de la normativa española, siendo expresamente excluidos del mismo.

II. LA VINCULACIÓN CONTRACTUAL EN LOS BIENES INMUEBLES.

Como hemos podido observar, ninguna de las normas existentes en el ordenamiento jurídico español nos permite establecer de modo directo una vinculación contractual entre los préstamos con garantía hipotecaria y la financiación de la compraventa de vivienda. Así pues, solo cabe recurrir a los planteamientos doctrinales y la analogía, observando las similitudes existentes con bienes muebles y buscar una posible justificación a su aplicación.

Dado que hay varios indicios que pueden, con mayor o menor facilidad, permitirnos defender —en algunos casos, en otros probablemente resultará imposible— la vinculación contractual entre ambos contratos, vamos a analizarlos de modo independiente para poder incidir más en los detalles específicos de cada uno de ellos.

1. La subrogación hipotecaria[63]

Una subrogación es un negocio jurídico mediante el cual una persona sustituye a otra en una obligación. Si bien puede darse en ambas posiciones, ya sea en la figura del acreedor o del deudor, en lo que aquí respecta nos centraremos únicamente en la posición que ocupará el comprador de vivienda que vaya a subrogarse en un préstamo hipotecario concertado por un vendedor profesional. Así, el comprador asumirá la posición del deudor, convirtiéndose de este modo él en el nuevo deudor de la entidad financiera.

Esta figura se corresponde más con la pasada coyuntura económica, anterior a la crisis, donde la facilidad de obtención de crédito suponía que el hecho de contratar una subrogación hipotecaria podía limitar los derechos de los consumidores, pues podía imponerles condiciones menos beneficiosas que otro préstamo que ellos pudieran contratar por su cuenta. De esta manera, la jurisprudencia entendió pronto que la imposición al comprador de las cláusulas de subrogación en un préstamo suponía una limitación a los derechos del adquirente, que

se veía de este modo privado de acceder a uno con mejores condiciones. Hoy día, el panorama ha cambiado bruscamente, la facilidad de crédito se ha visto notablemente mermada y la imposibilidad de obtenerlo se ha convertido en uno de los principales problemas, algo inimaginable hace apenas cinco años.

A la hora de analizar la posible vinculación, vamos a diferenciar entre subrogación voluntaria y obligatoria.

A) La subrogación hipotecaria voluntaria

Es, con la normativa en la mano, la única que puede tener lugar de modo legal. Al comprador de una vivienda se le puede ofrecer la posibilidad de subrogarse en el préstamo con garantía hipotecaria concertado por el vendedor del inmueble, pero en ningún caso se le puede obligar a hacerlo. Tampoco se le puede imponer coste o penalización alguna si opta por otro préstamo hipotecario.

No obstante, y aunque el comprador decida solicitar información en varias entidades financieras en busca de la mejor opción para sus intereses, puede libremente llegar a la conclusión de que le interesa subrogarse en el préstamo concertado por su vendedor. De esta forma, de modo voluntario, previa aceptación del prestamista, se situará frente a la entidad financiera en la posición que anteriormente ostentaba el vendedor, esto es, como deudor.

Ahora bien, en este supuesto, ¿puede justificarse la existencia de vinculación contractual entre la compra de vivienda y la subrogación hipotecaria? Podemos emplear los argumentos básicos de esta teoría, y afirmar que existe nexo causal, dado que el adquirente se sitúa en la posición que ostentaba el vendedor porque quiere adquirir la vivienda, y no por ninguna otra razón. Es decir, aunque hablemos de que la subrogación es voluntaria, no lo es a título de amabilidad por parte del adquirente, ni por ninguna otra razón vacua, sino porque el consumidor desea comprar la vivienda, y para ello debe estar en disposición de pagarla. Lo habitual será, además, que ambos contratos se firmen el mismo día, en el mismo momento, algo que vendrá a reforzar el hecho de su vinculación, pero que por sí solo no constituye ni mucho menos prueba definitiva. También puede analizarse la colaboración entre vendedor y prestamista, pero en este supuesto, en que es el propio consumidor quien tiene la potestad de elegir si se subroga o no, nos encontramos con un argumento que va a carecer de toda fuerza.

Con lo cual, para este supuesto, sin tener mayores conocimientos de las cláusulas existentes en el contrato, el único argumento para defender la vinculación contractual entre la compra de la vivienda y la subrogación hipotecaria que puede parecer razonable sostener es la existencia de nexo causal entre estos dos contratos. El hecho de firmar ambos contratos al mismo tiempo, o el mismo día, será solo un plus más para poder defender la vinculación, pero no constituirá por sí mismo prueba suficiente para establecer la vinculación contractual[64].

B) La subrogación hipotecaria obligatoria

Lo primero que hay que comentar de este supuesto, es que si se produce, nos encontraremos ante una cláusula de carácter abusivo[65], y deberá tenerse por no puesta[66]. Dado que dicha solución llegará tarde, pues el comprador ya estará pagando su préstamo hipotecario, el juez integrará la cláusula de modo que el adquirente quede liberado para negociar con cualquier otra entidad financiera sin tener que pagar ningún gasto por ello, y además deberá ser restituido en los gastos o comisiones extras en que haya incurrido[67].

Ahora bien, la existencia de esta cláusula en un contrato de compraventa de vivienda será un argumento de defensa de la teoría de la vinculación contractual —podemos justificar con más fuerza que en el supuesto anterior una colaboración entre vendedor y prestamista—, pero también supondrá un problema importante de aplicación, nos explicamos.

Los dos argumentos defendidos en el supuesto anterior de subrogación voluntaria —el nexo causal y la firma de los dos contratos el mismo día— siguen plenamente vigentes en este caso, pero la colaboración entre la entidad financiera y el vendedor aparece de modo más evidente. El hecho de que un contrato dirija automáticamente a la celebración de otro —o la continuidad de otro contrato mediante la subrogación del deudor— no puede sino significar la existencia de algún tipo de colaboración entre las partes que formalizaron el contrato original. El hecho de que la actual LCCC no exija como un presupuesto para establecer la vinculación contractual la colaboración entre las partes, o la existencia de un acuerdo previo, no implica que esta carezca de fuerza probatoria para demostrar nuestra hipótesis. Todo lo contrario, será un argumento a favor de nuestra teoría. Ya ha quedado claro durante la redacción de este Trabajo que la LCCC no es aplicable a los supuestos de vinculación contractual que aquí estamos tratando, pero solo la analogía e interpretación de las normas actuales que contemplen supuestos similares puede permitirnos en la actualidad comenzar a elaborar una teoría que nos lleve a algún resultado.

Pero una aplicación analógica no sería tan simple en este supuesto. La normativa señala que una cláusula abusiva debe tenerse por no puesta en un contrato y procederse a su integración[68]. Así las cosas, ¿puede un consumidor adquirente de vivienda beneficiarse de la existencia de una cláusula abusiva como la obligación de subrogación hipotecaria para establecer la vinculación contractual entre la compra de la vivienda y el préstamo con garantía hipotecaria? Si los supuestos se analizan en dos procesos judiciales distintos —entendiendo que en primer lugar se procediera a la integración de la cláusula abusiva— debe entenderse que la respuesta a nuestra cuestión será negativa, pues la cláusula ya no formaría parte del contrato. En cambio, si en el proceso se está conociendo de la vinculación contractual y este es el primero al que se somete el contrato en cuestión, —con la cláusula abusiva vigente en él, por lo tanto—, lo razonable

será entender que sí puede el consumidor beneficiarse de ella para argumentar la vinculación contractual, dado que continúa vigente y siendo parte del contrato.

C) La imposibilidad de subrogación

Este problema apenas sí tenía relevancia antes de la crisis económica actual, dado que el acceso al crédito, sobre todo para la adquisición de una vivienda, se obtenía con gran facilidad. De un tiempo a esta parte, las condiciones para el acceso al crédito han experimentado un aumento del número de exigencias por parte de los prestamistas, lo cual se traduce en que el número de solicitudes de préstamos con garantía hipotecaria rechazadas ha aumentado. Esto implica que hay ciertas personas que adquieren una vivienda y después no consiguen crédito alguno para pagarla.

La tesis sostenida por la jurisprudencia existente en estos casos sigue dos directrices principales. La primera considera que cabe la resolución de la compraventa de vivienda si existe previsión contractual al respecto en la cláusula de subrogación —lo que desde estas líneas podríamos bautizar como cláusula de vinculación—. La segunda línea plantea que si no hay cláusula expresa que lo permita, no cabe, como regla general, la resolución por parte de la compradora con fundamento en la denegación de la subrogación del préstamo hipotecario constituido por el vendedor[69]. Este último supuesto es, por ejemplo, el que se dio en la SAP Madrid (Sección 19.ª), de 6 de febrero de 2012 *(JUR* 2012/109064). En este caso, la compradora de la vivienda solicita la resolución del contrato puesto que se le denegó la subrogación en el préstamo[70].

No obstante, en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2013 *(RJ* 2013/3162) se admite la resolución del contrato de compraventa de vivienda, con apoyo en la inclusión en el contrato de una cláusula oscura, por la cual la compradora podía entender que el vendedor de la vivienda le realizaría una oferta de subrogación en un préstamo hipotecario que nunca se produjo[71], lo que motivó un escrito de la compradora, renunciando a la compra y aceptando las penalizaciones legales derivadas de tal decisión. La empresa vendedora reclamó por vía judicial el cumplimiento del contrato de compraventa y además cobrar los intereses en el retraso del pago. El Juzgado de Primera Instancia número 19 de Valencia, que fue el que conoció el caso en primer lugar, condenó a la demandada —la compradora— al pago de la vivienda y de los intereses moratorios. La compradora apeló la sentencia, y la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Valencia se pronunció a su favor, anulando la sentencia anterior y desestimando de modo íntegro la demanda interpuesta por la vendedora. Esta última interpuso recurso extraordinario por infracción procesal, que fue admitido. La solución adoptada por el Tribunal Supremo es la ya mencionada: dio la razón a la compradora y admitió la resolución del contrato.

En algunas ocasiones se ha intentado, por parte de los compradores, recurrir a la regla *rebus sic stantibus* para resolver el contrato. La aplicación de esta regla se produce de manera muy limitada y con mucha cautela por parte del Tribunal Supremo, como quedó patente en la Sentencia de 17 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 1819). El litigio que motivó el procedimiento versaba sobre la resolución de un contrato de compraventa de vivienda, solicitada por el comprador, ante la imposibilidad de obtener financiación para proceder al pago del precio. En el contrato se contemplaba la decisión de la parte compradora de *«subrogarse al préstamo del promotor»*, pero también se contemplaba la posibilidad de que la entidad de financiación denegara la subrogación. Los compradores comunicaron a la vendedora su intención de rescindir el contrato y recuperar la cantidad entregada a cuenta del precio *«o en su defecto lo correspondiente tras aplicar el 25% de la cláusula penal por incumplimiento»*. La empresa vendedora se opone a tal resolución, pidiendo la desestimación y formulando reconvención para que se condenara a los compradores a cumplir el contrato y pagar la parte pendiente del precio más los intereses legales desde la interpelación judicial. Al responder a la reconvención, los demandantes iniciales argumentaron que el hecho de no conseguir financiación se debía a un caso fortuito o fuerza mayor, alegando la situación existente al tiempo de firmar el contrato —28 de abril de 2008— y la sobrevenida al ser requeridos para otorgar escritura pública —29 de julio de 2008—.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda de los compradores, absolviendo a la compañía vendedora, y estimó la demanda reconvencional de esta última, condenando a los compradores a abonar la cantidad restante del pago, más los intereses. Los compradores interpusieron recurso de apelación ante la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Castellón, donde estimaron el recurso y declararon resuelto el contrato de compraventa. Ante este pronunciamiento, la vendedora presentó recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de apelación. El Tribunal Supremo desestimó el recurso extraordinario por infracción procesal, pero estimó el recurso de casación y confirmó la sentencia de primera instancia, incluido su pronunciamiento en costas —que implicaba el pago de las mismas por la parte actora—. El Tribunal Supremo sigue un fundamento básico para llegar a la conclusión de rechazar la regla *rebus sic stantibus* en este caso, con toda la razón, al considerar muy escaso el tiempo transcurrido entre la firma del contrato y el requerimiento para otorgar escritura pública, dado que solo transcurren tres meses y el inicio de la crisis ya había tenido lugar en abril de 2008.

No obstante, ya existe un precedente posterior a este pronunciamiento judicial que ha admitido la regla *rebus sic stantibus*, posibilidad que no descartaba para algunos supuestos la ya comentada Sentencia de 17 de enero de 2013[72]. Nos estamos refiriendo a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2013, *(RJ* 2013, 3268), en la que el Tribunal aplicó la regla *rebus sic stantibus* debido

al retraso en la entrega de la vivienda por parte del vendedor. Concretamente, la entrega de la vivienda debía tener lugar en marzo del año 2007, pero se le entregó en abril del año 2008.

El procedimiento se inició por parte de la sociedad compradora, que presentó demanda solicitando la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de las obligaciones de la vendedora, relativas tanto al plazo de entrega de la vivienda como a la falta de subrogación en el préstamo hipotecario que se le había ofrecido. La compañía vendedora se opuso a la demanda y formuló demanda reconvencional en la que solicitaba el cumplimiento del contrato, así como el pago del precio y el otorgamiento de la correspondiente escritura pública. Tanto la sentencia de primera instancia, —Juzgado número 11 de Granada, de 12 de enero de 2010—, como la de segunda, —Audiencia Provincial, Sección 3.ª de Granada, con fecha de 29 de octubre de 2010—, desestimaron la demanda y estimaron parcialmente la reconvención. La sociedad demandante interpone después recurso de casación en el que plantea la relación entre el retraso en el plazo de entrega de la vivienda y la negativa de la entidad financiera a la subrogación del préstamo hipotecario, debido a la crisis económica iniciada en España entre una fecha y otra. Para el Tribunal Supremo, esta es la alegación fundamental[73], dado que considera el plazo como *«esencial en el caso, en cuanto coincidió con el hecho notorio de la crisis económica, que impidió la aceptación bancaria en la subrogación del préstamo hipotecario»*, afirmación que reitera en el Fundamento de Derecho Primero, asegurando que *«yendo al caso concreto, es hecho notorio que la crisis económica que alcanzó a nuestro país, se produjo entre 2007 y 2008, lo que tuvo consecuencias en el ámbito jurídico, especialmente en la concesión de préstamos con garantía hipotecaria y en la aceptación de subrogaciones en los que habían sido concedidos con anterioridad»*. Así, el Tribunal Supremo declara que hay lugar al recurso de casación, casando y anulando la sentencia, así como decretando la resolución del contrato de compraventa de la vivienda y condenando a la demandada a la devolución de la cantidad recibida a cuenta del precio y los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda, elevados en dos puntos.

D) La cláusula de vinculación

Podemos entender que es cláusula de vinculación en esta materia aquella que establece en el propio contrato una conexión entre el préstamo con garantía hipotecaria y la compra de la vivienda. Teóricamente es un supuesto que no ofrece dificultad alguna, pero en la práctica implica que el consumidor tenga un conocimiento de la normativa aplicable a los contratos bastante alto, dado que un ciudadano medio desconoce la existencia de este tipo de cláusulas y, por tanto, no podrá hacer uso de ellas.

Basándonos en la libertad de las partes para negociar, y aceptando que en algunos préstamos con garantía hipotecaria la entidad financiera está dispuesta a hablar respecto a algunas cláusulas, sería lícito estipular en una cláusula que la obtención del crédito quedaría sometida a la entrega de la vivienda. Igualmente, podría negociarse con el vendedor, dejar constancia de que solo se procedería a la compra del inmueble si se obtuviera la financiación necesaria para poder efectuar el pago del precio.

En caso de que realmente existiera la posibilidad de negociación, y la entidad financiera aceptase incluir esta cláusula en el contrato, lo más probable es que ofreciera condiciones menos beneficiosas a su cliente[74].

Ahora bien, si al final de la negociación dicha cláusula, bien expresa o bien tácitamente, formara parte del contrato, debemos entender que no habría problema alguno en que el incumplimiento del vendedor a la hora de entregar la vivienda supusiera la ineficacia automática del contrato de crédito sin gasto alguno para el comprador, como señalan GAVIDIA SÁNCHEZ[75] y ÁLVAREZ LATA[76]. La base para sustentar esto podemos encontrarla en el artículo 1113 del Código Civil, pues la obligación se habría dejado dependiente de un suceso futuro, como sería la concesión del préstamo con garantía hipotecaria.

Cuestión distinta sería si después de la ineficacia del contrato de compra la entidad financiera podría reclamar cierta cantidad al vendedor en concepto de daños y perjuicios, pero probablemente la respuesta sería negativa, pues ellos mismos accedían a establecer la cláusula y asumir así el riesgo derivado de ella.

La posibilidad de aprovecharse de mala fe de esta cláusula hay que verla, también, desde el otro ángulo. Un consumidor puede hacer depender la compra de una vivienda, en la negociación con el vendedor, a la concesión de un préstamo con garantía hipotecaria. Si incluyera dicha cláusula en el contrato y después no lograse la financiación, no tendría obligación alguna de continuar con la compra y pagar el precio, ni ningún otro gasto[77]. Aquí habría que analizar, no obstante, la búsqueda o el intento real del comprador a la hora de lograr dicha financiación, para evitar un abuso de esta posibilidad. Así, el vendedor debería plantearse, al margen de establecer un plazo máximo de tiempo, exigir al comprador solicitar un número mínimo de peticiones de obtención de financiación para que este posteriormente, caso de no lograrla, pueda justificar que no incurrió en culpa, sino que simplemente no la consiguió por diversos motivos[78].

También resultaría interesante establecer en la normativa al respecto algunos baremos financieros de liquidez, pues según la situación económica del solicitante de un préstamo, resultará imposible que se lo concedan. Esto último entroncaría con la pretendida educación financiera de la que comienza a hablarse tanto en tiempos recientes[79].

2. La hipoteca sin subrogación[80]

En este supuesto, el comprador de vivienda negocia por su cuenta con las entidades financieras, eligiendo el préstamo con garantía hipotecaria que considere más oportuno. Aquí, por tanto, no existe colaboración de ningún tipo entre el vendedor y el concedente del préstamo. Por esto mismo, el principal argumento sostenido con anterioridad, que no es otro que dicho acuerdo o colaboración, no resulta aplicable.

Solo podemos contar con el nexo causal y la firma de ambos contratos el mismo día. Además, podemos reforzar nuestra argumentación con otras ideas que también podrían ser aplicables a los supuestos anteriores, pero que son más de justicia social que de Derecho. Serían la posibilidad de que dispone la entidad financiera de analizar mejor la situación económica del vendedor[81], la mayor presión que sobre este puede ejercer, y la capacidad de soportar mejor las pérdidas que el consumidor[82].

Así, en este caso en particular, solo podemos añadir a la defensa de la vinculación contractual la existencia de la LVPBM, dado que nuestra opinión es que el comprador de una vivienda mediante préstamo hipotecario no puede estar en peor situación que quien adquiere un bien mueble a plazos.

El préstamo con garantía hipotecaria sin subrogación será, probablemente, el supuesto más complejo de todos a la hora de defender su vinculación contractual con la compraventa de vivienda. No obstante, ello no es óbice para descartar dicha vinculación directamente, dado que en función del clausulado del contrato de compraventa y del préstamo con garantía hipotecaria podemos encontrar argumentos para establecer la conexión entre ambos. Uno de estos argumentos sería la existencia de una cláusula de destino del préstamo.

Esta cláusula puede darse en cualquier préstamo con garantía hipotecaria, pero tiene más lógica su existencia en uno que se produzca sin subrogación. La finalidad de la misma es garantizar, por parte de la entidad financiera, que el dinero prestado a su cliente se dedica al pago de la vivienda que ha adquirido.

Si bien a un comprador puede resultarle indiferente la existencia de esta cláusula, pues su intención —habitualmente al menos— será emplear el dinero precisamente para dicha finalidad, su carácter es, a mi entender, abusivo[83]. Cuando a alguien le conceden un préstamo, el dinero pasa a ser de su propiedad, y el prestamista no tiene potestad alguna para obligar a su cliente a utilizarlo para un uso específico.

Nos encontramos ahora ante la misma disyuntiva existente en la subrogación hipotecaria de carácter obligatorio, salvo que en esta ocasión, además, esta cláusula nos permite establecer una conexión clara entre la compra de la vivienda y el préstamo. Y es que se trata de un vínculo más fuerte que el hecho de que los contratos, por ejemplo, se firmen el mismo día. En este caso, la propia entidad financiera nos está indicando que, específicamente, el dinero que nos presta solo puede ser destinado a la finalidad indicada. Por tanto, el nexo causal de la petición

de dicho crédito es más que evidente, pues no tiene ningún sentido solicitarlo para adquirir ningún otro bien. Es más, debería venir reforzado por el hecho de que es la propia entidad financiera la que está vinculando el contrato, de forma voluntaria dado que es ella la parte que redactó el contrato, a la compraventa.

3. La compraventa entre particulares

En principio, establecer una justificación a la vinculación contractual en el caso de un negocio de compraventa de vivienda entre particulares, cuando el adquirente ha solicitado un préstamo con garantía hipotecaria, resulta mucho más complejo que en el caso de que el vendedor sea un profesional. El único argumento que podremos aplicar en este supuesto será la mayor posición de fuerza que tendrá la entidad financiera respecto del vendedor de la que dispondrá el comprador, puesto que muchos otros empleados en supuestos anteriores no tendrán aplicación aquí. Y es que, en el caso de una compraventa entre particulares, por ejemplo, el contrato de compraventa del inmueble no será ya de adhesión, puesto que ambas partes se encontrarán en una posición similar y podrán negociar. Igualmente, tampoco se dará el supuesto de subrogación hipotecaria obligatoria —e incluso la voluntaria se producirá en muy pocas ocasiones—.

También serán, en principio, menores los riesgos a que el comprador deba enfrentarse. Cuando se adquiere la vivienda a un constructor o promotor, en muchas ocasiones la compra se realiza sobre plano, esto es, con el inmueble todavía sin finalizar su construcción. Cuando se adquiere a un particular, lo habitual será adquirir una vivienda ya finalizada —al menos en la actualidad, dado que la actividad de los especuladores que se dedicaban a comprar viviendas sobre plano para venderlas sin utilizarlas un tiempo después ha descendido notablemente con la crisis inmobiliaria—, de modo que el incumplimiento del vendedor ocurrirá en un menor número de ocasiones.

No obstante, el hecho de que de un modo genérico no podamos justificar la vinculación contractual entre ambos contratos no implica que de forma casuística carezcamos de dicha posibilidad. Dado que las partes se encontrarán en una posición más equitativa, no será tan complejo que el comprador consiga incluir en el contrato alguna cláusula que le permita desvincularse de la compra en el caso de que le denieguen la financiación necesaria para hacer frente al pago de la obligación.

III. CONCLUSIONES

I. La vinculación contractual entre la compraventa de vivienda y los préstamos con garantía hipotecaria está mucho menos desarrollada en el Derecho

que en la vida real. A nadie se le escapa el hecho de que resulta necesaria la obtención de financiación para poder pagar el precio de un inmueble, pero el Derecho no extrae consecuencias jurídicas de esta conexión.

II. Mientras se admite en nuestro ordenamiento jurídico esta figura para los bienes muebles y los servicios, no hay ninguna teoría desarrollada respecto a los inmuebles. No obstante, la existencia respecto de los primeros permite sostener argumentos más que suficientes que respaldan el hecho de que los contratos vinculados son una realidad. Otra cuestión es cómo quiera enfocarlos el legislador. En este aspecto, no está claro cuál será la evolución de la teoría aquí defendida, que no es otra que, en el momento en que se produzca el incumplimiento de alguna de las partes con las que ha debido contratar el comprador, este no se vea perjudicado en modo alguno y pueda rescindir el contrato con la otra parte, sin coste alguno.

III. Se ha señalado por parte de la doctrina que la vinculación contractual no será aplicable en la materia que nos ocupa hasta que no exista una ley que específicamente permita establecerla. Por esto mismo, la STS de 24 de abril de 2013 puede constituir un hito importante. Y es que, si bien no menciona expresamente la vinculación contractual como tal, sí permite establecer de forma subrepticia una conexión entre la compra de vivienda y la obtención de financiación, todo ello, como hemos visto, sin norma alguna que establezca vinculación entre estos dos negocios.

IV. No parecen existir dudas sobre el hecho de que existe vinculación entre la compra de la vivienda y el préstamo con garantía hipotecaria en los casos en que de modo expreso se haya incluido en el contrato una cláusula en este sentido por las partes. Pero la Sentencia de 24 de abril de 2013 es, sin lugar a dudas, el primer paso para afirmar que ni siquiera tal cláusula es necesaria, y que la vinculación entre ambos contratos puede existir en determinados casos cuando la adquisición de un inmueble se realice mediante la obtención de financiación. Algo que, como hemos reseñado al principio de este trabajo, se produce en la gran mayoría de los casos en nuestro país.

V. El reconocimiento de la vinculación contractual respecto de compraventa de vivienda y el préstamo con garantía hipotecaria empleado para financiarla implicaría que los compradores pudieran renunciar a la compra en caso de no obtener la financiación —sin sufrir penalización alguna—, serían nulas las cláusulas que obligasen al adquirente al pago al contado, y la ineficacia del contrato de compra implicaría también la del de financiación. Además, el comprador, al margen de poder dirigirse contra el vendedor, podría hacer lo propio contra el prestamista si no se le ha entregado la vivienda siempre que hubiera reclamado contra el vendedor sin obtener la satisfacción a que tiene derecho. En definitiva, supondría una clara mejora de las condiciones y la seguridad que tendrían los compradores al adquirir una vivienda.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación*. Madrid: Civitas.

ÁLVAREZ LATA, N. (2012). La denegación a la compradora de la subrogación en el préstamo hipotecario: ¿constituye causa de resolución del contrato? *Revista CESCO*, núm. 4, 99-117.

ARRUÑADA, B. (2013). La reforma de la responsabilidad hipotecaria. *RCDI*, núm. 735, 37-67.

CAÑIZARES LASO, A. (1996). *El pago con subrogación*. Madrid: Civitas.

CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J. (2008). *Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I, Garantías personales. Hipoteca*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.

CARRASCO PERERA, Á. (2010). *Derecho de contratos*. Cizur Menor: Thomson Reuters.

CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2012). *Derecho de la construcción y la vivienda*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.

COLEGIO DE REGISTRADORES DE ESPAÑA. (2013). *Estadística Registral Inmobiliaria —1er trimestre 2013—*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España.

— (2013). *Panorama registral. Impagos hipotecarios de vivienda 2012*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES y BANCO DE ESPAÑA. (2012). *Plan de Educación Financiera*. Madrid: Comisión Nacional del Mercado de Valores y Banco de España.

DEFENSOR DEL PUEBLO. (2012). *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones y propuestas del Defensor del Pueblo*, Madrid: Defensor del Pueblo.

DÍAZ FRAILE, J. M. (2013). Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica. *RCDI*, núm. 735, 111-171.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1981). *Sistema de Derecho Civil, volumen III. Derecho de cosas*. Madrid: Tecnos.

DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I*, 6.ª ed. Cizur Menor: Thomson Reuters.

FABRA VALLE, G. (1999). *Manual práctico de Contratos civiles*. Madrid: Edisofer, S. L.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (1998). Régimen jurídico del crédito al consumo. En: U. Nieto Carol (dir.), *Contratos bancarios y parabancarios*. Valladolid: Lex Nova (pp. 247-272).

GARCÍA GIL, F. J. (2008). *La Compraventa de Vivienda con Préstamo Hipotecario. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, 2.ª ed. Pamplona: Dapp.

GARCÍA MAS, F. J. (1996). Breve análisis sobre la Ley de Crédito al Consumo de 23 de marzo de 1995. *RCDI*, núm. 637, 2179-2202.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. (1996). *El crédito al consumo (cesión y créditos vinculados)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

GIORGIANI, M. (1937). Negozi giuridici collegati. *Riv. it. scienz. Giur.* 275-352.

GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2013). Presente y futuro de la garantía hipotecaria, *RCDI*, núm. 735, 19-35.

LACRUZ BERDEJO, J. L. (2003). *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, vol. I. Madrid: Dykinson.

LÓPEZ FRÍAS, A. (1994). *Los contratos conexos*-Barcelona: Bosch.

MARÍN LÓPEZ, M. J. (2010). *Crédito al consumo y contratos vinculados. Estudio jurisprudencial*. Cizur Menor: Thomson-Reuters.

— (2011). Los contratos vinculados en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo. *Centro de Estudios de Consumo, CESCO*, www.uclm.es/centro/cesco, febrero de 2011. Consultado el 14 de junio de 2013.

— (2012). El crédito al consumo y el crédito hipotecario: regulación en la Unión Europea y tratamiento en el Derecho español. En S. Cámara Lapuente (dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*. Cizur Menor: Thomson Reuters, pp. 335-360.

— (2012). Una nueva STS (la sexta) sobre contratos vinculados (STS de 20 de julio de 2012). *Centro de Estudios de Consumo, CESCO*, www.uclm.es/centro/cesco. Consultado el 12-6-2013.

MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2013). Propuesta de Directiva relativa al crédito hipotecario. Análisis de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre los contratos de crédito relativos a los bienes inmuebles de uso residencial, COM (2011) 142 finales, Bruselas, el 31 de marzo de 2011. *Centro de Estudios de Consumo, CESCO*, www.uclm.es/centro/cesco. Consultado del 14 de junio de 2013.

MEZQUITA DEL CACHO, J. L. (1989). *Seguridad jurídica y Sistema Cautelar. Teoría de la Seguridad Jurídica*, vol. I. Barcelona: Bosch.

MINISTERIO DE FOMENTO. (2012). *El ajuste del sector inmobiliario español*. Madrid: Ministerio de Fomento.

MORALEJO IMBERNÓN, N. (2010). *El contrato de Hipoteca Inmobiliaria*. Cizur Menor: Thomson Reuters.

MORALES MORENO, A. M. (1982). El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa. *ADC*, vol. 35, núm. 3, 591-684.

NICOLÒ, R. (1937). Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario, *Foro it.,* núm. I, 1476-1483.

NIETO CAROL, U. (2000). *La Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*. Valladolid: Consejo General del Poder Judicial, Lex Nova.

PAGADOR LÓPEZ, J. (1999). *Condiciones generales y cláusulas predispuestas*. Madrid: Marcial Pons.

PARDO GATO, J. R. (2004). *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*. Madrid: Dijusa.

PASQUAU LIAÑO, M. (dir). (2009). *Jurisprudencia Civil Comentada, Código Civil*, 2.ª edición. Granada: Comares.

SÁNCHEZ LERMA, G. A. (1997). Los instrumentos cambiarios y la defensa de los consumidores; el artículo 12 de la Ley de Crédito al Consumo. *Act. Civ.*, núm. 2, 343-368.

SOLER PASCUAL, L. A. (1997). La vinculación contractual en el ámbito del consumo. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, núm. 2, 335-362.

— (2007). Los contratos vinculados. En: S. Vilata Menadas (dir.), *Venta de bienes fuera de establecimiento mercantil. La carta de revocación*. Madrid: CGPJ, Madrid. Pp. 279-337.

TEYSSIE, B. (1975). *Les groupes de contrats*. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, R. Pichon & R. Durand-Auzias.

VERDERA SERVER, R. (1996). Liquidación de relaciones contractuales derivadas de crédito al consumo: notas sobre el artículo 9 LCC, *ACD,* núm. II, 617-718.

NOTAS

[1] DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (1981). *Sistema de Derecho Civil, volumen III. Derecho de cosas,* p. 187. Madrid: Tecnos. Así, los autores afirman que *«(L)a propiedad del suelo es en la actualidad objeto de una minuciosa atención del legislador, hasta el punto de que puede afirmarse, sin asomo de duda, que no le es aplicable en grandísima medida la definición que del derecho de propiedad da el artículo 348 del Código Civil»*.

[2] LACRUZ BERDEJO, J. L., (2003). *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, volumen I, p. 331. Madrid: Dykinson.

[3] Recogidos en los artículos 10, 17 y 18 de la Constitución Española, respectivamente. El problema básico que encontramos en la materia es que se trata de un derecho social y que, por tanto, únicamente puede ser alegado ante los tribunales en función de lo dispuesto en las leyes que lo desarrollen, como establece el propio artículo 47. Su inclusión en la Constitución no implica un reconocimiento de un derecho universal a que un sujeto pueda ser propietario de una vivienda. Además, es un derecho configurado a través de perspectivas jurídicas muy distintas, incluyendo la civil, la hipotecaria o la financiera, entre otras.

[4] En la actualidad, en España el 81% de la vivienda lo es en régimen de propiedad. Ministerio de Fomento, *El ajuste del sector inmobiliario español*, enero 2012.

[5] Extraído del artículo 34.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) del año 2000. Podemos aquí ver reflejado el gran peso que otorga la Unión Europea a las libertades de mercado en comparación con los derechos sociales.

[6] Termina por entenderse, por parte de la doctrina y la jurisprudencia, que será suficiente una información que, en referencia a los conocimientos de un consumidor medio, permita comprender la naturaleza de las obligaciones que se vayan a contraer. En materia de compra de vivienda y préstamos con garantía hipotecaria viene hablándose, de un tiempo a esta parte, de la necesaria educación financiera del consumidor. Mientras, en otras normas, como en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial [Comisión Europea, Bruselas, 31 de marzo de 2011. COM(2011) 142 final. 2011/0062 (COD)], se afirma, en referencia a los problemas de los mercados hipotecarios de la Unión Europea, que: *«Estos problemas se deben a deficiencias del mercado y de la normativa, pero también a otros factores, como la coyuntura económica general y la escasa cultura financiera»*.

[7] Fue SALEILLES quien introdujo el término en Derecho, en 1901.

[8] Término acuñado por CALAIS-AULOY, en 1992, en su libro *Droit de la consommation*, pp. 18 y sigs.

[9] Lo cierto es que, el hecho de justificar el posicionamiento más débil del consumidor de vivienda por el exceso de demanda sobre el de oferta, podía llegar a ser válido en nuestro país incluso hasta el año 2007 y la explosión de la burbuja inmobiliaria. Pero ahora mismo no vale, ya que aunque los precios han descendido, y la demanda se ha desplomado, —ahora mismo en España el stock de viviendas vacías disponibles es, según la estimación del Ministerio de Fomento en 2010, de 687.523—, la capacidad de negociación del comprador sigue siendo muy escasa. En compraventas entre particulares sí que ha mejorado la situación, pero cuando el consumidor busque adquirir un inmueble a una entidad financiera, el contrato continuará siendo de adhesión y la posibilidad de negociación prácticamente nula. La bajada de precios —cifrada en torno al 30%—, se ha producido por el mero efecto de la oferta y la demanda. Las ventas de vivienda en 2012 fueron de 330.750, mientras que en el primer trimestre de

2013 se ha registrado, por primera vez en los últimos ocho trimestres, un aumento de ventas respecto del trimestre anterior, algo que los responsables achacan a la reforma fiscal de 2012, que implicó un mayor número de ventas a finales del año pasado y que han sido registradas a inicios de 2013. *Estadística Registral Inmobiliaria —1er trimestre 2013—*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, 2013.

[10] MORALES MORENO, A. M. (1982). El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa, *ADC*, vol. 35, núm. 3, 591-684.

[11] MEZQUITA DEL CACHO, J. L. (1989). *Seguridad jurídica y Sistema Cautelar. Teoría de la Seguridad Jurídica*, vol. I, p. 364. Barcelona: Bosch. No puedo estar más de acuerdo con esta afirmación, dado que resultará mucho más sencillo solventar el problema antes de que se produzca, de manera que puedan establecerse otras condiciones contractuales —o directamente no firmar el contrato, pues insisto en que la posibilidad negociadora en esta materia es más bien escasa—, que una vez producido.

Es habitual que los consumidores no lean el contrato, y si lo hacen suele deberse a que ya se ha producido el problema. Tampoco la redacción de los mismos colabora en absoluto, tanto por la abundancia de la letra pequeña como por el exceso de cláusulas y folios que contienen. Menos todavía en España, donde la buena fe de las partes se presume siempre, tal y como señala el artículo 434 del Código Civil.

[12] GRAZIANI, A., «Credito», *NDI, IV*, p. 1079. El autor salvaba la objeción que suponen las diferencias establecidas entre crédito e intercambio de bienes explicando que *«existe una equivalencia objetiva que resulta de la divergencia subjetiva de los valores comparados»*. Es decir, que el deudor valora más el bien actual —la vivienda— que el que deberá restituir, y el acreedor, a la inversa, valora más el bien que le restituirán en el futuro que el actual.

Cabría, no obstante, a mi entender, plantear objeciones a lo estipulado por el autor, dado que esto sería válido en casos como la segunda vivienda y siguientes, o en bienes muebles que no fueran estrictamente necesarios, como un automóvil o una nueva televisión. En los bienes inmuebles que constituyan primera residencia, sin embargo, no podemos olvidar que son de primera necesidad. Es cierto que puede objetarse que la mayoría de las veces la gente puede alojarse con algún familiar o que pueden optar por el alquiler. En el primero de los casos, no siempre existe la posibilidad y, respecto del segundo, no podemos olvidar que desde hace muchos años en España se ha fomentado sobre cualquier otra posibilidad la compra de vivienda, quedando en el imaginario colectivo como la mejor opción y casi la única. Existieron momentos, antes del estallido de la burbuja inmobiliaria, que la lógica dictaba que era mucho mejor comprar —pues el valor de inmueble siempre subía— que decantarse por cualquier otra posibilidad. De hecho, los datos reflejan que el 81% de la vivienda en España lo es en régimen de propiedad, mientras que el 17% está en régimen de alquiler, según el Ministerio de Fomento, en *El ajuste del sector inmobiliario español*, enero 2012.

[13] Si bien existen otros modos de acceder a la propiedad de una vivienda, como serían el pago en efectivo, la permuta o el trueque, la mayoría de los compradores debe recurrir al préstamo con garantía hipotecaria. De hecho, gran parte de la deuda española de carácter privado tiene que ver con los préstamos con garantía hipotecaria —en torno al 77% según datos del INE—. De todas las hipotecas constituidas sobre viviendas, la mayoría lo son por la adquisición del propio inmueble —no olvidemos que pueden celebrarse para comprar otros bienes—. Además, la gran parte de las hipotecas que se contratan en nuestro país son de tipo de interés variable. Sin ir más lejos, de las contratadas en el primer trimestre de 2013, son de interés variable el 95,22%. *Estadística Registral Inmobiliaria —1er trimestre 2013—*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, 2013.

[14] Si bien esta afirmación puede resultar una obviedad así analizada, veremos posteriormente que es algo a tener muy en cuenta en la posibilidad de apreciar si existe vinculación contractual. Y es que, en los casos que dieron origen a la aplicación de la vinculación contractual en nuestro país —alejados de materia de vivienda, eso es cierto, dado que se referían a academias de idiomas—, uno de los argumentos básicos se centró en discernir si se trataba de un único contrato o de varios.

[15] El desarrollo del artículo 140 de la Ley Hipotecaria, estableciendo préstamos con garantía hipotecaria limitada sería una posibilidad a considerar, opción que por el momento el legislador parece no tener entre sus prioridades. Algunos de los argumentos que se esgrimen en contra se refieren a que conllevaría un desincentivo al pago del crédito, efecto llamada a la desvalorización y fomento del abandono del inmueble (GÓMEZ GÁLLIGO, J. [2013]. Presente y futuro de la garantía hipotecaria. *RCDI,* núm. 735, 19-35). Otros argumentos serían la injusticia de esta medida, que no distinguiría entre deudores de buena y mala fe, además de suponer un coste a todos los ciudadanos, poner en grave riesgo la solvencia de bancos y cajas y dificultar la capacidad de España para financiarse en el exterior (ARRUÑADA, B. [2013]. La reforma de la responsabilidad hipotecaria. *RCDI*, núm. 735, 37-67). También se apunta cómo si se modifica el régimen real de las garantías en el sentido de limitar la responsabilidad en los préstamos con garantía hipotecaria se dificultaría el acceso al crédito y, por tanto, a la vivienda (DÍAZ FRAILE, J. M. [2013]. Limitación de la responsabilidad hipotecaria: revisión de la ejecución hipotecaria y de la dación en pago en el contexto de la actual crisis económica. *RCDI*, núm. 735, 111-171).

[16] Durante el primer trimestre de 2013 se adquirieron 100.768 viviendas. *Estadística Registral Inmobiliaria —1er trimestre 2013—*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, 2013.

[17] Diario Oficial de la Unión Europea, de 28 de febrero de 2014, L60, p. 34 y sigs.

[18] En concreto, el Reglamento Delegado (UE) nº 1125/2014 de la Comisión, de 19 de septiembre de 2014, por el que se complemente la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las normas técnicas de regulación del importe mínimo del seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía comparable de que deben disponer los intermediarios de crédito.

[19] Así lo señala la STS de 10 de enero de 1991 [R. 294]. También encontramos en referencia a este tema la STS de 20 de septiembre de 2001 [R. 7530], que relaciona el derecho real de hipoteca con el artículo 1911 de nuestro Código Civil, declarando lo siguiente: *«la concreción de la garantía hipotecaria sobre los bienes a que se sujeta la misma es, por completo, preferencial como tal crédito de privilegio especial, sobre la garantía genérica que al amparo del 1911 se pretende por el actor ubicarla en el […] artículo 1924.3º»*.

[20] El endeudamiento hipotecario por vivienda ha continuado descendiendo en el primer trimestre de 2013, pero aún así la cantidad media es de 102.526 euros, lo que supone una reducción del 1,42% respecto al último de trimestre de 2012. Por su parte, la duración media de los nuevos préstamos hipotecarios contratados en el trimestre inicial de 2013 se sitúa en 283 meses (23 años y 7 meses), lo que implica una duración superior en cuatro meses a la registrada en el último trimestre de 2012. *Estadística Registral Inmobiliaria —1er trimestre 2013—*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, 2013.

[21] No obstante, el índice de morosidad hipotecaria en la devolución de los préstamos con garantía hipotecaria que han sido concedidos para la adquisición de vivienda se sitúa en el 3%. Como señala PARRA LUCÁN, en El consumidor ante la crisis económica (el sobreendeudamiento y el derecho a la vivienda), en el marco del *Convegno Internazionale il diritti delle obligazioni e dei contratti nel tempo della crisi*, Università degli Studi Roma Tre (10 maggio 2013): *«las personas solo dejan de pagar el préstamo que financia la vivienda en último extremo»*.

[22] Regulado en los artículos 1257 del Código Civil español, el 1372 del Codice civile italiano y el 1165 del Code francés. El español dice: *«Los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuando 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»*. Por su parte, el Codice civile italiano estipula: *«el contrato tiene fuerza de ley entre las partes… no produce efecto respecto a terceros más que en los casos previstos por la ley»*. Finalmente, el Code francés no dice: *«Las convenciones solo tienen efecto entre las partes contratantes; no perjudican al tercero, y no le benefician más que en el caso previsto por el artículo 1121»*. Hay que señalar que el citado artículo 1121 francés regula la estipulación en favor de tercero.

[23] GIORGIANI, M. (1937). Negozi giuridici collegati. *Riv. it. scienz. giur.* 275-352. También, NICOLÒ, R. (1937). Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario». *Foro it*., núm. I, pp. 1476-1483 [especialmente p. 1481]. Posteriormente, SATTA, F. (1950). Corrispettività fra prestazioni, collegamento fra negozi, e proroga legal delle locazioni, *Giur. it*. I, núm. 2, p. 356 —respecto de la sentencia del *Tribunale de Padova* de 6 de abril de 1949—, decía que: *«(…) la conexión existsente entre dos negocios, o entre las relaciones que de ellos derivan, no puede permanecer sin relevancia en el campo del derecho, sino que debe, en mayor o menor medida, coligar la suerte de aquellos, es un principio que se puede decir ya acogido generalizadamente»*.

[24] LÓPEZ FRÍAS, A. (1994). *Los contratos conexos*. Barcelona: Bosch, p. 29.

[25] TEYSSIE, B. (1975). *Les groupes de contrats*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence. Paris: R. Pichon & R. Durand-Auzias.

[26] Respecto de operaciones en materia mobiliaria, fue la Ley núm. 78-22 de 10 de enero de 1978 relativa a la información y protección de los consumidores en el ámbito de ciertas operaciones de crédito. Sobre las operaciones en materia inmobiliaria, la Ley núm. 79-596 de 13 de julio de 1979, relativa a la información y protección de los prestatarios en el ámbito inmobiliario. Dichas normas han quedado ya integradas en el *Code de la Consommation* francés, insertas en el artículo 312-1 y siguientes. En particular, por lo que aquí interesa son especialmente importantes los artículos L312-12 y L312-14; conforme al artículo L312-12: *«L'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non-conclusion, dans un délai de quatre mois à compter de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé. Les parties peuvent convenir d'un délai plus long que celui défini à l'alinéa précédent»*. Por su parte, el artículo L312-14 establece que: *«Lorsque le contrat en vue duquel le prêt a été demandé n'est pas conclu dans le délai fixé en application de l'article L. 312-12, l'emprunteur est tenu de rembourser la totalité des sommes que le prêteur lui aurait déjà effectivement versées ou qu'il aurait versées pour son compte ainsi que les intérêts y afférents; le prêteur ne peut retenir ou demander que des frais d'étude dont le montant maximum est fixé suivant un barème déterminé par décret. Le montant de ces frais, ainsi que les conditions dans lesquelles ils sont perçus, doivent figurer distinctement dans l'offre»*.

[27] SOLER PASCUAL, L. A. (2007). Los contratos vinculados. En: S. Vilata Menadas (dir.), *Venta de bienes fuera de establecimiento mercantil. La carta de revocación*. Madrid: CGPJ, Madrid, p. 284.

En este capítulo del libro, el autor dice que: *«La noción de contratos vinculados surge como forma evolutiva de la especie contractual básica, con la finalidad de responder ante una realidad contractual de los negocios comerciales y el tráfico jurídico. Y toca ya elaborar una completa teoría jurídico-dogmática que permita distinguir estas nuevas figuras contractuales de las ya asentadas en el Derecho, definiendo sus presupuestos y características y, muy especialmente, sus efectos tanto intra contractuales como extra contractuales procurando en todo caso superar el estrecho margen del mercado de consumo, que ya excede, sin perjuicio de los perfiles que en relación al mismo hayan de matizarse cuando, por su razón, elementos de protección de la parte débil de la relación contractual, sea necesaria atender»*.

[28] DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, I*, 6.ª ed., p. 489. Cizur Menor: Thomson Reuters. El autor señala que esta distinción fue apuntada por BETTI en primer lugar. La tipicidad legislativa sería la utilizada *«para designar a aquellos contratos que tienen una calificación técnico-legislativa, que opera además por el establecimiento de una disciplina normativa en la legislación*. «Por su parte, se considerarían socialmente típicos *«aquellos contratos que, aunque carezcan de una disciplina normativa consagrada por la ley, poseen una reiteración o una frecuencia en orden a su aparición como fenómeno social, de manera que su reiterada celebración les dota de un* nomen iuris *por el que son conocidos y de una disciplina que se consagra por vía doctrinal o jurisprudencial (por ejemplo, el contrato de mediación)»*.

[29] Como podemos observar en el Primer Considerando de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1965 (RA 882), que dice así: *«Aunque los ordenamientos legales*

ofrecen a las personas una amplia gama de tipos contractuales, tendentes a satisfacer las necesidades del tráfico jurídico, con frecuencia se muestra su insuficiencia, de tal modo que, al amparo de la libertad de forma se suelen crear figuras —contratos inominados—, combinarse diversos tipos —contratos mixtos—, o bien se utilizan esquemas legales para lograr, a través de ellos, fines distintos de los previstos por el legislador, dando lugar a los denominados negocios aparentes, imaginarios o indirectos».

[30] TEYSSIE, B. (1975). *Les groupes de contrats*. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, R. Pichon & R. Durand-Auzias, pp. 8-10.

[31] Para más información a este respecto, cuyo análisis en profundidad no podemos realizar aquí, puede consultarse a SOLER PASCUAL, L. A. (2007). Los contratos vinculados. En: S. Vilata Menadas (dir.), *Venta de bienes fuera de establecimiento mercantil. La carta de revocación*. Madrid: CGPJ, pp. 287-288. En lo que respecta a este trabajo, solo resulta interesante el segundo de los supuestos.

[32] Por citar solo algunos ejemplos, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (1998). Régimen jurídico del crédito al consumo. En: U. Nieto Carol (dir.), *Contratos bancarios y parabancarios*. Valladolid: Lex Nova, pp. 247-272; GARCÍA MAS, F. J. (1996). Breve análisis sobre la Ley de Crédito al Consumo de 23 de marzo de 1995, *RCDI*, núm. 637, 2179-2202. Otros autores consideraban que existía vinculación contractual cuando se cumplían todos los requisitos del artículo 15.1 de la Ley de Crédito al Consumo, como SÁNCHEZ LERMA, G. A. (1997). Los instrumentos cambiarios y la defensa de los consumidores; el artículo 12 de la Ley de Crédito al Consumo, *Act. Civ.*, núm. 2, 343-368; mientras que para otros autores era necesario que se cumplieran los requisitos de los apartados a), b) y c) del artículo 15.1 de la Ley de Crédito al Consumo, como VERDERA SERVER, R. (1996). Liquidación de relaciones contractuales derivadas de crédito al consumo: notas sobre el artículo 9 LCC, *ACD*, núm. II, 617-718.

[33] MARÍN LÓPEZ, M. J. (2010). *Crédito al consumo y contratos vinculados. Estudio jurisprudencial*. Cizur Menor: Thomson-Reuters. El autor centró el estudio realizado en su libro en los casos ocurridos con las academias de enseñanza de idiomas que cerraron sin impartir los cursos completos a sus clientes. Dichos clientes, en un número importante de casos, habían solicitado un préstamo financiero para pagar los cursos con una entidad de crédito *recomendada* por las propias academias de idiomas y, en realidad, solo habían firmado un único contrato por el cual realizaban tanto la financiación del curso como la matrícula en el mismo.

Con posterioridad, el mismo autor analiza la jurisprudencia del TS recaída sobre la materia en varios artículos, siendo el último de ellos. Una nueva STS (la sexta) sobre contratos vinculados (STS de 20 de julio de 2012), en *Centro de Estudios de Consumo, CESCO,* www.uclm.es/cesco, consultado el 12-6-2013.

Este supuesto, por ejemplo, resulta difícil que se dé en la compraventa de una vivienda. O incluso dándose, tendrá difícil defensa de cara al consumidor, puesto que se trata de una materia en la que, aunque se desconozcan muchas cláusulas y supuestos, a nadie con inteligencia media se le escapa que se están celebrando dos contratos distintos, con dos partes distintas. Y si alguien no es consciente de ello, ahí estará la tarea del notario antes de proceder a la inscripción hipotecaria para solventar cuantas dudas tenga el comprador.

[34] MARÍN LÓPEZ, M. J. (2010). *Crédito al consumo y contratos vinculados. Estudio jurisprudencial*. Cizur Menor: Thomson-Reuters, p. 114.

[35] Estos hechos, por sí solos, no constituyen prueba acreditativa del hecho de la vinculación, pero pueden servir para reforzar la argumentación y la teoría defendida. La jurisprudencia acepta la firma de los contratos el mismo día como indicio de colaboración en contratos vinculados, opinión que no comparte MARÍN LÓPEZ *(loc. cit.)*.

[36] Anteriormente, la ya derogada Ley de Crédito al Consumo exigía la existencia de un acuerdo previo concertado en exclusiva entre el vendedor y la entidad financiera, algo que resultaba sumamente difícil de demostrar y que ya no se pide. Para los préstamos con garantía hipotecaria, no obstante, podía encontrarse cierta facilidad de prueba en aquellos realizados por subrogación, puesto que el comprador se limitaba a tomar la posición en el crédito de quien le vendía la vivienda.

Finalmente, se introdujo por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, una regla especial. Los prestamistas buscaban evitar la aplicación de la Ley de crédito al consumo alegando que se trataba de préstamos gratuitos. No obstante, había que destacar el hecho de que no se obtenía de modo automático dicha posición en el crédito —algo por otra parte lógico—, puesto que la entidad financiera tenía —sigue teniendo— la potestad de comprobar la capacidad económica del comprador, sin que por ello pudiera alegarse que al realizar dicha operación no resultaba vinculante el acuerdo previo con el vendedor.

La primera sentencia que recogió este último punto fue la Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 4.ª, de 13 de septiembre de 2004 *(AC* 2004, 2050), que afirmaba la existencia de acuerdo previo *«siendo indiferente a tales efectos que, como es lógico y natural, se reserve la recurrente* —la entidad financiera, en este caso— *la concesión del crédito al consumo, pues en otro caso sería transferir a la academia de inglés la valoración de los riesgos que conforma exclusiva responsabilidad, bajo severo control administrativo, de las entidades financieras»* (Fundamento 3º). En la misma línea se situó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.ª, de 23 de febrero de 2006, *(JUR* 2006, 118940). En esta segunda sentencia, la Audiencia rechazó tal alegación mediante la siguiente argumentación: *«es evidente que toda entidad crediticia valora, siquiera someramente, el riesgo de la operación, sin que ello sea obstáculo para entender que existe un acuerdo de voluntades entre las codemandadas, de interés mutuo (Fundamento 3º)»*.

Los pronunciamientos a este respecto del Tribunal Supremo datan de 2009, concretamente la Sentencia número 734/2009, de 25 de noviembre de 2009 *(RJ* 2010, 145). La Sentencia establecía, en su Fundamento Jurídico 11, que es suficiente con que el prestamista convenga con el proveedor de servicios una retribución a favor del último, para que de este modo la gratuidad respecto al consumidor, aunque esté expresamente pactada en la financiación, se considere excluida del conjunto de la operación. Las otras cinco Sentencias posteriores sobre este tema son las SSTS número 33/2010, de 19 de febrero de 2010 *(RJ* 2010, 1787); número 35/2011, de 1 de febrero de 2011 *(RJ* 2011, 1813); número 80/2011, de 22 de febrero de 2011 *(RJ* 2011, 2470); número 148/2011, de 4 de marzo de 2011 *(RJ* 2011, 2470); y la número 494/2012, de 20 de julio de 2012 *(RJ* 2012, 8607).

[37] De este razonamiento, pues, podemos concluir que si la entidad financiera no concede el crédito al consumidor, este no podrá pagar el importe del inmueble y, por tanto, no cumplirá con su obligación en el contrato. Es decir, un supuesto radicalmente distinto al considerado por el Código Civil, puesto que en la época ni mucho menos la petición de créditos era similar a la actual, ya que la mentalidad era completamente distinta. Volviendo a la teoría defendida por GRAZIANI en «Credito», *NDI, IV*, p. 1079, si hoy día el consumidor valora más el bien actual —la vivienda— que el que deberá restituir, el consumidor de la época de redacción del Código Civil valoraba más un bien actual distinto —los ahorros— que después le permitirían adquirir aquello que le resultase necesario.

[38] NAVAS NAVARRO, S. (2000). Notas sobre la financiación por un tercero y el crédito al consumo (los derechos ejercitables por el consumidor frente al financiador en los contratos vinculados, artículo 15 Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo). *Estudios sobre Consumo*, núm. 53, p. 35; PIEPOLI, G., *Il credito al consumo*, Napoli, Jovene Napoli, 1976, pp. 172 y sigs. Ambos autores afirman que la entidad financiera puede establecer un mayor control y vigilancia sobre el vendedor de lo que podría hacer el comprador, y también afirman que ello no debe suponer una mayor carga para el prestamista, pues entienden que los costes adicionales que implica la asunción de este nuevo riesgo son pagados por los consumidores en forma de aumento del *precio* del crédito. PIEPOLI, además, asegura que el hecho de que sea el prestamista quien asuma el riesgo de incumplimiento del vendedor es la solución más satisfactoria desde el punto de vista del análisis económico del derecho, dado que el prestamista puede asegurar con un menor coste que el consumidor el riesgo de incumplimiento del vendedor.

[39] MARÍN LÓPEZ, M. J. (2010). *Crédito al consumo y contratos vinculados. Estudio jurisprudencial*. Cizur Menor: Thomson-Reuters, p. 200.

[40] *BOE* núm. 151, de 25 de junio de 2011, pp. 68179 y sigs.

[41] *BOE* núm. 72, de 25 de marzo de 1995, pp. 9370 y sigs.

[42] Ver nota 33.

[43] *BOE* núm. 167, de 14 de julio de 1998, pp. 23510 y sigs.

[44] MARÍN LÓPEZ, M. J. (2010). *Crédito al consumo y contratos vinculados. Estudio jurisprudencial*. Cizur Menor: Thomson-Reuters, pp. 197 y 198. El autor realiza una comparación entre los derechos que puede emplear un comprador a plazos de un bien, y los ejercitables por el comprador en contratos vinculados. Llega, así, a la siguiente afirmación: *«La referencia a la situación jurídica hipotética obliga a preguntarse si un determinado derecho podría ser utilizado por el consumidor en la hipótesis de que se hubiera celebrado una bilateral venta a plazos. Si la respuesta es afirmativa, ese mismo derecho podrá ser empleado contra el prestamista»*.

[45] *BOE* núm. 287, de 30 de noviembre de 2007, pp. 49181 y sigs.

[46] El artículo en cuestión lleva por título «Desistimiento de un contrato vinculado a financiación al consumidor y usuario», y su texto es el siguiente: *«Cuando en el contrato para el que se ejercite el derecho de desistimiento el precio a abonar por el consumidor y usuario haya sido total o parcialmente financiado mediante un crédito concedido por el empresario contratante o por parte de un tercero, previo acuerdo de este con el empresario contratante, el ejercicio del derecho de desistimiento implicará al tiempo la resolución del crédito sin penalización alguna para el consumidor y usuario»*.

[47] La Ley fue publicada en el *BOE* núm. 16, de 17 de enero de 1996, pp. 1243 y sigs. La modificación de 2002 se publicó en el *BOE* núm. 304, de 20 de diciembre de 2002, pp. 44759 y sigs.

[48] Originalmente, la aprobación de la actual Ley de Ordenación del Comercio Minorista tuvo lugar en 1996, siendo posteriormente reformada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias. Más tarde se aprobó la Ley 1/2010, de 1 de marzo, que volvía a realizar modificaciones sobre la norma inicial, pero que no afectó a la redacción del artículo 44, que es el que aquí nos interesa.

[49] MARÍN LÓPEZ, M. J. (2010). *Crédito al consumo y contratos vinculados. Estudio jurisprudencial*. Cizur Menor: Thomson-Reuters, p. 40.

[50] La exigencia de acuerdo previo entre prestamista y vendedor quedaba recogida en el artículo 15.1.b) de la Ley de Crédito al Consumo.

[51] DOCE núm. L-133 de 22 de mayo de 2008, pp. 66-92.

[52] DOCE núm. L-42 de 12 de febrero de 1987, pp. 48-53.

[53] El artículo 15 de la Directiva 2008/48/CE dice lo siguiente:

«*1. Si el consumidor ha ejercido su derecho de desistimiento conforme al Derecho comunitario respecto a un contrato de suministro de bienes o servicios, dejará de estar obligado por un contrato de crédito vinculado.*

2. Si los bienes o servicios estipulados en un contrato de crédito vinculado no son entregados, o lo son solo en parte, o no son conformes con el contrato de suministro de bienes o servicios, el consumidor tendrá derecho de recurso contra el prestamista siempre que haya recurrido contra el proveedor y no haya obtenido de él la satisfacción a que tiene derecho con arreglo a lo dispuesto por la ley o por el contrato de suministro de bienes o servicios. Los Estados miembros establecerán en qué medida y bajo qué condiciones se podrá ejercer dicho derecho».

[54] Conforme al artículo 22 de la Directiva 2008/48/CE: *«(…) 3. Los Estados miembros no podrán mantener o adoptar en su legislación nacional disposiciones diferentes de las que en ella se estipulan»*.

[55] Por su parte, el artículo 15.3 de la Directiva 2008/48/CE establece: *«(…) 3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones nacionales que asignen al prestamista una responsabilidad solidaria respecto de cualquier reclamación del consumidor contra el proveedor cuando la adquisición a este de bienes o servicios se haya financiada mediante un contrato de crédito»*.

[56] DOCE C-240, 18 de agosto de 2011 (2011/C 240/04). Lo más destacable es el hecho de que no aborda la armonización del derecho de desistimiento de los consumidores en la Unión Europea.

[57] Comisión Europea, Bruselas, 31 de marzo de 2011. COM(2011) 142 final. 2011/0062 (COD).

[58] En dicho apartado, la Propuesta de Directiva dice:

«El artículo 2 (ámbito de aplicación) fija el ámbito de aplicación de la Directiva, que comprende los contratos de crédito garantizados con hipoteca u otro tipo de garantía, los préstamos para la adquisición de bienes inmuebles y ciertos contratos de crédito destinados a financiar la renovación de bienes inmuebles. La Directiva no impide que algunos Estados miembros, si lo desean, puedan ampliar su ámbito de aplicación a otros beneficiarios, como, por ejemplo, las pequeñas y medianas empresas, o también a algunas operaciones relativas a bienes inmuebles de finalidad comercial».

[59] Este epígrafe de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial tiene la siguiente redacción: *«Diversos Estados miembros aplican al crédito hipotecario algunas disposiciones de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo (Directiva de crédito al consumo). Esta Directiva se refiere a los contratos de crédito al consumo de entre 200 euros y 75.000 euros y regula la publicidad, la información precontractual y contractual, y las evaluaciones de la solvencia, al tiempo que prevé que se faciliten explicaciones adecuadas y establece requisitos de información para los intermediarios de créditos. Los créditos destinados a adquirir un bien inmueble garantizados mediante hipoteca u otra garantía comparable o los préstamos destinados a la renovación de un bien inmueble que sobrepasen los 75.000 euros quedan fuera del ámbito de esta Directiva».*

[60] La Propuesta de Directiva no marca de manera específica cuál es ese plazo razonable. Si bien es un criterio subjetivo, sería mucho más sencillo de cara a facilitar los futuros problemas establecer un plazo mínimo y máximo para este trámite. Establecer un tiempo de una semana podría ser un periodo de tiempo a considerar como mínimo, y el plazo máximo podría estar marcado por el tope de vinculación de la oferta que cada Estado miembro haya establecido respecto a las propuestas de las distintas entidades financieras a sus clientes.

[61] MARÍN LÓPEZ, M. J. (2012). El crédito al consumo y el crédito hipotecario: regulación en la Unión Europea y tratamiento en el Derecho español. En: S. Cámara Lapuente (dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*. Cizur Menor: Thomson Reuters, pp. 335-360.

[62] *BOE* núm. 261, de 29 de octubre de 2011, pp. 113242 y sigs. Posteriormente se aprobó la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. El objeto de esta Circular, tal y como señala en su artículo 1, consiste en *«dictar las normas precisas para el desarrollo y ejecución de las disposiciones de la Orden EHA/2899/2011»*. Esta Circular fue publicada en el BOE núm. 161, de 6 de julio de 2012, pp. 48855 y sigs.

[63] Para ahondar en la cuestión de este epígrafe más de lo que la extensión de este trabajo permite, el lector puede consultar, entre otros: ÁLVAREZ LATA, N. (2012). La denegación a la compradora de la subrogación en el préstamo hipotecario: ¿constituye causa de resolución del contrato? Notas con ocasión de la SAP Madrid (Sección 19.ª) de 6 de febrero de 2012 *(JUR* 2012/109064). *Revista CESCO*, núm. 4, pp. 99-117; ARNAU RAVENTÓS, L. (2000). *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1213 del Código Civil*, Barcelona: Codecs; BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. (2009). *La cesión de créditos garantizados con hipoteca*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios; CAÑIZARES LASO, A. (1996). *El pago con subrogación*. Madrid: Civitas; CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J. (2008). *Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I, Garantías personales. Hipoteca*, Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, pp. 923-1002; CARRASCO PE-

RERA, Á., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2012). *Derecho de la construcción y la vivienda*, 7.ª ed. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, pp. 656-687; FERNÁNDEZ BENAVIDES, M. (2012). El hecho de que los compradores no obtengan financiación, no justifica la resolución del contrato de compraventa de vivienda, *CESCO*, notas jurisprudenciales, www.uclm.es/centro/cesco, consultado el 28-6-13; GARCÍA GIL, F. J. (2008). *La Compraventa de Vivienda con Préstamo Hipotecario. Doctrina, jurisprudencia y formularios,* 2.ª ed. Pamplona: Dapp, pp. 381-393; RUBIO GARRIDO, T. (1998). *La ley de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*. Granada: Comares; SIRVENT GARCÍA, J. (1997). *La acción subrogatoria*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado.

[64] Este indicio es aceptado por la jurisprudencia, sobre todo por la Audiencia Provincial de Madrid, que lo ha utilizado en varias Sentencias desde 2004, como las SSAP Madrid de 2 de marzo de 2004, Secc. 21.ª *(JUR* 2004, 249634); 16 de marzo de 2004, Secc. 20.ª *(JUR* 2004, 229807) y 24 de octubre de 2006, Secc. 9.ª *(JUR* 2007, 53738). La primera que admitió este indicio fue, no obstante, la Audiencia Provincial de Gerona, en Sentencia del 7 de octubre de 2002 *(JUR* 2003, 23336).

A pesar de que los tribunales se hayan pronunciado en ocasiones a favor de este indicio, existen autores, como Marín López, que se muestran en contra de aceptarlo, pues el autor asegura que *«no resulta claro que ese dato constituya un indicio de colaboración, pues también cabe que el consumidor se haya procurado el préstamo "por su cuenta", es decir, sin intermediar el proveedor en su obtención, y sin embargo ese mismo día haya procedido a adquirir el bien o servicio»*. MARÍN LÓPEZ, M. J. (2010). *Crédito al consumo y contratos vinculados. Estudio jurisprudencial*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, p. 193.

Va todavía más lejos Soler Pascual, al afirmar que no es indicio suficiente de vinculación ni siquiera que las dos partes firmen dos contratos en el mismo día —es obviamente un supuesto distinto al que tratamos, pero que puede darnos una idea de la escasa importancia que dan algunos autores a la firma del contrato el mismo día—, cuando establece que: *«(P)ara que existan contratos vinculados, no es suficiente que las mismas partes celebren dos o más contratos en la misma fecha y en un mismo documento, y teniendo algunas otras coincidencias meramente externas, sino que es necesario que la voluntad de las partes sea manifestada claramente en el sentido de relacionar los contratos entre sí, ya sea en forma coordinada o subordinada»*. SOLER PASCUAL, L. A. (2007). La vinculación contractual en el ámbito del consumo, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, núm. 2, pp. 335-362.

[65] Como viene reflejado en el artículo 89.3.b) TRLGDCU, cuya redacción es la siguiente: *«En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:*

(…) 3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas:

(…) b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación».

[66] Recogido en el artículo 83 TRLGDCU.

[67] Todas ellas, potestades atribuidas al juez que conozca del asunto en virtud de la lectura del mismo artículo 83 TRLGDCU, dado que a todas luces la declaración de ineficacia del contrato de subrogación —otra posibilidad contemplada en el mismo artículo— resulta excesiva, si bien indudablemente en muchas ocasiones encontrar la solución más equitativa será sumamente complejo.

[68] Artículo 83 del TRLGDCU.

[69] Para más información sobre esta cuestión, se recomienda la lectura del trabajo de ÁLVAREZ LATA, N., La denegación a la compradora de la subrogación en el préstamo hipotecario: ¿constituye causa de resolución del contrato?, en *Revista CESCO*, núm. 4, 2012, pp. 103 y sigs. En él, la autora realiza un recorrido jurisprudencial respecto de las sentencias que han tratado la cuestión de la subrogación en la compraventa de vivienda y de las distintas soluciones que han ofrecido.

[70] En algunos casos cabe, incluso, plantearse la cuestión de la imposibilidad sobrevenida para justificar la petición de la resolución contractual, pero la aplicación de este supuesto ha estado siempre muy limitada por parte de los tribunales, dado que las exigencias de la figura de la imposibilidad sobrevenida la hacen compleja. Habría que considerar cuestiones como que se produjera una imposibilidad legal, y no una que solo ataña al comprador, que sea definitiva, que el comprador no esté inserto en morosidad, entre otras. En este sentido, MORENO-TORRES HERRERA, M.ª L., actualizado por ÁLVAREZ LATA, N. (2009). Comentario al artículo 1182. En: M. Pasquau Liaño (dir.), *Jurisprudencia Civil Comentada,* Tomo II, 2.ª ed. Granada: Comares, pp. 2154-2157.

[71] La Sentencia establece: *«En la Sentencia recurrida se declara que no se efectuó oferta vinculante, sin aclarar excesivamente lo que entendía por tal. No concretaba la sentencia si era una oferta de información u oferta de subrogación.*

A la luz de los artículos del Código Civil, 1281 (intención de los contratantes), 1284 (efectividad de los contratos), 1285 (interpretación sistemática y contextual) 1286 (sentido propio de los términos, en función del contrato) debemos declarar que la redacción del contrato es altamente confusa, pues de los términos de la misma compradora pudo entender razonablemente que se le iba a efectuar una oferta vinculante de préstamo, por acuerdo entre el Banco y la vendedora, lo que sin duda era un aliciente esencial para la compra.

La recurrente —la vendedora, en este caso— *entiende que solo se comprometió a facilitar información sobre el préstamo, pero dicha interpretación sin ser ilógica, es también compatible con la antes efectuada, por lo que en aplicación del artículo 1288 del Código Civil, debemos concluir que las cláusulas oscuras no pueden beneficiar a quien ocasionó la oscuridad, a saber la vendedora y promotora».*

[72] Como indica en el Fundamento de Derecho Tercero 5.ª, *«Lo anteriormente razonado no significa, sin embargo, que la regla rebus sic stantibus haya de quedar descartada en todos los casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores de inmuebles. Antes bien, una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración sobrevenida de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurran en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspectivas prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla (…)».*

[73] Dicha argumentación la apoya, además, en jurisprudencia de la misma Sala ya existente, en dos casos que considera muy semejantes. De una parte, menciona la Sentencia de 16 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 3254), que contempla el contrato en que se efectuó una oferta con gran atractivo comercial, como era la subrogación en el préstamo hipotecario, que no se obtuvo. La sentencia afirma: *«La conducta que podía estar al alcance de la vendedora era haber pactado con el banco una subrogación que aludiese la responsabilidad universal (…), limitando la responsabilidad al valor inmueble, con lo que la subrogación no dependería de la solvencia del comprador».*

La otra sentencia se dictó el 12 de abril de 2013 *(RJ* 2013, 3385). En ella, la sociedad recurrente asegura que su única obligación era facilitar información a la compradora sobre el préstamo, y que en ningún momento esto implicaba garantizar la subrogación en el préstamo hipotecario, dado que esto dependía de la entidad financiera. Pero una cláusula del contrato establecía que *«…estará a disposición de la COMPRADORA, en el domicilio de la VENDEDORA, la información sobre las condiciones del préstamo obtenido como oferta vinculante durante dicho plazo, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a esta».*

Si bien podemos observar que estas dos sentencias aplican la regla *rebus* por motivos distintos a la de 26 de abril de 2013, pues se limitan a basarla en el préstamo hipotecario, el Tribunal Supremo parece tener clara la posibilidad de aplicación de esta regla en la actual situación económica que nos encontramos.

[74] Lo cual es lícito dentro del juego de la negociación, pero conviene dejar patente que la posición de la entidad financiera continuará siendo mucho más fuerte que la del particular que solicite la inclusión de tal cláusula.

[75] GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V. (1996). *El crédito al consumo (cesión y créditos vinculados)*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 72. El autor señala, sobre este aspecto, que: *«ciertamente, los contratantes no califican como condición de la eficacia de consumo la obtención del préstamo de financiación, pero no es menos cierto que no contemplan el contrato de consumo desligado de un préstamo de financiación, ya que expresamente establecen que la operación lo incluye. Dicho de otra forma, ellos contemplan el contrato de consumo como vinculado a la obtención de un préstamo para su financiación»*.

[76] ÁLVAREZ LATA, N. (2012). La denegación a la compradora de la subrogación en el préstamo hipotecario: ¿constituye causa de resolución del contrato?, *Revista CESCO*, núm. 4, pp. 99-117. La autora dice, en la p. 114: *«(s)i se pactara o se estableciera legalmente, no es obstáculo que el vendedor asuma como obligación la de financiación y vincule la eficacia del contrato principal a esta financiación, aunque esta dependiera de un tercero»*. A continuación, la propia autora señala que la resolución de la SAP de Alicante de 21 de marzo de 2012 *[JUR* 2012, 215844] estipula lo contrario: *«sin que de ninguna manera de los pactos alcanzados por las partes y consignados en el contrato resulte establecida la pretendida obligación de financiación por la vendedora al comprador, lo que además es contrario a las normas de la lógica y máximas de la experiencia, ya que resulta evidente que nadie puede obligarse respecto de un hecho que depende de un tercero»*.

[77] Existen Sentencias que han admitido la resolución de la compraventa porque la cláusula de subrogación preveía de modo expreso esta posibilidad, como son la SAP Murcia de 24 de marzo de 2011 *(AC* 2011, 462), la SAP Granada de 12 de noviembre de 2011 *(AC* 2011, 676) y la SAP Madrid de 30 de diciembre de 2011 *(JUR* 2012, 65968).

[78] Si bien no hacen referencia expresa al supuesto indicado, existen pronunciamientos judiciales que han denegado la resolución del contrato de compraventa por falta de acreditación, por parte del comprador, de la denegación de la subrogación. Es decir, el motivo de denegación de la resolución de la compraventa se justificó por parte del juez en el hecho de que el comprador no demostró haber solicitado oferta financiera alguna. Estas Sentencias son las SSAP Murcia de 7 de abril de 2011 *(JUR* 2011, 186723) y 21 de febrero de 2012 *(JUR* 2012, 112423), y SAP La Rioja de 30 de abril de 2012 *(JUR* 2012, 177955).

[79] En 2008, el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores tuvieron la iniciativa conjunta en la creación de la Red española de educación financiera, cuyo objetivo era contribuir a mejorar la cultura financiera de los ciudadanos y proporcionales las herramientas, habilidades y conocimientos necesarios para adoptar sus propias decisiones financieras de manera apropiada e informada. En el año 2009, la Red española suscribió un acuerdo con el Ministerio de Educación, por el cual en el curso 2010-2011 se inició un Programa Piloto para educar en materia financiera a aproximadamente 2700 alumnos de 14 y 15 años en 32 colegios del país. Para el año 2012, según datos de la propia Red española de educación financiera, el programa ya se había extendido a más de 400 colegios. Comisión Nacional del Mercado de Valores y Banco de España, *Plan de Educación Financiera*, 2012.

[80] Para ampliar información sobre este supuesto, el lector puede consultar, entre otros: CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J. (2008). *Tratado de los Derechos de Garantía, Tomo I, Garantías personales. Hipoteca*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, pp. 665-791; CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, C. (2012). *Derecho de la construcción y la vivienda,* 7.ª ed. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, pp. 622-650; GARCÍA GIL, F. J. (2008). *La Compraventa de Vivienda con Préstamo Hipotecario. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, 2.ª ed. Pamplona: Dapp, pp. 303-380; MORALEJO IMBERNÓN, N. (2010). *El Contrato de Hipoteca Inmobiliaria*. Cizur Menor: Thomson Reuters; NIETO CAROL, U. (2000). *La Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, Valladolid: Consejo General del Poder Judicial, Lex Nova; QUICIOS MOLINA, S. (2006). *Efectos de las Garantías Reguladas por la Ley de Venta a Plazos de*

Bienes Muebles en Caso de Incumplimiento del Comprador y Concurrencia de Acreedores. Cizur Menor: Cuadernos de Aranzadi Civil, Thomson Aranzadi.

[81] No resulta extraña la adquisición de viviendas sobre plano, antes de que su construcción haya finalizado. Precisamente de ahí viene el argumento de la mayor capacidad de la entidad financiera para conocer la situación económica del vendedor —su conocimiento, en los préstamos de subrogación hipotecaria se da por supuesto, pues ya debió analizarlo al concederle el préstamo—. Pero, si un consumidor compra una vivienda antes de que haya terminado la construcción, solo puede confiar en que el vendedor —o promotor, o constructor, quien sea el encargado de la ejecución de la obra— culmine la misma. El comprador no tiene posibilidad de saber si hay riesgo o no de que la vivienda no pueda terminarse, una capacidad de la que sí gozará la entidad financiera.

[82] Teoría correcta, al menos, si es solo una vivienda la que no queda finalizada. Pero ya hemos podido comprobar en la actual crisis económica que las entidades financieras, precisamente por sus negocios inmobiliarios y préstamos con garantía hipotecaria, han tenido que ser rescatadas —entre otros motivos, desde luego, pues bajaron la guardia y concedieron préstamos a personas que difícilmente, por no decir que con absoluta imposibilidad, podrían devolvérselos, en la convicción de que si disponían de una vivienda podrían resarcirlos—.

[83] El artículo 82.4 del TRLGDCU, en su apartado b), establece en el concepto de Cláusulas abusivas que: *«No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: b) limiten los derechos del consumidor y usuario»*. Si bien el artículo 86 del TRLGDCU, que es el artículo que desarrolla cuáles son las cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario, no habla específicamente del supuesto que nos ocupa —el destino del dinero prestado a un uso específico—, sí deja abierta en su apartado 7 la existencia de otros supuestos distintos a los enumerados en su enunciado. Así, entendiendo que el dinero es un bien imperecedero y genérico, considero que la entidad financiera no puede obligar a su cliente a destinar el dinero prestado a un supuesto concreto, pues está limitando los derechos de su cliente a utilizar un bien que en ese momento es de su propiedad —el dinero— como considere oportuno.

Por otra parte, si no considerásemos abusiva esta cláusula, el resultado de no emplear el dinero del modo recogido en el contrato supondría la resolución del mismo. La cláusula actuaría como condición resolutoria, puesto que el cliente no habría cumplido con sus obligaciones.

(Trabajo recibido el 2-9-2013 y aceptado para su publicación el 16-9-2013)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Algunas reflexiones en torno a la Ley de Protección de Deudores Hipotecarios

Some Reflections on the Mortgagor Protection Act

por

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS
Abogado del Estado

RESUMEN: Se hacen en el trabajo algunas consideraciones sobre la Ley 1/2013, de 14 de mayo. En concreto, sobre la hipoteca que recae en la vivienda habitual del deudor se abordan algunos beneficios concedidos, en especial el de la parcial condonación de la deuda en su ejecución. Para la participación en la plusvalía de la posterior enajenación del inmueble adjudicado establece la ley un asiento registral que se examina en el trabajo. Finaliza este con una propuesta de carácter preventivo en el tema apasionante de las cláusulas abusivas del préstamo hipotecario.

ABSTRACT: This paper contains some thoughts regarding Act 1/2013 of 14 May. There is discussion of certain benefits that the law grants in cases where a mortgagor has mortgaged his or her home, especially the benefit of partial cancellation of the debt in foreclosure. Where capital gains are yielded at the disposal of the property at auction and must be shared, the law calls for a registration entry; this, too, is examined. The paper ends with a preventive proposal on the fascinating subject of abusive clauses in mortgage loans.

PALABRAS CLAVE: Ejecución hipotecaria. Subasta del bien hipotecado. Reducción de la deuda hipotecaria. Condonación. Plusvalía

KEY WORDS: Foreclosure. Auction of the mortgaged property. Auction of the mortgaged property. Reduction of the mortgage debt. Cancellation. Capital gains

SUMARIO: I. UN PREMIO DE COLABORACIÓN.—II. UN OLVIDO LEGISLATIVO.—III. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 579 DE LA LEC. —IV. LAS QUITAS O CONDONACIONES.—V. LA PARTICIPACIÓN EN LA PLUSVALÍA.—VI. UN ASIENTO PECULIAR.—VII. MÁS CLASES DE HIPOTECAS.—VIII. UNA SUGERENCIA DE CARÁCTER PREVENTIVO.

I. UN PREMIO DE COLABORACIÓN

Nos referimos a la muy importante Ley 1/2013, de 14 de mayo, publicada en el BOE del día siguiente. Y dentro de ella, que abarca muchos extremos bien variados y de distinta naturaleza, solo prestaremos atención a algunos relacionados con la ejecución hipotecaria.

El primero es el que podríamos llamar premio a la colaboración y que se incluye en el modificado apartado 2 del artículo 691 de la LEC. Este artículo trata de la convocatoria de la subasta del bien hipotecado y de la publicidad dada a aquella. Dicho apartado 2 prevé que los interesados en la subasta puedan interesar del Tribunal el inspeccionar el inmueble hipotecado, y el órgano solicitará el consentimiento del poseedor del bien. Ahora el precepto dice: «Cuando el poseedor consienta la inspección del inmueble y colabore adecuadamente ante los requerimientos del Tribunal para facilitar el mejor desarrollo de la subasta del bien hipotecado, podrá solicitar al Tribunal una reducción de la deuda hipotecaria de hasta un 2% del valor por el que el bien hubiera sido adjudicado. El Tribunal, atendidas las circunstancias, y previa audiencia del ejecutante por plazo no superior a 5 días, decidirá lo que proceda dentro del máximo deducible».

Poco hay que decir sobre el porcentaje, que al ser máximo, obligará a establecerlo en cada caso concreto, según las facilidades dadas para esa visita al inmueble. La rebaja que se hace al crédito del ejecutante tiene cierto fundamento, pues él es el primer interesado en que la subasta se celebre con todas las garantías de éxito. Esta bonificación nos recuerda algo a la que se establecía en el impuesto sucesorio por el pronto pago de las deudas tributarias.

En cambio, lo que resulta de más difícil articulación es que la buena conducta del poseedor del inmueble al final a quien va a beneficiar es al deudor hipotecario, que bien puede no ser el poseedor de aquel. Sobre la situación posesoria de los bienes ejecutados la LEC ha previsto un procedimiento bien detallado. Pero

es posible que el deseo de colaboración de ese poseedor no deudor sea distinto según vaya a tener o no derecho a continuar en el inmueble. Si en este no hay poseedor distinto del deudor, será este mismo, quien, como dueño y titular del ius possidendi, realizará esa tarea de enseñar el bien a los interesados en la subasta.

Pero en el caso de estar poseído por otro, no resulta totalmente lógico que sea este quien solicite la aplicación de un beneficio que en definitiva no será para él sino para otra persona; incluso es dudosa esa legitimación para pedirlo. Más bien habría que pensar en un acuerdo previo entre deudor y poseedor para que este dé las facilidades, aquel obtenga el beneficio, y aún tenga en cuenta ese favor que tal tercero le hace.

II. UN OLVIDO LEGISLATIVO

Un artículo modificado de la LEC ha sido el 671, relativo a la subasta sin ningún postor. En tal caso el acreedor en 20 días podrá pedir la adjudicación del bien; si no lo hiciera, se podrá alzar el embargo. «Si no se tratara de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50% del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Si se tratara de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70% del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o, si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60%. Se aplicará en todo caso la regla de imputación de pagos contenida en el artículo 654.3».

Con la reforma, en el caso de que no sea vivienda habitual no hay cambio. Por el contrario, en el supuesto de que sí lo sea, el porcentaje anterior del 60% sube al 70% en la forma indicada; y de este beneficio se hace eco la Exposición de Motivos de la Ley.

Lo que ocurre es que antes de esta Ley 1/2013 el supuesto de la vivienda no habitual donde estaba regulado era en la adicional 6.ª de la LEC, introducida por la Ley de agilización procesal de 2011. En cambio, el caso de vivienda habitual sí que estaba regulado en el artículo 671, pues necesariamente y por exclusión así había que entenderlo: y como ahora este artículo 671 se refiere a los dos supuestos, se produce el efecto de que la adicional 6.ª de la LEC en su apartado primero ha quedado sin contenido, pues repite algo de forma innecesaria.

A su vez, el apartado dos de esa adicional se refiere al caso de que la mejor postura no supone el 70%, y siempre tratándose de lo que no es vivienda habitual; porque si se trata de esta, el supuesto lo regula el apartado 4 del artículo 670. Pues bien, hubiera sido lo lógico que, cual ahora se ha hecho para la subasta sin postor, en este otro caso de postura inferior al 70%, la regulación se hubiera refundido en ese artículo 670 apartado 4, dejando sin contenido el apartado dos de la adicional 6.ª que quedaría totalmente derogada.

Pero así como lo del apartado 2 de dicha adicional sería más bien cuestión de elegancia, el no derogar aquel hoy innecesario apartado 1 de la citada adicional 6.ª es ya un problema de olvido. Pues carece de todo sentido que en una misma ley existan dos preceptos, introducidos eso sí en fechas distintas, para decir lo mismo.

Bien es verdad que se da el caso peculiar de que la Ley 1/2013 de que tratamos no tiene disposición derogatoria alguna, ni en términos generales ni con enumeración de normas concretas, entre las que tendría que haberse citado ese apartado 1 de la adicional 6.ª. Es más, las innovaciones en materia de información a los deudores hipotecarios, que introduce el artículo 6 de la Ley 1/2013, hubieran pedido al menos esa derogación de las normas anteriores que en la misma materia informativa tenían exigencias menos rigurosas.

Ciertamente que la nueva ley opera fundamentalmente por el sistema de dar distinta redacción a preceptos anteriores o de en ellos introducir apartados nuevos. Pero no siempre es así; y aquel artículo 6 citado y todo el capítulo 1, sobre suspensión de lanzamientos, no responden a aquel sistema. De ahí que se eche de menos alguna disposición derogatoria, y en todo caso la referente a la adicional 6.ª apartado 1 de la LEC, en los términos ya indicados.

III. LA REFORMA DEL ARTÍCULO 579 DE LA LEC

Mucha más importancia tienen las modificaciones en la ejecución hipotecaria introducidas en el artículo 579 de la LEC y a las que la exposición de motivos de la ley atribuye «gran relevancia». Son en concreto la condonación de parte del monto de la deuda remanente, siempre que se cumpla con ciertas obligaciones de pago, y además el participar el deudor en la eventual y futura revalorización de la vivienda ejecutada. Como es esta materia a la que especialmente dedicaremos nuestra atención, resulta oportuno el transcribir íntegramente ese nuevo artículo 579.

«Artículo 579. Ejecución dineraria en casos de bienes especialmente hipotecados o pignorados.

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

2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, en el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el remate aprobado fuera

insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades:

a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedará pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación.
b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación a favor del ejecutante o de aquel a quien le hubiera cedido su derecho y estos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.

Si en los plazos antes señalados se produce una ejecución dineraria que exceda del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente. El Secretario judicial encargado de la ejecución hará constar estas circunstancias en el decreto de adjudicación y ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad en relación con lo previsto en la letra b) anterior».

Hay que decir que este precepto es el último del capítulo 1 (disposiciones generales) del Título IV (ejecución dineraria) del libro III (ejecución forzosa). Aquel artículo 579 establecía antes de la reforma del año 2013, que si los bienes especialmente gravados no cubrieran el crédito, podría seguir la ejecución por la cantidad que falte. En definitiva, daba así cumplimiento al principio de la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil, la cual no se elimina aunque haya un bien especialmente hipotecado en garantía de la deuda (salvo caso excepcional que ahora no interesa).

Supuesto lo anterior, la primera observación debe ser la de que la denominación o rúbrica de tan importante artículo es totalmente inexpresiva, frente a lo que la LEC pretende por norma general. Para reflejar adecuadamente su importante cometido, la rúbrica podría añadir estas palabras a lo que hoy dice: insuficiencia del bien gravado y medidas de favor en el supuesto de vivienda habitual.

IV. LAS QUITAS O CONDONACIONES

La condonación a que se refería la Exposición de Motivos es la recogida en la letra a) del apartado 2 del artículo 579. Ese beneficio es aplicable a la cantidad que quede pendiente tras la ejecución de la vivienda habitual; y asciende al 35% si el pago se hace dentro de los 5 primeros años desde la aprobación del remate y al 20% si dicho pago tiene lugar pasados los 5 pero dentro de los 10 años.

No hay que pensar que los correlativos abonos del 65% y 80% correspondan a una periodificación pactada de los mismos; por la razón de que, conforme al apartado 1 del precepto, esa ejecución complementaria por la cantidad que reste no se suspenderá. Por tanto, es solo el abono de esos porcentajes del 65% u 80% lo que determina la liberación del deudor y el fin de la ejecución. No parece pues que la Exposición de Motivos de la ley haya sido muy exacta al decir «siempre que se cumpla con ciertas obligaciones de pago».

Pero es aún más relevante el silencio de tal Exposición de Motivos respecto a la segunda modalidad de condonación, que aparece en el último párrafo del apartado 2 de ese artículo 579. Pues cuando en los plazos señalados (esto es 5 o 10 años) se produce una ejecución dineraria (sobre los otros bienes del deudor) que exceda del importe (65% u 80%) por el que ese deudor podría quedar liberado, «se pondrá a su disposición el remanente».

Con esta segunda modalidad de quita o condonación, que se da sin el pago voluntario del deudor, en realidad lo que se hace es limitar *ex lege* su responsabilidad patrimonial universal por el remanente de deuda a solo un porcentaje de esa cifra, más reducido conforme antes se produzca el cobro por el acreedor. Pero con la especialidad de que si lo obtenido supera esos porcentajes, el exceso se entrega al deudor.

De estas dos modalidades de quita o condonación creemos que resultará en la realidad más común la expuesta en segundo lugar, pues el pago voluntario por el deudor de un porcentaje importante de lo que debe es difícil lo pueda hacer quien ya ha perdido su vivienda habitual. A su vez, como con las dos formas o modalidades el efecto condenatorio es el mismo, hubiera resultado más lógico el unirlas en el precepto, y en cambio separar los supuestos temporales de los 5 o los 10 años. Claro es que aunque se hubiera dado esa unión formal, el efecto de devolver el exceso solo se da cuando se ejecutan bienes distintos, pues el pago voluntario por el deudor siempre se contraería al mínimo indispensable.

Lo que sí es cierto es que en todo caso los plazos de 5 o 10 años son largos y que durante los mismos se mantiene una incertidumbre de cuál haya de ser la definitiva responsabilidad del deudor. Y lo mismo ocurre desde el lado contrario, esto es, el que se refiere al crédito del acreedor. Si acaso, lo que este puede dar por cierto es que más de un 80% del mismo no percibirá en ningún caso. Esto y el tiempo tan dilatado no es lo más conveniente para las previsiones financieras.

Finalmente, el apartado 5 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 establece que lo dispuesto en el artículo 579.2 de la LEC es aplicable a las adjudicaciones de vivienda habitual realizadas antes de su entrada en vigor, y al efecto prevé lo necesario para el cómputo de los plazos.

Pero termina diciendo que esa aplicación «no supondrá en ningún caso la obligación al ejecutante de devolver las cuantías ya percibidas del ejecutado». Entendemos que esto se refiere a ese poner a disposición del deudor el remanente, previsto en el párrafo último del artículo 579, o sea al caso de ejecutarse otros bienes del deudor.

V. LA PARTICIPACIÓN EN LA PLUSVALÍA

Y queda la otra medida también importante: la participación del deudor en la plusvalía que pueda obtener el ejecutante al enajenar dentro del plazo de 10 años el bien adjudicado. Es lo que regula el artículo 579 en la letra b) del apartado 2. Y conforme a la misma, es el 50% de la plusvalía obtenida lo que se dedica a minorar la deuda remanente en el momento de la enajenación del bien.

Claro es que esa reducción o minoración lo será total, y equivalente a cancelación, si ese 50% supera a lo debido; es esto lo lógico, aunque la ley no lo diga expresamente. En cambio, aunque se dé esa superación, lo que no cabe es que este exceso se entregue en metálico al deudor. Si la ley lo hubiera querido, así lo habría dispuesto, como lo hace el último párrafo de ese artículo para el caso de ejecución de otros bienes del deudor (se pondrá a su disposición el remanente).

También cabe preguntarse si esa minoración del 50% de la plusvalía se aplica a la deuda remanente a pagar en el momento de la enajenación, entendiendo por tal esa cantidad exacta, o bien se aplica al importe por el que el deudor podría quedar liberado (esto es el 65% o el 80% según los plazos). Si esta participación en la plusvalía se equipara a lo pagado directamente por el deudor o a lo obtenido con otras ejecuciones, la respuesta habría de ser que también aquí con la plusvalía, la base a reducir sería aquello por lo que el deudor se hubiera liberado. Por tanto, si con la aplicación del 50% del mayor valor se obtiene un 65% o un 80% según los tiempos, se produce esa liberación. Lo que no habrá nunca es devolución del exceso, cual antes se dijo. Y es esta solución benévola la que, conforme a una interpretación sistemática de todo el artículo y a tenor de la verdadera finalidad de la ley, nos parece más atendible. Por lo demás la norma transitoria a que aludimos al final del epígrafe IV es aplicable al presente.

Queda por ver el punto de la compatibilidad de las dos medidas de favor que establece el artículo 579, o sea la condonación y la aplicación de la plusvalía. De entrada, si lo que se da antes es la primera, por haberse pagado el 65% o el

80%, el que aparezca posteriormente ese mayor valor en la enajenación no puede tener efecto, porque por definición ya no hay débito remanente a que aplicarlo. En cambio, si jugó primero la participación en la plusvalía, con minoración de lo debido, no hay inconveniente en que después se liquide totalmente esa deuda conforme a las dos modalidades de quita examinadas.

Lo que creemos es que entonces el abono del 65% o el 80% hay que referirlo a la cantidad reducida tras la aplicación del 50% de la plusvalía. Y la razón es que ahora es eso lo que se debe; la ley dice en efecto «cantidad total que entonces quedara pendiente». Por tanto si se da este orden en los sucesos, sí que son compatibles las dos medidas de favor previstas en la ley.

VI. UN ASIENTO PECULIAR

Tras el examen material de este importante artículo 579, procede una referencia de carácter formal y registral. A ese aspecto se dedica la última frase del precepto transcrito en el epígrafe III.

En cuanto a que el Secretario judicial haga constar las circunstancias en el decreto de adjudicación, hay que entender que se refiere a todas las previstas en el 579, esto es las condonaciones y la participación en la posible plusvalía. En definitiva, se limitará a transcribir en aquel decreto el contenido del artículo, con lo que ciertamente ganará en extensión esa resolución. Tampoco es que el hacerlo fuera esencialmente necesario, pues si tales circunstancias las establece la ley, ya cuentan con la publicidad que esta tiene por su propia naturaleza. En todo caso, tratándose de normas tan recientes y novedosas, no está de más ese recordatorio de las mismas en el decreto de adjudicación.

Más enjundia tiene la segunda parte de esa última frase del 579, conforme a la cual el Secretario ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad en relación con lo previsto en la letra b, esto es, la posible participación en la plusvalía. Y es que el ejecutado puede verse beneficiado con la mitad de ese mayor valor que obtenga el ejecutante al vender la vivienda habitual de aquel.

De entrada, puede cuestionarse si estamos verdaderamente ante una inscripción. Porque esta correspondería si la ley creara un verdadero derecho real. Pero no parece que sea así, puesto que la finca la adquiere un tercero, que paga su precio, y que nada debe a ese ejecutado. Por tanto, su finca no debe estar sujeta a cargas o gravamen alguno, ya que la obligación de aceptar la disminución del crédito es del ejecutante; y este perdió el derecho sobre el inmueble al transmitirlo. Realmente esa obligación del acreedor es de carácter procesal, en cuanto que en el procedimiento verá minorada la cantidad a exigir. Tampoco es que el ejecutado ostente un derecho a percibir en metálico el importe parcial de esa plusvalía. No hay pues base para una verdadera inscripción.

No se ve tampoco la procedencia de una anotación preventiva, pues no estamos ante un estadio previo a la constitución de un verdadero derecho real. Y no se trata de una anotación constitutiva de garantía sobre la finca, al estilo de la anotación de embargo, pues ninguna carga se establece sobre la finca transmitida. De otro lado, la duración normal de las anotaciones, que es de 4 años, mal se compadecería con una prevención que puede extenderse hasta 10 años.

Pensamos entonces que la denominación «inscripción» está tomada en el sentido genérico de constancia registral, como tantas veces ocurre en nuestro derecho. Por lo cual y por exclusión, el asiento a practicar habría de ser el de nota marginal; y a su vez dentro de las clases de estas, no sería la propia de las sustitutivas de otro asiento, pues no conduce a otro alguno, sino el tipo de las notas de mera publicidad. En definitiva, con esa constancia el Registro avisa de que, de operarse una nueva transmisión por mayor valor, nace un derecho del ejecutado.

Claro es que para que esto tenga efectividad, el precepto tendría que haber añadido que de realizarse una enajenación por superior valor y en un plazo de 10 años, el Registrador de la Propiedad deberá notificar tal circunstancia al órgano judicial que conoció de la ejecución y a los efectos procedentes.

Queda también por preguntarse si esa nota de mera publicidad ha de tener vigencia indefinida. No nos parece adecuado, pues ello implicaría ensombrecer el Registro con constancias llamadas a perder toda su utilidad. Es verdad que el párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria permite cancelar asientos basados en escrituras públicas cuando el derecho registrado queda extinguido por declaración de la ley. Y supuesto que algo parecido pudiera aplicarse al asiento ordenado por el Secretario judicial, el interrogante que se presenta es si efectivamente aquellas inscripciones o notas podrían cancelarse a los 10 años, que es el plazo que previó la ley para participar en la plusvalía.

Por la solución positiva milita el argumento de que no conviene eternizar en el Registro menciones que pueden haber perdido toda utilidad y que nadie está verdaderamente interesado en cancelar; y sobre todo cuando 10 años es un transcurso de tiempo de por sí bastante dilatado. Lo que ocurre es que si se practicara tal cancelación del asiento por el transcurso de aquel plazo, podría suceder que al poco tiempo se presentara nueva transmisión, ocurrida dentro de aquel periodo decenal, y que diera lugar a esa plusvalía.

Tal vez una solución ecléctica podría consistir en acceder a la cancelación como regla general por el transcurso de aquellos diez años, pero con la salvedad de que si en plazo de 6 meses después se presenta a inscripción la transmisión operada dentro del periodo decenal, se daría cuenta al órgano judicial de la plusvalía aparecida. No sería este el primer caso de admitirse una solución intermedia parecida a la que en otro caso acudió el Centro Directivo.

En último extremo, comoquiera que el precepto final de ese artículo 579 es enormemente escueto, no estaría de más que, para evitar soluciones muy

dispares en la vida registral, el Centro Directivo, por vía de instrucción, diera las procedentes para poner en práctica este especial asiento que aquel artículo ha previsto.

VII. MÁS CLASES DE HIPOTECAS

Una observación que suscita la nueva ley es la de la multiplicidad de hipotecas en nuestro ordenamiento. Porque tradicionalmente, dentro de las hipotecas voluntarias, las especialidades no eran muchas; principalmente las constituidas en garantía de cuentas corrientes, o de títulos valores, incluida la letra de cambio, y la de rentas o pensiones periódicas. La reforma de 2007 introdujo la llamada hipoteca inversa que también tiene características objetivas peculiares.

Pero fue esa Ley 41/2007 la que, al modificar profundamente y de forma muy discutible el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, sentó una diferenciación notable según que el acreedor hipotecario fuera una entidad financiera o alguien distinto. Esta separación fue muy discutida por la doctrina, pues incidía notablemente en un principio tan tradicional como el de calificación. Y en la misma línea, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, sobre empresas que profesionalmente se dediquen a conceder préstamos hipotecarios, aun no siendo entidades financieras, establece peculiaridades rigurosas en la calificación de las escrituras donde se documenten tales operaciones. Con lo cual, la dualidad de regímenes de 2007 pasa a una diversidad trimembre desde el 2009.

Pero al lado de ello, las distintas disposiciones para favorecer a los deudores hipotecarios en dificultades han venido a crear una hipoteca con peculiaridades objetivas bien pronunciadas, que llegan a la quita parcial e incluso al establecimiento de la dación en pago. Y la Ley 1 del 2013 sigue precisamente en esa línea de aparición de hipoteca muy especial por razones puramente subjetivas, como puede ser la delicada situación económica del deudor.

Pues bien, continuando igualmente una línea de normas legales anteriores, la Ley de 2013 acentúa enormemente las especialidades de otra hipoteca que también tiene un fuerte matiz subjetivo. Porque trata de aquella donde lo ofrecido en garantía es la vivienda habitual del deudor. A algunas de sus peculiaridades de régimen ya nos hemos referido más arriba, siendo la quita o condonación la más importante.

Pero hay, sobre tal hipoteca, muchas más especialidades en la Ley de 2013. La modificación del artículo 21 de la LH sobre constancia registral de ser vivienda habitual. El retoque del artículo 114 de la LH para sentar un tope en los intereses moratorios. La reforma del artículo 575 de la LEC en cuanto a las costas. Y la atenuación del artículo 693 de la misma ley respecto a la reiteración de la liberación del deudor. Aún podrían citarse bastantes más, todas dentro de la nueva ley. Con ello bien podría decirse que estamos prácticamente ante una

hipoteca especial y distinta. A partir de ahora ofrecer en garantía la vivienda que se habita será bien diferente a gravar otro inmueble que no tenga esa connotación.

Por supuesto que el aumentar enormemente los beneficios para el deudor que vive en ese inmueble, puede traer como consecuencia el que, para compensar tales ventajas, el acreedor endurezca algo otras condiciones del préstamo. Creemos que el que este se conceda por un menor porcentaje del valor de la vivienda gravada podrá ser el principal efecto: lo cual no deja de tener inconvenientes para quien pretenda adquirir con el préstamo esa vivienda familiar.

Y otra consideración que se nos ofrece es la de si algunas de esas ventajas concedidas al deudor que grava su vivienda habitual no debieran ser aplicables en todo préstamo hipotecario. Pensamos que la limitación de los intereses moratorios que ahora establece el artículo 114 de la LH podría ser extensiva a cualquier préstamo, pues con el tope allí sentado se garantiza suficientemente la seriedad de la obligación contraída y se evita el establecimiento de intereses que alcanzan cifras de escándalo.

También el que la liberación del deudor, del artículo 693 de la LEC, pueda repetirse a los 3 años, sin tener que esperar a los 5, es medida suavizadora y razonable que bien podría extenderse a cualquier hipoteca, pues en definitiva se da satisfacción al acreedor. De no marchar en ese sentido, tantas especialidades hipotecarias, sobre todo cuando obedecen a consideraciones subjetivas, pueden obscurecer el campo de esta figura de garantía que papel tan fundamental está llamada a desempeñar en nuestro derecho.

VIII. UNA SUGERENCIA DE CARÁCTER PREVENTIVO

Una de las principales finalidades que pretendió la Ley 1 de 2013 fue aumentar las posibilidades de defensa procesal del deudor hipotecario ante la ejecución en que se dieran cláusulas abusivas. Y en tal sentido las modificaciones introducidas en la LEC podemos calificarlas de extraordinariamente importantes. Lo que ocurre es que no van a ser ellas el objeto de estas líneas. Por lo demás tales reformas se hacen en obsequio a pronunciamientos al efecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y así lo recuerda la Exposición de Motivos.

Pero con ser importantes esas medidas, creemos que mayor efectividad tendrían incluso aquellas otras que se pueden introducir en un momento anterior, esto es cuando la hipoteca que se constituye accede al Registro de la Propiedad. Y es que una solución de justicia preventiva resultaría más eficaz y de un menor costo.

Sobre aquellas cláusulas peligrosas hoy en la Ley 1 de 2013 puede verse una posible referencia en el artículo 6 de la misma, cuando endurece el régimen de información y advertencias al deudor. De otro lado, el artículo 258 de la LH ya establecía el no acceso al Registro de aquellas cláusulas cuya nulidad hubiera sido declarada. Finalmente, es muy importante la reforma de 2013 en

el artículo 693 de la LEC, pues ahora el incumplimiento del abono de plazos en la amortización del préstamo solo tiene mayor relevancia cuando al menos es de 3 meses, con lo que pierden trascendencia las de tiempo más reducido.

Pues bien, la medida preventiva que proponemos consiste en que se impida el acceso al Registro de las cláusulas abusivas o ilegales mediante establecer cuáles sean las mismas. En otro lugar y momento mantuvimos que bastaba una referencia general a ello en el artículo 12 de la LH (concretamente en un segundo párrafo, que sustituiría al problemático introducido en 2007), mientras que la enumeración concreta de tales cláusulas podía incluirse en el artículo 51.6 del Reglamento hipotecario.

Bien pensado y para que la prevención tuviera mayor rango legislativo, esa enumeración de cláusulas no inscribibles con la hipoteca podría venir en el propio artículo 12 de la LH debidamente modificado y desarrollado. Ya tenemos aquellas menciones citadas de los artículos 6 de la Ley 1/2013, 258 de la LH y 693 de la LEC. También estaría el tope legalmente establecido para los intereses de demora y las que responden a doctrinas reiteradamente manifestadas por el Centro Directivo. No es este el momento de entrar en su estudio ni aún enumeración, pero las referentes a prohibir la enajenación del bien hipotecado, limitar excesivamente su posible arrendamiento (cuando esa renta puede contribuir a la amortización del préstamo), el incumplimiento de obligaciones puramente accidentales y tantas otras habrían de estudiarse y recibir solución.

El que por ley se las definiera en ese artículo 12 y por tanto la calificación registral se atuviera a ello, llevaría a esa deseable uniformidad de los Registradores, que quedó en mero deseo con la ley de reforma de 2007, y haría que los remedios judiciales, tan difíciles, costosos y hasta comprometedores para la fortaleza de la propia hipoteca, tuvieran escasa aplicación al resultar mucho más innecesarios.

Es más, esa redacción del nuevo artículo 12 de la LH podría completarse con una habilitación al Gobierno para que anualmente pudiera retocar esa lista de cláusulas abusivas y así adecuar la enumeración a las necesidades sentidas y a las circunstancias de la sociedad. Con la enorme ventaja de que en esto se iría por delante de los acontecimientos y no por detrás, como ocurre con el régimen procesal que es el establecido en la Ley de 2013.

Hasta aquí hemos tratado de un premio, un olvido, unas dudas, una creciente pluralidad en la hipoteca y una sugerencia de carácter preventivo. Resultaba todo ello largo para titular el trabajo y por ello hemos dejado el que a su frente figura, aunque fuera menos expresivo. Sí que hay que terminar con el deseo de que esta reforma bien intencionada tenga en la realidad un éxito apreciable; porque nos estamos jugando mucho. Y ahí queda nuestra sugerencia.

(Trabajo recibido el 1-6-2013 y aceptado para su publicación el 18-7-2013)

DICTÁMENES Y NOTAS

La eficacia de la Ley 4/2013, de reforma de los arrendamientos urbanos, para aumentar la vivienda en alquiler en un contexto europeo*

The efficacy of Act 4/2013, reforming the law of urban leases, to increase tenancy-occupied dwellings in a European context

Por

PROF. DR. SERGIO NASARRE AZNAR
Catedrático de Derecho Civil
Director de la Cátedra de Vivienda
Universidad Rovira i Virgili

RESUMEN: Arrendar una vivienda no es una alternativa real a la compra en muchos países, al tiempo que un bajo porcentaje de vivienda en alquiler impide un buen funcionamiento de este mercado. Las razones para una tasa baja de vivienda en alquiler pueden ser de distinta naturaleza, pero muchas de ellas tienen su origen en el marco legal de los arrendamientos urbanos. Un

* El presente trabajo ha sido posible gracias a la participación del autor, como director, en el Proyecto «Las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda» del Ministerio de Economía y Competitividad (Ref. DER2012-31409) y su participación en el Proyecto TENLAW de la Comisión Europea (Ref. 290694).

arrendamiento diseñado jurídicamente como no flexible, ni estable ni tampoco asequible para los arrendatarios tiene pocas oportunidades de tener éxito. Si al mismo tiempo se añaden incertidumbres legales y escasos rendimientos, pocas garantías y un proceso de desahucio poco eficaz, este tampoco será atractivo para los propietarios. Este trabajo analiza los elementos clave que determinan la tasa de vivienda en alquiler tanto en los tres países con los porcentajes de vivienda en alquiler más altos en Europa como en los cinco países del sur de Europa con bajas tasas de arrendamiento, incluida España que tiene la inferior, y encuentra elementos comunes que fomentan o disuaden a los ciudadanos a la hora de optar por el alquiler de la vivienda en vez de comprarla. Con ello analizamos si la tendencia iniciada en España por la Ley 4/2013 es la acertada para incrementar nuestra tasa de vivienda en alquiler.

ABSTRACT: Renting a home is currently not a real alternative to home-ownership in many countries, while a low percentage of rental housing prevents proper functioning of the market. The reasons for the low rate of rental housing may be different in nature, but many of them are rooted in the legal framework of urban leases. A lease legally designed as not flexible nor stable nor affordable for tenants has little chance of succeeding. If legal uncertainties and poor yields, few guarantees and inefficient eviction process are added to the formula, this type of tenure will neither be attractive to landlords. This article analyzes the key elements that determine the rate of rental housing in the three countries with highest rental housing rates in Europe and in the five southern European countries with low lease rates, including Spain which has the lowest, to find common elements that encourage or discourage citizens when opting for reting their home instead of buying it. This work also analyzes whether the trend started in Spain by Law 4/2013 is the right one to increase rental housing.

PALABRAS CLAVE: Arrendamiento, alquiler, vivienda, tenencia, asequibilidad, flexibilidad, estabilidad, propiedad, retorno, proceso

KEYWORDS: Lease, tenancy, housing, tenure, affordability, flexibility, stability, homeownership, return, process

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ASPECTOS PRINCIPALES DE LA EFICACIA DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS.—III. PERSPECTIVA COMPARADA: LA POSICIÓN DEL PROPIETARIO. 1. RENDIMIENTO DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS. 2. POSIBILIDADES DE REHABILITACIÓN. *A. Las ayudas públicas a la rehabilitación. B. La rehabilitación por renta*. 3. GARANTÍAS

EN CASO DE IMPAGO O DE USO INDEBIDO. *A. Depósito. B. Carga flotante sobre los bienes del inquilino*. 4. PROCESO DE DESAHUCIO.—IV. PERSPECTIVA COMPARADA: LA POSICIÓN DEL ARRENDATARIO. 1. ASEQUIBILIDAD. *A. Renta. B. Servicios del inmueble*. 2. ESTABILIDAD. *A. Contratos de arrendamiento por tiempo indefinido y duración mínima obligatoria. B. Naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento. C. Derechos de adquisición preferente. D. Existencia de tenencias intermedias*. 3. FLEXIBILIDAD. *A. Desistimiento anticipado, unilateral y libre del arrendatario. B. Subarriendo unilateral por parte del arrendatario*. 4. PERCEPCIÓN SOCIAL DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS.—V. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La generalización de la vivienda en propiedad y una crisis financiera e inmobiliaria más profunda están relacionadas desde el inicio de la crisis en 2007[1]. No es por casualidad que los países europeos más afectados tienen (y han alcanzado en los últimos años) las tasas más altas de vivienda en propiedad y, correlativamente, las tasas más bajas de arrendamiento (si se excluyen los países de la Europa del Este) del continente[2]. Y tampoco lo es que las principales reformas de las leyes de arrendamientos urbanos se hayan realizado en la mayoría de ellos como respuesta a la crisis actual, incluso en algunos casos obligados por la denominada «Troika»[3], como requisito para obtener ayuda financiera internacional.

Este trabajo se refiere a aquellos elementos básicos de la legislación de arrendamientos que ayudan a entender cómo la legislación afecta al buen o mal funcionamiento del mercado de vivienda en alquiler en una perspectiva comparada. Y esto es esencial, puesto que un mercado de alquiler ineficiente presiona drásticamente hacia la generalización del dominio como forma de tenencia (incluso para aquellos que claramente no pueden sufragarla), especialmente donde no existen otras formas alternativas (como las tenencias intermedias[4]), favoreciendo así aquellas malas prácticas bancarias que dieron lugar a la crisis de los Estados Unidos (hipotecas *subprime*) y la crisis internacional (riesgo moral —*moral hazard*— al titulizar aquellas hipotecas *subprime*) en 2007, y que todavía persiste en muchos países europeos[5], incluida España.

Para llevar a cabo la perspectiva comparada, se han elegido algunos países del sur de Europa (España, Portugal, Grecia, Italia y Malta) que, según datos de Eurostat 2011 (véase figura 1), tienen tasas relativamente bajas de vivienda en alquiler (de hecho, las más bajas si dejamos de lado los antiguos países comunistas; España, entre estas, es la más baja, de alrededor del 12%), y los tres países europeos (Suiza, Alemania y Austria) con las tasas de alquiler más altas (alquiler privado y social conjuntamente).

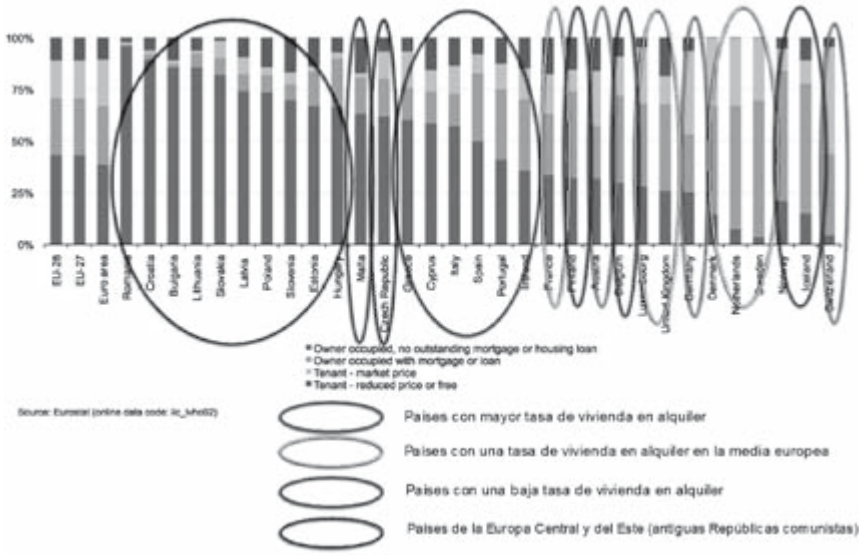


FIGURA 1. Población por forma de tenencia de su vivienda habitual, 2011 (% de población). Fuente: elaboración propia, con datos de Eurostat.

Este artículo ha sido posible gracias a los informes estatales, hasta ahora, provisionales[6] de la primera investigación de ámbito europeo sobre ley de arrendamientos, respaldada por el 7º Programa Marco de la Comisión europea, el proyecto TENLAW (2012-2015), dirigido por el Prof. C. Schmid de la Universidad de Bremen[7].

II. ASPECTOS PRINCIPALES DE LA EFICACIA DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

Propietario y arrendatario ocupan posiciones distintas en un contrato de arrendamiento. Mientras el primero lo ve como una fuente de ingresos y una manera de mantener cuidada y en funcionamiento una vivienda en desuso, el segundo lo ve como su hogar. Y, si la propiedad está hipotecada, el acreedor hipotecario lo ve como un activo financiero[8].

Estos dos (o tres) posicionamientos, que además son contradictorios, parecen ser a veces irreconciliables. Una de las cuestiones que lo demuestra es que la ley de arrendamientos se considera, en muchas jurisdicciones, como un péndulo (por

ejemplo, Malta o España) que a veces se encuentra demasiado cerca de la posición del propietario, y a veces, en cambio, del arrendatario. Es difícil, como legislador, alcanzar un verdadero equilibrio que de alguna manera satisfaga a ambas partes.

Pero lo que parece importante para un mercado de vivienda en alquiler saludable es que tanto oferta (propietarios) como demanda (arrendatarios) se sientan lo suficientemente cómodos con esta forma de tenencia. La figura 2 muestra factores que, en mi opinión, son algunos de los más relevantes para ambas partes a la hora de arrendar una vivienda y que fundamentan este trabajo.

Como punto de partida, la motivación inicial de los propietarios, tanto privados como profesionales, para arrendar sus viviendas vacías es el rendimiento que obtendrán de ello[9]. En relación a esto, una rentabilidad baja, como en el caso de España (alrededor del 3%, muy cerca de un depósito a plazo, por ejemplo)[10] supone una falta de incentivo para estos propietarios para comprometerse con todo lo que un alquiler implica: riesgo de impago de la renta, riesgo de deterioro o uso indebido de la vivienda por parte del inquilino, y riesgo de que este permanezca en las instalaciones de la propiedad durante semanas, meses o incluso años, aun cuando este haya dejado de pagar, debido a un proceso de desahucio ineficiente.

Por esa razón he recalcado que al menos dos de los aspectos más relevantes para un propietario son la existencia de un sistema eficiente de desahucio (rápido, y si es posible, asequible) y la disposición de ciertas garantías para asegurar el pago de la renta o para hacer reparaciones imputables al arrendatario.

Y finalmente, a veces se produce la situación de que un propietario quiere arrendar una vivienda, pero no puede debido al mal estado de esta. Su capacidad

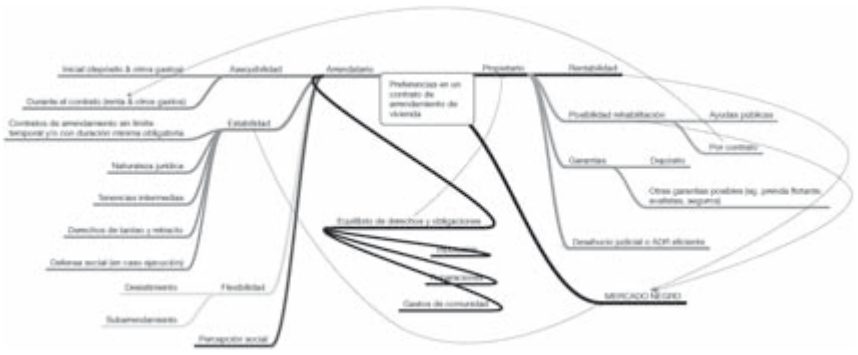


FIGURA 2. Aspectos más relevantes para propietarios y arrendatarios. Se relaciona con el mercado negro. Fuente: elaboración propia.

de rehabilitarla depende de muchos factores (por ejemplo la rentabilidad futura de la renta). Pero dos factores que podrían ayudar son: primero, la existencia de planes públicos que fomenten la rehabilitación de viviendas y/o la regeneración de barrios que incluyan edificios; y, segundo, la posibilidad de acordar con el inquilino que este rehabilite la vivienda, y a cambio, pueda vivir allí, sin tener que pagar renta durante los meses que se acuerde (es decir, la renta se sustituye por un plan de rehabilitación convenido, a cambio de un periodo de tiempo determinado durante el cual el inquilino podrá permanecer en el inmueble).

A su vez, desde mi perspectiva, arrendar la vivienda debería percibirse y estar legalmente preparado para funcionar como una verdadera alternativa a la tenencia en propiedad o, al menos, funcionar de manera eficaz como último mecanismo de acceso a la vivienda en el mercado privado para aquellos que no pueden permitirse comprar (ya sea porque no se les conceda financiación externa, o porque no disponen de la cantidad inicial requerida, que normalmente representa el 20% del valor de la vivienda), los cuales deberían poder hacer frente a las barreras financieras que implica la adquisición de una vivienda. Es decir, si la renta inicial (el depósito) es demasiado elevada o gravosa, el sistema es ineficiente, ya que se está dejando a esa persona sin la posibilidad de acceder a una vivienda (tanto en compra como en alquiler), excepto en esos países que prevén sistemas de tenencias intermedias[11]. Por este motivo, la asequibilidad del arrendamiento no está únicamente ligado a la renta, sino también a la cantidad inicial requerida. En relación con todo esto se encuentran los gastos relacionados tanto con la propiedad como con el uso de la vivienda. Teóricamente, aquellos gastos (impuestos incluidos) relacionados con la propiedad (por ejemplo, los gastos de comunidad o el IBI) deben abonarse por parte del propietario, mientras que el arrendatario debe sufragar los relacionados con el uso (por ejemplo, tasa de basuras, gas, electricidad, agua). Sin embargo, es posible que en la práctica, todos los gastos se acaben repercutiendo al arrendatario (falta de equilibrio entre derechos y obligaciones), lo que podría representar un coste mensual extra para este, aparte de la renta, que afecta directamente a la asequibilidad de la vivienda.

Los tres últimos factores importantes analizados para el arrendatario son la estabilidad, la flexibilidad y la percepción social de arrendar una vivienda (en vez de comprarla)[12]. En relación al primero, los inquilinos deberían tener cierto grado de seguridad en relación a la permanencia en la vivienda o, al menos, en el barrio (esto está relacionado con la ubicación de la vivienda, que está directamente ligado con la red asistencial del inquilino, o la proximidad a centros de salud, escuelas, etc., o incluso relacionado con la participación del arrendatario en la comunidad y/o el barrio), mientras cumplan con sus obligaciones (básicamente, pagar la renta y mantener la vivienda en buen estado). Las maneras para lograrlo pueden variar: periodos de protección, control de la renta, etc.

Pero esto no es lo que ocurre en todas las jurisdicciones. Como puede observarse en la figura 3, mientras que en algunos países los inquilinos en extrema

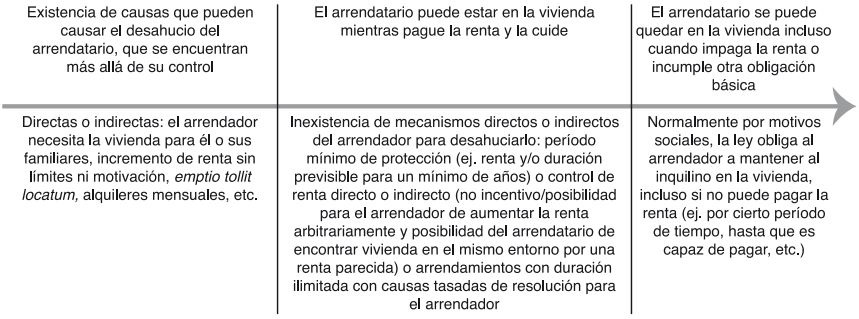


FIGURA 3. Grado de estabilidad del arrendatario. Fuente: elaboración propia.

necesidad pueden permanecer en la vivienda aunque impaguen (por ejemplo, Alemania), en otros existen otros mecanismos, directos (por ejemplo, la necesidad del arrendador de una vivienda) o indirectos (por ejemplo, libertad de establecer la renta y de su aumento más allá del periodo de protección; o la posibilidad de celebrar contratos mensuales, como en el Reino Unido), que permiten al propietario desahuciar al inquilino, aunque pague la renta y cuide la vivienda.

La flexibilidad es también una ventaja esencial para los arrendamientos en contraste con la tenencia en propiedad[13]. Sin embargo, algunos ordenamientos jurídicos pueden establecer límites a la libertad de movimiento de los arrendatarios a fin de proteger a los propietarios. Este sería el caso, por ejemplo, de obligar al inquilino a pagar la renta por el tiempo restante del contrato de arrendamiento incluso cuando abandona la vivienda (por ejemplo, al encontrar un trabajo en otra ciudad o país); o, la posibilidad de poder desistir del contrato pero teniendo que abonar una gravosa indemnización al arrendador. En mi opinión, estas medidas pueden atentar contra el derecho de libertad de movimiento, presente en muchas constituciones (por ejemplo, España o Portugal), o incluso contra la normativa comunitaria[14].

Por último, la percepción social de arrendar una vivienda en vez de comprarla es muy relevante puesto que si esta forma de tenencia es percibida como la propia de las familias de ingresos bajos, la cantidad de inmuebles disponibles y su calidad descenderían, y las familias intentarían evitar esta posibilidad (por ejemplo, invirtiendo demasiados recursos económicos y esfuerzo personal en comprar). Por el contrario, si se contempla como una verdadera alternativa a la propiedad (por ejemplo, transmitir valores similares o substitutivos), comprar o arrendar sería simplemente una cuestión de elección de la forma de acceso más conveniente para aquellos que pudieran permitirse los dos tipos de tenencia.

Obviamente, podrían tenerse en cuenta muchos otros aspectos que pueden condicionar la decisión de propietarios e inquilinos, como la eficiencia energética de la propiedad (véase Directiva 2012/27/UE[15]), la posibilidad del

arrendatario y/o propietario de obtener beneficios o reducciones fiscales por el mero hecho de arrendar una vivienda (como incentivo público para mejorar la tasa de viviendas en alquiler, como en España desde el 2011[16]), la seguridad jurídica para ambos si se da una coexistencia de diversos regímenes (por ejemplo, la superposición de diversa normativa sobre arrendamientos debido al mantenimiento del régimen legal de propiedades de renta antigua tras la aprobación de nuevas leyes, porque estas no son retroactivas), si hay un derecho constitucional/fundamental a la vivienda, o al menos, una interpretación amplia de la función social de la propiedad (que obligaría al propietario a mantener a los inquilinos en la vivienda en circunstancias inesperadas)[17], la existencia de defensa social para el arrendatario o la posibilidad de los propietarios profesionales de titulizar masivamente sus arrendamientos para conseguir, así, financiación adicional. Esta es una clara limitación de este trabajo, debido a las restricciones de extensión.

III. PERSPECTIVA COMPARADA: LA POSICIÓN DEL PROPIETARIO

1. Rendimiento de los arrendamientos urbanos

Una de las causas del poco interés por la vivienda en alquiler en España es su baja rentabilidad, comparado con inversiones alternativas, que son incluso más seguras. En términos generales, los arrendamientos producen un 3% de rendimiento neto anual para sociedades mercantiles con derecho a bonificación fiscal, un 3,01% para REITs y un 2,9% en alquiler para los jóvenes (entre 18 y 30 años)[18]. Estas cifras deberían compararse con la tasa de rentabilidad de depósitos a largo plazo (más de un año) que está entre el 2,3% (de un banco) y el 3% (banca online), lo que evidencia la falta de atractivo del mercado de vivienda en alquiler tanto para entidades como para propietarios privados. Estas baja tasas de rentabilidad pueden contribuir a la existencia de un importante mercado negro de viviendas arrendadas en España[19], ya que no pagar impuestos o no respetando los derechos de los inquilinos puede aumentarse (ilegalmente) la rentabilidad neta del alquiler y la libre disponibilidad del inmueble.

La rentabilidad de las viviendas arrendadas en Portugal está altamente gravada. Con una tributación media del 24,5%, una vivienda ubicada en las principales áreas metropolitanas de Lisboa y Oporto puede tener una tasa de rentabilidad oscilando entre el 2,4% y el 4,5%[20]. La nueva situación creada en Portugal debido a la crisis de financiación de las entidades de crédito podría ayudar mínimamente a mejorar la situación, ya que cada vez es más difícil convertirse en propietario[21]. La cuestión de la tributación también es relevante en Italia: el 21% por los alquileres del mercado libre, y el 19% por los alquileres controlados. El rendimiento medio bruto de los alquileres en ese país es

del 2,9% (más alto en las viviendas de hasta 60 m^2 —3,6%— y más bajo en viviendas de más de 120 m^2 -2,3%)[22].

Malta repartió alrededor de un 3,10% de rendimiento neto a los propietarios en 2010, pero esto se compensa con el constante incremento (nunca han descendido) del valor de los inmuebles (en conjunto, alrededor de un 10%).

Desde 2007, cualquier inversión en un inmueble en Grecia, ya sea para alquilar o vender, no resulta rentable. Concretamente, la inversión en el sector del alquiler solo es rentable para los inversores institucionales[23] cuando el profesional ya posee el terreno donde se construirán las viviendas y en el caso de contratos de trabajo mixtos.

Estos datos contrastan con la rentabilidad de los arrendamientos urbanos en otros países europeos[24].

A su vez, en Suiza, en 2013 la compra de un apartamento o vivienda unifamiliar con la finalidad de arrendarlo es una opción cada vez menos atractiva, siéndolo aún menos para los propietarios privados (los propietarios profesionales pueden diversificar en varias propiedades y los gastos administrativos pueden optimizarse); y es mejor para edificios viejos renovados que para edificios nuevos[25]. Sin embargo, en Alemania, la inversión en el alquiler es considerada como razonable en términos de jubilación y deducciones fiscales, aunque según *Haus und Grund* solamente el 40% de viviendas privadas alquiladas son rentables[26]. Aproximadamente un 45% de los rendimientos se encuentran entre el 0% y el 2%, mientras que un 20% está entre el 2% y el 4%, y un 10% entre el 4% y el 6%.

2. Posibilidades de rehabilitación

En los países del sur de Europa se pueden encontrar, muy a menudo, grandes stocks de vivienda antigua desocupada. A pesar del diferente significado que cada país le pueda dar al concepto de «vivienda vacía»[27], y el impacto que esto puede suponer en los datos aportados, alrededor del 2000[28], Grecia (3,2%), Malta (27,6%), Chipre (24,1%), España (21,9%) e Italia (20,7%[29]) tenían el mayor porcentaje de viviendas convencionales vacías en la UE[30]. Esto contrasta con los porcentajes de los países del Norte de Europa, como Suecia (1,7%) o los Países Bajos (2,2%), que son los más bajos.

Una de las causas principales podría ser el mal estado de esas viviendas, lo que afecta negativamente al interés de potenciales inquilinos o, en el caso de que se llegaran a arrendar, darían unos rendimientos bajos y otros problemas de ámbito social asociados. A veces, la Administración Pública puede requerir hasta un cierto nivel de buen estado de la vivienda para poder arrendarla. Por ejemplo, en algunas Comunidades Autónomas en España disponen de la llamada «cédula de habitabilidad» o «cédula de primera ocupación», documento público

que evalúa las condiciones adecuadas para ocupar la vivienda, que normalmente es requerida para poder hacer efectiva cualquier transacción de venta o arrendamiento de la propiedad. A su vez, la DA 3.ª Ley 8/2013[31] requiere que el vendedor o propietario que alquile provea el certificado de eficiencia energética. Estos requisitos relativamente altos en relación a la calidad de las propiedades y de su eficiencia energética pueden ser factores que contribuyan a la creación de un mercado negro de vivienda arrendada[32], pues ninguna transacción que implique un inmueble en mal estado estará válidamente constituida (arts. 2.1, 21.1 y 26 LAU —la vivienda arrendada debe ser habitable— y 1124 y 1266.1 del Código Civil y SSTS de 9 de mayo de 1996[33] y 3 de junio de 2003[34] sobre aplicación de un *aliud pro alio* y anulación por error obstativo por ausencia de condiciones de habitabilidad —falta de la cédula correspondiente— en viviendas compradas).

A. Las ayudas públicas a la rehabilitación

Por lo tanto, las subvenciones públicas para la rehabilitación y regeneración son cruciales para reincorporar estas propiedades en el mercado «legal» y, especialmente, al mercado de vivienda de alquiler. Pero también podría contribuir a esta reincorporación el hecho de permitir a los propietarios arrendar sus viviendas en mal estado a cambio de su rehabilitación (a cargo del arrendatario) en vez del pago de una suma de dinero (renta).

En España, no ha sido hasta el actual Plan Estatal de Vivienda 2013-2016[35] que la rehabilitación y la regeneración han pasado a desempeñar un importante papel en la política de vivienda del país. El Plan prevé subvenciones para las mejoras en la conservación, eficiencia energética y la accesibilidad en el edificio (art. 19).

En Italia, se prevén reducciones fiscales para ciertos gastos (por ejemplo, en ahorro energético, medidas parasísmicas, eliminación de barreras estructurales o de amianto, medidas antirrobo, accidentes domésticos, ruidos) provenientes de la restauración de la propiedad. En Grecia, en cambio, no parece que existan subvenciones de este tipo. En Portugal, el Programa PROHABITA (*Programa de Financiamento para Acesso à Habitação*)[36] se centra principalmente en la rehabilitación de aquellas viviendas que se encuentran en extrema necesidad de ayuda. También existe un instituto especializado en vivienda y rehabilitación urbana encargado de elaborar el Plan Estratégico de Políticas de Vivienda Social y planes multianuales de inversión para aquellos dos propósitos, que se llama IHRU (*Instituto de Habitação e Reabilitação Urbana*). También hay medidas públicas para mejorar la eficiencia energética e incentivos fiscales limitados para la rehabilitación de una propiedad (con un máximo de 500 euros), según los Estatutos de Incentivos Fiscales. La Autoridad de Vivienda maltesa subvenciona los trabajos necesarios para convertir una propiedad en habitable o para adaptarla

a los discapacitados, ya que en 2005 solamente el 56% del stock de vivienda en Malta estaba en buen estado de conservación. Los arrendadores, inquilinos y propietarios (vivienda en propiedad) pueden beneficiarse de este programa con ciertos límites (7.000 euros, 3.000 euros y 10.000 euros respectivamente).

En Alemania existen una serie de subsidios disponibles para los arrendadores para mejorar la eficiencia energética de las viviendas y para adaptarlas a las necesidades de los discapacitados. En Suiza, la Ley de Vivienda Federal 2003 (WFG) promueve la renovación de las viviendas de alquiler para familias con ingresos bajos; permite a las organizaciones de vivienda sin ánimo de lucro construir y llevar a cabo trabajos de renovación, lo que les posibilita arrendar a un precio más bajo que el de mercado.

B. La rehabilitación por renta

En relación a la posibilidad de sustituir la renta en dinero por un alquiler consistente en rehabilitación, España ha introducido expresamente esta posibilidad en la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos 4/2013[37] (art. 17.5 LAU). Aunque esta posibilidad podía acordarse por las partes antes de la reforma[38], este contrato no era considerado como «arrendamiento urbano», es decir, estos acuerdos no estaban protegidos por la LAU (periodo de duración mínima del contrato de arrendamiento, parámetros tasados en cuanto a la actualización de la renta, derecho legal de adquisición preferente, etc.). Básicamente consiste en un acuerdo entre arrendador y arrendatario por el que el segundo realiza reformas (por él mismo o contratando los servicios de un tercero) en la vivienda del arrendador y este, a cambio, permite al arrendatario vivir en esta por un periodo de tiempo equivalente al del valor de esas reforma. A su vez, la legislación catalana, en su Ley del derecho a la vivienda de 2007[39], introdujo esta posibilidad bajo la forma de otro contrato denominado *masoveria urbana*, pero que tampoco queda protegido por la LAU y su utilización hasta el momento ha sido muy escasa[40]. Según la ley italiana, la renta puede pagarse en efectivo o en una forma similar. En consecuencia, se acepta el pago en especie, pero solo cuando existe un acuerdo entre las partes y puede ser cuantificado en términos monetarios. También es necesario que las actuaciones a realizar puedan dividirse en «actuaciones diarias» (art. 1197 CC).

Ni Portugal ni Malta presentan la posibilidad de sustituir la renta por un plan de rehabilitación, pues sus leyes solo permiten que la renta sea en dinero para el caso de arrendamientos urbanos. Grecia, en cambio, acepta que las partes puedan sustituir el pago en dinero por una prestación en especie.

Suiza tampoco permite el pago de la renta en especies. Sin embargo, en Austria y Alemania el pago de la renta sí que puede ser reemplazado por una prestación en especie a través de acuerdos especiales de las partes.

3. Garantías en caso de impago o de uso indebido

A. Depósito

Existen al menos tres aspectos centrales a discutir sobre el depósito. Primero, su naturaleza y función: una garantía para el propietario en caso de uso indebido de la propiedad y/o por impago de la renta por parte del arrendatario. Segundo, su cuantía debería ir relacionada con lo anterior, y no establecerse una cantidad mucho mayor que funcione como elemento disuasorio o como barrera para los inquilinos para acceder a una vivienda (es decir, los arrendamientos no pueden ser financiados por terceros como los bancos; por lo tanto, los inquilinos deben pagar el depósito por adelantado con recursos propios). Y, tercero, lo que el arrendador puede hacer con el depósito, puesto que teóricamente es una cantidad de dinero que pertenece al arrendatario (ya que este depósito le tiene que ser devuelto una vez finalizado el contrato de arrendamiento y cumplidas las obligaciones).

Todos estos aspectos se comparan entre los países con bajas tasas de alquiler y los países con altas tasas de alquiler, en la Tabla 1.

B. Carga flotante sobre los bienes del inquilino

Una medida disuasoria relevante para prevenir el impago del arrendatario consiste en que todos los bienes que este introduce en la propiedad arrendada quedan automáticamente gravados en prenda a favor del arrendador, como ocurre en el caso de Alemania, que lo tiene regulado en el §562 BGB (*Vermieterpfandrech*[41]). El riesgo para el arrendatario de perder sus pertenencias como pago de las rentas impagadas o de los daños causados le incentiva a cumplir sus obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento. En Austria existe una disposición similar (§1101 ABGB) que grava con carga real (*lien*) a favor del arrendador el dinero y demás bienes pertenecientes al arrendatario y a sus parientes que vivan dentro de las dependencias de la vivienda arrendada como garantía de la renta, gastos generales, impuestos y otros gastos considerados como servicios del arrendador.

La legislación española no prevé esta medida, aunque no hay ningún problema en admitir un acuerdo expreso sobre esto entre las partes, teniendo en cuenta que existe un límite legal general en ciertas pertinencias personales del arrendatario que no pueden embargarse bajo ningún concepto (por ejemplo, la ropa). En Portugal tampoco existe ningún precepto legal al respecto, pero normalmente se requiere un garante personal. Sin embargo, la legislación maltesa establece que el arrendador tiene un privilegio sobre el valor de todas las cosas que sirven para amueblar la vivienda, excepto sobre aquellas cosas

TABLA 1. Aspectos del depósito desde una perspectiva comparada. Fuente: elaboración propia

	ESPAÑA	PORTUGAL	MALTA	GRECIA	ITALIA	SUIZA	ALEMANIA	AUSTRIA
Naturaleza	La finalidad del depósito es garantizar el cumplimiento del contrato y especialmente el pago de la renta, así como los desperfectos y daños causados en la vivienda o local en el momento de terminación del contrato. Por lo tanto, es técnicamente una «garantía» y no propiamente un «depósito».	La legislación portuguesa (art. 1076.1 CCP) permite al arrendador pedir al arrendatario el pago por adelantado de tres meses de alquiler más el primer mes (cuatro en total). Además, las partes pueden pactar cualquier otra garantía (caución; art. 1076.2) para asegurar los siguientes pagos de la renta; normalmente consiste en requerir un avalista.	Se utiliza para pagar cualquier daño causado a la propiedad por el arrendatario o si impaga cualquier servicio (agua, gas, etc.).	En la legislación griega, el depósito es una garantía para la reclamación del arrendador al arrendatario.	El depósito, según la ley italiana, es una forma de garantía ante cualquier tipo de incumplimiento del contrato por parte del inquilino. Se considera como una forma de prenda irregular (sobre bienes fungibles, es decir, dinero).	El depósito se considera como una garantía para el propietario y puede tratarse de efectivo o de valores negociables.	Según el §551 (1) BGB, el depósito como garantía puede ascender a un máximo de tres mensualidades de alquiler, sin contar los servicios. El arrendatario puede pagarlo en cuotas de tres meses.	Se ha regulado recientemente en 2009, y se utiliza como garantía para cubrir todas las demandas futuras del propietario que provengan del contrato de arrendamiento. Podrá pagarse en efectivo o por transferencia bancaria.
Cantidad	La equivalente a un mes de renta (art. 36.1 LAU). Durante los tres primeros años de contrato, no se puede aumentar.		Su Código Civil no contempla una cantidad máxima específica. Sin embargo, cualquier pago que equivalga a más de 6 mensualidades está prohibido si causa perjuicios al acreedor hipotecario del propietario o a la persona que lo suceda en el título. A la práctica, para los arrendamientos de más de 6 meses, se pide un depósito equivalente a 1 o 2 mensualidades de alquiler.	No se prevé máximo legal, aunque a la práctica asciende al equivalente a 1 o 2 meses de renta.	El artículo 11 de la Ley 392/1978 establece que el depósito no puede exceder de tres meses de renta.	Hay un máximo legal de tres meses de renta (renta neta más los servicios). Sin embargo, un estudio de 1999 pone de manifiesto que solo 1/3 de los arrendatarios paga depósito.		La ley no establece ningún límite y el Tribunal Supremo ha declarado que su importe debe fijarse teniendo en cuenta los intereses del arrendador (por ejemplo, el valor de la vivienda, su tamaño…). El Tribunal Supremo ha aceptado una cantidad equivalente a 6 meses de renta.

(Continua)

	ESPAÑA	PORTUGAL	MALTA	GRECIA	ITALIA	SUIZA	ALEMANIA	AUSTRIA
Gestión y uso del depósito por parte del arrendador. Intereses generados.	El depósito se debe al arrendador pero es administrado por el gobierno de cada Comunidad Autónoma, que los gestiona libremente. El posible rendimiento de la inversión y los intereses que pudiera generar pertenecen al gestor del depósito.	No hay ningún precepto legal que estipule cómo debe gestionar el propietario el depósito. Es bastante común que el propietario utilice una cuenta corriente especial. Cuando termina el contrato de arrendamiento y todo está en orden, el propietario debe devolver al arrendatario el principal más los intereses que se generen.	Las reglas de la prenda se aplican al depósito y, por lo tanto, cualquier interés que genere solo puede pertenecer al arrendador si lo usa para compensar aquello que se le debe. Si el arrendador abusa del uso del depósito, el arrendatario puede obligarlo a entregar esa cantidad de dinero a un tercero.	No existe regulación en relación a lo que puede hacer el propietario con el depósito. La mayoría de autores piensa que el propietario debe retornar al inquilino la cantidad principal más los intereses generados.	Como se trata de una prenda irregular sobre una cantidad de dinero, se convierte en propiedad del arrendador, aunque este no puede retenerlo automáticamente al finalizarse el contrato de arrendamiento (debe iniciar una acción civil). Sin embargo, el depósito debe producir al menos intereses legales, que deben darse al arrendatario al final de cada año (el arrendador solamente podrá retenerlos al final del año en caso de que el arrendatario incumpla el contrato).	Es el arrendador quien tiene que depositar la garantía en una cuenta de ahorros o depósito del banco a nombre del arrendatario (es decir, el arrendador no puede disponer del dinero o capital), mientras que tiene un derecho de retención sobre esta. Los intereses del depósito son debidos al arrendatario, pero es motivo de controversia si puede reclamarlos durante la vigencia del contrato o si forman parte de la garantía.	El propietario debe invertir el depósito de garantía en una entidad bancaria al tipo habitual de un depósito de ahorros, aunque las partes pueden acordar otra opción. Esta inversión debe separarse del capital del arrendador. Los intereses generados son para el inquilino (a excepción de las residencias de jóvenes o estudiantes).	Si el depósito se ha pagado en efectivo, el propietario está obligado a invertir el dinero en una cuenta de ahorro. Se permiten otras formas de inversión siempre que ofrezcan las mismas garantías. Una vez se finalice el contrato de arrendamiento, el propietario debe devolver el depósito más los intereses al arrendatario.

que pertenezcan a un tercero a pesar de que se encuentren dentro de ella. En Grecia, el artículo 604 GCC prevé un derecho de garantía (prenda legal) a favor del propietario sobre las cosas que el inquilino, su cónyuge e hijos, en el caso que vivan con él, hayan introducido en la vivienda, a menos que tales cosas no sean embargables. Con esta prenda legal solamente se garantizan las rentas impagadas de los últimos dos años, y concede al arrendador un privilegio (si esos bienes son subastados, tendrá derecho a que se le pague en primer lugar). Los arrendatarios pueden desafectar ciertos bienes de la prenda si los sustituye. Parece, no obstante, que esta prenda legal no ha tenido mucho éxito y en la práctica se ha substituido por el depósito garantía que también cubre los daños. Según el artículo 2764 del Código Civil italiano, el propietario de una vivienda es el titular de un determinado tipo de carga real —un «privilegio especial sobre bienes muebles»— sobre los objetos que el inquilino introduzca en la vivienda. Su ámbito de aplicación se limita al mobiliario y no incluye, por ejemplo, dinero, joyas, ropa y otros objetos similares que de todos modos pueden encontrarse en la vivienda. Puede ser utilizado no solo para el pago de rentas, sino también para cualquier reclamación que surja del incumplimiento del contrato de arrendamiento, tales como el reembolso de las reparaciones no llevadas a cabo por el inquilino o por daños en la vivienda.

Aunque en Suiza existía un gravamen especial sobre los bienes muebles del inquilino, este fue suprimido por la ley de arrendamientos de 1990; aun existe, sin embargo, para arrendamientos comerciales.

3.4. Proceso de desahucio

España ha reformado su regulación sobre desahucios en el campo de los arrendamientos urbanos dos veces en los últimos tres años[42]. La causa principal es la ineficiencia tradicional del procedimiento de desahucio en los arrendamientos, que puede durar hasta nueve meses o más en algunos casos hasta que el inquilino moroso es efectivamente desahuciado de la vivienda, a pesar de que existe un procedimiento especial (teóricamente más rápido) en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Durante ese periodo, el inquilino puede permanecer en la propiedad de forma gratuita (no necesita pagar nada para poder permanecer en la vivienda); el tiempo por el que permanezca en la propiedad debería añadirse a los meses atrasados (la causa para iniciar un proceso de desahucio) durante el proceso. Esta situación ha conllevado la existencia de «inquilinos morosos profesionales» que van de una vivienda a otra permaneciendo de forma gratuita (pagando únicamente el primer mes) durante varios meses. La causa principal de las dilaciones en el proceso de desahucio es la garantía procesal constitucional, es decir, nadie puede ser desalojado sin previo aviso, no se puede entrar en

casa ajena ni impedir su entrada sin orden judicial, existe el derecho a recurrir todas las resoluciones, etc. Una causa extrajudicial adicional es el tradicional retraso en los tribunales españoles, pues no existen tribunales especiales para arrendamientos y estos casos se resuelven junto con cualquier otro asunto de derecho civil. Además, los medios alternativos de resolución de conflictos (mediación o arbitraje, ADR) no son de uso común y solamente han sido previstos expresamente en la LAU 2013.

En Portugal tampoco existen tribunales especiales en arrendamientos, por lo que los tribunales de derecho civil son los competentes para resolver estos asuntos. Tampoco existen en Italia, aunque el procedimiento de desahucio en el caso de arrendamientos residenciales es más rápido que el procedimiento ordinario. Hay incluso un procedimiento adicional —denominado «notificación de desalojo»— solo para casos de desahucio por terminación del contrato o por impago. Grecia tiene una situación similar con un procedimiento especial, pero los tribunales civiles son los competentes para decidir. En 1997 se introdujo un procedimiento aun más especial en los artículos 662A-662Θ GCCP, que cubre los desahucios en los casos de impago de la renta: después de 15 días desde la notificación al inquilino, el propietario puede solicitar una orden de desahucio a un juez, que emitirá sin dar audiencia al inquilino; la orden es ejecutable a los 20 días, durante los cuales el arrendatario podrá oponerse.

Al contrario, Malta tiene un Consejo judicial especial para arrendamientos denominado *Rent Regulation Board* (RRB), pero no de forma exclusiva, pues los tribunales de derecho civil ordinarios también pueden decidir, por ejemplo, en relación a la validez del contrato de alquiler. La Ley X 2009 también faculta al RRB para decidir casos de desahucio a través de un procedimiento sumario, el cual puede ser recurrido al Tribunal de Apelación. A su vez, Suiza exige un proceso de conciliación entre las partes antes de iniciar la vía judicial (art. 197 Orden de Procedimiento Civil suizo). Los cantones disponen de una autoridad especial conjunta de conciliación (*paitätische Schlichtungsbehörde*), con un presidente y el mismo número de representantes de inquilinos y de propietarios, que atienden esos procesos de conciliación y asesoran a las partes. Los casos que son claros se excluyen de la obligación de conciliación previa. Los procesos no pueden durar más de 12 meses. El proceso de conciliación puede finalizar con un acuerdo entre las partes (que es vinculante para ellos), o sin acuerdo, caso en el que la autoridad autoriza al demandante a instar acción judicial o la propia autoridad puede proponer una resolución, que puede ser rechazada por las partes en 20 días. Existen tribunales ordinarios y especializados en arrendamientos. La mayoría de asuntos sobre arrendamientos gozan de procedimientos simplificados (por ejemplo, aquellos de menos de 30.000 francos suizos y las disputas en torno al depósito, protección contra la renta abusiva o contra la terminación, etc.).

En Alemania, los tribunales de derecho civil son los competentes para resolver sobre los casos de arrendamientos. En algunos *Länder* se requiere una conciliación previa al juicio para los litigios de menos de 750 euros.

En Austria, los tribunales ordinarios («*Bezirksgericht*», Tribunal de Distrito) tienen generalmente competencia exclusiva en cuestiones de arrendamientos. Sin embargo, en algunos municipios como Viena, Graz o Salzburgo, hay Consejos Arbitrales autorizados para resolver cuestiones específicas del arrendamiento en primera instancia, por ejemplo reclamaciones del inquilino para revisar la adecuación de una renta acordada o exigida.

IV. PERSPECTIVA COMPARADA: LA POSICIÓN DEL ARRENDATARIO

La regla de la oferta y la demanda establece que para lograr un mercado inmobiliario (propiedad-alquiler) saneado no solo los arrendadores deberían estar protegidos (garantías, desahucios efectivos) y estar económicamente interesados (rentabilidad, posibilidad de rehabilitación con ayuda externa, ya sea pública o privada), sino que también los inquilinos deberían encontrar en este tipo de tenencia cierto atractivo (asequibilidad, flexibilidad) y protección (estabilidad).

Sin embargo, en los países en los que la protección del arrendatario es alta, en los que la calidad de las viviendas es esencial para conseguir una transacción válida y los controles no son suficientes, puede aparecer un significativo «mercado negro» de viviendas arrendadas. Según SCHMID[43], los contratos en el mercado negro son «contratos informales y no oficiales que incumplen la normativa legal y que, por lo tanto, permanecen en una esfera extralegal y desprotegida, habitualmente en detrimento del arrendatario».

El autor vincula claramente los contratos no declarados con la menor protección del arrendatario (menos derechos) y la mala calidad de las viviendas (falta de viviendas rehabilitadas). Esta es una problemática existente en 12 de los 14 países estudiados en el marco del proyecto TENLAW. Las normas que se intentan evitar con estos contratos en negro son: obligaciones fiscales, requisitos de inscripción (del contrato), condiciones de habitabilidad y prohibición de cesión (del contrato de alquiler) o subarrendamiento. En España, el mercado negro de alquiler es un fenómeno muy relevante: en 2008 había 1,2 millones de arrendamientos no declarados a la Agencia Tributaria (esto supone 55,38% del total de viviendas arrendadas) que generan 2.900 millones de euros al año[44]. En Italia, el 20% de viviendas totales en alquiler pertenecen al mercado negro (950.000 viviendas).

La Figura 4 muestra los factores que contribuyen a la creación de «mercado negro» de viviendas.

FIGURA 4. Factores que contribuyen al mercado negro de viviendas en alquiler. Fuente: elaboración propia.

1. ASEQUIBILIDAD

Alquilar una vivienda es a menudo la última opción en el mercado de vivienda privada para una persona/familia que no tiene suficientes recursos económicos o que no ha recibido suficiente financiación externa para poder comprarse una vivienda.

Por lo tanto, cualquier restricción en su acceso (asequibilidad) tendría un gran impacto en el sistema de vivienda. De hecho, el artículo 18.5 a) de la Directiva 17/2014/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial[45] no permite a las entidades de crédito conceder préstamos hipotecarios a personas que presumiblemente no serán capaces de devolverlos (esto ya es una realidad en el art. 263-2 de la reciente Ley catalana 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación del Código de Consumo). Aunque esto se considere una medida adecuada para evitar el sobreendeudamiento[46], su estricta aplicación dejaría fuera del mercado de propiedad a muchas familias (por ejemplo, aquellas que no pueden pagar el 20% del valor de la propiedad por adelantado con sus propios recursos); y en esos países en los que no existe un mercado de tenencias intermedias consolidado[47], esto significaría que el arrendamiento es la única forma que les queda para acceder a una vivienda en el mercado libre (dejando a un lado, obviamente, aquellas situaciones de alojamiento sin costes, como el derecho de uso o de habitación, o un comodato, o incluso la pensión alimenticia o manutención del menor concedida por ley o por resolución judicial).

Una perspectiva adicional es ver si arrendar una propiedad, a largo plazo, resulta realmente más económico que comprar. Aunque esto puede variar atendiendo a las tasas de interés de la hipoteca, la fiscalidad y las posibilidades de actualización de la renta a lo largo de los años, en general, al menos en España,

debe mencionarse que *ceteris paribus* alquilar es normalmente más caro que comprar y requiere un esfuerzo económico familiar mensual mayor[48].

A. Renta

La asequibilidad inicial para un arrendamiento ya ha sido tratada un poco más arriba al hablar del depósito. Haciendo referencia ahora a la asequibilidad continua, el importe de la renta desempeña un papel central a la hora de determinar el atractivo de esta forma de tenencia.

En España no hay un sistema de control de renta para el mercado privado de alquiler (solo existe algún tipo de control en el caso de vivienda social), por lo que se aplica el principio de libertad de contrato (art. 17.1 LAU), sin existir control alguno sobre los alquileres excesivos. La renta puede ser actualizada anualmente según lo que las partes acuerden. Si no hay ningún acuerdo, se aplica el IPC como referencia.

En Portugal tampoco hay un sistema de control de renta ni reglas sobre rentas excesivas. Lo mismo ocurre en Grecia, pero los tribunales han aplicado la conocida regla *rebus sic stantibus* para los contratos de arrendamiento (comerciales, hasta el momento) celebrados con anterioridad al inicio de la actual crisis (2007), como excepción de la regla del *pacta sunt servanda*. Desde el 1978 hasta el 1998, el sistema legal italiano impuso un máximo legal de renta para los arrendamientos residenciales. La normativa posterior (Ley núm. 431/1998) introdujo modificaciones, de manera que las partes contratantes pueden elegir entre dos posibilidades diferentes: la primera es la libre negociación de la renta y la segunda es la determinación de la renta a través de acuerdos locales entre las asociaciones de propietarios y de arrendatarios.

En Suiza también se aplica el principio de libertad contractual para fijar la renta, pero en los arrendamientos residenciales (no en apartamentos de lujo o vacacionales) existen disposiciones legales contra las «rentas abusivas» (art. 269 ff. CO). En este sentido, los arrendatarios pueden impugnar, en el plazo de 30 días desde la posesión de la vivienda, la renta inicial (debe alegar haberse sentido obligado a aceptar esta renta debido a dificultades personales o familiares o por motivos que prevalezcan en el mercado local de viviendas; o alegar que su renta es significativamente superior a la anterior en la misma propiedad); o en el plazo de 30 días de recibir la notificación, cualquier incremento de la renta (el propietario es quién debe justificar ese incremento); o incluso pueden solicitar una reducción durante el arrendamiento (en este último caso, si el propietario obtiene un beneficio excesivo debido a los cambios significativos en la base de cálculo; por ejemplo, reducción de gastos para el propietario o cuando este reduce los servicios). Bajo la ley suiza, en general, cuando la renta permite al propietario obtener unos beneficios excesivos del arrendamiento (es decir, sigue

siendo razonable si la rentabilidad del arrendamiento supera el 0,5% del interés hipotecario de referencia) o cuando la renta se basa en un precio de venta claramente excesivo (es decir, cuando excede del valor de beneficio de una propiedad análoga, calculado sobre los alquileres habituales en la localidad o distrito), la renta se considera abusiva, aunque existen excepciones (por ejemplo, si la renta se encuentra dentro del rango de alquileres habituales en la localidad o distrito).

En Alemania, según el §558 (I) BGB, el propietario podrá requerir la aprobación de un aumento de la renta sin la necesidad de consentimiento del inquilino[49] solamente a) hasta la renta de referencia habitual en la localidad (*ortsübliche Vergleichsmiete*) y b) si, en el momento de realizarse el aumento, la renta no ha sido modificada en quince meses. No puede hacerse antes de que haya transcurrido un año desde el aumento de renta más reciente. La renta no puede aumentarse en más de un 20% o incluso un 15% en el periodo de 3 años en regiones que pueden determinar los gobiernos de los Estados federados [sección 558 (III) BGB], como Berlín, Hamburgo y Baviera[50]. La renta habitual de referencia en una determinada localidad se calcula a través de los pagos habituales en arrendamientos urbanos que se han acordado o que han sido modificados en los últimos cuatro años en dicha localidad o en una localidad comparable en términos de tipo, tamaño, etc. [§ 558 (II) BGB]. Muchos municipios, incluyendo las veinticinco metrópolis en Alemania (excepto Bremen) tienen listas indicativas de rentas (*einfacher Mietspiegel*). Estas tablas, que muestran la renta habitual de referencia en la localidad, deben establecerse o ser reconocidas por los municipios conjuntamente o por las asociaciones de propietarios y arrendatarios [§ 558c (II) BGB].

En Austria, existen tres sistemas de control de renta para la mayoría de propiedades destinadas a vivienda, que generalmente se rigen por el *Mietrechtgesetz* 1982 (MRG, §1 par. 1). La § 16 MRG establece límites estrictos en referencia al incremento de la renta: la que resulte tras el incremento no puede exceder los límites de una «renta adecuada» (sistema de control normativo de la renta que limita las rentas en el mercado libre dependiendo del tamaño, tipo, ubicación, estado de mantenimiento y mobiliario de la vivienda; la renta adecuada se establece por un juez); de la «renta por categorías» (renta mensual máxima establecida por metro cuadrado y fijada por Decreto, según la clasificación de las viviendas atendiendo a su nivel de equipamiento) o de la «renta de valor estándar» (para las viviendas que legalmente se definen como «viviendas estándar», cada Estado austríaco fija en su normativa una renta base fija por metro cuadrado y mes).

B. Servicios del inmueble

La regla general para todos los países analizados es que las partes pueden acordar quién es responsable del pago de los servicios del inmueble arrendado. No obstante, en la práctica, puede cambiar.

En España, por ejemplo, es común aplicar lo que la ley establece (art. 20 LAU), especialmente cuando las partes no lo han pactado. Es decir, el arrendatario satisface los gastos de servicios individuales (por ejemplo, servicios de agua, gas y electricidad) y el arrendador satisface los gastos que no sean susceptibles de ser individualizados (por ejemplo, los relacionados con la propiedad del inmueble: cuotas de la comunidad de propietarios, tasa de basuras y otros impuestos que graban la propiedad). No obstante, en el actual contexto de caída del precio del alquiler (desde 2007), los arrendatarios suelen pagar, también, los gastos no individualizables.

En Grecia, el arrendatario paga los servicios relacionados con el uso de la vivienda. Estos pueden incluir la cuota de servicios comunes (por ejemplo, limpieza) en caso de propiedad horizontal. En Malta, el arrendador y el arrendatario son responsables solidarios de las facturas de electricidad y agua. El artículo 1078.2 del Código Civil Portugués (CCP) establece que, a falta de acuerdo, los gastos de suministro de bienes y servicios son asumidos por el arrendatario y es el arrendador quien paga todos los costes de la propiedad horizontal (como los servicios de la comunidad).

En Italia, las partes pueden acordar quien satisface los gastos. En la práctica, se pacta que el arrendatario debe pagar el suministro de servicios porque, si nada se ha especificado en el contrato, el propietario no puede exigirle dicho pago (art. 9 Ley núm. 392/1978) (por ejemplo, si el arrendador continúa como contratante de los suministros, deberá pagarlos sin poder reclamar el reembolso al arrendatario, excepto pacto en contrario).

En Suiza, no obstante, se parte de otra perspectiva: primero, no está permitido que el arrendador se beneficie de lo que cobra al arrendatario por las «cargas accesorias» (servicios, en general, como agua o gas) y, segundo, tiene que determinar qué servicios no están incluidos en la renta; de lo contrario, se entienden todos incluidos. Los servicios pueden incluir no solamente el agua caliente y la calefacción, sino también impuestos que gravan el uso de la propiedad (por ejemplo, impuestos sobre el agua, gasto de agua y recogida de basuras), electricidad de zonas comunes o incluso servicios contratados (reparación de un ascensor o de una lavadora). El gasto de estas reparaciones se puede transferir al arrendatario si se especifica en el contrato, pero solo pueden hacer referencia gastos de mantenimiento ya que las reparaciones mayores se incluyen dentro de la obligación del arrendador de mantener la vivienda. Finalmente, por una parte, los impuestos de bienes inmuebles, intereses hipotecarios, seguros, gastos de mantenimiento y otros gastos administrativos no se entienden incluidos en el concepto de «servicios». Y, por otra parte, el arrendatario debe pagar siempre los costes que derivan de su uso exclusivo (electricidad en la vivienda y telefonía).

En Alemania, de acuerdo a la sección 535 (I 3) BGB, el arrendador debe asumir todos los costes que surgen de la vivienda arrendada. No obstante, las partes pueden acordar que el arrendador sea responsable de los gastos de fun-

cionamiento *[Betriebskostenverordnung*; sección 556 (I 1) BGB] (por ejemplo, impuestos sobre bienes inmuebles, alcantarillado, suministro de agua y calefacción, mantenimiento del sistema de calefacción, limpieza municipal, eliminación de residuos, limpieza, exterminadores, jardinería, electricidad de zonas comunes, limpieza de chimeneas, ascensores, conserjes, seguros y prestaciones en especie realizadas por el propietario). En relación con la electricidad, a falta de pacto, deberá asumir su coste el arrendatario. En Austria, los gastos generales (como agua, instalaciones, seguro contra incendios…), impuestos (impuestos y tasas sobre bienes inmuebles) y gastos extraordinarios (ascensores, calefacción central, lavandería y jardinería) son gastos del arrendador, pero el arrendatario normalmente se suele hacer cargo de ellos.

2. Estabilidad

A. Contratos de arrendamiento por tiempo indefinido y duración mínima obligatoria

Como se ha mencionado, la estabilidad del arrendatario se puede conseguir mediante otros métodos (directos, paternalistas) más o menos intrusivos. Si la legislación establece una duración obligatoria (*ius cogens*) para el arrendamiento de vivienda, es una forma intrusiva de obligar al arrendador a alquilar la vivienda un determinado número de años.

No obstante, se puede conseguir un resultado similar a través de vías proteccionistas, como permitir los arrendamientos indefinidos o, incluso, limitando el incremento de la renta de forma que el propietario no tenga ningún incentivo para terminar el contrato (siempre que el arrendatario cumpla con sus obligaciones) porque no podrá imponer una renta mayor a otro inquilino (es decir, que recibe la renta adecuada por estar en un determinado vecindario), tal como se ha visto anteriormente.

Estas medidas más intrusivas que protegen al arrendatario pueden comportar el incremento del mercado negro de alquiler[51].

En España, no están permitidos los arrendamientos indefinidos, ya que se requiere un plazo determinado (art. 1543 CC), aunque las partes lo pueden estipular de forma vaga (por ejemplo, «puedes estar en la vivienda siempre que trabajes en la ciudad»); si no hay nada previsto, la ley establece que se entenderá realizado por un año (art. 9 LAU). No obstante, debe tener una duración mínima de 3 años (hasta el 2013, eran 5 años), es decir, que incluso si las partes han acordado un plazo inferior, el contrato se prorrogará anualmente de forma automática hasta los 3 años (art. 9.1 LAU).

El derecho portugués permite arrendamientos indefinidos (art. 1094 CCP) y, hasta 2012 (Ley 31/2012), existía una duración mínima de 5 años (art. 1095.2

CCP). En Grecia, asimismo, se requiere una duración mínima de 3 años para arrendamientos de vivienda (Ley 1703/1987, modificada por el art. 5.1 Ley 2235/1994). En Malta, no se permiten los arrendamientos indefinidos, ya que el contrato de arrendamiento se debe pactar por una duración determinada. La ley maltesa tampoco establece un plazo mínimo de duración.

Italia distingue entre los arrendamientos indefinidos y de duración determinada. Estos últimos no pueden durar más de 30 años, pero se pueden renovar automáticamente al finalizar el plazo contractual (art. 1573-1574 CCI). En relación con los indefinidos, es posible acordar un arrendamiento por la vida del arrendatario más dos años, y el plazo contractual mínimo es de 4 años (art. 1 Ley núm. 431/98).

El derecho suizo no establece duración mínima del contrato, pero se pueden hacer de larga duración, como por ejemplo, durante la vida de una parte (aunque no se permiten los arrendamientos «eternos»). No obstante, si la duración es excesiva, las partes pueden terminar el contrato por avanzado (art. 255g CO).

A su vez, en Alemania se permiten los arrendamientos indefinidos, que son la mayoría, ya que solo se permiten los arrendamientos por plazo determinado en algunas circunstancias [§ 575(I) BGB]: si el arrendador, tras terminar el contrato, quiere usar un local como vivienda para si o para sus familiares; si quiere destruir, cambiar o reparar el local; o si quiere alquilar el local a una persona que pase a servir en su casa (*Werkswohnung*).

Finalmente, en Austria, el legislador ha tenido preferencia por los contratos ilimitados en el tiempo, hecho que sirve para la protección del arrendatario, porque el contrato solo puede ser terminado por el arrendador por unas causas limitadas. No obstante, el arrendador puede limitar la duración de los contratos de arrendamiento a 3 años, de forma escrita, sin necesidad de alegar ninguna razón en especial, al contrario que en el derecho alemán.

B. Naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento

Como cuestión inicial, el concepto de arrendamiento como derecho real o, al menos, con algunos de sus elementos, contribuye a la estabilidad del arrendatario.

Es decir, si el arrendatario tiene un derecho real puede poseer y utilizar la propiedad por sí mismo, no dependiendo del derecho del propietario (existencia, nuevos propietarios, etc), o tolerancia (la idea de «vivir en una casa ajena»). Además, en principio, los derechos reales son aquellos que normalmente están inscritos en el Registro de la Propiedad, informando a los compradores, adquirentes forzosos o futuros titulares de otros derechos reales sobre la vivienda que existe un contrato de arrendamiento y ellos deben respetarlo. Los derechos reales pueden utilizarse también como base para la obtención de financiación,

tales como la posibilidad que existe de hipotecar arrendamientos de larga duración (*leasehold*) bajo la ley inglesa. Sin embargo, los propietarios a menudo ven los derechos reales con reticencia ya que gravan sus bienes (disminución de valor en el mercado) y quizá no les gusta las relaciones jurídicas a largo plazo (debido a que se vacía el contenido de su derecho sobre la propiedad).

En España, los arrendamientos son contratos de carácter personal. Sin embargo, pueden ser inscritos en el Registro de la Propiedad después de formalizarlos a través de escritura pública. Si el contrato está registrado, entonces el comprador de la vivienda debe respetarlo (art. 14 LAU); también los compradores en una ejecución hipotecaria deben respetarlo, aunque solo si el contrato se registró antes de la hipoteca (art. 13 LAU).

Mientras tanto, en Portugal hay un gran debate de su naturaleza (personales o reales). Aunque la mayoría de los argumentos están a favor de los primeros, los inquilinos están protegidos como poseedores de la vivienda y el derecho de posesión solo se concede a un titular de un derecho real (arts. 1251 y 1276 Código Civil Portugués. Además, se aplica el principio de la *emptio non tollit locatum*, que es una consecuencia de la tenencia continuada del arrendatario, es decir, que se respete su derecho sin importar quién es el dueño de la propiedad (art. 1057 CCP). Por esta misma razón, la calificación de los arrendamientos como derechos personales en Malta debe ser matizada, donde también existe un debate doctrinal.

En Italia, los arrendamientos se consideran directamente como un *tertium genus*, diferenciado de derechos personales y reales. Por un lado, los inquilinos pueden iniciar un procedimiento directamente contra los que le causan molestias, así como el propietario; y, por otro lado se aplica el principio de la *emptio non tollit locatum* aunque con límites, si no está registrado (el comprador tiene que respetar el arrendatario durante un máximo de 9 años). La primera razón es compartida también bajo la legislación griega (art. 997 CCG), aunque parece claro que un contrato de arrendamiento es personal.

En Alemania, los arrendatarios también disfrutan de solo un derecho personal, pero también son considerados un verdadero poseedor, pudiendo defenderse de molestias y merecen compensación por daños y perjuicios en caso de que se menoscabe sus derechos [§§ 823 (I) y 858 BGB]. Otra excepción es la obligación del comprador de la propiedad alquilada de respetar el contrato de arrendamiento, de acuerdo a la § 566 BGB.

La Ley austríaca considera que un contrato de arrendamiento no es un derecho real. Pero la jurisprudencia ha llevado a considerar al inquilino en una posición cuasi real (*cuasi-dingliches Recht*) porque está legitimado para reclamar contra disturbios e infracciones por terceras personas, al igual que el propietario.

También en Suiza, desde 1990, el comprador de la propiedad alquilada deberá respetar el contrato de arrendamiento, esté o no inscrito en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, el artículo 261b CO, permite su registro evitando

que el comprador pueda terminar el contrato en circunstancias excepcionales (por necesidad de él o de sus familiares).

C. Derechos de adquisición preferente

Los derechos de adquisición preferente dan a inquilinos estabilidad: tan pronto como el propietario quiere vender la vivienda u obligatoriamente se priva de esta (por ejemplo, debido a la ejecución hipotecaria) la legislación puede permitir que los inquilinos puedan adquirir la vivienda con preferencia a cualquier tercero por el mismo precio de venta. Esto da la posibilidad de permanecer en la misma vivienda, pero ahora como propietario, estabilizando así su tenencia.

Así, mientras que el derecho de adquisición preferente en España para los arrendatarios está previsto legalmente en el artículo 25.1 LAU, para los contratos firmados después del 6 de junio de 2013, puede ser excluido por las partes en el contrato. Antes de esta regulación, la adquisición preferente solía ser que derecho de *ius cogens* (obligatorio), de modo que el inquilino no podía ser privado de este. Por el contrario, en Italia, existe un derecho de tanteo legal en artículo 3.1 g) Ley 431/1998. En Portugal, existe para alquileres de más de 3 años y no solo para el caso de venta de la propiedad, sino también en el caso de arrendamiento de la vivienda a un tercero. En Malta, no existe.

En Alemania, un derecho de tanteo legal existe como una disposición imperativa en §577 (I) BGB, excepto si el propietario vende su propiedad a un miembro de su familia. Pero en Suiza no existe, aunque se ha estado debatiendo su inclusión en 2013.

D. Existencia de tenencias intermedias

También es interesante saber si la vivienda en propiedad es el único tipo de tenencia «estable» (en contraste con unos arrendamientos «muy flexibles») o si la legislación de un ordenamiento jurídico determinado proporciona otros tipos de tenencias entre contratos de arrendamiento y propiedad, que combinen la flexibilidad y la asequibilidad inicial del contrato de arrendamiento y la estabilidad de la propiedad. Es decir, verificar si un país que no garantiza un cierto grado de estabilidad para el arrendamiento deja la propiedad como la única alternativa o si, en cambio, prevé tenencias intermedias, es decir, si da más opciones estables para acceder a una vivienda a sus ciudadanos: la forma menos estable, la forma más estable y una forma intermedia.

Como puede verse en la tabla 2, de los países estudiados, tan solo Malta tiene tenencias intermedias que implican la adquisición progresiva de la propiedad[52]. En España, solo Cataluña prevé su introducción (propiedad compartida y

propiedad temporal) para el año 2015[53]. Ninguno de los otros tienen tenencias intermedias, aunque se pueden destacar dos países de la UE que tienen un alto número de viviendas ocupadas por inquilinos en régimen de tenencia intermedia: Reino Unido y Países Bajos. En Francia existen instrumentos jurídicos similares llamados *SCI à vocation social*, de modo que los inquilinos pueden comprar acciones en una empresa que posee la propiedad. También hay rastros de tenencias intermedias en Eslovenia y la República Checa.

TABLA 2. Tenencias intermedias por país similares a la *shared ownership* o propiedad compartida. Fuente: elaboración propia.

PAÍS	TENENCIAS INTERMEDIAS	CARACTERÍSTICAS
REINO UNIDO	*Shared ownership* *Shared equity*	*Shared ownership:* Introducida en 1980, impulsada por las *housing associations* (también la *shared equity*) y vinculada a préstamos hipotecarios «blandos» con la fórmula estándar inicial de 5% (recursos propios) + 20% (adquisición del dominio con financiación externa, *mortgage*) + 75% (alquiler)
PAÍSES BAJOS	a) *Shared ownership* b) *Koopgarant* c) *Sociale Koop* d) *Client's Choice*	a) La propiedad compartida original en Europa b) Descuento del 30% cuando se compra; cuando se vende, los beneficios o pérdidas se comparten entre el propietario y la *housing association*. c) Precio de adquisición sin el valor del suelo. Hipoteca mínimo del 50% del valor del inmueble (sin suelo); en la venta, se paga a la *housing association* el precio del suelo más el incremento del valor de la propiedad. d) No es una tenencia intermedia pero el arrendatario puede optar entre el arrendamiento o la propiedad mediante una tenencia intermedia.
IRLANDA	*Shared ownership*	1991, *housing associations,* adquisición mínima del 40%, máximo 25 años.
MALTA	*Shared ownership*	2005, comprar 1/3 o 2/3 de la vivienda con precio subvencionado; 10 años para el resto.
AUSTRALIA	*Shared ownership:* a) *Fixed Shared Start Loan* b) *Flexible Shared Start Loan*	— Préstamo público para comprar una parte. La otra parte, se retiene permanentemente por el Departamento de Vivienda (no es posible comprar el 100%). — El comprador no paga renta pero paga todos los gastos de mantenimiento, seguros, tasas, etc. Puede revender su parte al Departamento de Vivienda.
FINLANDIA	*Partial ownership*	— Parte del precio de (10%) es invertido en participaciones a copropiedad con el propietario. — Arrendamiento de duración entre 5 y 12 años. Durante el arrendamiento, el vendedor es accionista mayoritario, pero el comprador puede continuar comprando hasta el 49%. Al finalizar el arrendamiento, el arrendatario puede comprar el resto de participaciones y ser el único propietario.

3. Flexibilidad

En términos generales, «flexibilidad» se refiere aquí a la posibilidad real para el inquilino de irse de la vivienda, antes de finalizar el contrato y sin necesidad del consentimiento del propietario, sin compensarlo, sin darle una razón justificada, sin la obligación de permanecer por un periodo mínimo de tiempo y sin la obligación de encontrar a alguien que quiera arrendar u otro tipo de restricciones. De hecho, esta libertad incluye dos opciones posibles para que el arrendatario se pueda mudar: simplemente, el derecho a marchar de la vivienda (es decir, sin tener ninguna razón válida para hacerlo) o permitir que la subarriende unilateralmente (es decir, permitir que el arrendatario subarriende a un tercero la vivienda total o parcialmente, que se encargará de ella y del pago de la renta en su lugar sin necesidad del consentimiento del propietario).

Por último, se debe tener en cuenta que, en ocasiones, existen fuertes límites a la cesión o subarriendo que podrían contribuir a incrementar el «mercado negro», como en Austria, los Países Bajos y Suecia[54].

A. Desistimiento anticipado, unilateral y libre del arrendatario

En España, un inquilino que quiere/necesita rescindir unilateralmente el contrato de arrendamiento antes del plazo pactado y sin necesidad de alegar una justa causa válida debe pagar los primeros 6 meses de alquiler aunque no viva allí y, después de eso, puede rescindir el contrato pero, generalmente, indemnizando al arrendatario con el valor de tantas rentas mensuales como años restantes del contrato (art. 11 LAU)[55].

La ley no resuelve, sin embargo, qué sucede si el propietario no sufre ningún daño debido al desistimiento anticipado como sucede, por ejemplo, cuando alquila la propiedad a otro inquilino inmediatamente después de que el primero marche. En nuestra opinión, no debería ser compensado debido precisamente a la ausencia de daño, debiendo haber previsto la Ley 4/2013 una excepción para este caso, cosa que no ha hecho[56].

La normativa portuguesa (art. 1098.3 PCC), desde 2012, no permite al inquilino rescindir el contrato de arrendamiento por adelantado hasta que 1/3 de la duración inicial o de su renovación haya pasado, aunque no necesita pagar ninguna indemnización al propietario (solo informarle con preaviso). Otra situación en la que se permite el desistimiento es cuando el propietario se opone a la renovación automática del contrato de arrendamiento, que es válida para arrendamientos de duración determinada e indefinidos.

Bajo el derecho maltés, los inquilinos no pueden rescindir unilateralmente los contratos antes de lo acordado si el propietario ha cumplido con sus obli-

gaciones. La única excepción es en contratos de arrendamiento de «duración presunta» (aunque no pueden pactarse a partir de 1 de enero de 2010, ya que las partes deben fijar plazo) que pueden ser rescindidos por cualquiera de las partes en cualquier momento. Y el derecho griego establece en el artículo 609 CCG que, para alquileres de más de un mes de duración, solo se requiere la notificación con 3 meses de antelación sin necesidad de indemnizar al propietario.

En Italia, el arrendatario puede desistir del arrendamiento indefinido respetando el plazo mínimo de notificación (art. 1974 CCI). Para los contratos de duración determinada se debe distinguir entre contratos de renta libre y de renta limitada. En los primeros (4 años + 4 años de prórroga), el inquilino puede desistir una vez que hayan transcurrido 8 años y notificándolo con 6 meses de antelación (art. 2.1 Ley núm. 431/1998); en los segundos (3 años + 2 años de prórroga), el inquilino puede desistir al final de los 5 años notificándolo con 6 meses de antelación (art. 2.5 Ley núm. 431/1998). Además, el artículo 3.6 de la Ley 431/1998 permite al arrendatario resolver el contrato en cualquier momento, con un plazo de preaviso de 6 meses, con causa justificada. Las partes pueden acordar otras causas de resolución o desistimiento sin causas o plazos fijos siempre que no haya perjuicio para el arrendatario.

En Austria, el arrendatario puede poner fin al arrendamiento por plazo determinado de forma unilateral, una vez haya transcurrido el primer año del contrato. Además, debe haber un preaviso de 3 meses. El arrendador no tiene derecho a compensación. Lo mismo sucede con los arrendamientos indefinidos, pero el plazo de preaviso depende de lo que se establezca en el contrato (si no se ha pactado, será de un mes).

En Alemania, el arrendatario puede desistir del contrato con un plazo de preaviso de 3 meses si el arrendamiento es indefinido (§ 573 BGB), sin tener que alegar ninguna causa, lo que se considera un incentivo para facilitar la movilidad de los arrendatarios alemanes.

Y, finalmente, en Suiza, el arrendatario puede desistir del arrendamiento indefinido con un preaviso de 3 meses (por escrito). Pero si no quiere respetar este plazo o quiere desistir de un arrendamiento por plazo determinado, lo puede hacer sin consecuencias negativas siempre que proponga un nuevo arrendatario al propietario, que tiene que ser solvente, aceptado por el arrendador y debe aceptar el contrato en las mismas condiciones que el primero.

B. Subarriendo unilateral por el arrendatario

La tabla 3 resume esta posibilidad.

TABLA 3. Subarrendamiento unilateral del arrendatario. Fuente: elaboración propia

PAÍS	¿PERMITE SUBARRENDAR SIN CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR?	COMENTARIO
ESPAÑA	NO (art. 8.2 LAU)	Solo se permite el subarrendamiento parcial con el consentimiento del arrendador.
PORTUGAL	NO (1038 CCP)	Además, el consentimiento del arrendador debe ser por escrito y, después de concluir el subarrendamiento, el arrendatario deberá comunicar su fin al propietario. Además, hay otros límites: el arrendatario solo puede cargar un 20% más de la renta inicial al subarrendatario, los propietarios pueden pedir el pago de la renta directamente al subarrendatario si el arrendatario y subarrendatario están en mora y, en caso de subarrendamiento total de la vivienda, el propietario puede reemplazar al arrendatario por el subarrendatario a través de notificación judicial.
MALTA	NO (art. 1514 CCM)	Desde 2010, el arrendatario solo puede subarrendar si ello ha sido pactado expresamente en el contrato. De lo contrario, no lo puede hacer.
ITALIA	SÍ, PERO SOLO SUBARRENDAMIENTO PARCIAL (Art. 2 Ley 392/1978)	Se permite el subarrendamiento parcial, excepto que se haya pactado lo contrario en el contrato. El arrendatario solo tiene que informar al arrendador acerca de la identidad del nuevo arrendatario, la duración del contrato y las habitaciones arrendadas. Si el subarrendamiento es total, se requiere el consentimiento del propietario. Se presume que existe subarrendamiento si la vivienda es habitada por una o más personas que no son empleados del arrendatario o no son sus familiares hasta cuarto grado (art. 59, núm. 7 Ley núm. 392/1978).
GRECIA	NO (art. 593 CCG)	No obstante, se permite si no se ha pactado lo contrario en el contrato.
SUIZA	EN PRINCIPIO NO, PERO EL PROPIETARIO TIENE POCAS CAUSAS DE OPOSICIÓN (art. 262.1 CO)	Pero el propietario solo lo puede rechazar en las siguientes situaciones (que no pueden ser excluidas contractualmente): el arrendatario no informa al propietario de los términos contractuales, lo pactado resulta injusto para el arrendador o el subarriendo le causa graves desventajas. Además, el subarrendamiento puede ser total o parcial.
ALEMANIA	EN PRINCIPIO NO, PERO EL PROPIETARIO TIENE POCAS CAUSAS DE OPOSICIÓN [§§ 540 (I) y 553 (I) BGB]	Aunque, en general, el arrendatario no puede subarrendar sin el consentimiento del arrendador, en caso de arrendamiento de viviendas puede pedir al propietario que apruebe el subarrendamiento si demuestra que tiene un interés justificado (personal o económico, por ejemplo, si ha tenido una reducción del salario o si se queda sin empleo). En este caso, el propietario debe consentirlo excepto si se justifica que la vivienda estaría sobreocupada ($9m^2$ para adultos y $6m^2$ para niños de menos de 6 años).
AUSTRIA	EN PRINCIPIO NO, PERO EL PROPIETARIO TIENE POCAS CAUSAS DE OPOSICIÓN (§ 11 par. 1 MRG).	El arrendador debe consentirlo excepto que exista alguna razón excepcional, por ejemplo, un subarrendamiento total de la vivienda o renta desproporcionada.

4. Percepción social de los arrendamientos urbanos

Arrendar una vivienda no es solo por un tema de asequibilidad, o incluso estabilidad o flexibilidad. Es también por un aspecto de percepción: ¿está la gente realmente interesada en arrendar? ¿Es el arrendamiento percibido como una alternativa real a la propiedad? ¿Es una opción natural o es solo una opción para aquellos que no pueden afrontar la compra de una vivienda o por periodos transitorios en la vida de estos? ¿Es percibido como una forma de «tirar el dinero» porque nunca va a poder «conseguir» una vivienda?

Si alquilar una vivienda no es una opción real y no es apreciado como una alternativa a la propiedad, es difícil que se generalice como una forma de tenencia de la propiedad. Por supuesto que las leyes pueden mejorar su percepción o incluso contribuir a una mejor opinión social, pero tardaría años en cambiar. Kemeny[57] en los 80s ya vinculó los valores sociales con más o menos tasa de alquiler de vivienda. Los Estados Unidos, Portugal, España e Irlanda (cuatro de los países más afectados por la actual crisis) se centraron, durante la década anterior y hasta 2007, en promover la propiedad incluso en aquellas personas que no podían hacer frente a ella. En Estados Unidos incluso se vinculó ser propietario con logro personal del Sueño Americano[58]. España, a su vez, es un ejemplo de esta gradual pero imparable tendencia a la propiedad desde 1940 (dónde un 50% aprox. de las viviendas eran de alquiler) hasta la actualidad (un 12%), a pesar de que la ley haya ido beneficiando pendularmente al arrendador (1985, 2013) o al arrendatario (1964, 1994) en cada nueva ley.

Muchos factores no legales influyen en esta percepción: la situación de la vivienda, la calidad de las viviendas ofertadas, quién suele arrendar, asequibilidad, etc. El análisis de todos estos factores va más allá de este trabajo. Pero, del estudio llevado a cabo dentro del TENLAW, se evidencian determinados aspectos.

Por ejemplo, en España alrededor del 50% de las viviendas alquiladas corresponden a inmigrantes. Además, el arrendamiento en España es habitual entre aquellas personas que no tienen todavía definido su proyecto de vida, que no tienen recursos para adquirir una vivienda o que están pasando por una situación residencial temporal. Las Comunidades Autónomas con más producción agrícola (Aragón, Extremadura, Murcia y La Rioja) concentran la mayor proporción de viviendas arrendadas debido, probablemente, a que el trabajo temporal requiere mayor flexibilidad con respecto a la situación de residencia permanente. Las viviendas arrendadas también se concentran, normalmente, en barrios céntricos de grandes ciudades debido al bajo precio que tienen por su mal estado o falta de instalaciones (p.e. ascensores) o tamaño. No obstante, cuando las rentas suben (por saturación o gentrificación), la demanda de vivienda en alquiler se desplaza a la periferia (*Doughnut effect*). De hecho, un reciente estudio para España revela que solamente un 27% de los arrendatarios lo son porque quieren

(valorando la mayor flexibilidad y asequibilidad de su forma de tenencia) y un 54% de los españoles considera que alquilar es tirar el dinero[59].

En Portugal, la propiedad es más del 50% en todos los municipios. Las ciudades con menos proporción son Oporto (51%), Lisboa (52%) y Spinho (60%), mientras que otras alcanzan el 94% de ratio de propiedad (Oleiros). Normalmente, en los centros urbanos se concentra más vivienda en alquiler. Durante muchos años, en este país era tan caro pagar el préstamo hipotecario como la renta del alquiler; también es el caso de España hoy en día (2014) y de las últimas dos décadas. En Portugal, hasta la RAU 1991 muchos arrendamientos eran indefinidos, y el arrendador solo podía terminar el contrato en supuestos muy restringidos. Y la propiedad es mayoritaria para aquellos que tienen un trabajo y situación familiar estable, mientras que el alquiler es percibido como más flexible (incluso en arrendamientos indefinidos donde el arrendatario puede marchar con un plazo de preaviso). La concentración de vivienda pública de alquiler está conectado con problemas y pobreza.

En Malta, dónde existe la marginación de inmigrantes, el distrito Southern Harbour tuvo en 2005 el mayor porcentaje de viviendas en alquiler, probablemente debido a que es una área histórica con muchas viviendas antiguas. En La Valeta, hay un 75,3% de viviendas en alquiler. La propiedad tiene una connotación favorable en Malta. El tamaño y estado de los inmuebles han devenido un símbolo de estatus social que indica salud, poder y prestigio; alquilar, por el contrario, se asocia con las clases sociales menos pudientes.

En Italia, las viviendas en alquiler se concentran en las áreas urbanas más deterioradas (pero no en centros urbanos restaurados), ya que este tipo de contratos se han convertido en los más típicos entre la clase social menos favorecida. Las grandes ciudades (con más de 500.000 hab.) tienen más ratios de vivienda en alquiler (35,6% aprox.). Las viviendas en alquiler social se concentran en las periferias (construidas entre la década de los 50, 60 y 70), y se identifican con personas de rentas bajas. El alquiler privado no significa necesariamente lo mismo, ya que muchos propietarios fueron inquilinos en el pasado. Pero, generalmente, el contrato de arrendamiento se está convirtiendo en el típico de la población italiana más débil, ya que solo un 20% de las familias italianas vive de alquiler, el 75% de ellos reciben menos de 12.500 euros/año y el 80% de ellos preferiría comprar una vivienda si la pudieran pagar. La seguridad y la inversión se predica solamente de la propiedad, mientras que el bajo coste y la flexibilidad se relacionan con el alquiler.

También en Grecia los arrendamientos se concentran en las grandes ciudades en lugar de en las regiones. E incluso la propiedad es apreciada como un índice de salud y bienestar, un tipo de tenencia superior. Los arrendamientos son vistos como una solución temporal. Los arrendatarios no sienten que la vivienda les pertenece, hecho que deriva en una falta de mantenimiento de esta. La misma situación es habitual en España.

Los arrendamientos son más comunes en grandes ciudades que en áreas rurales en Suiza, pero un censo en el año 2000 reveló que la tasa de propiedad era solo del 34,6%. Arrendar en Suiza no está estigmatizado. Para aquellos que pueden permitirse tanto comprar como alquilar, la decisión se basa en deliberaciones económicas, ya que la vivienda arrendada es de buena calidad, pero muchos arrendatarios preferirían ser propietarios si lo pudieran afrontar.

En Alemania, mientras que la propiedad es la forma de tenencia más deseada, el mercado privado de arrendamiento es ampliamente aceptado, una tenencia tradicional, considerado como una buena alternativa a la propiedad. El alquiler público es hasta cierto punto considerado inferior a otras formas de tenencia.

5. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

La intención de este artículo era evidenciar cómo determinados aspectos de la legislación de arrendamientos puede influenciar una alta o baja tasa de alquiler. Mientras que la asequibilidad, estabilidad y flexibilidad son cruciales para los arrendatarios, la rentabilidad, incentivos para la rehabilitación, garantías y un procedimiento eficaz de desahucio son factores importantes para los propietarios. Todos estos factores son influenciados, directa o indirectamente, por la legislación de arrendamientos: quien soporta los costes, cómo se fija la renta (límites a la libertad contractual), posibilidad de sustituir la renta por reformas, control del contrato por el arrendatario (desistimiento unilateral o subarriendo), periodos mínimos de duración, etc.

A nuestro juicio, no es fácil determinar cómo la normativa de arrendamientos afecta (más o menos) a la tasa de alquiler de cada país, o si depende de otras disposiciones legales (tributación, subvenciones) o incluso si el mayor factor debe encontrarse fuera del marco legal, en cuestiones socio-económicas y culturales como los valores sociales (riqueza privada en lugar de riqueza social), quién está arrendando y comprando (inmigrantes, marginación), inversiones, seguridad, etc.

No obstante, parece claro que, para algunos de estos factores no jurídicos, se puede trazar un nexo con algunas raíces legales. Así, desde el punto de vista del arrendatario, la estabilidad está directamente relacionada con el tiempo en que puede quedarse en la vivienda sin depender del arrendador (prórrogas forzosas, arrendamientos indefinidos) o si se crean las condiciones son legalmente necesarias para evitar un abuso en la renta a satisfacer, de modo que pueda continuar pagándola (control de renta). La flexibilidad está relacionada con la posibilidad del arrendatario de desistir del contrato sin obstáculos, sin deber dar ninguna justificación o, al menos, la posibilidad de subarrendar (total o parcialmente) con cierta libertad. Y, desde el punto de vista del arrendador, los incentivos

públicos o privados a la rehabilitación deberían ser accesibles y permitir que se pudiera arrendar la vivienda legalmente en vez de dejarla cerrada por inhabitable; deberían crearse políticas destinadas a la creación de un mercado saneado de vivienda en alquiler así como un balance entre las obligaciones y costes para garantizarle una mínima rentabilidad que hiciera más atractivo arrendar que no otras inversiones (como un depósito a plazo); se deberían reforzar las fianzas y otras garantías legales para evitar malas conductas del arrendatario hacia la vivienda o su impago; y debería estar disponible un procedimiento de desahucio eficiente (en tiempo y costes) junto con métodos alternativos de resolución de conflictos que pueden ayudar a evitar los litigios. De lo contrario, el arrendador se ve incentivado a ir al mercado negro de alquiler donde se pueden alquilar infraviviendas, donde no existen las protecciones del arrendatario y donde no hacen falta garantías o procedimientos judiciales para exigir pagos y desahuciar al utilizarse métodos alegales o incluso ilegales para conseguirlo.

Es decir, este artículo compara la normativa de arrendamientos de los países con más tasa de alquiler con la de los que tienen menos en Europa, incluida España, y ver qué marco normativo favorece la creación de un mercado de alquiler amplio y saneado. Una vez más, como casi todo lo relacionado con la presente crisis, es una comparación Norte-Sur. La tabla 5 resume la aproximación de la legislación de arrendamientos urbanos de cada país estudiado hacia las cuestiones clave que pueden afectar el atractivo del alquiler tanto para propietarios como para inquilino.

De la Tabla 5, se pueden destacar las siguientes conclusiones.

1. Arrendar no es muy rentable, existiendo un retorno de alrededor del 3% de media en los países estudiados, que se puede equiparar a los intereses que proporciona un depósito a plazo fijo de larga duración. No obstante, a menudo añade otro valor a los propietarios, como el mantenimiento de una vivienda vacía, ingresos extra para la jubilación (Alemania) y la expectación de que el valor de la propiedad incremente (Malta).

2. Este bajo rendimiento puede contribuir a provocar un impacto negativo en el deficiente estado de conservación de las viviendas arrendadas. Por este hecho, probablemente, en todos los países del sur de Europa (excepto Grecia) existen subvenciones o incentivos (fiscales, deducciones) a la rehabilitación. Algunos de ellos incluso incluyen la posibilidad de acordar, desde el ámbito privado, la sustitución de la renta por un plan de rehabilitación (rehabilitación por renta), que debe ser llevado a cabo por el arrendatario a cambio del uso de la vivienda por un periodo equivalente de tiempo (España, Grecia e Italia). No obstante, la eficacia de esas medidas está en juego (por ej., demasiado recientes en España para ser eficaces) ya que los países del sur de Europa tienen problemas, tradicionalmente, con un número elevado de: a) viviendas vacías; b) viviendas alquiladas en mal estado; c) viviendas alquiladas en el mercado negro (ya que para alquilar se exige disponer de certificados energéticos normalmente).

TABLA 5. Conclusiones. Comparativa entre ocho países europeos (los cinco mediterráneos con bajas tasas de vivienda en alquiler y los tres con la mayor tasa) en relación con su sistema jurídico de arrendamientos urbanos. Fuente: elaboración propia.

		ESPAÑA	PORTUGAL	MALTA	GRECIA	ITALIA	SUIZA	ALEMANIA	AUSTRIA	OTROS
	Rentabilidad	Baja (3%)	Media (3,45%)	Alta (3,10%/10%)	Baja (no rentable)	Baja (2,9%)	Suele ser atractiva	Media (30% entre 2% y 6%)	N/D	Francia (3,4%/4,8%)
Propietario	Rehabilitación a) Ayudas públicas b) Capacidad privada o sustutir renta por rehabilitación	a) Solo desde 2013 b) Solo desde 2013	a) Sí b) No	a) Sí b) No	a) No b) Sí	a) Sí b) Sí	a) Sí b) No	a) Sí b) Sí	N/D Sí	–
	Garantías: a) Fianza (cuantía y uso indebido) b) Prenda sobre bienes muebles del arrendatario	a) Sí, no muy gravosa para el arrendatario. Los rendimientos de la fianza no se los queda ni el arrendador ni el arrendatario, sino la Comunidad Autónoma b) No	a) Sí, gravoso para el arrendatario (3 meses y avalista). Los rendimientos de la fianza se los queda el arrendatario b) No	a) Sí, gravoso a veces (6 meses en antelación). Los rendimientos de la fianza se los queda el arrendador. b) Sí	a) Sí, no es muy gravoso (1 o 2 meses). Los rendimientos de la fianza se los queda el arrendatario b) Sí	a) Sí, gravoso para el arrendatario (3 meses). Los rendimientos de la fianza se los queda el arrendatario b) Sí	a) Sí, bastante gravoso (hasta 3 meses de renta) pero solo 1/3 de los arrendatarios pagan la fianza. Los rendimientos de la fianza se los queda el arrendatario b) No (sí hasta 1990)	a) Sí, bastante gravoso (hasta 3 meses de renta). Los rendimientos de la fianza se los queda el arrendatario b) Sí	a) Sí, muy gravoso (hasta 6 meses han sido aceptados por la jurisprudencia). Los rendimientos de la fianza se los queda el arrendatario b) Sí	–
	Desahucio eficiente y ADR	Procedimiento especial con retrasos importantes (hasta 9 meses). No generalizados los juzgados especializados. ADR solo disponible desde 2013.	No hay juzgados especializados	Comité judicial especializado	Procedimiento especial pero no juzgados especializados	Procedimiento especial pero no juzgados especializados	Conciliación obligatoria antes del proceso judicial (no para casos claros)	No hay juzgados especializados. En algunos Länder, es obligatorio un procedimiento prejudicial	No hay juzgados especializados, pero existen tribunals arbitrales que llevan casos específicos de arrendamientos.	–

(Continua)

		ESPAÑA	PORTUGAL	MALTA	GRECIA	ITALIA	SUIZA	ALEMANIA	AUSTRIA	OTROS
Arrendatario	Asequibilidad a) Renta b) Servicios y tasas	a) No hay control de renta b) Los arrendatarios suelen pagar todos los gastos	a) No hay control de renta b) Los arrendatarios pagan todos los costes relacionados con bienes y servicios	a) N/D b) Arrendador y arrendatario suelen ser responsables solidarios de suministro de electricidad y agua	a) No hay control de renta b) El arrendatario paga los gastos del uso de la vivienda	a) Control de renta en determinados contratos b) Normalmente los paga el arrendatario, pero se puede acordar lo contrario	a) Medidas contra «rentas injustas» b) Muchos servicios incluidos en la renta	a) Control de incremento de renta *(Mietspiegel)* b) Excepto la electricidad, si nada se pacta en contrario, lo debe pagar todo el arrendador	a) Tres sistemas de control de renta b) El arrendatario suele pagar todos los gastos	–
	Estabilidad a) Arrendamientos indefinidos y prórrogas forzosas b) Naturaleza legal del contrato de arrendamiento c) Derecho legal de adquisición preferente d) Tenencias intermedias	a) No hay arrendamientos indefinidos pero sí una duración mínima obligatoria (3 años) b) No es un derecho real, pero comparte algunos elementos con él (p. ej. acceso en el Registro de la Propiedad) c) Sí, pero se puede excluir por las partes d) No. Solo en Cataluña a partir de 2014	a) Es posible acordar arrendamientos indefinidos. No existe duración mínima desde 2012 (antes 5 años) b) Discusión doctrinal entre derecho personal y real (el arrendatario se considera posedor y *emptio non tollit locatum*) c) Sí, pero solo para arrendamientos de más de 3 años d) No	a) No existen ni arrendamientos indefinidos ni duración mínima obligatoria b) Discusión doctrinal entre derecho personal y real (el arrendatario se considera posedor y *emptio non tollit locatum*) c) No. d) Sí, *shared-ownership*	a) Duración mínima de 3 años para arrendamiento de vivienda b) Parece claro que es un derecho personal, pero el arrendatario puede defenderse de las perturbaciones c) No d) No	a) Indefinidos: 30 años pudiéndose renovar. Limitados: renta libre. Duración mínima obligatoria de 4 años b) El contrato de arrendamiento es considerado como *tertium genus* ya que el arrendatario puede defenderse de perturbaciones y existe el principio *emptio non tollit locatum* c) Sí d) No	a) No existe duración mínima pero se puede acordar a largo plazo b) *Emptio non tollit locatum* y los arrendamientos se pueden registrar en el Registro de la Propiedad c) No d) No	a) Los arrendamientos indefinidos son comunes, ya que los de plazo determinado solo pueden acordarse bajo ciertas circunstancias b) Derecho personal pero con *emptio non tollit locatum* y el arrendatario puede defenderse de las perturbaciones y exigir compensación c) Sí, obligatorio d) N/D	a) Los indefinidos son posibles, y el legislador tiene preferencia por los ilimitados en el tiempo. b) El arrendatario tiene una posición *quasi in rem* ya que se puede defender de las perturbaciones c) N/D d) No	d) Tenencias intermedias: Países Bajos, Reino Unido, Irlanda y Australia

(Continua)

		ESPAÑA	PORTUGAL	MALTA	GRECIA	ITALIA	SUIZA	ALEMANIA	AUSTRIA	OTROS
Arrendatario	Flexibilidad a) Desistimiento unilateral del arrendatario b) Subarriendo unilateral	a) Sí, pero debe estar un mínimo de 6 meses y puede existir compensación al arrendador. b) No.	a) El arrendatario no puede terminar anticipadamente el contrato hasta que se haya cumplido 1/3 del contrato. El arrendador no será compensado. b) No.	a) Los arrendatarios no pueden desistir anticipadamente del contrato b) No.	a) Sí, con un período de preaviso de 3 meses. No hay indemnización. b) No.	a) Posible en arrendamientos indefinidos. Más restrictivo en los de plazo determinado. b) Sí, pero solo subarrendamiento parcial.	a) Sí, en indefinidos con preaviso de 3 meses. No obstante, se puede hacer sin el preaviso si se encuentra un nuevo arrendatario. b) No, pero el propietario tiene causas de oposición limitadas.	a) Sí en arrendamientos indefinidos, con preaviso de 3 meses. b) No, pero el arrendador tiene causas limitadas de oposición.	a) Sí, después de estar más de un año y con 3 meses de preaviso (en los limitados). No se deberá compensar el arrendador. b) No, pero el arrendador tiene causas limitadas de oposición	—
	Percepción social	Arrendamiento: familias con bajos ingresos, situaciones transitorias, los inmigrantes ocupan más del 50% de las viviendas arrendadas.	Propiedad: trabajo y familia estable. Alquilar es visto como más flexible. La vivienda social es relacionada con pobreza.	Inmigración y marginación. Alquilar está relacionado con las clases sociales más pobres.	La propiedad se percibe como una forma de tenencia superior y alquilar como una situación temporal.	El 80% de los arrendatarios preferirían vivir como propietarios si lo pudieran pagar. Alquilar: más económico y flexible.	Alquilar no está estigmatizado y es considerado como una alternativa real a la propiedad.	El alquiler privado es considerado como una buena alternativa a la compra.	N/D	—

3. Garantías para el propietario:

a) En todos los ordenamientos jurídicos estudiados existen, al menos, dos (fianza más prenda sobre bienes muebles o una garantía personal), excepto en España, donde solo la fianza está legalmente prevista. Solo en España y Malta los rendimientos generados por la fianza a lo largo del contrato (frutos civiles) no se deben entregar al arrendatario al finalizar el contrato.
b) No existen tribunales especializados en materia arrendaticia en ninguna de las jurisdicciones analizadas, excepto en Malta o la Junta especial de arbitraje en Austria. Alternativamente, los ADR funcionan relativamente bien en Suiza y Alemania, y recientemente se ha reformado este aspecto en Portugal y España para fomentar el uso de estos métodos de resolución de conflictos.
c) La fianza puede ser considerada muy gravosa en Malta y Austria (equivalente a 6 meses de renta) y bastante gravosa en Portugal, Italia y Alemania (al menos equivalente a 3 meses de renta). Además, los intereses generados por la fianza serán devueltos (junto con el principal) al arrendatario en todos los países estudiados excepto en España (que se envía a la Administración Pública) y en Malta.

4. Flexibilidad del arrendatario: en ninguno de los países del sur de Europa estudiados (excepto por el subarrendamiento parcial en Italia) es posible que el arrendatario pueda subarrendar unilateralmente, total o parcialmente, la vivienda. Además, existen importantes limitaciones al desistimiento unilateral por el arrendatario en España, Portugal y Malta. Ello nos hace plantearnos una cuestión: ¿puede esta regulación contribuir a configurar los arrendamientos como tenencia realmente flexible? Contrástese esto con:

a) Las causas limitadas de oposición del propietario al subarrendamiento unilateral por el inquilino en Alemania, Austria y Suiza (es decir, hasta cierto punto, existe libertad del arrendatario de encontrar terceros que se subroguen en su posición o compartan los gastos del arrendamiento).
b) El arrendatario siempre tiene la posibilidad de desistir del contrato sin deber indemnizar al propietario con solo 3 meses de preaviso en Suiza, Alemania y Austria (existe una regulación similar en Grecia e Italia).

5. Asequibilidad para el arrendatario:

a) En general, el arrendatario satisface los gastos e impuestos relacionados con la posesión, pero no en España (donde, desde 2007, es más común pagar por todo, incluido los gastos de la propiedad como IBI o gastos de la comunidad de propietarios). Generalmente, en Suiza y Alemania parten del principio que es el propietario quien tiene que pagar los gastos de la propiedad alquilada, que se consideran ya incluidos en la renta, si no se ha establecido otra cosa en el contrato.

b) No existe control de renta en los países del sur de Europa, excepto en un tipo de arrendamiento en Italia (más liberalizado desde 1998). Sin embargo, existen varios tipos de control de renta en Alemania, Suiza y Austria (bastante estrictos).

6. Estabilidad para el arrendatario:

a) Todos los países estudiados (excepto Malta) tienen mecanismos de protección de la duración para el arrendatario (duración mínima obligatoria, control de renta o arrendamientos indefinidos) pero en todos los países del sur de Europa esta medida es o solía ser muy intrusiva, a través de la duración mínima obligatoria, que ha sido reducida sustancialmente en España (2013) y recientemente desaparecida en Portugal (2012). Mientras, en Alemania, Austria y Suiza existe una preferencia por la combinación de arrendamientos a largo plazo más un sistema de control del incremento de la renta.

b) Existe la regla *emptio non tollit locatum* en cinco de los ordenamientos estudiados. Pero hay tendencia a reducirla en España (requiere escritura pública y Registro; y se ha reducido la duración mínima) y en Portugal (no hay duración mínima desde 2012), lo que contribuye en estos países a la inestabilidad del arrendatario (o a aumentar sus costes), dado que el nuevo propietario (por ejemplo adquirente, rematante) puede echarlo sin más protección. Debemos plantearnos, de nuevo, si es esta la forma de incrementar el porcentaje de vivienda en alquiler.

c) En ninguno de los países del sur de Europa estudiados, excepto en Italia, existen derechos de adquisición preferente a favor del arrendatario para garantizarle la estabilidad en caso de venta de la vivienda o están limitados (en España pueden ser excluidos por las partes y en Portugal solo para arrendamientos superiores a 3 años). No obstante, existen en Alemania y en Suiza se está estudiando su implantación.

d) Además, en los países que tienen arrendamientos indefinidos y control de renta las tenencias intermedias (por ejemplo *shared-ownership*) no son realmente necesarias, ya que el control de renta impide al propietario incrementar la renta sustancialmente por cualquier razón o en cualquier momento, y los arrendamientos indefinidos permiten al arrendatario permanecer en la vivienda siempre que cumplan con sus obligaciones (esto en términos generales y al margen de excepciones particulares). Por el contrario, se debería considerar la introducción de las tenencias intermedias en aquellos países en que se reduce la duración mínima obligatoria del contrato y donde, en general, se reduce la estabilidad del arrendatario. Este es el caso de Malta, que ya disponen de ellas, o Cataluña que está introduciendo la propiedad compartida y la propiedad temporal en su Código Civil para 2015. En Reino Unido se está usando el *leasehold*

(arrendamientos a largo plazo, tratados como un derecho real) para crear *shared-ownerships*[60].

Con todo esto, se pueden extraer las siguientes diferencias principales entre los países del sur de Europa y los tres con más tasa de alquiler a nivel europeo:

1. Los arrendatarios en Suiza, Alemania y Austria, siempre que cumplan sus obligaciones, tienen más estabilidad y flexibilidad (libertad) que en los países euromediterráneos estudiados y es un tipo de tenencia destinada a ser más asequible. La tabla 6 lo resume.

2. Esto no es contradictorio o incluso está combinado con tener, en Suiza y Alemania, mecanismos para evitar los «malos arrendatarios», tanto *ex ante* (fianzas muy gravosas y prenda sobre los bienes muebles del arrendatario) como *ex post* (recursos eficientes para el desahucio).

Todos esto influye, en mayor o menor medida, en:

a) cómo se percibe el arrendamiento como forma de tenencia de la vivienda en Suiza y Alemania: como una alternativa real a la propiedad, en términos de seguridad y certeza (arrendadores) y estabilidad, asequibilidad y flexibilidad (arrendatarios). Y cómo se percibe, en término generales, en los países del sur de Europa: como una forma de tenencia inferior a la propiedad, adecuada para ciertas situaciones de transitoriedad.
b) en el porcentaje de viviendas en alquiler de cada país.

TABLA 6. Estabilidad, flexibilidad y asequibilidad del arrendatario en Suiza, Alemania y Austria y en los países de Europa del sur estudiados. Fuente: elaboración propia.

	Suiza, Alemania y Austria	Países del sur de Europa estudiados
Estabilidad	— Preferencia por contratos de arrendamiento a largo plazo — *emptio non tollit locatum* — derechos de adquisición preferente (Alemania y Suiza en consideración)	— Sistemas más intrusivos de duración mínima obligatoria — *emptio non tollit locatum* más débil — derechos de adquisición preferente más débiles o inexistentes
Flexibilidad	— Causas limitadas de oposición del arrendador por subarrendamiento unilateral del inquilino — derecho de desistimiento unilateral con preaviso de 3 meses	— No se admite el subarrendamiento sin el consentimiento del arrendador — limitaciones importantes en el desistimiento unilateral
Asequibilidad	— Control de renta — rendimientos de la fianza para el arrendatario — imputación de los gastos más favorable al arrendatario	— Sin control de renta — los rendimientos de la fianza no son devueltos al arrendatario ni en España ni en Malta — imputación de los gastos más favorable al propietario

A tenor de todo ello, no parece que las reformas operadas por la Ley 4/2013 en lo relativo a la estabilidad (especialmente si no se prevén las tenencias intermedias), flexibilidad y asequibilidad del arrendatario y por lo que se refiere a la ausencia de mayores garantías para el arrendador sean las más adecuadas para fomentar el mercado de alquiler en nuestro país. En cambio, sí que se ha situado en la línea correcta al regular la rehabilitación por renta o al prever específicamente mecanismos de ADR, como la mediación.

BIBLIOGRAFÍA

AKKERMANS, B., Property law and the internal market. In S. van Erp et al. (eds.), *The future of European property law,* (Munich: Selp, 2012).

ASSOCIAÇÃO LOSBONENSE DE PROPRIETÁRIOS, *Retrato da Habitação em Portugal: Características e Recomendações* (Lisboa: 2011).

BANCA D'ITALIA, I bilanci delle famiglie italiane nell'anno 2010, Anno XXII 25 de enero de 2012, núm. 6.

BIANCHI, R., *Italian (provisional) Report on residential leases*, Project Tenancy Law and Housing Policy in Multi-level Europe (TENLAW), EU 7th Framework Programme, http://www.tenlaw.uni-bremen.de (2013).

CENTRE FOR HOUSING AND PLANNING RESEARCH (CCHPR), University of Cambridge, *The Private Rented Sector in the New Century. A Comparative Approach* (Cambridge: September 2012).

DAVEY, M., Long Residential Leases: Past and Present. In S. BRIGHT (ed.), *Landlord and Tenant Law. Past, Present and Future* (Hart Publishing: Oxford, 2006).

FOTOCASA, *Los españoles y su relación con la vivienda*, Fotocasa.es trends, 2011.

DOL, K. & HAFFNER, M. *Housing Statistics in the European Union 2010* (The Hague: Ministry of the Interior and Kingdom Relations, september 2010).

GARCÍA, M.ª O. *Arrendamento urbano anotado: regime substantivo e processual: (alterações introduzidas pela Lei no. 31/2012)*, (Coimbra: Coimbra Editora, 2012).

GARCÍA, M.ª O., CORREIA, D. and SANTOS, N. *Portuguese (provisional) Report on residential leases*, Project Tenancy Law and Housing Policy in Multi-level Europe (TENLAW), EU 7th Framework Programme, http://www.tenlaw.uni-bremen.de (2013).

GESTHA, *Informe de rentas sumergidas en España*, 4ª Ed. (Madrid, 2008).

HAUS UND GRUND, *Mehrheit der Wohnungen erwirtschaftet keinen Gewinn*, nota de prensa de 7 de abril de 2008.

HOFMANN, R. *Austrian (provisional) Report on residential leases*, Project Tenancy Law and Housing Policy in Multi-level Europe (TENLAW), EU 7th Framework Programme, http://www.tenlaw.uni-bremen.de (2013).

KEMENY, J. *The myth of homeownership. Private versos public choices in housing tenure* (London: Routledge & Kegan Paul Ltd, 1981).

KONISTIS, T. *Greek (provisional) Report on residential leases*, Project Tenancy Law and Housing Policy in Multi-level Europe (TENLAW), EU 7th Framework Programme, http://www.tenlaw.uni-bremen.de (2013).

MOLINA, E. *Spanish (provisional) Report on residential leases*, Project Tenancy Law and Housing Policy in Multi-level Europe (TENLAW), EU 7th Framework Programme, http://www.tenlaw.uni-bremen.de (2013).

MONK, S. & WHITEHEAD, C. (eds.), *Making Housing more Affordable: The role of intermediate tenures* (Oxford: Wiley-Blackwell, 2010).

NASARRE AZNAR, S. *La vivienda en propiedad como causa y víctima de la crisis hipotecaria, Teoría y Derecho, 16/2014* (2014), en prensa.

— A legal perspective of the origin and the globalization of the current financial crisis and the resulting reforms in Spain. In P. KENNA (ed). *Contemporary Housing Issues in a Globalized World* (Ashgate Publishing, 2014).

NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H. Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 739, 2013.

NASARRE AZNAR, S. y SOLER TARRADELLAS, M. J. Otras formas de acceso a la vivienda. Las tenencias intermedias: antecedentes, concepto y cálculo del esfuerzo familiar, *Apunts d'Habitatge*, Observatori Local de l'Habitatge, Diputació de Barcelona, núm. 4, 3er trimestre de 2013.

OBSERVATORIO VASCO DE LA VIVIENDA, *Fórmulas alternativas a la compra y al alquiler en el acceso a la vivienda*, mayo de 2013.

OXLEY, M. y SMITH, J. *Housing policy and rented housing in Europe* (London: E. & F. Spon, 1996).

RZEZNIK, J. *German (provisional) Report on residential leases*, Project Tenancy Law and Housing Policy in Multi-level Europe (TENLAW), EU 7th Framework Programme, http://www.tenlaw.uni-bremen.de (2013); asistido por Julia Cornelius.

SERVICIO DE ESTUDIOS CATALUNYACAIXA, *Informe sobre el sector inmobiliario residencial en España*, January (Barcelona, 2012).

SCHMID, C. *Comparative tenancy law and black rental contracts in Europe*, plenary speech, 25th international conference of the European Network for Housing Research (Tarragona, junio 2013).

SIMÓN MORENO, H. The regulation of the right to housing in certain European countries (2013), paper presented at DAAD Seminar *The Housing Markets of Southern Europe in face of the crisis,* 1-5 diciembre 2013, Hochschule Zittau/Görlitz, Görlitz (Germany).

TZELEPI, V. *The evaluation of the mixed work contract based residence as an investment* (in Greek: *Η αξιολογηση της εργολαβικής κατοικίας ως επένδυση),* (MBA Dissertation, University of Piraeus, 2007).

UBS. UBS Swiss Real Estate Bubble Index: 1Q 2013, *Swiss Real Estate market* (2013).

WEHRMÜLLER, A. *Swiss (provisional) Report on residential leases*, Project Tenancy Law and Housing Policy in Multi-level Europe (TENLAW), EU 7th Framework Programme, http://www.tenlaw.uni-bremen.de (2013).

XERRI, K. *Maltese (provisional) Report on residential leases*, Project Tenancy Law and Housing Policy in Multi-level Europe (TENLAW), EU 7th Framework Programme, http://www.tenlaw.uni-bremen.de (2013).

NOTAS

[1] S. NASARRE AZNAR, A legal perspective of the origin and the globalization of the current financial crisis and the resulting reforms in Spain, en P. KENNA (ed). *Contemporary Housing Issues in a Globalized World* (Ashgate Publishing, 2014), 71 y 72.

[2] Véase en: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php?title=File:Population_by_tenure_status,_2011_(%25_of_population).png&filetimestamp=20130522183046 (última consulta 30 de noviembre de 2013).

[3] La denominada «Troika UE» (formada por la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario International) ha intervenido estos últimos años en algunos países para presionar (incluso exigir) reformas en muchos campos del derecho y la economía, incluyendo los arrendamientos. Entre estos países se cuentan Grecia (*Greece: Memorandum of understanding on specific economic policy conditionality*, 2 de mayo de 2010, disponible en http://peter.fleissner.org/Transform/MoU.pdf) y Portugal (*Portugal: Memorandum of understanding on specific economic policy conditionality* de 3 de mayo de 2011, disponible en http://economico.sapo.pt/public/uploads/memorandotroika_04-05-2011.pdf; última consulta el 14 de junio de 2013).

[4] Ver una perspectiva económica en S. MONK &, C. WHITEHEAD (eds.), *Making Housing more Affordable: The role of intermediate tenures* (Oxford: Wiley-Blackwell, 2010). Ver un enfoque legal en S. NASARRE AZNAR & H. SIMÓN MORENO, Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739 2013, 3063-3122.

[5] Véase S. NASARRE AZNAR, A legal perspective of the origin and the globalization of the current financial crisis and the resulting reforms in Spain, en P. KENNA (ed). *Contemporary Housing Issues in a Globalized World* (Ashgate Publishing, 2014) *in toto*.

[6] La autora del informe español es ELGA MOLINA; el informe maltés fue escrito por KURT XERRI; el portugués, por DÉCIO CORREIRA, MARIA OLINDA GARCIA y NELSON SANTOS; el griego por THOMAS KONISTIS; y el italiano por RANIERI BIANCHI. La autora del informe suizo es ANA WEHRMÜLLER, la del informe alemán es JOANNA RZEZNIK (asistida por JULIA CORNELIUS) y, finalmente, el autor del informe austríaco es RAIMUND HOFMANN. Actualmente, la primera y segunda parte han sido ya finalizadas y entregadas, aunque aun no se ha realizado la revisión internacional por pares. Estas versiones de los informes (a veces algunos de ellos algo más actualizados) se utilizan a lo largo de este trabajo para obtener la información de cada país para hacer el estudio comparado, y algunas veces se citan como «TENLAW informe español, Parte I, p. X», etc.

[7] http://www.tenlaw.uni-bremen.de (consultado el 30 de marzo de 2014).

[8] S. NASARRE AZNAR, *La vivienda en propiedad como causa y víctima de la crisis hipotecaria, Teoría y Derecho, 16/2014,* pp. 18 a 22.

[9] En este sentido, M. OXLEY y J. SMITH destacaron, en relación a la política de vivienda británica, cuatro factores importantes que ayudan a que el sector de alquiler privado sea un éxito. Uno de ellos es la tasa de rentabilidad requerida por los inversores («para fomentar la inversión sostenida en un sector de alquiler privado variable los propietarios deben poder alcanzar una tasa de rentabilidad competitiva»); véase M. OXLEY y J. SMITH, *Housing policy and rented housing in Europe* (London: E & F Spon, 1996), p. 170. En relación con la percepción social, por ejemplo, en la ley inglesa el arrendatario (*leaseholder*) tiene un derecho real (*proprietary right*); como resultado de esto, el arrendatario puede ceder o gravar el arrendamiento (*leasehold*). De esta forma, el arrendatario tiene la percepción de ser un verdadero propietario y no un simple inquilino; véase M. DAVEY, Long Residential Leases: Past and Present, en S. BRIGHT (ed.), *Landlord and Tenant Law. Past, Present and Future* (Hart Publishing: Oxford, 2006), pp. 147-148.

[10] TENLAW informe español, Parte I, p. 45.

[11] Véase *infra*.

[12] En este sentido, «*in particular, private renting is more flexible than other tenures and its benefits include low entry and exit costs and the fact that tenants can rent units that are*

smaller and cheaper than in other tenures» (CENTRE FOR HOUSING AND PLANNING RESEARCH (CCHPR), University of Cambridge, *The Private Rented Sector in the New Century. A Comparative Approach* (Cambridge: September 2012), p. 71. Disponible en: http://www.cchpr.landecon.cam.ac.uk/Downloads/The%20Private%20Rented%20Sector_WEB.pdf (consultado el 26 de febrero de 2014). Este mismo informe destaca que «*Security of tenure is a set of provisions in the landlord-tenant contract which provide the tenant with protection against a number of types of occupancy risks. Most importantly, it provides security against the risk of «economic eviction», when the landlord gets rid of the tenant in order to let the property to someone prepared to pay more. Taken together with rent regulation, security of tenure reduces the uncertainties concerning the future path of rents. This can help both landlord and tenant as vacancy and turnover costs are also reduced*», p. 30.

[13] CENTRE FOR HOUSING AND PLANNING RESEARCH (CCHPR), University of Cambridge, *The Private Rented Sector in the New Century. A Comparative Approach*, p. 71.

[14] Véase, para Portugal, M.ª O. GARCÍA, *Arrendamento urbano anotado: regime substantivo e processual: (alterações introduzidas pela Lei no. 31/2012)*, (Coimbra: Coimbra Editora, 2012), pp. 57 y 58. En relación a la UE, el TJUE ve dificultad en distinguir entre libertad de servicios, libertad de capital o libertad de movimiento de personas en conexión con los casos que implican la propiedad de un inmueble (ver los comentarios del Abogado General GEELHOED en el caso *Reisch* en B. AKKERMANS, Property law and the internal market, en S. VAN ERP et al. (eds.), *The future of European property law,* (Munich: Selp, 2012), pp. 227-229). Véase, en relación a las restricciones en la adquisición de inmuebles dentro de los Estados Miembros de la UE y de la violación del principio de libertad de movimiento de capital y servicios en las STJUE de 1 de junio de 1999, C-302/97 *Klaus Konle v Republik Österreich* (dos leyes austríacas que exigían una autorización administrativa previa a la adquisición de suelo en la región del Tirol fue declarada contraria al art. 56 TUE) y STJUE de 5 de marzo de 2002, Casos relacionados C-515/99, C-519/99 a C-524/99 y C-526/99 a C-540/99, *Hans Reisch and Others*.

[15] DOUE L 315/1, 14 de noviembre de 2012.

[16] Véase artículos 23.2 (propietarios) y 68.7 (arrendatarios) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE 29 de noviembre de 2006, núm. 285, p. 41734); los dos artículos no se introdujeron hasta 2010, por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre.

[17] Véase H. SIMÓN MORENO, *The regulation of the right to housing in certain European countries* (2013), comunicación presentada en el Seminario DAAD «The Housing Markets of Southern Europe in face of the crisis», pp. 1-5, diciembre 2013, Hochschule Zittau/Görlitz, Görlitz (Alemania).

[18] SERVICIO DE ESTUDIOS CATALUNYACAIXA, *Informe sobre el sector inmobiliario residencial en España*, enero (Barcelona, 2012), disponible en https://www.catalunyacaixa.com/docsdlv/Portal/Ficheros/Documentos/Immobiliari_enero_2012.pdf (última consulta 18 de marzo de 2014) pp. 99-103.

[19] Véase *infra* para más información sobre este concepto.

[20] http://www.dinheirovivo.pt/Mercados/Artigo/CIECO046438.html?page=1.

[21] ASSOCIAÇÃO LOSBONENSE DE PROPRIETÁRIOS, *Retrato da Habitação em Portugal: Características e Recomendações* (Lisboa: 2011), p. 16. Disponible en http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CDQQFjAA&url=http%3A%2F%2Fobservatorio-lisboa.eapn.pt%2Fdownload.php%3Ffile%3D215&ei=JuYnU4qIA-el0QXQsYGQCg&usg=AFQjCNHqMMo8IFtvdRampNXER6JgQc8xjA&sig2=-1bSh3hMbyC1bAdpLa1rKw&bvm=bv.62922401,d.d2k (última consulta 18 de marzo de 2014).

[22] BANCA D'ITALIA, «I bilanci delle famiglie italiane nell»anno 2010», Anno XXII- 25 de enero de 2012, núm. 6, 31 y 79 *et seq*. Disponible en http://www.bancaditalia.it/statistiche/indcamp/bilfait/boll_stat/suppl_06_12new.pdf (última consulta 18 de marzo de 2014).

[23] Véase V. TZELEPI, *The evaluation of the mixed work contract based residence as an investment* (en griego: *«Η αξιολογηση της εργολαβικής κατοικίας ως επένδυση»),* (te-

sina de MBA, Universidad de Piraeus, 2007), disponible en: http://digilib.lib.unipi.gr/dspace/bitstream/unipi/1753/3/Tzelepi.pdf.

[24] Se puede encontrar una comparativa de ámbito europeo sobre el rendimiento del alquiler en *Global Property Guide* (http://www.globalpropertyguide.com/Europe/rent-yields, última consulta 20 de marzo de 2014). Este muestra una pequeña diferencia entre los países comparados en este estudio por lo que respecta al rendimiento bruto del alquiler: mientras que el rendimiento en España, Portugal, Alemania e Italia son bastante similares (desde el 3,84% de Italia al 4,42% de Alemania), el rendimiento bruto en Austria, Malta, Suiza y Grecia se sitúa por debajo del otro grupo [desde el 2,87% de Grecia al 3,54% de Austria). Los países europeos con mayor rendimiento bruto de alquiler son principalmente los países de Europa del Este (desde Moldavia (10%) a Hungría (5.83%)], mientras que el rendimiento bruto del alquiler en los Países Bajos es del 5,68%, del 5,18% en Dinamarca y solo del 2,09% en el Reino Unido.

[25] UBS, «UBS Swiss Real Estate Bubble Index: 1Q 2013», *Swiss Real Estate market* (2013).

[26] HAUS UND GRUND, *Mehrheit der Wohnungen erwirtschaftet keinen Gewinn*, nota de prensa de 7 de abril de 2008, disponible en: http://www.hausundgrund.de/presse_582.html

[27] Véanse estas diferencias en K. DOL & M. HAFFNER, *Housing Statistics in the European Union 2010* (The Hague: Ministry of the Interior and Kingdom Relations, September 2010), p. 121.

[28] Aunque aún cuestionables, véanse los datos recientes y la discusión en http://www.theguardian.com/society/2014/feb/23/europe-11m-empty-properties-enough-house-homeless-continent-twice (última consulta 7 de marzo de 2014). Los países del sur de Europa, aquellos más perjudicados por la crisis tienen un número muy elevado de vivienda vacía, como Portugal (735.000), España (3,4 millones), Italia (2-2,7 millones) y Grecia (300.000).

[29] Todos los porcentajes son en relación con el parquet total de viviendas.

[30] K. DOL & M. HAFFNER, *Housing Statistics in the European Union* (2010), 63.

[31] Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas *(BOE* núm. 153, 27 de junio de 2013, p. 47964).

[32] Véase *infra* más detalles sobre el fenómeno del «mercado negro».

[33] *RJ* 1996, 3870.

[34] *RJ* 2003, 5331.

[35] Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, que regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016 *(BOE* 10 de abril de 2013, núm. 86, p. 26623).

[36] Decreto-Ley 135/2004, de 3 de junio, modificado por el Decreto-Ley 54/2007, de 12 de marzo.

[37] BOE 5 de junio de 2013, núm. 134, p. 42244.

[38] En este sentido, véase las sentencias del TS de 26 de marzo de 1979 *(RJ* 1979, 1189) y de 3 de abril del 1984 *(RJ* 1984, 1923), y de las AP de las Islas Baleares de 27 de octubre de 2000 *(JUR* 2001, 27151) y Cádiz de 20 de abril de 2009 *(JUR* 2009, 272933).

[39] Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, BOE núm. 50, de 27 de febrero de 2008, p. 11653.

[40] Ver algunos ejemplos en OBSERVATORIO VASCO DE LA VIVIENDA, *Fórmulas alternativas a la compra y al alquiler en el acceso a la vivienda*, mayo 2013, pp. 8 y 9; disponible en http://bideoak2.euskadi.net/debates/vivienda/alternativas_a_la_compra_y_alquiler_de__vivienda.pdf (visitado el 30 de marzo de 2014).

[41] Siguiendo el BGB, este derecho de garantía no puede hacerse valer para futuras reclamaciones de indemnización ni para rentas de los periodos posteriores al presente año y al posterior del contrato de arrendamiento, y el derecho de garantía se extingue con la retirada de los bienes del inmueble, excepto si la retirada se produce sin el conocimiento o a pesar de la objeción del propietario (§562a BGB). En este sentido, el propietario puede impedir la retirada de los objetos sujetos al derecho de garantía, incluso sin tener que recurrir a los tribunales, en la medida que tiene el derecho de oponerse a la retirada (§562b BGB). Finalmente, el arrendatario puede evitar los efectos del derecho de garantía del arrendador a través de la constitución de una garantía alternativa (§562c BGB). En caso de impago de la renta,

el propietario puede iniciar un procedimiento de ejecución de estos bienes con preferencia a otros acreedores (art. 50 *Insolvenzordnung* 1994, 5 de octubre de 1994 (BGBl. I S. 2866).

[42] Primero, a través del artículo 4 de la Ley 37/2011, de 10 de octubre (BOE 11 de octubre de 2011, núm. 245, p. 106726), y más recientemente por la Ley 4/2013.

[43] C. SCHMID, *Comparative tenancy law and black rental contracts in Europe*, sesión plenaria, 25º Congreso internacional de la *European Network for Housing Research* (Tarragona, España, junio de 2013). Véase toda la sesión en http://www.youtube.com/watch?v=XGzUHqd8HD4 (última consulta el 20 de noviembre de 2013).

[44] GESTHA, *Informe de rentas sumergidas en España*, 4a Ed. (Madrid, 2008).

[45] DOUE 28 de febrero de 2014, L 60/34. Disponible en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2014:060:0034:0085:ES:PDF.

[46] Véase la importancia de este fenómeno en el origen y expansión de la crisis financiera de 2007 en S. NASARRE AZNAR, A legal perspective of the origin and the globalization of the current financial crisis and the resulting reforms in Spain (2014), pp. 50-53.

[47] Véase *infra*.

[48] TENLAW *Spanish report*, Part I, p. 43. En relación al esfuerzo económico familiar de las nuevas tenencias intermedias en Cataluña (propiedad compartida y propiedad temporal) comparándolas con la propiedad «tradicional» y con el alquiler, ver S. NASARRE AZNAR y M. J. SOLER TARRADELLAS, «Otras formas de acceso a la vivienda. Las tenencias intermedias: antecedentes, concepto y cálculo del esfuerzo familiar», *Apunts d'Habitatge*, Observatori Local de l»Habitatge, Diputació de Barcelona, núm. 4, 3er trimestre 2013, pp. 18 a 29. Disponible en http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CDIQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.diba.cat%2Fc%2Fdocument_library%2Fget_file%3Fuuid%3Dc05ac517-7d76-48ae-985b-e2224c919858%26groupId%3D479934&ei=kcXjUqzQG8uUhQfb_YGgAw&usg=AFQjCNEM1L8dn0TXQ40Nhcswr8ycb1iBYg&sig2=D6PGzQSIqPtJlJzSQOuOgQ (consultado el 25 de enero de 2014).

[49] Los dos pueden acordar aumentos futuros de la renta según el §§ 557a (*Staffelmiete*) y 557b (*Indexmiete*) BGB. Si se aplica alguno de esos sistemas, se excluye la aplicación del §558 BGB.

[50] TENLAW, Informe alemán, p. 144.

[51] Ver *supra*.

[52] Las cooperativas de vivienda y organizaciones similares no se tienen en consideración en este trabajo ya que se basan en instituciones existentes de derecho privado, como arrendamientos o derechos de uso, de modo que no añaden una alternativa real al ordenamiento jurídico.

[53] Ver sus grandes rasgos en S. NASARRE AZNAR & H. SIMÓN MORENO, Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda (2013), pp. 3086-3088.

[54] Ver Ch. SCHMID, *Comparative tenancy law and black rental contracts in Europe*.

[55] Por ejemplo, en un contrato de 4 años, el arrendatario que quiere dejar la vivienda en el primer mes deberá pagar la renta durante los primeros seis meses. Después, 3 meses de renta por los restantes 3 años y medio mes por la mitad de año.

[56] Ver, en este sentido, las SSAP Tarragona 26 de abril de 2011 *(AC* 2011, 1306) y 9 de noviembre de 2010 *(AC* 2011, 123) y SAP Valencia 18 de abril de 2006 *(JUR* 2006, 272770).

[57] J. KEMENY, *The myth of homeownership. Private versos public choices in housing tenure* (London: Routledge & Kegan Paul Ltd, 1981), pp. 156-159.

[58] Ver la discusión en S. NASARRE AZNAR, A legal perspective of the origin and the globalization of the current financial crisis and the resulting reforms in Spain, pp. 38-39.

[59] FOTOCASA, *Los españoles y su relación con la vivienda*, Fotocasa.es trends, 2011, pp. 7 y 9, disponible en http://trends.fotocasa.es/pdf/trends.pdf (visitado el 30 de marzo de 2014).

[60] S. NASARRE AZNAR & H. SIMÓN MORENO, Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda (2013), 3083-3085.

(Trabajo recibido el 15-7-2014 y aceptado para su publicación el 25-7-2014)

DERECHO COMPARADO

Los elementos comunes en los edificios multifamiliares en Cuba. Teoría, práctica y legislación

The Common Elements in the Multifamily Buildings in Cuba. Theory, Practice and Legislation

por

DRA. MARTA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ
Profesora Titular Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana
Notaria

RESUMEN: Una de las más agudas polémicas en relación con este tema se refiere a la verdadera naturaleza jurídica de la Propiedad Horizontal en Cuba. Es discutible si en Cuba es necesario el título constitutivo en la Propiedad Horizontal *de facto,* o mediante ¿cuál instrumento jurídico esta debe acceder al Registro de la Propiedad Inmobiliaria? Se precisa además dilucidar las cuestiones polémicas en la doctrina y en el análisis de la legislación vigente en cuanto a la determinación de los derechos que ostentan los titulares sobre los elementos comunes y sus diferencias con los elementos privativos del régimen, para un ejercicio válido. El tema es importante e imprescindible tanto para juristas como para arquitectos en el ejercicio para lograr un desarrollo urbano sostenible.

ABSTRACT: One of the sharpest controversy in connection with this topic deals with the true judicial nature of the so called «Horizontal Property» in Cuba. It is debatable if in Cuba it is necessary the constituent title in the «De

Facto Horizontal Property», or through which judicial instrument she/he should consent to the Real Estate Property Registration Office. It is also necessary to elucidate the polemic questions within the doctrine and in the analysis of the prevailing legislation in regard to the rights of the holders regarding the common elements and the differences with the exclusive ones in the judicial rules for a worthy performance. The topic is important and indispensable for jurists as well as for architects in practice in order to achieve a sustainable urban development.

PALABRAS CLAVES: Elementos privativos v/s Elementos comunes. Propiedad horizontal. Inscripción registral.

KEY WORDS: Common elements. Horizontal Property. Real Estate Property Registration Office.

SUMARIO: DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS.—I. LA ESTRUCTURA DE LA RELACIÓN JURÍDICA NACIDA DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL. SUJETOS. CAUSA. FORMA. OBJETO: 1. ESPECIAL REFERENCIA A LOS GARAJES Y AZOTEAS.—II. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA Y LA INSCRIPCIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL EN CUBA: 1. EL REGISTRO INMOBILIARIO Y LA PROPIEDAD HORIZONTAL. GENERALIDADES: *A. Sistema más común de inscripción de la Propiedad Horizontal:* a) La finca matriz. b) Las fincas filiales. Importancia de la Propiedad Horizontal.—BIBLIOGRAFÍA. —LEGISLACIONES.

DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS:

— La propiedad horizontal es una conjugación de dos elementos: los elementos comunes y los elementos privativos.
— Los edificios multifamiliares es la denominación legislativa que adopta la propiedad horizontal en Cuba.
— La ley Decreto 407/52 Ley de Propiedad Horizontal esta derogada en parte y el régimen especial vigente para la regulación de estos derechos es la Resolución 4 de 1991 del Instituto Nacional de la Vivienda.

I. LA ESTRUCTURA DE LA RELACIÓN JURÍDICA NACIDA DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

La Propiedad Horizontal es un derecho y como derecho subjetivo tiene una estructura propia[1].

Uno de los elementos de la estructura del derecho de propiedad horizontal es el sujeto. No existe mayor dificultad en aceptar que puede ser sujeto de propiedad horizontal tanto la persona natural como la persona jurídica colectiva[2]. Ambas pueden ser perfectamente titulares de un piso o de un apartamento o pueden ser los que hayan construido el inmueble que se adscribió al régimen de Propiedad Horizontal.

Aquí no tenemos que hablar de sujeto pasivo o activo, pues baste recordar las tan claras diferencias entre los derechos reales y de crédito, para precisar que en la Propiedad Horizontal, sucede lo mismo que en la propiedad como derecho subjetivo por antonomasia; es decir, si se quiere buscar el otro sujeto de la relación jurídica lo encontramos en el resto de la sociedad que tiene el deber de abstenerse de perturbar el derecho de propiedad del titular. La relación no se establece entre el sujeto y la cosa. Así se considera que la sociedad es un sujeto pasivo indeterminado que, en un supuesto dado se concreta en la persona perturbadora. Por ello, no puede considerarse como sujeto pasivo en sede de Propiedad Horizontal al resto de los titulares de los pisos o apartamentos del inmueble ni mucho menos a ninguno de los órganos de la Propiedad Horizontal, a menos que ellos hayan sido los perturbadores del disfrute pacífico de la propiedad.

Teniendo como base la preceptiva del Código Civil cubano y su normativa sobre la relación jurídica, la causa que generaría la relación jurídica de Propiedad Horizontal, sin dudas, sería un acto jurídico. Sin embargo, la teoría más generalizada acerca de la relación jurídica incluye dentro de sus elementos, los referidos a los derechos y a los deberes de los sujetos, lo que se relaciona con el contenido del derecho[3].

El elemento formal también ha sido muy discutido en esta materia y ha generado variadas y disímiles consideraciones doctrinales, legislativas y jurisprudenciales referidas, sobre todo, a la necesidad del mismo para la efectiva validez en el nacimiento o constitución de la Propiedad Horizontal.

Otro de los elemento del derecho subjetivo lo constituye el objeto, siendo en esta materia su determinación adecuada lo más conflictual. El objeto es aquella materia sobre la que recaen los derechos y deberes de los sujetos de la relación jurídica. El objeto de la Propiedad Horizontal es, sin lugar a dudas, un inmueble edificado que constructivamente tenga determinadas características.

En primer lugar hay que determinar qué significa para este régimen inmueble edificado.

La Ley General de la Vivienda, Ley 65 de 1989 regula en su artículo 6 c) que se consideraran *«Edificio multifamiliar: toda edificación de varios pisos, en que existan viviendas independientes, que ocupan cada una de ellas todo o parte de un piso, o las que contando con un solo piso con varias viviendas, tengan elementos comunes y de servicios»*.

Por su parte según lo previsto en las Regulaciones Urbanas del Vedado (marzo de 2004), se considera, en ocasiones contradictoriamente lo que sigue:

«Edificios multifamiliares.— Edificaciones de 3 a 4-5 plantas de forma cuadrangular y también rectangular según su adecuación máxima a la parcela. Se asocian en conjuntos de parcelas de dimensión y forma similar colindantes, quizás conteniendo una esquina. Tienen ocupación máxima de la parcela y a veces hasta la infringen sin respetar las condicionales urbanísticas. El portal es cerrado con vidrio o poseen simplemente medio portal interior o vestíbulo de acceso, ofreciendo hacia la calle casi una fachada continua».

«Vivienda multifamiliar: Conjunto de viviendas con equipamiento completo, que comparten la planta o nivel de un edificio único, generalmente de tres o más niveles. A partir del espacio público, se presenta un acceso común con escaleras y elevadores que conecta con pasillos de comunicación repetidos en cada nivel, también de uso compartido».

«Vivienda unifamiliar: Vivienda en inmueble diseñado para ser ocupado por una familia única, con equipamiento completo y acceso directo e independiente de la calle. Generalmente ocupa un nivel completo de la parcela, y en ocasiones alcanza dos o tres niveles con dos o tres viviendas o no. Se consideran también viviendas unifamiliares, aquellas adosadas o pareadas —casas gemelas— que integran un inmueble único, siempre que cumplan la primera condición citada».

«Cuartería: Inmueble de tipo doméstico multifamiliar, formado por una serie de habitaciones dispuestas perimetralmente alrededor de un patio común, y donde los servicios sanitarios, lavaderos y áreas de cocina eran compartidos en su concepción original. Posteriormente pequeños apartamentos interiores con servicios auxiliares propios».

«Cuarto o habitación: En una vivienda unifamiliar o en un apartamento, el local originalmente destinado a dormitorio. En ciudadelas y cuarterías, el local utilizado como vivienda».

«Edificio alto-bajo: Se considera edificio alto al que posee más de cinco plantas con más de 15,00 metros y bajo hasta cinco plantas equivalentes a 15,00 metros».

De las definiciones legales se constatan ambigüedades que provocan imprecisiones a la hora de la determinación del régimen a aplicar, a saber:

1. ¿Cuántos pisos se requieren para considerar una edificación, edificio multifamiliar? En mi criterio, el tema de la cantidad de pisos no es importante lo importante es que existan elementos comunes.

2. ¿Es importante que sea ocupada o posean títulos formales independientes cada piso o apartamento para que sea considerado multifamiliar, aunque los que habiten sean familia? Si no existen títulos formales independientes y existe un solo propietario aunque sean «6» pisos, no es una propiedad horizontal, es una vivienda independiente. La pluralidad de propietarios es un elemento esencial para la adscripción al régimen de propiedad horizontal.

En segundo lugar, en relación con el objeto, por su especialidad en la Propiedad Horizontal, por converger un haz de relaciones jurídicas, sobre un inmueble dividido o no en planos horizontales[4] se pueden distinguir diversos elementos en el objeto: los privativos y los comunes[5].

El elemento privativo[6] lo constituye el piso o local sobre el cual el titular o los titulares se reservan la propiedad exclusiva, según la superficie que le asigne el título de adquisición del apartamento y el plano de subdivisión del edificio, sin injerencia de otro sujeto. Este derecho exclusivo se limita al espacio comprendido, en sentido vertical, entre la cara superior del piso y la cara inferior del techo, y en sentido horizontal, entre la superficie interna (las cubiertas de las paredes) que lo separan del apartamento contiguo, o del edificio lindero o del espacio aéreo[7].

Así, se le atribuye a dicho titular todos los derechos que le son inmanentes al propietario: uso, disfrute y disposición[8], sin depender de la autorización de los demás titulares. El titular de un piso o de un apartamento ejercita estos derechos con sus límites propios a saber:

— Cuando el titular goza de su parte privativa no puede perturbar el derecho de goce de las partes privativas de otros titulares; aquí se pone de manifiesto el principio de no abuso del derecho, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo.
— El titular de una parte privativa, no puede, porque no tiene derecho a ello, realizar en ella actividades dañosas, molestas, insalubres, incómodas, peligrosas, inmorales u otras que impidan o perturben gravemente a otro titular.
— Al usar los elementos comunes del inmueble debe hacerlo con arreglo a las características y a la naturaleza de los mismos. Y en correspondencia con la cuota asignada en el título de adquisición al efecto.

Los elementos privativos tienen las siguientes características: 1. Están bien delimitados, no se presumen, su determinación es taxativa y expresa en el titulo formal de adquisición. 2. Están indisolublemente ligados a los elementos comunes. 3. Su goce y aprovechamiento es independiente o exclusivo del titular. 4. Tienen salida propia a la vía pública o a un elemento común de la edificación. 5. Por lo general cada parte pertenece a diferentes propietarios[9]. 6. Pueden estar estructurados en línea arquitectónica continua o no, pues pueden existir anejos que sean privativos.

En régimen de propiedad horizontal, «el propietario no puede escindir el derecho sobre su parte privativa de aquellas facultades sobre las partes comunes, a la pertenencia a la organización colectiva, al conjunto de propietarios. Es decir, la disposición sobre la parte privativa supone que una vez realizada, el que fue titular del mismo no puede reservar para sí ningún otro tipo de facultades derivadas del derecho de Propiedad Horizontal»[10].

La titularidad sobre los elementos privativos va indisolublemente ligada a la titularidad sobre los elementos comunes. Estos últimos no son accesorios, sino necesarios e indispensables para el goce de los elementos privativos. Para analizar los elementos comunes hay que verlos desde dos puntos de vista: el jurídico y el fáctico.

De manera unánime se considera que los espacios no configurados en el titulo constitutivo como elementos privativos han de tenerse por comunes por presunción.

Se puede concluir, por tanto, que el elemento privativo comprende un espacio suficientemente delimitado, susceptible de aprovechamiento independiente, con elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, que estén comprendidos dentro de sus límites y sirvan exclusivamente al propietario, y los anejos que expresamente hayan sido señalados en el título, aunque se encuentren situados fuera del piso o apartamento.

No existe una lista taxativa de elementos comunes, dependerá de la forma arquitectónica del edificio en cuestión. Así, las legislaciones sobre la materia refieren una lista de estos elementos; pero, a la vez, dejan abierta la posibilidad de incluir como elemento común todo lo que fuere racionalmente de uso común del edificio o necesario para su conservación y seguridad[11]. «El principio de *numerus apertus* es generalmente admitido y trae consigo una consecuencia muy importante: cuál es la presunción de que un elemento utilizado en común, sea elemento común, salvo se pruebe lo contrario. Pero es esta una conclusión que merece un análisis más detenido. Los elementos existentes en el edificio han de ser, o pertenecientes a un solo propietario, o pertenecientes a la conjunción de todos los propietarios. Si un determinado elemento, susceptible de ser utilizado y realmente siendo utilizado por todos, carece de título para su adjudicación a un determinado propietario, habrá que estimar que es un elemento común. Efectivamente, razones de orden lógico y práctico aconsejan que la determinación de un elemento como privativo vaya acompañada de una titularidad específica concreta de esa relación jurídica de propiedad[12]. Por el contrario, cuando no exista la citada titularidad expresa y, por su propia naturaleza, el elemento sea susceptible de ser utilizado por la conjunción de propietarios, habrá que establecer la presunción de que es un elemento común»[13].

Sin embargo, los citados elementos comunes tienen características especiales: 1. Son indivisibles. Este principio establece la imposibilidad jurídica de que estos elementos puedan ser adjudicados privativamente por un titular o titulares de los pisos o de los apartamentos. No obstante, esto pudiera ser atenuado en dependencia de la clasificación del elemento común, por destino[14] o afectación. Sirven de uso común. 2. Son inseparables, es decir no pueden desligarse de los elementos privativos, o sea no son autónomos, no son accesorios. 3. Son irrenunciables, ya que no se puede renunciar válidamente a la titularidad de los mismos con independencia de los elementos privativos. Cuestión distinta sería

la renuncia a determinado elemento común. 4. Se presumen, es decir que si no son privativos pueden presumirse como comunes.

La doctrina, las legislaciones y la jurisprudencia han clasificado los elementos comunes desde diferentes aristas, las primeras manifestaciones los distinguieron en elementos comunes por naturaleza y por destino[15]. Los primeros se refieren a aquellos que son generales del edificio y los segundos, a aquellos que se adscriben a algún propietario singular. También se han clasificado estos bienes como comunes por ley o por voluntad de las partes para lo que se tiene en cuenta quien determinó su estatus[16]. Otra de las clasificaciones[17] ha sido la de elementos absolutamente comunes o relativamente comunes, y la de generales o limitados, para lo cual se tiene en cuenta, cuáles están a disposición y en utilización de toda la comunidad de titulares o solo de una parte de ellos[18].

Haciendo un paralelo entre las dos normas jurídicas en debate jurídico en Cuba sobre la propiedad horizontal, a saber la Ley Decreto 407/52 Ley de Propiedad Horizontal y Resolución 4 de 1991 del Instituto Nacional de la Vivienda, Reglamento sobre edificios multifamiliares, se identifican semejanzas y diferencias.

La Ley Decreto 407/ 52, en Artículo 11 establece que son elementos comunes generales del inmueble:

a) El terreno en que se asienta el edificio.
b) Los cimientos, paredes medianeras, techos, galerías, vestíbulos, escaleras y vías de entrada y salida o de comunicación.
c) Los sótanos, azoteas, patios y jardines, salvo disposición o estipulación en contrario[19].
d) Los locales destinados al alojamiento de porteros o encargados del edificio, salvo disposición o estipulación en contrario.
e) Los locales e instalaciones de servicios centrales, como electricidad, luz, gas, agua fría y caliente, refrigeración, cisternas, tanques, bombas de agua y demás similares.
f) Los ascensores, incineradores de residuos y, en general, todos los artefactos e instalaciones existentes para beneficio común.
g) Todo lo demás que fuere racionalmente de uso común del edificio o necesario para su existencia, conservación y seguridad.

La Resolución 4/91 del INV, en su artículo 10 considera elementos comunes generales:

a) El terreno en que se asienta el edificio;
b) Los cimientos, columnas, pilares, vigas, viguetas, losas, bóvedas, muros de carga, escaleras, pretiles, aleros, la tablazón del techo, la cubierta de la edificación, las paredes de todas las fachadas excepto la carpintería de todo tipo, los elementos de la impermeabilización de las cubiertas[20];

c) Las galerías, vestíbulos, vías de entrada y salida o de comunicación, pasillos de circulación;
d) Los sótanos, azoteas, patios, cercas, huecos de patio, jardines, garajes;
e) Los locales destinados al alojamiento del encargado;
f) Los locales e instalaciones de servicios centrales de electricidad, gas, cisternas, tanques, bombas de agua, almacenamiento de filtros y demás similares;
g) Los elementos de las instalaciones eléctricas, hidráulicas, pluviales y sanitarias ubicadas en áreas comunes y los que van desde el metro contador acometida hasta el sistema interior de las viviendas;
h) Los ascensores, incineradores de residuos y, en general, todos los artefactos e instalaciones existentes para beneficio común;
i) Todo lo demás que sea racionalmente de uso común de la edificación y necesario para su existencia, conservación y seguridad.

¿Tiene que ver el régimen de administración con la titularidad? ¿Porque? ¿es o no una contradicción? Que en nuestro contexto legislativo existan una clasificación de los edificios de administración municipal y administración propia no implica en ninguna medida vinculación con el régimen de propiedad actualmente. Para entender esta clasificación hay que ir a la génesis legislativa del fenómeno, la que se encuentra en los Acuerdos del Consejo Superior de la Reforma Urbana[21] los que determinaron además que los edificios siguieran en Régimen de Propiedad Horizontal o se constituyeran como tal los que estaban en pre-horizontalidad. Si el 50 por ciento de los propietarios del edificio fueron afectados (confiscados) por la Ley de Reforma Urbana, no seguirían en Propiedad Horizontal (esto significó una extinción forzosa del régimen por ley, sin la correspondiente inscripción en el registro de la Propiedad). No serían ya administrados por los particulares, sino por el estado (oficinas públicas), pues se decía que por una razón económica los particulares no podrían mantener ni reparar los edificios, además de establecer el Consejo de Vecinos como sustituto de la Junta de Propietarios.

La razón de la clasificación es de índole económica. Ciertamente en su génesis los edificios que fueron confiscados y los que no pasaron a favor del estado cubano, pero el estado le vendió a sus ocupantes los pisos o apartamentos y hoy en la inmensa mayoría en dichos edificios no coexiste propiedad estatal con propiedad personal, por lo que es un contrasentido decir que los edificios siguen siendo propiedad estatal y rezan inscriptos así en el Registro de la Propiedad Inmueble. Ello quedo en el devenir histórico de la institución postrevolucionaria.

Si contar que nos podemos preguntar ¿Qué significa y que efectos jurídicos tiene el derecho refrendado en el artículo 3 de la Resolución 4 del 91 del INV al establecer: *El propietario de una vivienda ubicada en un edificio multifamiliar*

tiene derecho exclusivo a su apartamento y a una participación igual a la de los demás titulares, en los elementos comunes del inmueble?

No por gusto en los títulos dominicos nacidos por lo general de la Ley general de la vivienda hay una referencia expresa a la igual participación en los elementos comunes del inmueble. A lo que los notarios tenemos que sumarnos aún y cuando no lo diga el título anterior o la certificación del registro de la propiedad inmueble, pues lo establece la ley. Y es uno de los derechos que ostenta el titular de este régimen.

1. Especial referencia a los garajes y azoteas

Uno de los elementos comunes más conflictuales y que constituye una finca filial interesante son los garajes y trasteros. El garaje puede ser:

— Anejo de un piso o local (valla de garaje privativa): Cada plaza de garaje será privativa de su propietario, y el garaje, en su conjunto, elemento común de la Comunidad (Accesos, rampas, puertas, muros y techos, servicios contra incendios, sistemas de alarma). Si la plaza de garaje se configura como anejo inseparable, solo podrá ser enajenada, gravada o embargada junto con el piso o con el local de la que es un anejo inseparable, por lo que no se admitirá ningún acto de disposición sobre la referida plaza, si el garaje no pierde tal condición, y dicha condición necesariamente está vinculada con la cuota de participación del Propietario. Cuando esto sucede, es decir, cuando el titular pretenda hacer un acto de disposición sobre la valla de garaje se concibe en el argot registral no como una segregación sino como una separación.

— Garaje como elemento común: Se configura el garaje como elemento común, en cuyo caso la Propiedad de un piso o de un local da derecho a la utilización de una o más plazas de garaje en los términos en que se haya convenido en el título constitutivo. Según su cuota, cada propietario del edificio participa del disfrute sobre las plazas de aparcamiento de la misma forma que sobre otros elementos comunes del edificio, sin corresponderle ninguna plaza concreta en propiedad exclusiva. La transmisión del piso o del local privativo determina la cesión del derecho común de uso del aparcamiento.

— Garaje como elemento privado ajeno a la Comunidad de Propietarios del inmueble: Coexistencia de dos Comunidades independientes: Comunidad de Propietarios del inmueble y Comunidad de Propietarios de plazas de garaje, derivadas del derecho de explotación y/o de enajenación por un tercero ajeno al inmueble, para su venta o alquiler, tanto a los copropietarios del edificio como a terceros ajenos a este[22].

A su vez, teniendo en cuenta lo complicado que resulta dicho elemento en un edificio, pueden existir diversos tipos de acceso al garaje:

- Si el propietario de la plaza es a su vez propietario del piso o local, este tendrá derecho de paso al garaje a través del portal de la finca y por tanto a utilizar el ascensor y la escalera, al ser estos elementos comunes del edificio.
- Si posee únicamente titularidad sobre la plaza de garaje, pero no sobre el inmueble, tendrá derecho de paso al garaje por la rampa de acceso, salvo que en la inscripción registral de la finca se especifique otro acceso. Los titulares de una finca ajena no tienen derecho a utilizar el portal de otra para salir a una calle distinta, aunque exista una puerta de acceso[23].

Por todo lo anterior y por razón de claridad registral, se extiende la posibilidad de abrir folio independiente a las cuotas indivisas en garajes como es la suficiente descripción de la plaza con referencia a un plano[24], aspecto que, por analogía, puede ser aplicado a los trasteros.

En Cuba ¿existen vallas de uso exclusivo? ¿Qué valor dominico tienen los títulos, nacidos antes de la revolución en el poder, relativos a las vallas de garaje?

El artículo 15 de la Resolución 4/91 es claro al establecer.— *«Cuando algún propietario de las viviendas que componen el edificio demuestre fehacientemente ante la Junta de Administración, mediante documento legal, que posee el derecho de propiedad sobre el área de patio, o parte de este, o sobre el garaje o un área específica del edificio, dichos espacios no serán considerados elementos comunes sino parte privativa anexa a la propiedad de la vivienda de que se trate.*

Si existieren dudas sobre el posible derecho que alega el propietario, el asunto se resolverá ante la Dirección Municipal de la Vivienda».

Sin embargo hay un criterio generalizado en considerar a los garajes elementos comunes y si además se suma que se inscribe la finca matriz a favor del Estado se considerara todos los elementos incluidos los comunes a favor del Estado. ¿Soy titular del apartamento? ¿Tengo derechos sobre los elementos comunes? ¿Soy titular de la valla aunque lo diga mi título formal del dominio?

En muchas ocasiones para dirimir estos conflictos se pide certificación de amillaramientos para identificar si el propietario del edificio antes de la Ley de Reforma Urbana de 1960 arrendaba la valla de garaje al inquilino o a un extraño y de ello se derivan posibles derechos de propiedad o no para el arrendatario de aquel entonces del piso o apartamento. Hay que tener en cuenta que el amillaramiento se funda en la declaración jurada de los contribuyentes relativa a la riqueza imponible del titular (pago de impuesto) sobre inmuebles de su propiedad; pero en modo alguno es un registro de derechos dominicos. Por ello esa prueba no puede ser excluyente ni conclusiva del derecho.

¿Ante quien se dirimen los conflictos nacidos del ejercicio de la titularidad? ¿Si el conflicto nace del goce y aprovechamiento de un elemento común y provoca, por ejemplo una filtración, tan común, en la finca inferior? ¿Es una limitación a las relaciones de vecindad? Y tengo que solucionarlo o ¿tengo que

valorar los daños y proceder a pedir una reparación del daño material derivado del incumplimiento extracontractual por acto ilícito?

Las azoteas son también un elemento común conflictual. ¿Quién tiene derecho a la azotea, todos o los del último piso? ¿Alguien me puede limitar el uso de la azotea? ¿Puede considerarse la misma un elemento común limitado? ¿Cuando construyo en la azotea nace un *pent-house*?

Todos los titulares de la propiedad horizontal tienen derecho a la azotea y a su disfrute. Solo por acuerdo de junta se pudiera limitar el disfrute de este elemento.

Cuando se autoriza la construcción en azotea no implica nunca el nacimiento de un *pent-house*. Los edificios que cuentan con tales tipos de apartamentos que cubren todo el piso superior de la edificación y que tienen regulaciones especiales, es porque fueron concebidos así desde su plano inicial, y ello repercute en la titularidad, pues en estas edificaciones, no existe azotea común pues forma parte de la titularidad individual del propietario del *pent-house*. Cuando se construye en azotea, el titular de lo construido, no es titular de la azotea, no puede impedir el paso de los restantes titulares al área no construida de la azotea y hasta está obligado a construir una escalera de acceso a su techo, pues se considera esta azotea también para los restantes titulares[25].

II. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA Y LA INSCRIPCIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL EN CUBA

1. El Registro Inmobiliario y la Propiedad Horizontal. Generalidades

El análisis de la publicidad de la Propiedad Horizontal, discurre necesariamente en lo complicado que resulta para el registro que el principio de especialidad no padezca de lagunas a la hora de inscribir estas fincas especiales y sus reglamentos internos de organización de la comunidad, y que no se diluyan las facultades y deberes que le competen a cada titular.

Los sistemas registrales basados en el folio real[26], conciben a la finca como un concepto material y formal que constituye la base del Registro de la Propiedad Inmueble. Los países que siguen este sistema, (Alemania, Austria, España, Cuba, entre otros) considerado el más avanzado en la organización de los registros, clasifican las fincas inscribibles en: normales y especiales.

La finca normal, según ROCA SASTRE, es «el trozo de terreno, edificado o no, cerrado por una línea poligonal y perteneciente a un solo propietario o a varios en común»[27]. Por su parte las fincas especiales son aquellas «de configuración especial o aquellas cosas, objetos o conjunto de elementos que, no reuniendo las circunstancias antes indicadas, reciben la consideración o trato hipotecario de las fincas normales a los efectos de la apertura de la correspondiente hoja registral»[28].

En virtud de esta clasificación general de las fincas, la Propiedad Horizontal, por su naturaleza jurídica, es considerada una finca especial. «En el fondo, la Propiedad Horizontal significa una serie de fincas particulares superpuestas, que dan lugar a una comunidad en los elementos necesarios para sus aprovechamientos individuales y que no originan ni una suspensión ni un estado excepcional de la especialidad publicitaria»[29]. Así BATLLE afirma que «viene a formar con su solar un todo único en el sentido económico y jurídico, compuesto de partes íntimamente relacionadas y materialmente enlazadas —verdaderos trozos— que se encuentran en recíproca dependencia corporal»[30].

Al decir de ROCA SASTRE «tratándose de propiedad horizontal, la finca urbana podrá figurar inmatriculada en dos formas distintas: a) una, la general, o sea bajo un solo folio registral en el que se concentrará todo el historial hipotecario de la finca y de cada uno de los pisos o departamentos de la misma pertenecientes a distintos dueños, extendiéndose sucesivamente, en la misma forma que en materia de fincas *pro indiviso*, los asientos relativos a la finca global o a sus diferentes pisos o departamentos de dominio separado; y b) otra, la especial, consistente en figurar inscrita la finca en su conjunto en un folio principal, y en folios separados y bajo número propio, a modo de fincas independientes, los diferentes pisos o departamentos pertenecientes a los distintos propietarios de los mismos». «Cabe, de hecho, un sistema mixto. Como es potestativo seguir el primero o el segundo sistema, puede que unos de los dueños de los pisos quieran adoptar este último y otros no, en cuyo caso la hoja principal solo en parte quedará descongestionada»[31].

En materia de Propiedad Horizontal la ecuación clásica «registral» de finca = folio resulta alterada en ambos términos de esa ecuación. De ahí el sistema nuevo de folio doble, como consecuencia del desdoblamiento del objeto de la relación jurídica según la construcción dualista que es la que inspira la registración de la Propiedad Horizontal.

La inscripción de la Propiedad Horizontal establece particularidades y derivaciones «registrales», que abarcan todos los puntos importantes del sistema hipotecario clásico: desde el sistema de pluralidad de folios (que rompe el principio esencial del folio único, basado en el principio de especialidad), pasando por las especialidades del tracto sucesivo y de la legitimación registral, las relaciones comunitarias (modificaciones del título constitutivo y de los estatutos), los actos sobre la totalidad del edificio (v. gr., la hipoteca), los actos de «desafección» de un elemento común no esencial, la venta de una valla de garaje, el caso de los departamentos procomunales, el juego de los principios de la fe pública registral y de la prioridad registral, las modificaciones de la Propiedad Horizontal inscrita, los sistemas de inscripción de la Propiedad Horizontal, el deslinde entre el régimen de un título constitutivo de Propiedad Horizontal y la inscripción de fincas en Propiedad Horizontal.

A. Sistema más común de inscripción de la Propiedad Horizontal

Sin dudas, el sistema más común es el especial, aunque algunos han considerado que aquel que conjuga la inscripción de la finca matriz con las fincas filiales, referidas a los apartamentos y a los pisos que conforman el edificio constituye una duplicidad en el Registro[32]. Sin embargo, si bien es cierto que existirá una descripción general del edificio donde estarán necesariamente reflejados los elementos comunes y privativos del inmueble en folio registral, la envergadura de los apartamentos o de los pisos requiere que sean considerados como entidades inmobiliarias autónomas, sin desligarse, por sus caracteres de finca especial, de la finca matriz lo cual no supone un estado de subordinación[33].

Se coincide en considerar que para inscribir las fincas filiales, en las legislaciones se exige que previamente haya sido objeto de inmatriculación la finca principal, es decir, el edificio o los complejos inmobiliarios en su conjunto.

a) La finca matriz

En dependencia del sistema que establezcan las legislaciones, en la inscripción registral de la finca matriz deben figurar, como circunstancias de dicho asiento, diversos aspectos, a saber: naturaleza de la finca, situación, linderos, extensión, condiciones, cargas, naturaleza del título, fecha, el nombre y apellidos de la persona natural o jurídica o colectivo de personas a favor de la cual o de las cuales se realiza la inscripción, el nombre y la residencia del Tribunal, del Notario o entidad administrativa que autorice el título que se ha de inscribir, la fecha de presentación del título en el registro, la conformidad de la inscripción, la fecha y la firma del Registrador[34]. Estos aspectos están presentes en toda inscripción de una finca en el Registro de la Propiedad, lo cual cumplimenta el principio de especialidad.

Si la adscripción al régimen es voluntaria, en la inscripción de la finca matriz debe constar la declaración expresa de todos los titulares, o de un titular único, de someter el edificio al régimen de Propiedad Horizontal, constancia que puede estar reflejada en escritura especial de adscripción al régimen o en la misma escritura de Descripción de Obra nueva construida o en construcción. Si la aplicación del régimen previsto en la norma no es voluntaria, la inscripción de la finca matriz no requiere expresar dicho particular.

En dicha inscripción se deberá también hacer referencia a todo el inmueble en su totalidad y también a los elementos privativos del mismo, aunque luego se realicen inscripciones independientes de cada uno de los apartamentos.

La inscripción de la finca matriz deberá realizarse en el folio donde esté inscripto el terreno sobre el cual se levanta dicho edificio; de no estar inscripto, deberá inscribirse el dominio del mismo, para posteriormente hacerlo con el

edificio, o en el título a inscribir, se deberá hacer referencia a la titularidad que se ostenta sobre el terreno. Por tanto se describirá también el edificio en construcción o construido, con expresión exacta de las áreas respectivas, de todos sus elementos comunes generales y de los comunes limitados a cierto número de apartamentos. También se describirá cada elemento privativo, sin mención necesaria a sus titulares, pero sí a la participación que tendrá cada uno en los elementos comunes generales o limitados del inmueble en su conjunto como anejo inseparable. Tendrá que contener el valor del edificio, lo referido a la administración del mismo; de tener el edificio un reglamento, podrá también inscribirse en el folio correspondiente a la finca matriz. La renuncia se inscribirá si el régimen es voluntario. Se hará referencia además a la titularidad que se ostenta sobre el terreno en que se asienta el edificio.

Para la inscripción en el registro, algunas legislaciones establecen el requisito de presentación de otros documentos que quedarán archivados, a saber: planos del edificio construido o en proyecto bajo fe pública de cualquier índole.

En la finca matriz, habrá constancia de todos los actos jurídicos que se refieran a la totalidad del edificio, incluidos los gravámenes que sobre el mismo puedan pesar. Deberán también incorporar en este folio, en nota marginal, los actos referidos a los distintos pisos o apartamentos, con independencia de la autonomía registral que logra cada uno de estos pisos en el registro, pues ello permite cumplir su doble función: constituir un registro propio y a la vez un registro de enlace[35].

Esto no quiere decir que la finca matriz desaparece para convertirse en fincas filiales, sino que el edificio, en su conjunto, conserva su trascendencia inmobiliaria, pues en estas, se hará constar las agregaciones de nuevos pisos, la cancelación total o parcial de los gravámenes. También se expresan en ella las obras que están terminadas y las que están en proyecto, así como la adscripción y renuncia al régimen de Propiedad Horizontal, si fuera voluntario. Sin dudas, la finca matriz se erige en el efectivo enlace con las fincas filiales. «Los registros de las fincas filiales, no pueden quedar aisladas unas de otras, pues se obviaría la discontinuidad que produciría la existencia de la historia inmobiliaria de un apartamento, la no referencia de los demás, que en conjunto, integran la historia del inmueble parcelado cúbicamente»[36]. Por lo general, al margen de las fincas matrices se encuentra las referencias exactas de cada una de las inscripciones particulares de las fincas filiales.

¿Es la finca matriz en Cuba propiedad del Estado? Existen patologías de la inscripción registral. Si bien en la aplicación de los postulados de la Ley de Reforma Urbana de 1960, podemos entender que el Estado confiscó los edificios bajo el principio de que nadie puede ser titular de más de un inmueble de residencia permanente, posteriormente a ello, lo trasmitió a los ocupantes de pisos o apartamentos, por lo que el Estado no es titular, los titulares son los propietarios del piso o apartamento que tienen un derecho igual sobre los elementos comunes del régimen.

b) Las fincas filiales

Más que una duplicidad registral, la inscripción de cada uno de los apartamentos, de los pisos o de los locales independientes y privativos que reconoce la Propiedad Horizontal, constituye un reconocimiento de la importancia de estos elementos y de la autonomía dispositiva que ostentan sus titulares. De ahí que el registro los considere finca independiente. Ello, sin dudas, permite al Registro descongestionar los folios, lo que facilita el mecanismo de funcionamiento de los principios registrales, sobre todo el de tracto sucesivo. De esta forma, sin romper la unidad del folio registral, cada piso o apartamento tiene un historial hipotecario independiente.

Por ello, a los mismos se les considerará finca y, por demás, se expresará como circunstancias del asiento las que resulten para cualquier otra finca en el Registro, a saber: descripción exacta del apartamento, número, medidas (superficie), linderos, situación, distribución de las piezas que lo integran, valor del inmueble, mención de la manera que utilizarán los elementos comunes o limitados (derechos que ostenten sobre los mismos) y demás datos necesarios para su correcta identificación.

Hay legislaciones que solo admiten registro particular de finca filial cuando la misma ya se haya comenzado a construir. Hacerlo de otro modo, según la doctrina, sería desconocer el principio de especialidad, pues en la publicidad inmobiliaria se hace necesaria, la materialización del bien, con independencia de que el mismo piso proyectado pueda ser enajenado, pues en el comercio civil es válida la disposición de cosas futuras. Puede darse el caso de que un sujeto sea titular en planos del piso o del apartamento, pero no lo podrá inscribir como tal si no está construido.

Para inscribir una finca filial es necesario aportar los mismos documentos que se necesitan para inscribir la finca matriz.

En este registro particular, habrá constancia de todo acto dispositivo, ya sea *inter vivos* o *mortis causa,* que tenga por objeto el apartamento o el piso en cuestión. Se hará referencia, en todos los casos, a la parte proporcional que le corresponde en relación con los elementos comunes del edificio. Siempre los elementos comunes, como anejo inseparable, se entenderán transmitidos o gravados conjuntamente con el elemento privativo. Así la hipoteca de un piso afecta el valor que le corresponde al mismo en los elementos comunes, lo que no afecta a la totalidad del edificio. Cosa distinta sucede si lo que se hipotecó fue la finca matriz, pues entonces se distribuye para hacerla efectiva a cada uno de los apartamentos, de los pisos o de los locales de edificio.

En los registros particulares de cada finca filial, existe una necesaria referencia a la finca matriz lo cual completa el sistema de mutuas referencias que debe existir en estas fincas especiales en notas marginales. «La nota marginal de referencia, por su carácter accesorio, no legitima y sirve para relacionar aquellos

asientos principales que constan en distintos folios; auxilia en el mecanismo material de las oficinas territoriales, facilitando la claridad de las historias y simplificando el tracto sucesivo. Su omisión por lo tanto, no ocasiona el derrumbe o la vulnerabilidad de los derechos olvidados, ni les otorga más fuerza de la que tienen al mencionarlos»[37].

Se plantea la imposibilidad de inmatricular fincas filiales si previamente no está inmatriculada la finca matriz, pues aunque sean independientes, conservan un cordón umbilical.

De esta forma, no se crea un registro inmobiliario especial para la Propiedad Horizontal, ni siquiera una sección especial dentro del propio registro. Con este sistema complejo, pero ordenado, se respeta la dinámica registral y el mecanismo de los principios hipotecarios.

Importancia de la Propiedad Horizontal.

El asunto relativo a las ventajas y desventajas que reporta la Propiedad Horizontal ha sido muy discutido en la doctrina. Sin embargo, gran número de autores refiere que el instituto es ventajoso desde varios puntos de vista: económico, social y jurídico.

Para tener una visión económica de la Propiedad Horizontal, es necesario citar a COLOMA[38] que, aplicando el Teorema de Coase, analiza cómo la Propiedad Horizontal es una solución para establecer derechos sobre activos que producen, de una manera conjunta, servicios susceptibles de ser consumidos de forma individual y conjunta. Bajo ciertas condiciones, esta institución parece servir para economizar costos de transacción y de administración, en especial en los casos en los que los costos de administración de un condominio centralizado sean relativamente altos y el número de agentes económicos involucrados (número de apartamentos del edificio) también elevado. Este teorema del economista inglés Ronald COASE[39] establece como formulación general la siguiente: si los derechos de propiedad están bien definidos y no existen costos de transacción, entonces el equilibrio de mercado es eficiente. Así, en su interesante y economicista concepción, el autor fundamenta lo eficiente que resulta la propiedad horizontal como intento de disminuir los costos junto a los que se generan cuando se transfieren las porciones del edificio. Esta institución brinda una respuesta jurídica a un problema social tan difícil como es el problema de la vivienda[40] y en consecuencia, contribuye a resolver los problemas de estabilidad social que pueden surgir en relación con este asunto. Constituye, sin lugar a dudas, una forma más económica de adquirir una vivienda con confort aceptable, además de abaratar los gastos de construcción y permitir, en un solo terreno, la posibilidad de edificar más viviendas a más personas, lo cual constituye un ahorro de los espacios urbanizables.

Además, desde el punto de vista jurídico, la importancia de la Propiedad Horizontal radica en constituir una respuesta normativa que organiza un hecho físico que, en potencia, puede provocar conflictos si no existe una determina-

ción de los derechos y deberes de sus titulares. Así, se determina cuáles son los límites del derecho de cada cual, y hasta qué punto el ejercicio de ese derecho no interfiere el ejercicio del derecho ajeno.

La concepción de la Propiedad Horizontal ha llegado al límite de concebir la posibilidad de que las necrópolis del futuro se construyan bajo este régimen. Las ventajas que ello reportaría serían enormes desde el punto de vista económico, estético, de higiene, y de salubridad pública. Así se concibe la necrópolis del futuro compuesta de varios bloques de elevados edificios, de varios pisos, con ascensores, con amplias avenidas, con arboledas y con jardines. Los precios de las bóvedas resultarán relativamente reducidos, en correspondencia con el número de pisos, pues lo más costoso es, sin dudas, el suelo. En cuanto a la higiene y a la salubridad, para nadie es un secreto que los restos depositados en pisos elevados del suelo, perfectamente ventilados con aire, luz, sol a diferencia de los sótanos[41], resultan más convenientes en la ciudad a esos efectos.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE TORRADO, A.; *Cursillo de Derecho Hipotecario,* Facultad de Derecho, La Habana, 1943.

— *Derecho Hipotecario,* Editor Jesús Mateo, La Habana, 1950.

— *Desarrollo actual de la Propiedad Horizontal,* Sin Editorial, La Habana, 1951.

— *Disposición sobre la Ley de Propiedad Horizontal,* Sin Editorial, La Habana, 1954.

— *El condominio y la inscripción arrendaticia,* Editorial Librería Martí, La Habana, 1958.

— *Derecho Inmobiliario Registral,* Universidad de la Habana, La Habana, 1959.

ALBALADEJO GARCÍA, M. (coordinador); *Comentarios al Código Civil,* V-III, Madrid, España, Editorial Revista de Derecho Privado, 1982.

— *Derecho Civil,* T-III, V-II, Madrid, España, sexta edición, Editorial Librería Bosch, 1989.

AZPITARTE CAMY, R.; Los garajes en el título constitutivo de la propiedad horizontal, en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 103, enero-marzo de 1979, Editada de Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, octubre de 1979, pp. 7-296.

BASE DE DATOS; *La Propiedad Horizontal,* Editorial El Derecho actualización de abril de 2002. España. (soporte magnético).

BATLLE VÁZQUEZ, M.; La Propiedad de Casas por Pisos, Editorial Marfil, S. A. España, 1954.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coordinador); *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal,* Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999.

BUGEDA LANZAS, J.; *La Propiedad Horizontal,* Editorial Cultural, S. A., Sin Edición, La Habana, Cuba, 1954.

BUTERA, A.; *La Compropietá Di Case per Piani*, Segunda Edición, Turín, 1933.

DÁVALOS FERNÁNDEZ, R.; *La Nueva Ley General de la Vivienda,* La Habana, Cuba, Editorial Ciencias Sociales, 1990.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., GARRIDO CERDÁ, E., SOTO BISQUERT, A.; Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana, en la *Revista de Derecho Notarial*, 1969, núm. 64, Madrid. pp. 145 y sigs.

DESARTE GUANTER, J. M.; El régimen jurídico portugués de la propiedad horizontal, *Anuario de Derecho Civil,* T-II, Fascículo III, julio-septiembre, Madrid, 1956.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.; *Propiedad Horizontal. El Título Constitutivo y su impugnación judicial,* Editorial Aranzadi, Pamplona, España, 1996.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.; *Instituciones de Derecho Civil,* V-II, Madrid, España, Editorial Tecnos, 1995.

DORTA DUQUE, M.; *Curso de Legislación Hipotecaria,* T-I, II, cuarta edición, Editado por Departamento de Publicaciones de Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, 1951.

FUENTES-LOJO LASTRE, A.; *Ley de Propiedad Horizontal (concordancias, comentarios, jurisprudencia y normas complementarias),* segunda edición, Editorial Colex, Madrid, 1997.

GAMBINO, H.; Dominio Horizontal, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales de la Universidad Nacional del Litoral*, núm. 48 y 49, Santa Fe, 1946.

GÓMEZ GIL, O.; *La Propiedad Horizontal en Cuba,* Editorial Lex, La Habana, 1954.

GÓMEZ CALLE, E.; La significación del título constitutivo en el régimen de la propiedad horizontal, en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1992, 1533-1589.

NEGRI, J. A.; *Régimen Argentino de la Propiedad Horizontal. Teoría y Práctica del la Ley 13/512,* segunda edición, Ediciones Arayú. Buenos Aires. Argentina, 1953.

PÉREZ PASCUAL, E.; *El Derecho de Propiedad Horizontal,* Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 1974.

PÉREZ SERRANO, N.; La propiedad horizontal y la jurisprudencia civil del supremo, *Anuario de Derecho Civil,* Fascículo IV, octubre-diciembre, Madrid, 1957.

POINIER, P.; *La Propiedad Horizontal,* segunda edición, Ediciones Arayú, Buenos Aires, Argentina, 1955.

RACCIATTI, H.; *Propiedad por pisos o por departamentos,* segunda edición, Editor Roque Deplama, Buenos Aires, Argentina, 1958.

RAMOS, N. F.; *La Propiedad Horizontal,* Editado por la Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Socio-jurídicas, Bogotá, Colombia, 1980.

REFFINO PEREYRA, V.; *La Propiedad Horizontal de los Inmuebles,* Editor El Ateneo, Buenos Aires, Argentina, S. A. 1999.

RESTREPO, L. J.; *La Propiedad Horizontal,* Editado por la Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Socio-jurídicas, Bogotá. Colombia, 1963.

LEGISLACIONES

- Código Civil alemán (BGB), 1900
- Código Civil de la República de Cuba, 1988
- Código Civil español, 1888
- Código Civil francés, 1804
- Código Civil italiano, 1942

- Ley de Propiedad Horizontal de Argentina
- Ley de Propiedad Horizontal de Bolivia, Ley Número 130 de 30 de diciembre de 1949
- Ley de Propiedad Horizontal de Venezuela de 4 de agosto de 1983. La Ley núm. 33 de 25 de Noviembre de 1952 sobre el Régimen de la Propiedad por pisos y departamentos de un edificio de Panamá
- Ley de Propiedad Horizontal de Colombia
- Ley de Propiedad Horizontal de España, núm. 49/60, reformada en 1999
- Ley de Propiedad Horizontal de Puerto Rico
- Ley de Propiedad Horizontal de Costa Rica, Decreto núm. 36 de 1970
- Ley Hipotecaria y su Reglamento, 1893
- Ley-Decreto 407 de 16 de septiembre de 1952 de Propiedad Horizontal de Cuba
- Ordenanzas de Construcción para la Ciudad de la Habana de 18 de octubre de 1861 y de 1963
- Ley de Reforma Urbana, La Habana, Cuba, 14 de octubre de 1960
- Acuerdos del Consejo General de la Reforma Urbana 1/60, 10/60, 13/61, 103/68. Compendio de Legislación Vigente, Ministerio de Justicia, La Habana, 1977. Ley núm. 48 General de la Vivienda, La Habana, Cuba, 1984. (Derogada)
- Resolución 29 de 1987 del Instituto Nacional de la Vivienda. Ley núm. 65 General de la Vivienda, La Habana, Cuba, 1988
- Ley núm. 77 de la Inversión Extranjera, La Habana, Cuba, 1995
- Resolución 4/91 de 14 de enero del Instituto Nacional de la Vivienda, Reglamento de Edificios Multifamiliares
- Decreto-Ley 185/98, de 28 de mayo de 1998. Sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad
- Resolución 104/2000. Ministerio de Justicia de Cuba
- Resolución 39/2002. Ministerio de Justicia de Cuba
- Resolución 337/2002 de 21 de enero, Instituto Nacional de la Vivienda
- Resolución 6/2002. Instituto Nacional de la Vivienda
- Decreto-Ley 214 de 23 de noviembre de 2000 sobre la Hipoteca Inmobiliaria

NOTAS

[1] VALDÉS DÍAZ, Caridad del C. *Derecho Civil. Parte General,* Editorial Felix Varela, La Habana, 2002, pp. 98 y 99.

[2] En Cuba, la Ley «Decreto 407/52 concibió como sujeto a los titulares dominicos, pudiendo ser personas naturales o jurídicas; sin embargo tanto en la Resolución 39/87 INV, como en la 4/91 INV, se conciben como sujetos de este derecho a los propietarios y arrendatarios, los cuales pueden ser también personas naturales o jurídicas colectivas.

[3] Los derechos y deberes de los titulares en los regímenes de la Propiedad Horizontal se abordaran a lo largo de la investigación.

[4] Ténganse en cuenta que las llamadas modernamente Urbanizaciones, son consideradas como una figura atípica de la Propiedad Horizontal, más horizontal que las mismas según FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, M., en Rodrigo Bercovitz Rodriguez-Cano, (coordinador), *Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal,* Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 148 y 149 suponen una mayor o menor extensión de terreno que se vende o adjudica por parcelas a terceras personas o a los asociados o cooperativas, para construir torres, chalets, quintas, etc., quedando una parte de la superficie destinada a los elementos y servicios comunes necesarios para lograr un mejor y más adecuado uso y disfrute de los edificios, tales como jardines, piscinas, campos de golf, paseos, aceras, etc.

[5] No concordamos con PÉREZ PASCUAL, Eduardo, *El Derecho de Propiedad Horizontal,* Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 1974. p. 68, que incluye como elemento objetivo de la Propiedad Horizontal a «la organización colectiva de los propietarios objetivada y realizada». Si bien es cierto que para que los titulares puedan de manera pacífica disfrutar de los elementos comunes del inmueble, necesitan de un reglamento que los organice; ello no constituye un objeto sobre el cual recaigan los derechos y obligaciones de los titulares, ello lo que va a lograr es regular dichos derechos y obligaciones.

[6] No concordamos con los autores que consideran que la razón de ser de la Propiedad Horizontal lo constituye la parte privativa, *Vid*. FONT BOIX, Vicente; «El Derecho de Vuelo y el Derecho de Superficie. Especial referencia a sus relaciones con la Propiedad Horizontal», *en Revista de Derecho Notarial,* julio-diciembre, España, 1967, p. 57 que acepta como idea central de la Propiedad Horizontal la parte privativa, y no al edificio, a pesar de las dificultades que ofrece su limitación como cosa. Y añade no se olvide, sin embargo que el edificio tampoco es un supuesto de cosa normal, como no lo son las universitas, las pertenencias, etc. Por eso los autores modernos están de acuerdo en que ser objeto de derecho implica ser considerado *sub-specie-iuris* como tal objeto, aunque antológicamente el objeto así estimado tenga una configuración confusa como cosa corporal. Atendida la función económico-social que va prestando el piso, como vivienda, aunque pudiera pensarse que se trata de una pura ficción, la circunstancia que implica un espacio suficientemente, a nuestro juicio, para que *sub-specie-iuris*, el piso sea el elemento determinante de la Propiedad Horizontal».

[7] *Vid*. NEGRI, José A.; *Régimen Argentino de la Propiedad Horizontal*, Ediciones Arayú, Buenos Aires Argentina, 1953, p. 47.

No definió la Ley-Decreto 407/52, ni la Ley General de la Vivienda núm. 48/84 ni la Resolución 39/87 INV, ni la Ley General de la Vivienda núm. 68/89, ni la Resolución 4/91 INV, qué se entiende por elemento privativo, pero sí el derecho exclusivo que tienen los titulares sobre sus apartamentos y la participación que ostentarán sobre los elementos comunes.

[8] Así, es posible introducir las mejoras, que se estimen convenientes siempre que no pongan en peligro los bienes comunes del edificio, o sea, se puede vender, arrendar, cambiar la disposición de los apartamentos, cambiar las puertas, poner tabiques; en fin, realizar cualquier obra que no ponga en peligro la seguridad del edificio, ni el normal uso de los bienes comunes por los demás titulares.

[9] Esta característica hay que analizarla a la luz de que la mayoría de las legislaciones sobre Propiedad Horizontal conciben como titulares a los propietarios, no a otros sujetos que ostenten otro derecho real o personal sobre el piso o local.

[10] PÉREZ PASCUAL, Eduardo; *op. cit*., p. 69.

[11] *Vid*. Artículo 11 de la Ley-Decreto 407/52 y el artículo 10 de la Resolución 4/91 INV, de Cuba; artículo 3 de la Ley núm. 130 de 30 de diciembre de 1948 de Bolivia; Artículo 2 de la Ley núm. 13.512/49 de Argentina; Artículo 4 de la Ley núm. 10751, de 25 de junio de 1946 de Uruguay, artículo 4 de la Ley núm. 182 de 6 de julio de 1948 de Colombia; artículo 11 de la Ley núm. 43 de 21 de mayo de 1996 de Puerto Rico; artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal de 17 de agosto de 1983 de Venezuela y artículo 1 de la Ley núm. 9 de 6 de abril de 1999 de España.

[12] Esta regla está establecida en el artículo 15 de la Resolución 4/91 INV y no así en la Ley-Decreto 407/52.

[13] *Idem*. p. 81.

[14] Así plantea PÉREZ PASCUAL, Eduardo; *op. cit.,* p. 80 que es posible la enajenación de una estatua que estaba colocada en el portal de la entrada de la finca.

[15] Clasificación nacida de la Jurisprudencia española al decir de FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, M., *op. cit.,* pp. 156-157. Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1965, de 6 de abril de 1978, de 14 de noviembre de 1979, de 31 de marzo de 1980 y de 2 de enero de 1980. Esta clasificación, al decir del autor, tuvo como inconveniente que se puede incurrir en errores teniendo en cuenta el matiz civil conceptual de la misma.

[16] Según FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, M., *op. cit.,* p. 158, «esta clasificación tiene a su favor que se acomoda al sistema que inspira el régimen de propiedad horizontal, esto es, el de la imperatividad atenuada. Pero es que además, ni lleva implícito que los elementos descritos en el referido precepto hayan de ser comunes, ni que los *ex voluntaris* hayan de mantener la cualidad de tal para siempre, dado que unos y otros pueden perfectamente perder su condición comunitaria por acuerdo unánime».

[17] Existen otras clasificaciones no tan generalizadas, a saber: la Ley núm. 182 de 6 de julio de 1948 de Colombia establece que pueden clasificarse los elementos comunes en principales, accidentales y circunstanciales. PÉREZ PASCUAL, Eduardo; *op. cit.,* pp. 84-85, aporta otra clasificación considerando los elementos como comunes esenciales, naturales y accidentales: A nuestro juicio, toma como parangón la clasificación de los elementos de la teoría del negocio jurídico. Se refiere también este autor a los anejos y al llamado elemento procomunal y concluye que no es necesaria la construcción jurídica de este último que no es más que un anejo (elemento común limitado).

[18] Esta última clasificación es la que recoge la Ley-Decreto 407/52, en su artículo 11 y la Resolución 4/91 INV, en sus artículos 8 y 9.

[19] Negrita de la autora para comentar posteriormente.

[20] Lo subrayado es lo que introduce diferente la nueva resolución.

[21] Acuerdo Número 1 de 28 de octubre de 1960 del CSRU, que estableció Propiedad Múltiple para el Estado y para los demás titulares. Se advierte que, desde su primer acuerdo, la Reforma Urbana determinó como propiedad múltiple a los inmuebles en que había varios compradores con locales independientes y que tenían servicios o elementos comunes. Además, modificó la forma en que se mantendrían y atenderían los elementos comunes de los inmuebles. Así determinó también que una parte de lo pagado se destinaría a los gastos de mantenimiento y de atención a los elementos comunes y que el Consejo de la Reforma Urbana administraría las cantidades recaudadas para ese fin.

Acuerdo Número 6 de 28 de octubre de 1960 del CSRU, que reguló los servicios colectivos de mantenimiento en los edificios de apartamentos cumpliendo lo dispuesto en el acuerdo anterior. Se distinguieron para el mantenimiento de los elementos comunes los siguientes casos:

a) Los edificios que estaban sometidos al régimen legal de Propiedad Horizontal con anterioridad a la vigencia de la Ley de Reforma Urbana, cuyos apartamentos estuvieran ocupados por sus propietarios; estos continuarían rigiéndose por las prescripciones correspondientes a dicho régimen de Propiedad Horizontal y en consecuencia, podrían seguir pagando el mantenimiento de tales servicios en la forma usual, mediante la administración acordada.

b) Los edificios cuyos apartamentos todos estaban arrendados hasta la vigencia de la Ley de Reforma Urbana. En este caso el CSRU descontaría de las mensualidades correspondientes que pagaron los ocupantes por la compra-venta, las cantidades para el mantenimiento de los servicios comunes, pagando el consejo a las personas o a las entidades que prestaren ese servicio.

c) El edificio que tenga parte de sus apartamentos en el primer caso y parte en otro de los casos, se adscribiría a lo que estaba determinado para la mayoría de los apartamentos, para determinar si los servicios colectivos se pagaban por un sistema u otro.

Este acuerdo establecía ya una modificación sensible al régimen previsto en la Ley de Propiedad Horizontal, sobre la forma de pago del mantenimiento de los elementos comunes del edificio, además de concebir que en un mismo edificio podían coexistir ambos regímenes.

Acuerdo Número 47 de 27 de diciembre de 1960 que estableció las reglas para el uso, como viviendas, de garajes que forman parte integrante de los inmuebles cuando dichos locales son utilizados por personas que no ocupan la vivienda de la que forma parte el garaje.

Acuerdo Número 59 de 7 de febrero de 1961 que estableció cómo se conformaría el fondo que sería utilizado por el Departamento de Propiedad Múltiple del Consejo y por los Consejos Provinciales para sufragar, indiscriminadamente, los gastos de reparaciones menores de todos los inmuebles y otros urgentes cuya trasmisión dispone la ley.

Acuerdo Número 154 de 30 de septiembre 1966, que estableció que la atención de los servicios y elementos comunes en los edificios múltiples se encuentra a cargo de las administraciones locales.

La Resolución RU-4 de 2 de noviembre de 1967, que concedió usufructo gratuito a las personas ocupantes de cuartos o de habitaciones situadas en azoteas, garajes, sótanos.

Por el Acuerdo 103 de 1968 del CSRU, todos los edificios serían administrados por las oficinas de la Reforma Urbana, sin considerar aquellos que no fueron afectados por la Ley de Reforma Urbana, es decir que no fueron confiscados.

Se puede apreciar una ostensible modificación de la Ley de Propiedad Horizontal, en sus fundamentos, en los deberes y en los derechos de los titulares, en el espíritu del legislador y en las sentencias recaídas en este periodo.

[22] *Vid*. Base de datos. *ídem*.

[23] Ídem.

[24] Así se estableció en España por el artículo 68 D 8 de febrero de 1946 en la modificación sufrida por el *RD* 1867/98.

[25] La Resolución 4 de 1991 del INV, establece: Artículo 28. *La vivienda construida en la azotea de un edificio multifamiliar es propiedad personal del que la construya, y su propietario tiene derecho a la participación en los elementos comunes del inmueble, en igual forma que los demás propietarios de las viviendas que componen el edificio*.

Artículo 29.- *La cesión de la azotea, a los efectos de la fabricación de una vivienda, puede hacerse por el total o soIo pate de esta. En este último caso, la parte no cedida de la azotea se considera elemento común de los propietarios de las viviendas del edificio, incluyendo los de la nueva construcción*

Artículo 30.- *Cuando el edificio cuente con una escalera hacia la azotea, al trasmitirse el derecho a fabricar en esta, el que fabrique está obligado, salvo pacto en contario, a construir una escalera hasta la nueva azotea o cubierta de la vivienda que fabrique. En tal caso, la nueva azotea es considerada como elemento común y de condominio de los propietarios de todas las viviendas de la edificación*.

Artículo 31.- *La cesión de la azotea, o de parte de esta, puede hacerse por el precio que acuerden libremente las partes o gratuitamente. En todo caso debe realizarse mediante escritura pública ante notario, previa autorización de la Dirección Provincial de la Vivienda*.

[26] Se diferencian del folio personal en que la organización del Registro de la Propiedad Inmueble no es en base a la finca sino a las personas. Países que siguen este sistema: Francia, Italia y algunos Estados de Estados Unidos norteamericanos. Esta forma de organización es un mero archivo de documentos o de fichas. Esta clasificación se basa en la organización del Registro de la Propiedad y no en los efectos de la inscripción, ni en los efectos de la extensión de los asientos.

[27] ROCA SASTRE, Ramón María; *Derecho Hipotecario,* T-II, quinta edición, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1954, p. 63.

[28] *Ibidem*.

[29] BUGEDA LANZAS, Jesús; *La Propiedad Horizontal,* Editorial Cultural, S.A., Sin Edición, La Habana, Cuba, 1954. P. 81.

[30] BATLLE VÁZQUEZ, Manuel; *La Propiedad de Casas por Pisos,* Editorial Marfil, S A. España, 1954. P. 176.

[31] ROCA SASTRE, Ramón María; *op. cit.,* pp. 71 y 72.

[32] *Vid*. VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.° R. En *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral,* coordinado por LÓPEZ Y LÓPEZ y MONTÉS PENADÉS, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1993, p. 823, al expresar el nuevo folio es una prolongación del primero, del que trae causa, o constituye un folio independiente. La solución que se dé puede tener importancia para delimitar el alcance de los efectos sustantivos de la publicidad registral, cuando en este segundo folio no se recoge algunas disposiciones contenidas en el título de constitución del régimen de horizontalidad o en los estatutos, y sean desconocidas para el tercer adquirente».

[33] Criterio compartido por ROCA SASTRE.; *op. cit.,* p. 68, SANZ FERNÁNDEZ, Ángel; *Comentarios a la Nueva Ley Hipotecaria*. Madrid, s/f. p. 67, BUGEDA LANZA, Jesús, *op. cit.,* p. 82.

[34] *Vid*. Artículo 9 de la Ley Hipotecaria de 1893 vigente en Cuba, complementado por el artículo 63 del Reglamento Hipotecario, que establece once reglas a cumplir como requisitos para toda inscripción de una finca en el Registro. También, los artículos 24 y 28 de la Ley-Decreto 407 de Propiedad Horizontal, de 16 de septiembre de 1952.

[35] *Vid*. BUGEDA LANZA, Jesús; *op. cit.,* p. 85.

[36] *Idem; op. cit.,* p. 87.

[37] BUGEDA LANZAS, Jesús; *op. cit.,* p. 91.

[38] COLOMA, Germán; *Breve análisis económico de la propiedad Horizontal,* publicado en www.actualidadjurídica.com.

[39] COASE, R. H; «The Problem of Social Cost», en *Journal of Law and Economics,* V-3, 1960, pp. 1-44, citado por Coloma, German, *op. cit.,* p. 4.

[40] *Vid*. BATLLE, *op. cit.,* p. 11 considera que la naturaleza humana tiene la inclinación natural a disfrutar de un hogar propio. GAMBINO, Humberto; Dominio Horizontal, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral,* núm. 48 y 49, Santa Fe, 1946, p. 74, expresa que «la necesidad de la Vivienda, y de vivienda propia, es de las que no abandonará nunca el hombre. Su insatisfacción es la que produce entre otros males más resentimiento y, como es sabido, cuando el resentimiento de este orden anda en el corazón de muchos constituye la levadura, sorda, pero efectiva que trabaja y empuja hacia las revoluciones».

[41] REFFINO PEREYRA, VIRGILIO; *La Propiedad Horizontal de los Inmuebles,* Editor «El Ateneo», Buenos Aires, Argentina, S.A, 1999. pp. 201-206.

(Trabajo recibido el 2-6-2014 y aceptado para su publicación el 30-6-2014)

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 25-9-2014
(BOE 7-11-2014)
Registro de la Propiedad de Piedrahita

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

En cuanto a las mitades indivisas de finca ya inmatriculadas a favor de tercero y cuyo dominio se atribuyen los donantes transmitiéndolo por la escritura calificada negativamente, es claro que la inscripción debe ser rechazada puesto que hallándose las inscripciones practicadas bajo la salvaguarda de los tribunales (cfr. art. 1 de la LH), los principios de tutela judicial efectiva y su trasunto hipotecario del tracto sucesivo, imponen expresamente al Registrador, conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 20 de la LH, la denegación de la inscripción solicitada si el derecho —en el presente caso, la mitad indivisa en pleno dominio— resulta inscrito a favor de persona distinta de la que otorga la transmisión. Respecto de las mitades indivisas de fincas descritas en el documento calificado que no tienen inscripciones contradictorias en el Registro, no solo es exigible que la descripción de los inmuebles en cuestión en las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas sean idénticas a las que se hagan en el título inmatriculador sino que también debe haber entre este y el título previo similitudes suficientes para que no haya dudas sobre la identidad de las fincas cuyo acceso al Registro se pretende.

Resolución de 25-9-2014
(BOE 7-11-2014)
Registro de la Propiedad de Borja

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: RECTIFICACIÓN DE ASIENTOS REGISTRALES.

El defecto de la nota de calificación no puede sino ser confirmado. Como bien dice la Registradora en su nota el artículo 1.3.º de la LH establece que los asientos del Registro se encuentran bajo la salvaguarda de los tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, y la rectificación de dichos asientos debe llevarse a cabo en los supuestos y en la forma señalada en el artículo 40 de la LH. El supuesto de hecho que nos ocupa no se enmarca en ninguno de los apartados de dicho artículo, ni del título resulta la existencia de relaciones jurídicas inmobiliarias que no hayan tenido acceso al Registro, ni se ha producido la extinción de un derecho anotado o inscrito, ni se ha alegado falsedad o nulidad del título que motivó los asientos cuya cancelación se solicita. Tampoco se acredita la nulidad o error cometido en los asientos actualmente existentes. Simplemente por no poder identificarse a juicio del recurrente las fincas registrales con sus correspondientes certificaciones catastrales, entiende que procede su cancelación y la extensión de una nueva descripción no ya en el historial de dicha finca, sino abriendo folio nuevo.

Resoluciones de 26-9 y 14-10-2014
(BOE 7-11-2014)
Registro de la Propiedad de Boadilla del Monte, Cambados y Villafranca del Bierzo

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Una vez calificado el documento e inscrito, bajo la responsabilidad del Registrador, los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales. Por ello, la negativa a su rectificación por el titular del Registro que considera inexistente el error alegado conforme al cual la configuración jurídica del título no se corresponde con la inscripción practicada, no puede ser abordada en el cauce de este recurso.

Resolución de 26-9-2014
(BOE 7-11-2014)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 34

SUSTITUCIÓN VULGAR: SU EFECTOS EN RELACIÓN CON LOS LEGITIMARIOS.

Se debe, pues, decidir si la renuncia de un legitimario habiendo establecido el testador sustitución vulgar, extingue la legítima de los sustituidos, o si por el contrario la orden de sustitución, en cuanto el testamento es ley de la sucesión, supone el mantenimiento en los nietos de la posición del padre. No debe ofrecer duda que los descendientes de un legitimario renunciante no pueden alegar derecho alguno a la legítima, pues han perdido la expectativa de ser legitimarios por razón de la renuncia de su padre. Esto es así, claramente en la sucesión

intestada, porque la renuncia, según resulta de los preceptos citados, se extiende a la estirpe eliminándose con ello el derecho de representación, expandiendo que no acreciendo, la posición de los restantes. Si los renunciantes fueran todos los hijos, pasaría la sucesión al siguiente grado (arts. 913 y 921 del CC) debiendo estarse al caso concreto a partir de ahí. En la sucesión testamentaria ha de entenderse que la sustitución vulgar en relación con un heredero forzoso solo cabe respecto al tercio de libre disposición, o para mejorar a algún legitimario, o bien cuando los designados sustitutos son los mismos colegitimarios del renunciante o legitimarios de otro grado. Así, cuando renuncia el único heredero forzoso y los designados sustitutos son sus hijos o, en caso de no tenerlos, sus ascendientes. Ahora, como se ha indicado, todos los interesados están de acuerdo en atribuir a los nietos el montante que les hubiera correspondido de mantenerse la posición de la estirpe. No puede olvidarse que en tanto no recaiga un pronunciamiento judicial estableciendo la nulidad y por lo tanto, ordenando que se tenga por no puesta la cláusula testamentaria, lo que no parece probable dada la unanimidad de los interesados en su mantenimiento, esta habrá de ser interpretada en la forma más favorable para que surta efecto. Por lo que, ambos, voluntad del testador y el acuerdo de todos los interesados, deben ser respetados en la medida de lo posible.

Resolución de 6-10-2014
(BOE 6-11-2014)
Registro de la Propiedad de O Carballino

COMPETENCIA DE LAS CCAA. DERECHO DE TRANSMISIÓN: CÓNYUGE VIUDO DEL TRANSMITENTE.

El artículo 22.1.e) del Estatuto de Autonomía de Galicia, aprobado por LO 1/1981, de 6 de abril, dispone que la competencia de los órganos jurisdiccionales en Galicia se extiende a los recursos sobre calificación de documentos referentes al derecho privativo gallego que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad, si bien dicha comunidad no ha regulado una instancia propia en fase de interposición, por lo que es de aplicación, hasta entonces, la regulación estatal contenida en la LH, y consiguientemente la primera instancia ante este Centro Directivo. De ahí que el interesado, en casos como el presente, podría optar entre interponer el recurso ante el órgano jurisdiccional civil o ante este Centro Directivo, de modo que de optarse por la primera vía sería el Juez decano el que lo asignaría conforme a las reglas que procedan; pero si se interpone ante esta Dirección General, esta tendrá que resolverlo sin remitirlo a órgano jurisdiccional alguno de la CA, por no existir previsión legal sobre ello. La Resolución de 26-3-2014, a la vista de los pronunciamientos que se contienen en la STS 11-9-2013, según la cual «…debe concluirse, como fijación de la Doctrina jurisprudencial aplicable a la cuestión debatida, que el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del «ius delationis» en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero transmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el «ius delationis», sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que «ex lege» ostentan los herederos transmisarios; todo ello, dentro de la unidad orgánica

y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el «ius delationis» integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente». La consecuencia que se sigue de esta doctrina jurisprudencial es que en las operaciones divisorias de la herencia de la primera causante no es necesaria la intervención del cónyuge del transmitente y sí tan solo la de la transmisaria, por lo que este extremo de la calificación impugnada debe ser revocado.

Resolución de 8-10-2014
(BOE 7-11-2014)
Registro de la Propiedad de Guadarrama

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA INSCRIPCIÓN DE EXCESO DE CABIDA: REQUISITOS.

En relación con el trámite previsto por el artículo 201 de la LH, resulta del auto la citación a los que han sido tenidos por el Juez como titulares de los predios colindantes, lo que concuerda con el criterio recogido en Resoluciones como la de 4-4-2013, según el cual la normativa reguladora, al hablar de colindantes, se está refiriendo a los colindantes reales, sean o no titulares registrales. En cuanto a las dudas en la identidad de la finca que se derivarían del cambio operado en la descripción actualizada con la omisión de un colindante, como también se ha dicho, 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, partiendo de la información facilitada en la certificación registral expedida en su día. Aun siendo el Registrador que califica diferente del que expidió la certificación, como se observa en el informe del Registrador, el dato del que derivan las dudas, que es el lindero Norte tal y como se recogía en la descripción registral, fue debidamente conocido por el Juez a través de dicho documento.

Resolución de 8-10-2014
(BOE 7-11-2014)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 45

CONFESIÓN DE PRIVATIVIDAD: NATURALEZA Y REQUISITOS.

La confesión de privatividad se configura como un negocio de fijación de la verdadera naturaleza del bien, cuando existe incertidumbre sobre su partencia a una u otra masa patrimonial. En resumen, respecto de los cónyuges, la confesión de privatividad se configura como un medio de prueba especialmente hábil para acreditar que la adquisición del bien se realizó por el patrimonio privativo del cónyuge del confesante. En definitiva, destruye el juego de las presunciones de los artículos 1361 y 1441 del Código Civil, creando otra presunción de privatividad que puede ser destruida, a su vez por una prueba fehaciente y suficiente de la ganancialidad o privatividad del cónyuge confesante. Pero para estos efectos, debe reunir determinados requisitos: a) Que se trate de una declaración de conocimiento del confesante sobre hechos personales suyos; b) Que sobre el bien

que se reconoce privativo del otro cónyuge, exista incertidumbre acerca de la naturaleza, de forma que no opera este efecto si el bien tiene una naturaleza ganancial o privativa claramente definida, y c) La confesión puede referirse al título de adquisición, al precio o contraprestación y de manera especial es preciso que la confesión se realice durante la vigencia del matrimonio —y por tanto del régimen económico de gananciales—, por lo que la confesión realizada por cualquiera de los que fueron cónyuges una vez disuelto el matrimonio tendrá los efectos propios que le otorga la Ley de Enjuiciamiento Civil, un efecto limitado ya que dispone que tendrá eficacia probatoria si no lo contradice el resultado de las demás pruebas.

Resolución de 9-10-2014
(BOE 7-11-2014)
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 5

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: TRANSMISIÓN POR SUCESIÓN UNIVERSAL DEL CRÉDITO HIPOTECARIO.

Para practicar la inscripción de un decreto de adjudicación derivado de un procedimiento de ejecución directa de bienes hipotecados, siendo el ejecutante titular del derecho de hipoteca por haberlo adquirido como consecuencia de una operación de fusión de entidades de crédito, es necesario que se aporte la documentación precisa para inscribir previamente su derecho, en aplicación del principio de tracto sucesivo.

Resoluciones de 9 y 6-10-2014
(BOE 6 y 7-11-2014)
Registro de la Propiedad de Figueras y Cebreros

HIPOTECA: CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.

Partiendo de una interpretación sistemática del párrafo segundo del artículo 12 de la LH, teniendo en cuenta las recientes sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de este Centro Directivo, lo relevante, a efectos del presente expediente, es que el párrafo segundo de dicho precepto no excluye la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras, sin perjuicio de las matizaciones de la misma en los supuestos del párrafo segundo del artículo 12 de la LH, tal como resulta de las propias Sentencias y de las Resoluciones de este Centro Directivo. También conviene incidir en el carácter que tiene la calificación negativa por razón de invalidez de la cláusula, pues con ella de lo que se trata no es de hacer una declaración de nulidad que corresponde a los tribunales, sino que, conforme resulta del artículo 101.1.º del RH en relación con el artículo 18.1.º de la LH, «la calificación de los documentos presentados en el Registro se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada, y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales sobre la validez o nulidad del título o sobre la competencia del Juez o Tribunal, ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento». A lo cual se puede añadir actualmente, la facultad de interponer no solo recurso gubernativo sino recurso judicial directo

conforme a los artículos 66 y 328 de la LH. La calificación registral puede versar sobre la validez de las cláusulas, en los términos señalados por la Sentencia 13-9-2013, o sobre la no inscribibilidad de las cláusulas, por no cumplirse los requisitos establecidos en la legislación hipotecaria, a la que se refiere la Sentencia 16-3-2009. La Sentencia 27-5-2009 deja claro que la naturaleza misma del derecho limitativo del dominio «excluye que pueda configurarse con absoluta generalidad»; que la inscripción en el Registro de la Propiedad se produce «cumplidos los requisitos dimanantes de los principios de especialidad, cuya eficacia resulta determinante en todo el ámbito de los derechos reales»; que en el caso allí planteado, ni la incorporación al título ni su posterior inscripción habían «conformado de manera adecuada un derecho que no ha llegado en términos tales de poder identificar hasta qué extremo se extiende». Es misión principal del Registro de la Propiedad aportar claridad y precisión a las relaciones jurídicas inscritas no solo en interés de terceros sino de las mismas partes, sobre todo cuando, como en este caso, la inscripción es constitutiva y por tanto el contenido de la reclamación hipotecaria, también entre ellas, viene determinado solo por los extremos del título que se hayan recogido en el asiento (art. 130 de la Ley). Solo deberían por ello tener transcendencia registral en materia de hipotecas y por tanto hacerse constar en el asiento, si son conformes a ley, las estipulaciones que fijan las circunstancias de que pende el ejercicio de la acción real hipotecaria —como el plazo o las causas de vencimiento anticipado—; las cláusulas, financieras o no, que fijan el contenido susceptible de reclamación hipotecaria; las cuantías que puede alcanzar esta por los distintos conceptos asegurados (junto con las fórmulas y procedimientos articulados para proceder a su determinación); y, finalmente, los pactos que cumplen con aquellos requisitos de carácter imperativo que condicionan su admisibilidad procesal, o determinan los procedimientos por los que puede dársele curso, así como las circunstancias y trámites de cada uno de estos que, siendo posible según ley, sean objeto de disposición por las partes. Como ha afirmado este Centro Directivo reiteradamente (*vid.* por todas la Resolución de 13-9-2013), la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo excluye la posibilidad de entender que la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas que sanciona el artículo 83.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, requiera de una previa declaración judicial. La nulidad de pleno derecho —en este supuesto y en los demás— actúa «ope legis» o por ministerio de la ley y, en consecuencia, como ha destacado la doctrina, las cláusulas afectadas por tal nulidad han de tenerse «por no puestas» tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial y, en consecuencia, también en el registral. En consecuencia, si no resulta necesaria la previa declaración judicial de la nulidad de la cláusula, en los términos indicados, para que pueda ser calificada negativamente por el Registrador, con mayor motivo no será preciso que la eventual sentencia que declare dicha nulidad conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, pues, al margen de otras consideraciones (el art. 258.2 de la LH no exige dicha inscripción, como tampoco la exige el art. 18 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo), tal exigencia infringiría el reiterado principio de efectividad de las Directivas europeas en materia de consumidores. Como ha destacado la doctrina hipotecarista, para saber si un pacto tiene o no transcendencia real, hay que atender a si condiciona o no de algún modo la acción hipotecaria. En la medida en que el pacto de vencimiento anticipado habilite el ejercicio de la acción hipotecaria tiene transcendencia real. Si el plazo de duración de la obligación garantizada tiene transcendencia real (y así es sin duda pues es un dato que ha de reflejar la inscripción según el párrafo 1.º del art. 12 de la LH) y, a su vez, el

vencimiento anticipado decide inevitablemente la duración de la obligación garantizada posibilitando el ejercicio de la acción hipotecaria, es evidente que tales cláusulas tienen transcendencia real. De las características descritas en el anterior fundamento jurídico 1 se desprende que lo pretendido por los contratantes es la configuración de una titularidad activa sobre el derecho real de hipoteca que si bien sujeta a un criterio de distribución de cuotas, presenta una dimensión colectiva por razón de su destino unitario, en garantía de un conjunto de créditos independientes pero vinculados entre sí a través de un pacto de sindicación y dotados de un régimen unificado en sus condiciones financieras mediante la correspondiente novación de los contratos primitivos. Se estipula de este modo un destino unitario en cuanto a ejecución y cancelación para lo que se establece un régimen de actuación colectiva, que requiere del acuerdo de todos los coacreedores conforme a las reglas del acuerdo de sindicación de sus créditos. En este sentido, el acuerdo de refinanciación no es el mero reflejo de una pluralidad de obligaciones independientes, sino que, como sucedía en el caso de la Resolución de 8-6-2011, constituye un negocio jurídico que responde a un propósito unitario consistente en organizar jurídicamente esa pluralidad con un nexo causal común: facilitar el saneamiento financiero del deudor y evitar la declaración de concurso. Cuando se acuerda la sindicación de los distintos créditos se produce una organización jurídica de las titularidades del conjunto de los acreedores que, aun conservando su individualidad, les dota de una dimensión colectiva. Así, si bien generalmente se considera que cada una de las entidades acreedoras es titular de créditos distintos o separados, sin embargo en virtud de la sindicación pierden las facultades de ejercicio singular de los mismos, es decir, pierden su independencia funcional. En tales situaciones no hay solidaridad activa entre los acreedores (cfr. arts. 1137 «in fine» y 1141 del Código Civil), pero se canaliza el poder de actuación en uno solo de los acreedores en calidad de «agente» de la operación, no ya por razón del contenido intrínseco de su derecho de crédito, sino en virtud de un mandato representativo (que puede ser revocable o irrevocable), como instrumento necesario para el desenvolvimiento de la operación subyacente de sindicación de los distintos créditos. Este Centro Directivo ha afirmado en su Resolución de 8-6-2011 que el hecho de que el artículo 1129 del Código Civil tenga carácter dispositivo «no significa que el incumplimiento de cualquier obligación pueda determinar el vencimiento de la obligación principal. El Fundamento de Derecho vigésimo de la Sentencia 12-12-2009 establece que es desproporcionada aquella cláusula que atribuye carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesoria, teniendo que examinarse en cada caso particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida. Y es doctrina legal reiterada (*vid.* Sentencias 9-3-2001, y 4-7 y 12-12-2008), que solo son válidas las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes». En la misma Resolución de 8-6-2011 se condensan algunos de los criterios que más comúnmente, con arreglo a la jurisprudencia y a las Resoluciones de este Centro Directivo (*vid.* «Vistos»), pueden cuestionar la admisibilidad y validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, en función de su mayor o menor relevancia en relación con el crédito garantizado, o su vinculación a comportamientos ajenos a la voluntad del deudor, o el carácter de facultad discrecional y desproporcionada, o la falta de previsión de la posibilidad para el prestatario de la constitución de nuevas garantías que puedan

atenuar el riesgo de disminución de las pactadas, o la supeditación del vencimiento anticipado a actos u omisiones contrarios a los principios de libertad de contratación y de empresa que, con arreglo a la jurisprudencia antes reseñada justificarían en su caso una posible suspensión de la inscripción de las cláusulas hipotecarias que incurrieran en tales situaciones. Criterios a los que debe añadirse también el de la concreción suficiente de las causas resolutorias, que es requisito esencial de los derechos reales conforme al principio de determinación. En efecto, la circunstancia prevista como desencadenante del vencimiento anticipado, y por tanto habilitadora del ejercicio de la acción hipotecaria por parte de los acreditantes, carece de la necesaria concreción y objetividad al venir referida a un «cambio significativamente adverso en la situación financiera de cualquiera de las Obligadas o cualquier sociedad del Grupo Copcisa que pudiera deteriorar gravemente su capacidad para hacer frente a las obligaciones derivadas del presente Contrato o de los restantes Contratos de Financiación», lo que implica dejar el contrato, en cuanto a su plazo, al arbitrio del titular de la hipoteca, en contra de lo previsto por el artículo 1256 del Código Civil. Y es que al supuesto contemplado en la Resolución de 8-6-2011 de despacho de mandamiento de embargo, incluso aunque lo sea contra la finca hipotecada y no otra distinta del patrimonio del deudor, han de asimilarse las cláusulas de vencimiento que determinen como causa del mismo la disminución del patrimonio del deudor, el riesgo de insolvencia, el impago de obligaciones ajenas al contrato, y ello no solo porque tales circunstancias, en tanto que reflejo de un posible riesgo de insolvencia del deudor, no disminuyen la garantía real y la preferencia de la hipoteca, sino porque de la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico resulta con evidencia tal conclusión, pues la ley no es que excluya el riesgo de insolvencia del deudor como causa de vencimiento anticipado de las obligaciones a término, sino que excluye precisa y expresamente como causa de tal resolución anticipada la misma insolvencia del deudor, no meramente potencial o eventual, sino efectiva, constatada y existente, al disponer el artículo 61.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal de forma expresa, imperativa y clara que «se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes» (*vid*. Resolución de 8-6-2011). Siendo ello así, la confirmación de la calificación del Registrador debe extenderse igualmente y por sus propios fundamentos a la suspensión de la letra b) de la estipulación 8.10 de la escritura de constitución de hipoteca, en el que se establece como causa de vencimiento anticipado el hecho de que «el patrimonio de la Acreditada y/o de los Hipotecantes resulte, por cualquier causa que sea, embargado». En lo que no cabe confirmar la calificación del Registrador, en los términos en que se ha formulado, es en el extremo en que afirma la falta de transcendencia real de las cláusulas de vencimiento anticipado, pues como se afirmó «supra» dichas cláusulas sí tienen dicha transcendencia y eficacia «erga omnes» en la medida en que se inscriban. Lo dicho anteriormente resulta aplicable igualmente a la letra h) de la cláusula 15 del contrato sindicado que establece como causa de vencimiento anticipado la circunstancia de que «se produjese un cambio material adverso», cuya inscripción debe rechazarse por los mismos motivos antes expresados (*vid*. Resolución de 8-6-2011, que excluye su inscripción de modo expreso en su Fundamento Jurídico 10), y también a la letra l) de la misma cláusula, referida a obligaciones de pago a favor de terceros en virtud de resolución judicial o laudo arbitral, impago de obligaciones corrientes a acreedores distintos de los titulares de la hipoteca o embargo de bienes de cualquiera de los obligados, dando aquí

por reproducidas las consideraciones anteriores. En relación con la letra i) de la cláusula 15 del Contrato de Crédito Sindicado, que establece que «si cualquiera de las obligadas u otra sociedad del Grupo Copcisa cesase en su actividad empresarial o acordase su disolución o liquidación, salvo que se enmarquen en operaciones de reestructuración permitidas en los Contratos de Financiación o autorizadas oportunamente conforme a la Cláusula 3.4.», ha sido calificado negativamente en la nota recurrida por los mismos motivos examinados en relación con las letras e) y h). No obstante, esta causa de vencimiento anticipado tiene justificación si se relaciona con la especialidad del acuerdo de reestructuración regulado actualmente en el artículo 71.bis de la Ley Concursal vigente y en el anterior apartado 6 del artículo 71 de la misma, que en este punto son coincidentes, y que prevén que no sean rescindibles las garantías constituidas en ejecución de los acuerdos de refinanciación, cuando según su letra a), «en virtud de estos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo» y con los demás requisitos que expresa el precepto. La cesación de la actividad profesional así como la disolución y liquidación son actos que afectan de modo directo «al plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo», a que se refiere dicho precepto, lo que justifica que las entidades acreedoras tengan interés legítimo en que dichos actos del deudor se enmarquen en operaciones de reestructuración permitidas en los Contratos de Financiación o autorizadas oportunamente conforme a la Cláusula 3.4.», tal como se pacta en la cláusula de vencimiento anticipado, por lo que dicha causa es inscribible, revocándose en este concreto punto la calificación del Registrador. Se recurre a continuación la suspensión de los apartados b), f) y o) de la cláusula 15 del crédito sindicado. Dichos apartados responden al siguiente tenor: (b) si cualquiera de las Obligadas incumpliera cualquier obligación (distinta a la obligación de pago asumida por la Acreditada) de este Contrato»; (f) «si cualesquiera de las Obligadas o cualquier sociedad del Grupo Copcisa incumpliera (i) una obligación de pago ajena a los Contratos de Financiación por importe superior a los 300.000 euros, salvo que se estén llevando a cabo como demandante acciones judiciales o extrajudiciales en relación con la no procedencia de pago; o (ii) incumpliera una o varias obligaciones de paso por un importe cumulativo superior a 2.000.000 euros, con independencia de que se estén llevando a cabo o no acciones judiciales o extrajudiciales en relación con la no procedencia de pago de que se trate. Quedan excepcionadas aquellas obligaciones cuyo incumplimiento no llevara aparejado recurso frente a la Acreditada, las Garantes Personales bajo el Contrato Marco o las Obligadas que sean deudoras de obligaciones pecuniarias bajo cualquier Contrato de Financiación»; (o) «si se produjera algún incumplimiento de las obligaciones asumidas por cualesquiera de las sociedades del Grupo Copcisa en cualesquiera de los restantes Contratos de Financiación (excepto en los Nuevos Contratos Bilaterales) o se produjera cualquier supuesto que pudiera dar lugar a la declaración de vencimiento anticipado de cualquiera de los restantes Contratos de Financiación (excepto en los Nuevos Contratos Bilaterales) o de cualquier contrato relevante del que sean parte o en el que se hayan subrogado cualesquiera de las Obligadas». En los tres casos el fundamento jurídico de la calificación suspensiva es el mismo, en particular se suspende su inscripción «por cuanto se refieren al cumpli-

miento de obligaciones distintas de las garantizadas por la hipoteca que no pueden producir el vencimiento anticipado de esta, dado que, por el principio de accesoriedad, la hipoteca es accesoria de las obligaciones por ella garantizadas (art. 1857 CC)». Constatado que las obligaciones referidas en estos apartados de la citada cláusula se refieren a obligaciones ajenas a las garantizadas por la hipoteca, no cabe sino desestimar el recurso también en relación con los mismos. Igualmente se suspende la inscripción de los pactos contenidos en las letras c), g) y k) de la Cláusula 15, suspensión que se basa en que tales apartados «se refieren a circunstancias que no pueden tener trascendencia real ni afectar a terceros (arts. 1, 9, 12, 98 de la LH y arts. 51, 353 del RH)». Dichos apartados, en concreto, se refieren a lo siguiente: (c) «Si cualquiera de las declaraciones formales realizadas por las Obligadas en este Contrato (incluidas las Declaraciones y Garantías) o en los restantes Contratos de Financiación (excepto en los Nuevos Contratos Bilaterales), ya sean referidas a la fecha en la que se realizaron o al momento en que dichas declaraciones se consideren repetidas, fuera falsa, incorrecta, inexacta (salvo que la falta de veracidad o exactitud no fuera sustancial) u omitiera información de carácter sustancial»; (g) «si, en cualquier momento durante la vigencia del presente Contrato, el Sr. D. B. C. M. dejará de ser el titular último del 100% del Grupo Copcisa, salvo transmisión de su participación a descendientes en primer grado de consanguinidad en línea recta, o sociedades íntegramente participadas por este o estos, siempre y cuando además este/os adquirente/s se subrogase/n íntegramente en la posicion jurídica del Sr. D. B. C. M. en el Contrato entre Socios»; (k) «si se comprobase la falsedad de los datos y documentos aportados por o por cuenta de las Obligadas que hayan servido de base a la concesión del Crédito de manera que de no haber existido dicha falsedad las Obligadas no hubieran accedido a otorgar el Crédito Sindicado Original o la novación el Crédito Sindicado Original dando lugar a este Contrato». Las causas de vencimiento anticipado contenidas en los apartados citados anteriormente han sido consideradas como no inscribibles por el Registrador por considerarlas carentes de transcendencia real. En la calificación no se cuestiona de forma directa y expresa su mayor o menor relevancia en relación con el crédito garantizado, o su vinculación a comportamientos ajenos a la voluntad del deudor, o el carácter de facultad discrecional y desproporcionada, ni la necesidad de prever o no la posibilidad para el prestatario de la constitución de nuevas garantías que puedan atenuar el riesgo de disminución de las pactadas, ni la supeditación del vencimiento anticipado a actos u omisiones contrarios a los principios de libertad de contratación y de empresa que, con arreglo a la jurisprudencia antes reseñada justificarían en su caso una posible suspensión de la inscripción de las cláusulas hipotecarias que incurrieran en tales situaciones. Por ello, el defecto tal y como está formulado (basado en una alegación general a la falta de transcendencia real de tales cláusulas) no puede ser confirmado. El Registrador en su preceptivo informe afirma que dichas cláusulas no pueden adquirir transcendencia real mediante su inscripción en el Registro por cuanto «configuran como causa de vencimiento anticipado de la hipoteca la falsedad, incorrección, inexactitud u ocultación de información respecto de datos, documentos o declaraciones indeterminados y referidas no solo al crédito garantizado, sino a otros distintos, por lo que hay que repetir todo lo que se ha dicho más arriba, respecto del principio de accesoriedad de la hipoteca (art. 1857 CC) y la indeterminación que deja al arbitrio de una de las partes el plazo del contrato (art. 1256 CC)». Por tanto, en los concretos términos en que se ha formulado el defecto, no puede ser confirmado. No sucede lo mismo en el caso del supuesto

previsto en la letra k) que pretende vincular el vencimiento anticipado de las obligaciones garantizadas con una modificación en la composición accionarial de las sociedades del Grupo Copcisa, que evidentemente no debe adquirir eficacia frente a terceros por tratarse de una circunstancia completamente ajena a la hipoteca y al Registro, además de tratarse de una previsión que puede considerarse contraria a los principios de libertad de empresa, contratación y tráfico mercantil directamente relacionados con el principio de libertad de contratación que preside el artículo 38 de la Constitución, debiendo confirmarse, pues, en este extremo la calificación. En cuanto a la letra n) de la cláusula 15 del contrato de crédito sindicado, establece como causa de vencimiento la siguiente: «Si no se emitiera opinión sobre los estados financieros de cualquiera de las Obligadas por un auditor, cuando estas estuviesen obligadas a su nombramiento de conformidad con la normativa vigente, o si se hubiera emitido con salvedades de carácter relevante a juicio de las Acreditantes, o si no se emitieran las certificaciones individuales y consolidadas sobre cálculo de los Ratios Financieros exigidas, conforme a la Cláusula 13, o si no fueran entregadas a las Acreditantes dentro de los plazos fijados para ello en este Contrato». En este caso, la nota de calificación, recurrida *in totum,* no suspende la inscripción de la cláusula en su totalidad, sino únicamente la locución «a juicio de los acreditantes», por contraria al artículo 1256 del Código Civil, es decir, por dejar el cumplimiento de la obligación y la determinación del momento del vencimiento de la hipoteca al arbitrio de una de las partes contratantes, el titular de la hipoteca. Calificación que por su propio fundamento, claro y nítido, debe ser confirmada sin necesidad de añadir nada a lo que se manifiesta como obvio. El inciso final del supuesto recogido en la letra p) de la Cláusula 15 del Contrato de Crédito Sindicado establece el siguiente supuesto de vencimiento anticipado: «si no se hubiesen inscrito Contratos de Garantía que consistan en hipotecas inmobiliarias en garantía del Crédito en los registros de la propiedad que corresponda en el plazo de cuatro meses desde que este Contrato haya adquirido eficacia y de tres meses en relación con la/s prenda/s sin desplazamiento de la posesión y las sucesivas actualizaciones de esta/s». El Registrador suspende la inscripción del inciso final de dicha cláusula, referente al plazo de inscripción de las prendas sin desplazamiento, por cuanto la falta de inscripción de estas es asunto ajeno a la hipoteca que no puede provocar su vencimiento anticipado. Y también en este punto debe confirmarse la calificación recurrida. Se recurre igualmente la suspensión de la letra b) de la estipulación 8.10 de la escritura de constitución de hipoteca, en el que se establece como causa de vencimiento anticipado el hecho de que «el patrimonio de la Acreditada y/o de los Hipotecantes resulte, por cualquier causa que sea, embargado», recurso que igualmente debe ser desestimado por los motivos que se examinaron en el Fundamento Jurídico 10 de esta Resolución, pues el embargo de bienes o derechos pertenecientes al patrimonio del deudor, incluidas las propias fincas hipotecadas, no constituye ningún menoscabo de la garantía en que la hipoteca consiste, por lo que no concurre justa causa que justifique la posibilidad de su vencimiento anticipado. Finalmente, respecto de la letra e) de la estipulación 8.10 de la escritura de hipoteca establece como causa de vencimiento anticipado que «no fueren pagados a tiempo aquellos tributos y gastos sobre las Fincas que tengan preferencia legal de cobro frente a las Acreditantes, salvo que la Acreditada y/o los Hipotecantes procediese a su abono en el plazo de diez días hábiles desde que fuesen requeridas para ello». Es cierto que esta Dirección General ya en su Resolución de 22-6-1996 vino a aceptar una cláusula similar a la ahora debatida.

Resolución de 10-10-2014
(BOE 6-11-2014)
Registro de la Propiedad de Laguardia

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

La posibilidad, conforme al principio general expuesto, de que se puedan alterar los términos de la escritura cuando estos no se ajustan a la realidad, haciendo posible la rectificación o aclaración y el posterior acceso de la misma al Registro, sin que sea necesario un determinado pronunciamiento judicial ha de estar, no obstante, supeditada al hecho de que quede suficientemente causalizado el acto correspondiente (arts. 1261 y 1275 del CC y 2 de la LH) y, consiguientemente, la razón de la modificación o rectificación, a fin de evitar que por una vía indirecta y fraudulenta se puedan alterar las reglas generales que regulan la transmisión de los bienes y derechos.

Resolución de 10-10-2014
(BOE 6-11-2014)
Registro de la Propiedad de Inca, número 2

REQUISITOS FISCALES: PLUSVALÍAS EN ACTOS A TÍTULO GRATUITO.

No concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia (Resolución de 21-12-1987) ni resultando supuestos de expresa no sujeción al impuesto (apdos. 2 a 4. del artículo 104 del TR de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) o de clara causa legal de exención fiscal —como ocurre en la aceptación de una hipoteca unilateral efectuada por la Tesorería General de la Seguridad Social (Resolución de 23-4-2007)—, imponer al Registrador la calificación de la sujeción o no al Impuesto de ciertos actos contenidos en la escritura supondría obligarle a realizar inevitablemente declaraciones tributarias que (aunque sea con los limitados efectos de facilitar el acceso al Registro de la Propiedad) quedan fuera del ámbito de la competencia reconocida a este Centro Directivo, de modo que, aunque es posible que el Registrador aprecie la no sujeción de determinado acto a las obligaciones fiscales, ha de tenerse en cuenta que si para salvar su responsabilidad exigiere la correspondiente nota de pago, exención, prescripción o no sujeción, habrán de ser los órganos tributarios competentes —en este caso, municipales— los que podrán manifestarse al respecto al recibir la comunicación impuesta por ley, sin que corresponda a esta Dirección General el pronunciarse, a no existir razones superiores para ello (por ejemplo, cfr. art. 118 de la Constitución) o tratarse de un supuesto en el que se esté incurriendo en la exigencia de un trámite desproporcionado que pueda producir una dilación indebida. Toda vez que la letra b) del apdo. 6 del artículo 110 del TR de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales refiere concretamente —por remisión al artículo 106.1.b)—, a las transmisiones a título oneroso, las transmisiones a título lucrativo entre vivos, descritas en el artículo 106.1.a) y relacionadas en el artículo 110.6.a) —todos ellos del mismo cuerpo legal— no pueden liberarse del cierre mediante la comunicación al Ayuntamiento, siendo imprescindible para ello acreditar la liquidación o autoliquidación del Impuesto sobre el Incremento del Valor de Bienes de Naturaleza Urbana, puesto que el alzamiento del cierre mediante

acreditación de la comunicación constituye una medida excepcional concedida al adquirente en las transmisiones onerosas el cual, al no ser sujeto pasivo del impuesto podría verse perjudicado en su derecho a la registración de su adquisición en el caso de que el transmitente, sujeto pasivo legal del impuesto, decidiera no proceder a la liquidación o autoliquidación del mismo con el consiguiente cierre registral.

Resolución de 13-10-2014
(BOE 7-11-2014)
Registro de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón, número 1

CONCURSO DE ACREEDORES: ENAJENACIÓN DE FINCA Y CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA QUE LA GRAVA.

En cuanto al primer defecto señalado por el Registrador, ha de tenerse en cuenta que de una simple lectura de la escritura, de la cita del Notario y del testimonio del auto de autorización protocolizado queda patente que se ha omitido en dicha protocolización la hoja del auto en la que se contiene la parte dispositiva de la resolución y que eventualmente ha de coincidir con lo citado textualmente por el Notario. Del artículo 155 de la Ley Concursal, precepto aplicable a los créditos garantizados con hipoteca, aun existiendo plan de liquidación (cfr. STS de 23-7-2013), la cancelación de la hipoteca solo está prevista en los supuestos en que se proceda a la enajenación del bien hipotecado, sin subrogación, no con anterioridad, enajenación que ha de verificarse con estricto cumplimiento de las exigencias impuestas en el apartado cuarto de este artículo 155. En el presente expediente, se pretende la cancelación de sendas hipotecas constituidas a favor de «Banco Santander, SA» y de «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA», en cumplimiento de un auto dictado al efecto con carácter genérico para todo tipo de cargas. Si tenemos en cuenta las especiales consecuencias que tiene la aprobación del plan de liquidación en relación con el pago de los créditos que gozan de privilegio especial, conforme a los artículos 148 y 155 de la Ley Concursal, y considerando el ámbito de calificación del Registrador conforme al artículo 132 de la LH a la hora de cancelar la hipoteca —aplicable también en el ámbito de la liquidación concursal— debe constar expresamente en el mandamiento que se ha dado conocimiento a los acreedores hipotecarios del plan de liquidación, las medidas tomadas con relación a la satisfacción del crédito con privilegio especial y que el plan de liquidación —no solo el auto ordenando la cancelación— es firme. Caso de haber sido impugnado el plan de liquidación por los acreedores sería aplicable lo dispuesto en el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando dispone que «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 la cancelación de asientos en Registros Públicos» (cfr. Resolución de 18-11-2013). No cabe aceptar, como mantiene la recurrente, que de no ser firme no se habría expedido testimonio porque el propio testimonio recoge los posibles recursos a interponer. Del mismo modo, la carta de pago otorgada en documento privado deberá formalizarse convenientemente en documento público para su acceso al Registro conforme al principio general recogido en el artículo 3 LH.

Resolución de 13-10-2014
(BOE 7-11-2014)
Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 2

ANOTACIONES PREVENTIVAS: TÍTULO PARA PRACTICARLAS.

En materia de ejecución de medidas cautelares, tratándose de anotaciones preventivas la legislación procesal remite a las normas de la legislación hipotecaria (cfr. art. 738 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Dentro de esta última normativa, el artículo 42.4 de la LH, respecto de la anotación preventiva de prohibición de disponer establece que podrá solicitarla quien «demandando en juicio ordinario el cumplimiento de cualquier obligación, obtuviere, con arreglo a las leyes, providencia ordenando el secuestro o prohibiendo la enajenación de bienes inmuebles». El Reglamento Hipotecario desarrolla esta norma en su artículo 165 para toda anotación que haya de practicarse en virtud de mandato judicial, la cual «se verificará en virtud de presentación en el Registro del mandamiento del Juez o Tribunal, en el que se insertará literalmente la resolución respectiva con su fecha y se hará constar, en su caso, que es firme». Por tanto, la presentación de un escrito de solicitud ante el Registro, o ante este Centro Directivo en vía de recurso, no es suficiente pues, tal como se ha indicado, sería necesario que el juzgado o tribunal competente, ante el que lo solicite el interesado, decrete en su caso, la correspondiente anotación preventiva, lo que no se ha acreditado en el presente caso.

Resolución de 15-10-2014
(BOE 7-11-2014)
Registro de la Propiedad de Tarazona

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: PODER DE DISPOSICIÓN.

Como señalara la Resolución de 18-9-1989, no cabe acceder a la inscripción al amparo de la legitimación registral del transmitente prescindiendo, frente a las exigencias del tracto sucesivo sustantivo, de las vicisitudes anteriores a la venta, pues si al Registro tan solo pueden acceder los actos válidos (art. 18 de la LH), esa validez no viene determinada por el pronunciamiento registral legitimador, sino por la existencia de verdadero poder dispositivo en el transmitente. Es cierto que este poder se presume a todos los efectos legales (art. 38 de la LH), cuando así resulta del contenido tabular (y dicha presunción puede, mediante el juego del artículo 34 de la misma Ley determinar el mantenimiento de la adquisición aun cuando fuera inexacta), pero el Registrador debe calificar no solo por lo que resulte del Registro, sino también atendiendo al contenido del título presentado, sin que pueda prescindir del reconocimiento de la inexactitud de aquella presunción cuando se verifica por quien puede ser favorecido por ella. Así lo imponen tanto la doctrina de los actos propios, que puede operar registralmente en virtud de la eficacia rectificatoria que tiene el consentimiento del propio titular del asiento a cancelar (arts. 1, 40 y 82 de la LH), como la necesidad de cerrar el Registro a actos cuya validez queda jurídicamente comprometida por las propias manifestaciones de los otorgantes, las cuales deben ser tenidas en cuenta en la calificación registral (cfr. art. 18 de la LH). Esta conclusión no puede quedar contradicha por las manifestaciones contenidas en

la escritura calificada sobre el hecho de que el derecho de la sociedad adquirente derive de una previa cesión de contrato, de la transmisión de la posición jurídica que en la compraventa previa ostentaban otros compradores anteriores consentida por la vendedora. Con independencia de si hubo o no consumación de la primera de aquellas transmisiones en virtud de tradición, lo cierto es que se reconoce la existencia de dos títulos de transmisión distintos y sucesivos, de suerte que el último de los adquirentes no deriva el suyo del vendedor inicial, sino de otros intermedios, por lo que la validez de ambos títulos condiciona la del último, y esa existencia y validez no la acredita tan solo la aceptación del cedido o su reconocimiento por el cesionario, y depende esencialmente del consentimiento, de la capacidad y legitimación de los cedentes, la existencia y licitud de su causa, e incluso de la observancia de las formas que según la naturaleza del negocio fueran exigibles —piénsese en la posibilidad de que aquella transmisión hubiera sido por donación—, elementos todos ellos ausentes en el documento calificado.

Resolución de 15-10-2014
(BOE 7-11-2014)
Registro de la Propiedad de Corcubión

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: SOLO CONTRA EL HIPOTECANTE NO DEUDOR AL HALLARSE EL DEUDOR EN CONCURSO.

Se debate en este recurso la inscripción de un decreto de adjudicación en un procedimiento de ejecución directa de hipoteca, que se entabla exclusivamente contra los hipotecantes no deudores, siendo así que el deudor se encuentra en situación legal de concurso, lo que se acredita mediante certificación del Registro Mercantil. Se interpone recurso alegándose que la sociedad deudora estaba declarada en concurso lo que imposibilita dirigir contra ella la ejecución. Por lo que se refiere al deudor no hipotecante, o sea al que no es dueño de la finca contra la que se dirige la acción real hipotecaria, el fundamento de la extensión de la calificación registral al requisito de haberse demandado y requerido de pago al deudor, no puede radicar en el principio de tracto sucesivo, puesto que no es titular registral, pero existen importantes conexiones entre la obligación del deudor y la garantía real hipotecaria que podrían explicar que el legislador exija que la acción se dirija también contra el deudor aunque no sea dueño de la finca. Aparte de las incidencias que pueden producirse a lo largo del procedimiento, en cuanto a la posibilidad de que el deudor demandado pague y pueda participar en la subasta elevando las pujas de la misma, existe una razón fundamental para la intervención del deudor y es que dentro del mismo procedimiento de ejecución se prevé que si la enajenación de la finca fuera insuficiente para el pago de la obligación, se permite al acreedor que continúe el procedimiento con el embargo de otros bienes del deudor para la satisfacción de la parte que ha quedado sin pagar. Ahora bien, estando el deudor no hipotecante en situación de concurso de acreedores, hay que observar que se suspenden las ejecuciones dirigidas contra el mismo, a pesar de lo cual sería posible seguir la ejecución contra los demás interesados, conforme se desprende de lo establecido en el artículo 568.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En caso de declaración de concurso del deudor, no cabe seguir la ejecución contra el mismo, pero ello no impide que se siga la ejecución contra el hipotecante no deudor, como aquí ocurre, que garantiza con

la finca de su propiedad la ejecución hipotecaria, teniendo en cuenta que no cabe aplicar el beneficio de excusión en el ámbito hipotecario, ni siquiera en el ámbito de la fianza personal cuando el deudor ha sido declarado en concurso (cfr. art. 1831.4.º del CC).

Resolución de 16-10-2014
(BOE 7-11-2014)
Registro de la Propiedad de Guadix

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 16-10-2014
(BOE 7-11-2014)
Registro de la Propiedad de Denia, número 2

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO: ÁMBITO.

Este Centro Directivo ha entendido que forma parte de las operaciones de liquidación la atribución de la vivienda familiar incluso en el supuesto de que su titularidad pertenezca por mitades a los cónyuges por adquisición realizada antes del matrimonio, pues en este supuesto su evidente afección a las necesidades del matrimonio justifica sobradamente su inclusión junto a los bienes adquiridos constante el régimen matrimonial (Resoluciones de 11-4 y 7-7-2012). Pero fuera de este supuesto las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación (y tales son, en vía de principios, las que se refieren a bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros no especialmente afectos a las cargas del matrimonio), constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para su formalización. En definitiva, la diferente causa negocial, ajena a la liquidación del patrimonio común adquirido en atención al matrimonio, y las exigencias derivadas del principio de titulación auténtica, unidas a la limitación de contenido que puede abarcar el convenio regulador, según doctrina reiterada (*vid.* «Vistos»), deben resolverse a favor de la exigencia de escritura para la formalización de un negocio de esta naturaleza. Es evidente a la luz de las anteriores consideraciones que el recurso no puede prosperar. La adjudicación de un bien inmueble objeto de comunidad ordinaria (sin que se trate de la vivienda familiar) adquirido antes del matrimonio, de carácter privativo, es un negocio ajeno al contenido típico del convenio regulador por lo que para su inscripción en el Registro de la Propiedad es necesaria la oportuna escritura pública o, en su defecto, la sentencia firme dictada por Juez competente en el procedimiento que corresponda.

Resolución de 16-10-2014
(BOE 7-11-2014)
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

CONTROL DE LOS MEDIOS DE PAGO: LÍMITE DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.

En relación con la calificación registral y el cierre del Registro de la Propiedad, en los términos expresados en el artículo 254.3 de la LH, el artículo 177, párrafo quinto, del Reglamento Notarial, según redacción dada por el Real Decreto 1/2010, determina que «…se entenderán identificados los medios de pago si constan en la escritura, por soporte documental o manifestación, los elementos esenciales de los mismos. A estos efectos, si el medio de pago fuera cheque será suficiente que conste librador y librado, beneficiario, si es nominativo, fecha e importe; si se tratara de transferencia se entenderá suficientemente identificada, aunque no se aporten los códigos de las cuentas de cargo y abono, siempre que conste el ordenante, beneficiario, fecha, importe, entidad emisora y ordenante y receptora o beneficiaria». Consecuentemente con lo expuesto, no toda omisión de los elementos de identificación de los medios de pago que, según el artículo 177 del Reglamento Notarial deba constar en la escritura pública, produce el cierre registral (cfr. los párrafos cuarto y quinto de dicho precepto reglamentario), y ello sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que pueden derivar del incumplimiento de la obligación de expresar los restantes elementos identificadores a que se refiere el mismo precepto. Es perfectamente válido el pago efectuado a un tercero al amparo de los artículos 1162 y 1163 del Código Civil. Por ello, que el pago del precio se haya realizado al vendedor o a otra persona no es un problema de identificación de medios de pago y queda al margen del Registro la causa o razón de ser por la que el pago no se efectuó al vendedor.

Resolución de 16-10-2014
(BOE 7-11-2014)
Registro de la Propiedad de Yecla

CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS DE EJERCICIO.

El artículo 1.504 del Código Civil, exige que se practique un requerimiento (notarial o judicial), mediante el cual el vendedor notifica su decisión de que ha optado por la resolución del contrato. Esta facultad resolutoria, si bien es de ejercicio unilateral, requiere para ser eficaz —sin tener que recurrir a una decisión judicial que la declare— su adecuada notificación al otro contratante, y que este no se oponga. Esta Dirección General en numerosas ocasiones en que tiene declarado que para poder obtener la reinscripción a su favor han de cumplirse estos requisitos: 1.º Debe aportarse el título del vendedor (cfr. art. 59 del Reglamento Hipotecario), es decir, el título de la transmisión del que resulte que el transmitente retiene el derecho de reintegración sujeto a la condición resolutoria estipulada; 2.º La notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el

transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento, grave (STS 21-9-1993), que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta (SSTS 18-12-1991, 14-2 y 30-3-1992, 22-3-1993 y 20-2 y 16-3-1995), y 3.º El documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6 RH).

Resolución de 17-10-2014
(BOE 12-11-2014)
Registro de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón, número 2

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA INSCRIPCIÓN DE EXCESO DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Se ha entendido reiteradamente, por este Centro Directivo, que las dudas del Registrador en lo relativo a la identificación de la finca no pueden impedir, en vía de principios, la inscripción en los supuestos de expediente de dominio (puede verse en Resoluciones como la de 25-11-2013), pues, en este caso, el juicio corresponde exclusivamente al Juez, por ser este quien dentro del procedimiento goza de los mayores elementos probatorios para efectuarlo y de los resortes para hacerlo con las mayores garantías. No obstante, ello será así, se ha dicho también, salvo que, en tal momento, y con carácter de excepción a la citada regla general, el Registrador no tenga ya dudas, sino la certeza de que el exceso no corresponde a la finca ya inscrita, pues en estos casos, frente al limitado alcance de la calificación de los documentos judiciales, debe primar la superior exigencia institucional de evitar tales indeseables situaciones (cfr. Resolución de 25-11-2013). No es obstáculo, en este supuesto, frente al primer motivo expuesto por el recurrente, que las dudas acerca de la identidad de la finca no se hubieran expresado por el Registrador titular en el momento de expedir la oportuna certificación, que pudo ser distinto al actual (en este sentido, la Resolución de 19-12-2011).

Resolución de 17-10-2014
(BOE 12-11-2014)
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 3

CONJUNTOS INMOBILIARIOS: SU DELIMITACIÓN A EFECTOS DEL Artículo 17.6 DE LA LEY DEL SUELO.

La primera cuestión planteada guarda similitud con la resuelta en la Resolución de este Centro Directivo de 23-6-1998. Ahora, como entonces, «se trata de decidir si para constituir una finca urbana en régimen de propiedad horizontal es precisa la previa inscripción de las modificaciones del edificio ya inscrito que se ponen de manifiesto en el título constitutivo de ese régimen». Y entonces se dijo, y debe reiterarse ahora, que «la propiedad horizontal presupone siempre la previa inscripción del edificio que se divide (art. 8 de la LH). Por tanto cuando existe discrepancia entre la edificación tal como aparece descrita en el Registro

y la que según el título constitutivo del Régimen de Propiedad Horizontal, va a ser objeto de división, es precisa la previa inscripción de la correspondiente alteración, pues así lo imponen tanto la concordancia del Registro con la realidad extrarregistral como, de forma más específica, la propia normativa urbanística». En cuanto al segundo defecto, relativo a la necesidad o no de licencia para la constitución del régimen de propiedad horizontal, hemos de partir de lo dispuesto en la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que simultáneamente modificó y dio nueva redacción al artículo 10.3 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, y al artículo 17.6 de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio. Según doctrina de este Centro para que exista un complejo inmobiliario «es esencial que se trate de un régimen de organización unitaria de la propiedad, lo que conlleva que junto a los elementos de propiedad privativa y exclusiva existan otros de uso común, ya sean bienes inmuebles, derechos, instalaciones o servicios, cuya titularidad se atribuya por cuotas, que han de tener un carácter instrumental, a quienes en cada momento sean dueños de los elementos privativos. Ha de existir por tanto entre ambos elementos una vinculación «*ob rem*» o si se prefiere expresar en términos más amplios, dado que no siempre se tratará de inmuebles, una subordinación de servicio o utilidad en favor de los elementos privativos que integran el conjunto». Y que «el hecho diferencial que distinga (el complejo inmobiliario) de la propiedad horizontal tumbada» se encuentra en que «en esta última, se mantiene la unidad jurídica y funcional de la finca, al permanecer el suelo y el vuelo como elementos comunes, sin que haya división o fraccionamiento jurídico del terreno que pueda calificarse de parcelación, no produciéndose alteración de forma, superficie o linderos. El régimen de la propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código Civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo y vuelo como elementos esenciales para que el propio régimen exista, manteniendo la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta. Se rige por la Ley especial, que en su artículo 2 declara la aplicación no solo a las comunidades formalmente constituidas conforme a su artículo 5, o a las que reúnan los requisitos del artículo 396 del Código Civil pese a la carencia de un título formal de constitución, sino también, a los complejos inmobiliarios privados en los términos establecidos en la propia Ley, lo cual no significa que tales complejos inmobiliarios sean un supuesto de propiedad horizontal». No se trata de ser solo titular pasivo de los elementos comunes por naturaleza, sino de implementar voluntariamente nuevos servicios y dotaciones para mejorar el uso, funcionalidades y explotación de los elementos privativos, creando una vinculación «*ob rem*» a modo de subcomunidad de destino o funcional, en la que el titular no solo soporta una relación pasiva o estática sino que incluso puede verse sometido a obligaciones sujetas a las relaciones contractuales derivadas del marco regulatorio del complejo inmobiliario y que vinculan a todos sus titulares, presentes y futuros. Este es el plus que exige el artículo 17.6 del TR y que excluye la interpretación extensiva del requisito de la licencia a todos los supuestos de propiedad horizontal.

Resolución de 17-10-2014
(BOE 12-11-2014)
Registro de la Propiedad de Torrelaguna

SEGREGACIÓN: INSCRIPCIÓN CUANDO HAN PRESCRITO LAS FACULTADES DE LA ADMINISTRACIÓN PARA INICIAR ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS DE REPOSICIÓN DE LA LEGALIDAD.

Lo que interesa ahora es analizar si una declaración municipal acreditativa de la prescripción de la posible infracción urbanística en que hubiera podido incurrir una segregación efectuada fehacientemente en el año 1986, permite o no proceder a la inscripción registral de tal segregación. Siendo aplicable al acto registral de la segregación la normativa autonómica y estatal vigente cuando se solicita la inscripción, como reiteradamente ha declarado este Centro Directivo, queda claro que en el caso presente no sería admisible aportar una simple declaración municipal de innecesariedad de licencia, pues, con independencia del acierto o no de la argumentación empleada por la Registradora acerca de la derogación general de tal supuesto en la legislación estatal, legalmente, lo cierto es que según la concreta legislación urbanística de la comunidad autónoma donde se ubica la finca, vigente al tiempo de solicitarse la segregación registral, la licencia es siempre necesaria, y una hipotética declaración de innecesariedad de licencia encerraría en sí misma una contradicción y vulneración legal. Pero, como se ha dicho anteriormente, el certificado municipal incorporado a la escritura de segregación no es ni una licencia —ni expresa ni presunta—, ni tampoco una declaración de innecesariedad de licencia, sino algo distinto. Por tanto, aun cuando no se aporte, como hubiera sido preceptivo, la correspondiente licencia municipal para tal segregación, lo cierto es que el propio Ayuntamiento constata y certifica que la posible infracción en que hubiera podido incurrirse al realizar en 1986 una segregación no autorizada estaría actualmente prescrita, y no consta que estemos ante ningún supuesto excepcional que determine la imprescriptibilidad de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística, como tampoco consta registralmente anotación alguna de inicio de expediente de disciplina urbanística alguno. Esa analogía en la admisión de la vía de la prescripción acreditada para inscribir no solo edificaciones, sino también divisiones o segregaciones antiguas, ha de aplicarse también en cuanto a las cautelas y actuaciones que de oficio ha de tomar el Registrador, con carácter previo y posterior a la práctica del asiento, a saber: en primer lugar, comprobar la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la división o segregación de que se trate y que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general, ni tenga una clasificación tal que legalmente determine la no aplicación de limitación de plazo alguna para el ejercicio de las potestades de protección de la legalidad urbanística —salvo, en cuanto a esto último, que la norma que disponga tal imprescriptibilidad hubiera entrado en vigor cuando ya se hubiera consumado la prescripción conforme a la normativa anterior—; y, en segundo lugar, notificar la práctica del asiento registral a la Administración dejando constancia registral de ello, extremo este que —si bien en lo que se refiere al Ayuntamiento resultaría de la aplicación analógica de lo dispuesto para las obras nuevas en el artículo 20.4 de la Ley de suelo—, en lo relativo a la CA cuenta con un precepto específico en el artículo 51.3, cuando ordena que «inscrita la parcelación o reparcelación

de fincas, (…) el Registrador de la Propiedad notificará a la CA competente la realización de las inscripciones correspondientes, con los datos resultantes del Registro. A la comunicación, de la que se dejará constancia por nota al margen de las inscripciones correspondientes, se acompañará certificación de las operaciones realizadas y de la autorización administrativa que se incorpore o acompañe al título inscrito».

Resolución de 17-10-2014
(BOE 12-11-2014)
Registro de la Propiedad de San Sebastián de la Gomera

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: NECESIDAD DE LA DOBLE TRANSMISIÓN.

En el presente caso se discute si es posible la inmatriculación de una finca con arreglo al procedimiento prevenido en el artículo 205 de la LH cuando, el título público, cuya inmatriculación se pretende, viene constituido por una escritura de resolución de contrato de permuta, cesión de solar a cambio de edificación futura, objeto de la resolución posterior. Como dice la STS 8-3-2006 (entre otras muchas además de las citadas en «Vistos») «es opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos *ex nunc*, sino *ex tunc*, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieren recibido, en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se halla establecido para los casos de rescisión en el artículo 1295 al que expresamente se remite el artículo 1124 del mismo cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para los casos de nulidad en el artículo 1303, y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el artículo 1123». Es innegable en base a dicha doctrina recogida por la Registradora en su nota, que la transmisión inicial, resuelto el contrato de permuta, no se produjo y por tanto la propia resolución en ningún caso supone una segunda transmisión.

Resolución de 21-10-2014
(BOE 12-11-2014)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 13

PROPIEDAD HORIZONTAL: EFICACIA DE LOS ESTATUTOS. CALIFICACIÓN REGISTRAL: NUEVA PRESENTACIÓN DEL MISMO TÍTULO.

Constando en los Estatutos que las viviendas y locales tendrán únicamente tal destino y que las modificaciones en la fachada requieren consentimiento de la Comunidad, debe mantenerse la nota de calificación que no inscribe tales alteraciones cuando a las mismas solo ha concurrido la voluntad del propietario. Debe concluirse que ante la nueva presentación del título, una vez caducado el asiento de presentación anterior, y mientras la cuestión no haya sido objeto de

decisión por este Centro Directivo, debe el Registrador emitir la correspondiente calificación que, aunque reitere la calificación negativa, será una calificación nueva, y frente a ella caben los recursos que prevé actualmente el artículo 328 de la LH. Ahora bien, esta facultad de reiterar la presentación y la petición de calificación, ya por sí excepcional, no puede mantenerse cuando la cuestión ha sido objeto de un recurso contra la calificación cuestionada, ya se trate de un recurso potestativo ante esta Dirección General, o de una impugnación directa ante los tribunales a través del juicio verbal (cfr. art. 324 de la LH), pues en tales casos la resolución que recaiga será definitiva, sin posibilidad de reproducir la misma pretensión.

Resolución de 21-10-2014
(BOE 12-11-2014)
Registro de la Propiedad de Reinosa

INSCRIPCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES: ARTÍCULO 708 DE LA LEC.

Las Resoluciones de este Centro Directivo de 4-5 y 3-6-2010, en la línea de otras anteriores, abordaron ya esta cuestión. Según estas, el precepto deberá ser interpretado en el sentido de que serán inscribibles las declaraciones de voluntad dictadas por el Juez en sustitución forzosa del obligado, cuando estén predeterminados los elementos esenciales del negocio, pero teniendo presente que la sentencia en nada suple la declaración de voluntad del demandante, tratándose de negocio bilateral, que deberá someterse a las reglas generales de formalización en escritura pública. Es decir, el artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no establece la inscripción directa de la resolución judicial, en todo caso, sino que estableciendo una nueva forma de ejecución procesal, habilita al demandante para otorgar por sí solo la escritura de elevación a público del documento privado de venta, sin precisar la presencia judicial, en base a los testimonios de la sentencia y del auto que suple la voluntad del demandado.

Resolución de 21-10-2014
(BOE 12-11-2014)
Registro de la Propiedad de Málaga, número 8

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO INTERRUMPIDO: REQUISITOS.

En el presente caso, a pesar de que el auto afirma, en su razonamiento jurídico único, que en la tramitación del expediente se ha observado lo preceptuado en el artículo 201 regla 3.ª de la LH. En este contexto, añade la resolución calificada que se han observado los preceptos contenidos en el artículo 274 del RH, pero no que, como consecuencia de la adición aclarando el procedimiento seguido en los términos antes reseñados, se haya cumplido con lo exigido en el artículo 285 del RH, específico para el expediente de reanudación de tracto. En efecto, en el auto se alude expresamente a la citación de las personas de quienes procede la finca, de los colindantes, del titular catastral y de las personas ignoradas, pero nada se dice sobre el llamamiento al titular registral y, sobre

todo en el presente expediente, cuando dicho titular difiere del transmitente del bien. En cuanto al segundo defecto de la nota de calificación, el auto judicial por el que se resuelve un expediente de reanudación de tracto sucesivo interrumpido debe contener expresamente el pronunciamiento de cancelación de las inscripciones contradictorias Esta cuestión formal ya ha sido tratada por este Centro Directivo en anteriores ocasiones y su solución viene impuesta por la normativa hipotecaria vigente sobre esta cuestión, en particular en el artículo 286 del RH.

Resolución de 21-10-2014
(BOE 12-11-2014)
Registro de la Propiedad de Denia, número 2

PROPIEDAD POR TURNO: RENUNCIA DE UNO DE LOS TITULARES.

Se trata en este recurso de resolver la cuestión de si es posible inscribir la renuncia por sus titulares de sendas cuotas indivisas del dominio que llevan anejo un derecho exclusivo de disfrute temporal de un apartamento integrado como elemento privativo en un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, edificio que, a su vez, forma parte de un complejo inmobiliario (renuncia pura y simple que constituye la única disposición que se contiene en la escritura pública presentada y, por tanto, única operación cuya constancia se solicita). En el presente caso, por tanto, la renuncia del titular de una cuota indivisa del dominio y uso exclusivo temporal, como del propietario único, de su derecho sobre el elemento privativo (local, vivienda o apartamento en una propiedad horizontal), como por el comunero sobre su cuota en la comunidad ordinaria, exige, si ha de servir para algo (extinción del derecho del renunciante y liberación del pago por las deudas y vencimientos futuros), además del abandono, una declaración «dirigida a los que pasarán las obligaciones *propter rem* (declaración recepticia) en la que se les manifieste la puesta a su disposición de la cosa abandonada». Adquisición que no tendrá causa onerosa ni gratuita sino que es solo efecto o consecuencia de la relación jurídica jurídico-real preexistente en la que la cotitularidad del renunciante está incardinada y que, una vez producida, impedirá a sus destinatarios reclamar los vencimientos sucesivos de las obligaciones que pesan sobre ella (cfr. arts. 395, 544, 575, 1625, 1631, 1659, 1660 y 1664 del CC). Procede por tanto aplicar aquí, en la medida que deben serlo por la misma razón los artículos substantivos en que se ampara (arts. 224 del Código de Comercio y el 1705 y 1706 del CC), la solución seguida mayoritariamente por la doctrina que, en estos casos, para hacer constar la renuncia en el Registro Mercantil (al no estar previstos en el artículo 139 del antiguo Reglamento), exigía el consentimiento de los demás copartícipes (cfr. art. 239.2 del Reglamento actualmente en vigor). Sin perjuicio de que, si el renunciante no obtuviese el consentimiento o se produjese oposición de los demás propietarios o cotitulares, pudiese acudir a los tribunales para que (previa adopción en su caso de las medidas cautelares oportunas para enervar los efectos desfavorables del art. 38 de la LH) dicten sentencia que declare legítima la renuncia, y logre así, por tanto, título bastante para la inscripción.

Resolución de 23-10-2014
(BOE 25-11-2014)
Registro de la Propiedad de Cambrils

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SUBROGACIÓN EN LA TITULARIDAD DEL CRÉDITO.

En el caso de este expediente se trata del pago efectuado por un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación, por lo que se presume la existencia de subrogación por determinación legal (art. 1210 del CC). Por lo que, una vez acreditado el pago con subrogación en los términos expresados, ningún inconveniente hay para hacer constar por nota marginal el cambio de titularidad de las anotaciones preventivas de embargo. No cabe confundir la subrogación por pago con la facultad reconocida en el artículo 659.3 de la LEC a favor únicamente de titulares de derechos inscritos de subrogarse en los derechos del actor, solo hasta donde alcance el importe satisfecho, y dentro del límite de responsabilidad que resulte del Registro. Esta subrogación es un supuesto específico, de carácter forzoso para el ejecutante, distinta de la subrogación legal prevista en el artículo 1210 del Código Civil.

Resolución de 23-10-2014
(BOE 25-11-2014)
Registro de la Propiedad de San Mateu

RESOLUCIÓN DE CONTRATO: TITULARES DE DERECHOS INSCRITOS CON POSTERIORIDAD.

Está claro que la resolución judicial de una permuta, en la que no han sido parte los titulares posteriores que traen causa de una hipoteca sobre la cual no se tomó anotación preventiva de demanda, no puede determinar su cancelación automática. Como señala la Resolución de este Centro Directivo de 11-7-2013, ni siquiera en el supuesto de que estuviera garantizada con condición resolutoria explícita inscrita en el Registro la sentencia declarativa de la resolución de la cesión, dictada en pleito entablado solo contra el cesionario, permitiría la cancelación de los asientos posteriores que traigan causa de este último. Por el contrario, es necesario tener en cuenta: a) que los efectos de la sentencia se concretan a las partes litigantes; b) que la rectificación de los asientos registrales presupone el consentimiento de sus titulares o una sentencia firme dictada en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento atribuye algún derecho; c) que es exigencia constitucional la protección jurisdiccional de los derechos; d) que no se ha solicitado, ni por tanto, practicado, anotación preventiva de demanda contra el titular de la hipoteca, y, e) que los titulares de tales asientos no solo pueden sino que deben ser citados en el procedimiento de resolución para alegar lo que a derecho convenga en cuanto a si se han cumplido todos los presupuestos de la resolución.

Resolución de 23-10-2014
(BOE 25-11-2014)
Registro de la Propiedad de Hervás

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

La interrupción del tracto se produce cuando existen varios títulos pendientes de inscripción de ahí que no se admita la posibilidad de reanudación de tracto sucesivo a través de expediente de dominio cuando el promotor sea causahabiente del titular registral ya que en tales casos no hay verdadero tracto interrumpido y lo procedente es documentar y aportar el título de adquisición. En este sentido además hay que recordar que la propia legislación hipotecaria reconoce la inscripción directa a favor del adquirente de los bienes cuando la enajenación ha sido otorgada por los herederos del titular registral (cfr. arts. 20 de la LH y 209 del RH). En el supuesto de este expediente el título de adquisición comprende dos transmisiones, la herencia de los titulares registrales a sus herederos y la posterior venta por parte de estos a favor del promotor del expediente. Es indudable por tanto que no hay interrupción alguna de tracto ya que toda la cadena de transmisiones obra documentada.

Resolución de 24-10-2014
(BOE 25-11-2014)
Registro de la Propiedad de Santo Domingo de la Calzada

USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASO DE SEPARACIÓN O DIVORCIO: REQUISITOS DE ATRIBUCIÓN.

Dada esta disociación entre titular y beneficiarios del derecho de uso, aunque no se pueda hablar con propiedad de confusión de derechos reales para referirse la situación que se produce cuando el cónyuge a quien se atribuye la guarda y custodia de los hijos es al tiempo propietario de la vivienda familiar y adjudicatario del derecho de uso, sí que debe entenderse que el haz de facultades que este último genera a favor de su titular, integrado básicamente por una facultad de ocupación provisional y temporal (STS de 4-4-1997), y por el poder de limitar el ejercicio de las facultades dispositivas por parte del cónyuge (excónyuge) titular del dominio (Resolución de 25-10-1999), quedan comprendidos o subsumidos en la propia titularidad dominical sobre la finca. De ahí que se haya podido afirmar que el derecho de uso queda extinguido si, como consecuencia de la liquidación de gananciales, la finca sobre la que recae es adjudicada en pleno dominio al cónyuge titular de ese derecho (SAP de Asturias de 3-5-2004), y que carece de interés el reflejo registral del derecho de uso judicialmente atribuido a la esposa sobre la vivienda familiar cuando esta es la titularidad dominical (Resoluciones de 6-7 y 19-9-2007 y 10-10-2008). Ahora bien, la doctrina anterior no es extrapolable al presente caso en el que el cónyuge adjudicatario por sentencia judicial del derecho de uso de la vivienda familiar no es titular pleno y exclusivo, con carácter privativo, de dicha vivienda, sino que su titularidad es compartida en régimen de gananciales con su ex cónyuge. En efecto, por un lado, el derecho de ocupación que atribuye el uso de la vivienda familiar, sin perjuicio de la limitación de su carácter temporal y provisional, tiene un contenido más intenso que

el derecho posesorio y de disfrute que genera la titularidad ganancial del bien, pues como en toda comunidad, salvo pacto en contrario en el título constitutivo, el derecho de servirse de la cosa común aparece comprimido por la exigencia de que su ejercicio no impida, a su vez, a los copartícipes utilizarlas según su propio derecho. Tampoco el régimen de limitación dispositiva recíproco propio del régimen económico-matrimonial de gananciales que resulta de los principios institucionales propios del mismo de cogestión y disposición conjunta de los bienes puede ser enteramente equiparable a la limitación institucional que resulta de la atribución a un cónyuge del derecho de uso del artículo 96 del Código Civil pues, si bien dicha equiparación puede predicarse en relación con los actos de disposición voluntaria, al requerir tales actos en todo caso el consentimiento de ambos cónyuges, sin embargo no sucede lo mismo, al menos enteramente, en relación con el supuesto de las enajenaciones forzosas. Adicionalmente a todo lo anteriormente argumentado, en el presente caso la calificación impugnada tropieza con la circunstancia obstativa de que el derecho de uso atribuido a la hija, conjuntamente con la madre, no puede considerarse subsumido en la titularidad ganancial que a esta corresponde sobre la vivienda. Faltando, pues, la identidad subjetiva en la titularidad activa de ambos derechos difícilmente se puede afirmar que la inscripción del derecho de uso es superflua por estar embebidas sus facultades en la propia titularidad dominical sobre la finca previamente inscrita a favor de la madre.

Resolución de 24-10-2014
(BOE 25-11-2014)
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5

CONCURSO DE ACREEDORES: EJECUCIÓN DE HIPOTECA.

Entra dentro de las facultades de calificación que corresponden al Registrador la de controlar la competencia que corresponde al Juez del concurso y no al de Primera Instancia en relación con la ejecución de hipotecas en las que el deudor está en situación de concurso. Debe entenderse que los bienes no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial no están sujetos a limitación en cuanto al inicio o continuación del proceso de ejecución, por cuanto la paralización de ejecuciones de garantías reales a que se refiere el artículo 56, se refiere únicamente a los bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial; y, el artículo 57 dice literalmente «el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del Juez de este,…», es decir, referido exclusivamente a los bienes necesarios. Ahora bien tratándose de bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial debe tenerse en cuenta, como ya dijera esta Dirección General en su Resolución de 17-12-2012, que conforme al artículo 57 de la Ley Concursal, el inicio o reanudación de las acciones paralizadas por aprobación de convenio se ha de someter a la jurisdicción del Juez del concurso en tanto no conste la conclusión de dicho concurso por alguna de las causas establecidas en el artículo 176 de la Ley Concursal. Y en este sentido, no se prevé la conclusión del concurso por aprobación del convenio, sino por auto firme que declare el cumplimiento del mismo (art. 176.2). Consecuentemente será preciso que por el Juez de lo Mercantil que conozca del concurso, se manifieste si son bienes

necesarios o no para la continuidad de la actividad profesional o empresarial (cfr. art. 56.5 de la Ley Concursal).

Resolución de 24-10-2014
(BOE 2-12-14)
Registro de la Propiedad de Puigcerdá.

HIPOTECA: PACTOS INSCRIBIBLES.

Partiendo de una interpretación sistemática del párrafo segundo del artículo 12 de la LH, teniendo en cuenta las recientes sentencias del TS y resoluciones de este Centro Directivo, lo relevante, a efectos del presente expediente, es que el párrafo segundo de dicho precepto no excluye la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras, sin perjuicio de las matizaciones de la misma en los supuestos del párrafo segundo del artículo 12 de la LH, tal como resulta de las propias Sentencias y de las Resoluciones de este Centro Directivo. También conviene incidir en el carácter que tiene la calificación negativa por razón de invalidez de la cláusula, pues con ella de lo que se trata no es de hacer una declaración de nulidad que corresponde a los tribunales, sino que, conforme resulta del artículo 101.1.º del RH en relación con el artículo 18.1.º de la LH, «la calificación de los documentos presentados en el Registro se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada, y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales sobre la validez o nulidad del título o sobre la competencia del Juez o Tribunal, ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento». A lo cual se puede añadir actualmente, la facultad de interponer no solo recurso gubernativo sino recurso judicial directo conforme a los artículos 66 y 328 de la LH. La calificación registral puede versar sobre la validez de las cláusulas, en los términos señalados por la Sentencia 13-9-2013, o sobre la no inscribibilidad de las cláusulas, por no cumplirse los requisitos establecidos en la legislación hipotecaria, a la que se refiere la Sentencia 16-3-2009. La sentencia de 27-5-2009 deja claro que la naturaleza misma del derecho limitativo del dominio «excluye que pueda configurarse con absoluta generalidad»; que la inscripción en el Registro de la Propiedad se produce «cumplidos los requisitos dimanantes de los principios de especialidad, cuya eficacia resulta determinante en todo el ámbito de los derechos reales»; que en el caso allí planteado, ni la incorporación al título ni su posterior inscripción habían «conformado de manera adecuada un derecho que no ha llegado en términos tales de poder identificar hasta qué extremo se extiende». Es misión principal del Registro de la Propiedad aportar claridad y precisión a las relaciones jurídicas inscritas no solo en interés de terceros sino de las mismas partes, sobre todo cuando, como en este caso, la inscripción es constitutiva y por tanto el contenido de la reclamación hipotecaria, también entre ellas, viene determinado solo por los extremos del título que se hayan recogido en el asiento (art. 130 de la Ley). Solo deberían por ello tener transcendencia registral en materia de hipotecas y por tanto hacerse constar en el asiento, si son conformes a ley, las estipulaciones que fijan las circunstancias de que pende el ejercicio de la acción real hipotecaria —como el plazo o las causas de vencimiento anticipado—; las cláusulas, financieras o no, que fijan el contenido susceptible de reclamación hipotecaria; las cuantías que puede alcanzar esta por los distintos conceptos asegurados (junto

con las fórmulas y procedimientos articulados para proceder a su determinación); y, finalmente, los pactos que cumplen con aquellos requisitos de carácter imperativo que condicionan su admisibilidad procesal, o determinan los procedimientos por los que puede dársele curso, así como las circunstancias y trámites de cada uno de estos que, siendo posible según ley, sean objeto de disposición por las partes. Como ha afirmado este Centro Directivo reiteradamente (*vid.* por todas la Resolución de 13-9-2013), la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo excluye la posibilidad de entender que la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas que sanciona el artículo 83.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, requiera de una previa declaración judicial. La nulidad de pleno derecho —en este supuesto y en los demás— actúa «*ope legis*» o por ministerio de la ley y, en consecuencia, como ha destacado la doctrina, las cláusulas afectadas por tal nulidad han de tenerse «por no puestas» tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial y, en consecuencia, también en el registral. En consecuencia, si no resulta necesaria la previa declaración judicial de la nulidad de la cláusula, en los términos indicados, para que pueda ser calificada negativamente por el Registrador, con mayor motivo no será preciso que la eventual sentencia que declare dicha nulidad conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, pues, al margen de otras consideraciones (el art. 258.2 de la LH no exige dicha inscripción, como tampoco la exige el artículo 18 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo), tal exigencia infringiría el reiterado principio de efectividad de las Directivas europeas en materia de consumidores. Como ha destacado la doctrina hipotecarista, para saber si un pacto tiene o no transcendencia real, hay que atender a si condiciona o no de algún modo la acción hipotecaria. En la medida en que el pacto de vencimiento anticipado habilite el ejercicio de la acción hipotecaria tiene transcendencia real. Si el plazo de duración de la obligación garantizada tiene transcendencia real (y así es sin duda pues es un dato que ha de reflejar la inscripción según el párrafo 1.º del art. 12 de la LH) y, a su vez, el vencimiento anticipado decide inevitablemente la duración de la obligación garantizada posibilitando el ejercicio de la acción hipotecaria, es evidente que tales cláusulas tienen transcendencia real. De las características descritas en el anterior fundamento jurídico 1 se desprende que lo pretendido por los contratantes es la configuración de una titularidad activa sobre el derecho real de hipoteca que si bien sujeta a un criterio de distribución de cuotas, presenta una dimensión colectiva por razón de su destino unitario, en garantía de un conjunto de créditos independientes pero vinculados entre sí a través de un pacto de sindicación y dotados de un régimen unificado en sus condiciones financieras mediante la correspondiente novación de los contratos primitivos. Se estipula de este modo un destino unitario en cuanto a ejecución y cancelación para lo que se establece un régimen de actuación colectiva, que requiere del acuerdo de todos los coacreedores conforme a las reglas del acuerdo de sindicación de sus créditos. En este sentido, el acuerdo de refinanciación no es el mero reflejo de una pluralidad de obligaciones independientes, sino que, como sucedía en el caso de la Resolución de 8-6-2011, constituye un negocio jurídico que responde a un propósito unitario consistente en organizar jurídicamente esa pluralidad con un nexo causal común: facilitar el saneamiento financiero del deudor y evitar la declaración de concurso. Cuando se acuerda la sindicación de los distintos créditos se produce una organización jurídica de las titularidades del conjunto de los acreedores que, aun conservando su individualidad, les dota de una dimensión colectiva. Así, si bien generalmente se considera que cada una de las entidades acreedoras es titular de créditos distintos o

separados, sin embargo en virtud de la sindicación pierden las facultades de ejercicio singular de los mismos, es decir, pierden su independencia funcional. En tales situaciones no hay solidaridad activa entre los acreedores (cfr. arts. 1137 «*in fine*» y 1141 del CC), pero se canaliza el poder de actuación en uno solo de los acreedores en calidad de «Agente» de la operación, no ya por razón del contenido intrínseco de su derecho de crédito, sino en virtud de un mandato representativo (que puede ser revocable o irrevocable), como instrumento necesario para el desenvolvimiento de la operación subyacente de sindicación de los distintos créditos. Este Centro Directivo ha afirmado en su Resolución de 8-6-2011 que el hecho de que el artículo 1129 del Código Civil tenga carácter dispositivo «no significa que el incumplimiento de cualquier obligación pueda determinar el vencimiento de la obligación principal». El Fundamento de Derecho vigésimo de la Sentencia 12 diciembre de 2009 establece que es desproporcionada aquella cláusula que atribuye carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesoria, teniendo que examinarse en cada caso particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida. Y es doctrina legal reiterada (*vid.* Sentencias 9-3-2001, y 4-7 y 12-12-2008), que solo son válidas las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes». En la misma Resolución de 8-6-2011 se condensan algunos de los criterios que más comúnmente, con arreglo a la jurisprudencia y a las Resoluciones de este Centro Directivo (*vid.* «Vistos»), pueden cuestionar la admisibilidad y validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, en función de su mayor o menor relevancia en relación con el crédito garantizado, o su vinculación a comportamientos ajenos a la voluntad del deudor, o el carácter de facultad discrecional y desproporcionada, o la falta de previsión de la posibilidad para el prestatario de la constitución de nuevas garantías que puedan atenuar el riesgo de disminución de las pactadas, o la supeditación del vencimiento anticipado a actos u omisiones contrarios a los principios de libertad de contratación y de empresa que, con arreglo a la jurisprudencia antes reseñada justificarían en su caso una posible suspensión de la inscripción de las cláusulas hipotecarias que incurrieran en tales situaciones. Criterios a los que debe añadirse también el de la concreción suficiente de las causas resolutorias, que es requisito esencial de los derechos reales conforme al principio de determinación. En efecto, la circunstancia prevista como desencadenante del vencimiento anticipado, y por tanto habilitadora del ejercicio de la acción hipotecaria por parte de los acreditantes, carece de la necesaria concreción y objetividad al venir referida a un «cambio significativamente adverso en la situación financiera de cualquiera de las Obligadas o cualquier sociedad del Grupo Copcisa que pudiera deteriorar gravemente su capacidad para hacer frente a las obligaciones derivadas del presente Contrato o de los restantes Contratos de Financiación», lo que implica dejar el contrato, en cuanto a su plazo, al arbitrio del titular de la hipoteca, en contra de lo previsto por el artículo 1256 del Código Civil. Y es que al supuesto contemplado en la Resolución de 8-6-2011 de despacho de mandamiento de embargo, incluso aunque lo sea contra la finca hipotecada y no otra distinta del patrimonio del deudor, han de asimilarse las cláusulas de vencimiento que determinen como causa del mismo la disminución del patrimonio del deudor, el riesgo de insolvencia, el impago de obligaciones ajenas al contrato, y ello no solo porque tales circunstancias, en tanto que reflejo de un posible riesgo de insolvencia del deudor, no disminuyen la garantía real

y la preferencia de la hipoteca, sino porque de la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico resulta con evidencia tal conclusión, pues la ley no es que excluya el riesgo de insolvencia del deudor como causa de vencimiento anticipado de las obligaciones a término, sino que excluye precisa y expresamente como causa de tal resolución anticipada la misma insolvencia del deudor, no meramente potencial o eventual, sino efectiva, constatada y existente, al disponer el artículo 61.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal de forma expresa, imperativa y clara que «Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes» (*vid.* Resolución de 8-6-2011). Siendo ello así, la confirmación de la calificación del Registrador debe extenderse igualmente y por sus propios fundamentos a la suspensión de la letra b) de la estipulación 8.10 de la escritura de constitución de hipoteca, en el que se establece como causa de vencimiento anticipado el hecho de que «el patrimonio de la Acreditada y/o de los Hipotecantes resulte, por cualquier causa que sea, embargado». En lo que no cabe confirmar la calificación del Registrador, en los términos en que se ha formulado, es en el extremo en que afirma la falta de transcendencia real de las cláusulas de vencimiento anticipado, pues como se afirmó «supra» dichas cláusulas sí tienen dicha transcendencia y eficacia «erga omnes» en la medida en que se inscriban. Lo dicho anteriormente resulta aplicable igualmente a la letra h) de la cláusula 15 del contrato sindicado que establece como causa de vencimiento anticipado la circunstancia de que «se produjese un cambio material adverso», cuya inscripción debe rechazarse por los mismos motivos antes expresados (*vid.* Resolución de 8-6-2011, que excluye su inscripción de modo expreso en su Fundamento Jurídico 10), y también a la letra l) de la misma cláusula, referida a obligaciones de pago a favor de terceros en virtud de resolución judicial o laudo arbitral, impago de obligaciones corrientes a acreedores distintos de los titulares de la hipoteca o embargo de bienes de cualquiera de los obligados, dando aquí por reproducidas las consideraciones anteriores. En relación con la letra i) de la cláusula 15 del Contrato de Crédito Sindicado, que establece que «si cualquiera de las Obligadas u otra sociedad del Grupo Copcisa cesase en su actividad empresarial o acordase su disolución o liquidación, salvo que se enmarquen en operaciones de reestructuración permitidas en los Contratos de Financiación o autorizadas oportunamente conforme a la Cláusula 3.4.», ha sido calificado negativamente en la nota recurrida por los mismos motivos examinados en relación con las letras e) y h). No obstante, esta causa de vencimiento anticipado tiene justificación si se relaciona con la especialidad del acuerdo de reestructuración regulado actualmente en el artículo 71.bis de la Ley Concursal vigente y en el anterior apartado 6 del artículo 71 de la misma, que en este punto son coincidentes, y que prevén que no sean rescindibles las garantías constituidas en ejecución de los acuerdos de refinanciación, cuando según su letra a), «en virtud de estos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación o extinción de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquellas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo» y con los demás requisitos que expresa el precepto. La cesación de la actividad profesional así como la disolución y liquidación son actos que afectan de modo directo «al plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo», a que se refiere dicho precepto, lo que justifica que las entidades acreedoras tengan

interés legítimo en que dichos actos del deudor se enmarquen en operaciones de reestructuración permitidas en los Contratos de Financiación o autorizadas oportunamente conforme a la Cláusula 3.4.», tal como se pacta en la cláusula de vencimiento anticipado, por lo que dicha causa es inscribible, revocándose en este concreto punto la calificación del Registrador. Se recurre a continuación la suspensión de los apartados b), f) y o) de la cláusula 15 del crédito sindicado. Dichos apartados responden al siguiente tenor: (b) si cualquiera de las Obligadas incumpliera cualquier obligación (distinta a la obligación de pago asumida por la Acreditada) de este Contrato»; (f) «si cualesquiera de las Obligadas o cualquier sociedad del Grupo Copcisa incumpliera (i) una obligación de pago ajena a los Contratos de Financiación por importe superior a los 300.000 euros, salvo que se estén llevando a cabo como demandante acciones judiciales o extrajudiciales en relación con la no procedencia de pago; o (ii) incumpliera una o varias obligaciones de paso por un importe cumulativo superior a 2.000.000 euros, con independencia de que se estén llevando a cabo o no acciones judiciales o extrajudiciales en relación con la no procedencia de pago de que se trate. Quedan excepcionadas aquellas obligaciones cuyo incumplimiento no llevara aparejado recurso frente a la Acreditada, las Garantes Personales bajo el Contrato Marco o las Obligadas que sean deudoras de obligaciones pecuniarias bajo cualquier Contrato de Financiación»; (o) «si se produjera algún incumplimiento de las obligaciones asumidas por cualesquiera de las sociedades del Grupo Copcisa en cualesquiera de los restantes Contratos de Financiación (excepto en los Nuevos Contratos Bilaterales) o se produjera cualquier supuesto que pudiera dar lugar a la declaración de vencimiento anticipado de cualquiera de los restantes Contratos de Financiación (excepto en los Nuevos Contratos Bilaterales) o de cualquier contrato relevante del que sean parte o en el que se hayan subrogado cualesquiera de las Obligadas». En los tres casos el fundamento jurídico de la calificación suspensiva es el mismo, en particular se suspende su inscripción «por cuanto se refieren al cumplimiento de obligaciones distintas de las garantizadas por la hipoteca que no pueden producir el vencimiento anticipado de esta, dado que, por el principio de accesoriedad, la hipoteca es accesoria de las obligaciones por ella garantizada (art. 1857 CC)». Constatado que las obligaciones referidas en estos apartados de la citada cláusula se refieren a obligaciones ajenas a las garantizadas por la hipoteca, no cabe sino desestimar el recurso también en relación con los mismos. Igualmente se suspende la inscripción de los pactos contenidos en las letras c), g) y k) de la Cláusula 15, suspensión que se basa en que tales apartados «se refieren a circunstancias que no pueden tener trascendencia real ni afectar a terceros (arts. 1, 9, 12, 98 de la LH y arts. 51, 353 del RH)». Dichos apartados, en concreto, se refieren a lo siguiente: (c) «Si cualquiera de las declaraciones formales realizadas por las Obligadas en este Contrato (incluidas las Declaraciones y Garantías) o en los restantes Contratos de Financiación (excepto en los Nuevos Contratos Bilaterales), ya sean referidas a la fecha en la que se realizaron o al momento en que dichas declaraciones se consideren repetidas, fuera falsa, incorrecta, inexacta (salvo que la falta de veracidad o exactitud no fuera sustancial) u omitiera información de carácter sustancial»; (g) «si, en cualquier momento durante la vigencia del presente Contrato, el Sr. D. B. C. M. dejará de ser el titular último del 100% del Grupo Copcisa, salvo transmisión de su participación a descendientes en primer grado de consanguinidad en línea recta, o sociedades íntegramente participadas por este o estos, siempre y cuando además este/os adquirente/s se subrogase/n íntegramente en la posicion jurídica del Sr. D. B. C. M. en el Contrato entre Socios»; (k) «si se comprobase

la falsedad de los datos y documentos aportados por o por cuenta de las Obligadas que hayan servido de base a la concesión del Crédito de manera que de no haber existido dicha falsedad las Obligadas no hubieran accedido a otorgar el Crédito Sindicado Original o la novación el Crédito Sindicado Original dando lugar a este Contrato». Las causas de vencimiento anticipado contenidas en los apartados citados anteriormente han sido consideradas como no inscribibles por el Registrador por considerarlas carentes de transcendencia real. En la calificación no se cuestiona de forma directa y expresa su mayor o menor relevancia en relación con el crédito garantizado, o su vinculación a comportamientos ajenos a la voluntad del deudor, o el carácter de facultad discrecional y desproporcionada, ni la necesidad de prever o no la posibilidad para el prestatario de la constitución de nuevas garantías que puedan atenuar el riesgo de disminución de las pactadas, ni la supeditación del vencimiento anticipado a actos u omisiones contrarios a los principios de libertad de contratación y de empresa que, con arreglo a la jurisprudencia antes reseñada justificarían en su caso una posible suspensión de la inscripción de las cláusulas hipotecarias que incurrieran en tales situaciones. Por ello, el defecto tal y como está formulado (basado en una alegación general a la falta de transcendencia real de tales cláusulas) no puede ser confirmado. El Registrador en su preceptivo informe afirma que dichas cláusulas no pueden adquirir transcendencia real mediante su inscripción en el Registro por cuanto «configuran como causa de vencimiento anticipado de la hipoteca la falsedad, incorrección, inexactitud u ocultación de información respecto de datos, documentos o declaraciones indeterminados y referidas no solo al crédito garantizado, sino a otros distintos, por lo que hay que repetir todo lo que se ha dicho más arriba, respecto del principio de accesoriedad de la hipoteca (art. 1857 CC) y la indeterminación que deja al arbitrio de una de las partes el plazo del contrato (art. 1256 CC)». Por tanto, en los concretos términos en que se ha formulado el defecto, no puede ser confirmado. No sucede lo mismo en el caso del supuesto previsto en la letra k) que pretende vincular el vencimiento anticipado de las obligaciones garantizadas con una modificación en la composición accionarial de las sociedades del «Grupo Copcisa», que evidentemente no debe adquirir eficacia frente a terceros por tratarse de una circunstancia completamente ajena a la hipoteca y al Registro, además de tratarse de una previsión que puede considerarse contraria a los principios de libertad de empresa, contratación y tráfico mercantil directamente relacionados con el principio de libertad de contratación que preside el artículo 38 de la Constitución, debiendo confirmarse, pues, en este extremo la calificación. En cuanto a la letra n) de la cláusula 15 del contrato de crédito sindicado, establece como causa de vencimiento la siguiente: «Si no se emitiera opinión sobre los estados financieros de cualquiera de las Obligadas por un auditor, cuando estas estuviesen obligadas a su nombramiento de conformidad con la normativa vigente, o si se hubiera emitido con salvedades de carácter relevante a juicio de las Acreditantes, o si no se emitieran las certificaciones individuales y consolidadas sobre cálculo de los Ratios Financieros exigidos, conforme a la Cláusula 13, o si no fueran entregadas a las Acreditantes dentro de los plazos fijados para ello en este Contrato». En este caso, la nota de calificación, recurrida «in totum», no suspende la inscripción de la cláusula en su totalidad, sino únicamente la locución «a juicio de los acreditantes», por contraria al artículo 1256 del Código Civil, es decir, por dejar el cumplimiento de la obligación y la determinación del momento del vencimiento de la hipoteca al arbitrio de una de las partes contratantes, el titular de la hipoteca. Calificación que por su propio fundamento, claro y nítido, debe ser confir-

mada sin necesidad de añadir nada a lo que se manifiesta como obvio. El inciso final del supuesto recogido en la letra p) de la Cláusula 15 del Contrato de Crédito Sindicado establece el siguiente supuesto de vencimiento anticipado: «si no se hubiesen inscrito Contratos de Garantía que consistan en hipotecas inmobiliarias en garantía del Crédito en los Registros de la Propiedad que corresponda en el plazo de cuatro meses desde que este Contrato haya adquirido eficacia y de tres meses en relación con la/s prenda/s sin desplazamiento de la posesión y las sucesivas actualizaciones de esta/s». El Registrador suspende la inscripción del inciso final de dicha cláusula, referente al plazo de inscripción de las prendas sin desplazamiento, por cuanto la falta de inscripción de estas es asunto ajeno a la hipoteca que no puede provocar su vencimiento anticipado. Y también en este punto debe confirmarse la calificación recurrida. Se recurre igualmente la suspensión de la letra b) de la estipulación 8.10 de la escritura de constitución de hipoteca, en el que se establece como causa de vencimiento anticipado el hecho de que «el patrimonio de la Acreditada y/o de los Hipotecantes resulte, por cualquier causa que sea, embargado», recurso que igualmente debe ser desestimado por los motivos que se examinaron en el fundamento jurídico 10 de esta Resolución, pues el embargo de bienes o derechos pertenecientes al patrimonio del deudor, incluida las propias fincas hipotecadas, no constituye ningún menoscabo de la garantía en que la hipoteca consiste, por lo que no concurre justa causa que justifique la posibilidad de su vencimiento anticipado. Finalmente, respecto de la letra e) de la estipulación 8.10 de la escritura de hipoteca establece como causa de vencimiento anticipado que «no fueren pagados a tiempo aquellos tributos y gastos sobre las Fincas que tengan preferencia legal de cobro frente a las Acreditantes, salvo que la Acreditada y/o los Hipotecantes procediese a su abono en el plazo de diez días hábiles desde que fuesen requerida para ello». Es cierto que esta Dirección General ya en su Resolución de 22-6-1996 vino a aceptar una cláusula similar a la ahora debatida. Procede ahora entrar en el análisis de la impugnación de la suspensión relativa a las estipulaciones relativas a la facultad de los acreditantes de redistribuir sus respectivas cuotas en la hipoteca en los casos de renuncia de su derecho por parte de alguno de ellos o de pago o condonación de alguna/s de las obligaciones garantizadas, y en el supuesto de ejecución parcial de la hipoteca (cláusulas 4 y 8.11). El Registrador suspende la inscripción de la parte de dichas estipulaciones relativa al pacto de libre redistribución de la participación en la hipoteca/responsabilidad hipotecaria mediante simple certificación bancaria en los casos de renuncia de cualquiera de los acreditantes de sus derechos sobre la hipoteca, o de pago, condonación o extinción de cualquiera de las obligaciones garantizadas, o de ejecución parcial de la hipoteca, por considerar que «no es posible hacer constar en el Registro la redistribución de las participaciones en la titularidad de la hipoteca mediante documento privado aunque sea con firmas legitimadas», siendo necesario para ello, a su juicio, «el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, en virtud del principio hipotecario de legalidad en su modalidad de titulación auténtica, artículo 3 de la LH y concordantes de su Reglamento», es necesario analizar la naturaleza jurídica de la operación de redistribución a que se refiere la estipulación debatida, a la vista de la muy extensa argumentación del recurrente, sabiendo que si la conclusión fuese que estamos en presencia de un negocio jurídico de eficacia jurídico-real, es decir, ante un nuevo convenio por el concurso del consentimiento libre de los acreditantes, con su propio objeto y causa, determinante de un efecto de mutación jurídico-real, en ausencia de una excepción a la regla general de documentación auténtica del artículo 3 de la LH,

el defecto señalado en la calificación habría de decaer. Sucede, sin embargo, que la naturaleza jurídica de dicha redistribución no es negocial, ni requiere como tal la prestación de un nuevo consentimiento contractual, pues ni hay novación contractual, ni afectación a la titularidad y contenido de las facultades jurídico-reales de los acreedores hipotecarios que sea fruto de una nueva relación contractual, sino la constatación del resultado o efecto directo de la propia naturaleza jurídica de la hipoteca flotante en los términos en que inicialmente fue constituida. O dicho en otros términos, la redistribución es resultado o efecto directo de la hipoteca en los términos en que fue inicialmente constituida, y no de ningún pacto o actuación unilateral posterior. Y para su mera constatación la simple certificación bancaria, con firmas legitimadas Notarialmente o ratificadas ante el Registrador, puede ser título suficiente siempre y cuando se limite a reflejar el resultado aritmético de la proporción que corresponda sobre la hipoteca a cada acreedor «en atención a su titularidad en las obligaciones garantizadas» en cada momento remanentes (cfr. estipulación cuarta), en los casos de extinción parcial o total de alguna o algunas obligaciones garantizadas, es decir, como mera exteriorización de un dato que resulta reflejo de un efecto automático de la hipoteca en los mismos términos en que fue inicialmente constituida, sin poder incluir en dicha certificación ningún acto de voluntad del acreedor causante, en su caso, de la extinción (condonación, renuncia), ni la voluntad o consentimiento para la cancelación parcial de la hipoteca.

Resolución de 28-10-2014
(BOE 25-11-2014)
Registro de la Propiedad de Orense, número 1

TUTELA: INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL. TUTELA: AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA ENAJENAR BIENES INMUEBLES.

La doctrina de este Centro Directivo en relación con el tema de la prueba del estado civil de las personas que otorguen actos o contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, parte del criterio general de la necesidad de que las distintas circunstancias y hechos relativos al estado civil de las personas, cuando afectan a la titularidad de los derechos inscritos o a la legitimación de los otorgantes, por afectar a la validez del acto o contrato en que intervienen, deben ser acreditados mediante certificación de su inscripción en el Registro Civil. No se trata solo de «probar» la incapacitación y el nombramiento de tutor, sino que en tanto no tenga lugar su inscripción en el Registro Civil no son oponibles frente a terceros, por lo que no deberá accederse a la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos o contratos otorgados en nombre del incapacitado por el tutor sin aquella previa inscripción en el Registro Civil, ya que en caso contrario existe el riesgo de que se produzca una colisión entre la inoponibilidad de la incapacitación derivada de su falta de inscripción en el Registro Civil y la oponibilidad del Registro de la Propiedad en caso de que se inscriba la venta otorgada por el tutor en representación del incapacitado (o por este con capacidad complementada por aquel) si el nombramiento del tutor —por el motivo que sea— no llegara a inscribirse en el Registro Civil, en los términos que luego se verán. Por tanto, en caso de conflicto de intereses cuando estos recaen sobre bienes inmuebles o derechos reales, como ratifican

las posteriores Resoluciones de este Centro Directivo de 12-12-2007 (6.ª) y 28 (2.ª y 4.ª) y 29-1-2008 (1.ª), estado civil, se da prevalencia a los criterios que resultan del órgano oficial establecido específicamente para su publicidad, esto es anteponiendo los principios que gobiernan el Registro de la Propiedad. Pero, como afirmaron las citadas Resoluciones, esta posición no puede ser asumida coherentemente sin al tiempo procurar una correcta coordinación entre este Registro y el Registro Civil, con objeto de evitar que aquella prevalencia se convierta en un grave quebranto a la eficacia legitimadora propia del Registro Civil. Esta idea de coordinación (*vid.* ad *ex.* arts. 266.4.º del Reglamento del Registro Civil y 92 del Reglamento del Registro Mercantil respecto del régimen económico matrimonial) debe conducir a una interpretación no solo literal, sino sistemática y lógica, de acuerdo con su espíritu y finalidad, del artículo 2 de la Ley del Registro Civil, exigiendo la prueba de la previa inscripción en el Registro Civil de la sentencia de incapacitación y del nombramiento de tutor a través de la correspondiente certificación al tratarse de materia que, por afectar a la legitimación de los comparecientes, tiene una relevancia evidente en la validez de la compraventa que se pretende inscribir en el Registro de la Propiedad. Por lo que se refiere al segundo defecto, es indudable que la sentencia de incapacitación sujeta al incapacitado a tutela y no a curatela. Entre los actos que, según dicha resolución judicial, no puede realizar el incapacitado por sí solo se encuentra inequívocamente la enajenación de inmuebles; y de los términos literales de la sentencia resulta que la «función tutelar se ejercerá con sujeción a lo establecido en los artículos 259 y sigs. del Código Civil» y que, respecto de actividades como dicho acto dispositivo sobre inmuebles, la tutora debe suplir la capacidad de obrar del tutelado. El número segundo del artículo 271 viene a reproducir parcialmente en sede de tutela lo dispuesto en el artículo 166 para la patria potestad, aunque a diferencia de lo previsto en este último precepto, el artículo 271 no exige justificar la utilidad o necesidad del acto por parte del tutor. Al ponerse en relación ambos preceptos, cabe destacar lo expresado en la STS de 22-4-2010 que analiza los efectos del acto efectuado por el titular de la patria potestad sin la autorización judicial que impone el artículo 166 del Código Civil y señala que: «… la autorización judicial para la realización del acto por el representante legal cuando la ley lo requiera tiene naturaleza imperativa en el Código Civil y no es un simple complemento del acto a realizar… La autorización judicial no es un complemento de capacidad como ocurre en la emancipación o en la curatela, sino que es un elemento del acto de disposición…». Por todo ello, el segundo de los defectos expresados en la calificación debe ser igualmente confirmado.

Resolución de 28-10-2014
(BOE 25-11-2014)
Registro de la Propiedad de Chiclana de la Frontera, número 1

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: EFECTOS. RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: CERTIFICACIÓN CATASTRAL.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la LH, no procede la inscripción de la porción de la que según el Registro el causante no es dueño. Deberá por tanto reanudarse el tracto interrumpido. No se deduce de la documentación aportada que se haya producido ningún error registral y en cualquier caso el

recurso no tiene por finalidad ni es el instrumento adecuado para la rectificación del Registro. Para la inscripción de un exceso de cabida que se fundamenta en una certificación catastral, es necesario la plena coincidencia con los datos que resultan del Catastro.

Resolución de 28-10-2014
(BOE 25-11-2014)
Registro de la Propiedad de Villena

PROPIEDAD HORIZONTAL: REPRESENTACIÓN DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS. PROPIEDAD HORIZONTAL. FORMA DE ADOPCIÓN DE ACUERDOS.

Con carácter previo debe analizarse si es suficiente la legitimación del secretario de la Comunidad de propietarios para la interposición de este recurso, en cuanto la representación de la Comunidad, conforme al artículo 13.3 de la Ley sobre Propiedad Horizontal, corresponde al presidente de la misma que será quien ostentará legalmente la representación de la Comunidad en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten. Siendo esto cierto, en el presente caso, en aras a la aplicación del principio de economía procesal, se estima, al igual que lo hizo el Registrador cuya calificación se recurre, que la concurrencia del visto bueno de la presidenta a lo actuado, sin constituir, formalmente, la forma más correcta de acreditación de la representación, puede estimarse suficiente y entender ratificado por este la actuación del secretario. Incurre el recurrente en confusión terminológica y conceptual sobre dos temas bien distintos. De una parte, se sitúa el consentimiento que los propietarios que integran la Comunidad puedan prestar en un momento dado, a posteriori, a una situación fáctica. Pero, de otra parte, estaría la posibilidad a priori y genérica de adoptar acuerdos «tácitos o que estén implícitos en los hechos» a la que se refiere este recurso. En efecto, además de ofrecer una redacción confusa, la cláusula examinada permitiría considerar, a priori, correctamente adoptado un acuerdo sin el concurso de los elementos imperativos que exige la Ley sobre Propiedad Horizontal.

Resolución de 29-10-2014
(BOE 25-11-2014)
Registro de la Propiedad de Alcalá la Real

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA INSCRIPCIÓN DE EXCESOS DE CABIDA: REQUISITOS.

Las dudas sobre la identidad de la finca o sobre la realidad del exceso cuando se ventilan en un expediente judicial, por definición se despejan en el ámbito de la valoración de las pruebas practicadas. La decisión corresponde a la autoridad judicial, conforme a lo que señalan los artículos 281 y siguientes de la LEC, y la doctrina generalmente aceptada sobre el libre arbitrio judicial en la valoración de la prueba. Con relación a los expedientes de dominio, el RH tan solo preceptúa que también podrán inscribirse los excesos de cabida en virtud de expediente de dominio conforme a lo previsto en la LH y en este Reglamento, o en virtud del acta de presencia y notoriedad regulada en la legislación citada anteriormente

sobre referencia catastral, pero sin exigir expresamente la certificación catastral descriptiva y gráfica. No obstante, la superior jerarquía normativa de la Ley 13/1996 y la propia consideración por el Reglamento de los excesos de cabida superiores a la vigésima parte de la cabida inscrita como supuestos análogos a la inmatriculación (al considerarlos solo como rectificación de superficie cuando son inferiores a la vigésima parte de la cabida inscrita), en los que sí es exigida expresamente la certificación catastral, debe concluirse la necesidad de su aportación en aquellos supuestos —como ocurre en el caso de este expediente— en el que el exceso de cabida que se pretende exceda de la vigésima parte de la cabida inscrita.

Resolución de 29-10-2014
(BOE 25-11-2014)
Registro de la Propiedad de Ribadavia

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA.

En el presente recurso se plantea la posibilidad de inmatricular una finca sobre la que existe una edificación de 232 metros cuadrados que data, según la certificación catastral, del año 1980, teniendo en cuenta, por una lado, que en las escrituras presentadas en el Registro la descripción que se hace de la finca en cuestión se limita exclusivamente a su superficie y linderos, sin hacer referencia alguna a la edificación sobre la misma existente, y por otro, que, según manifiesta el Notario autorizante y recurrente y así consta en los títulos, lo que se pretende inscribir es tan solo la mencionada parcela de terreno sin incluir la construcción existente. El artículo 53, apartado siete, de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, exige para toda inmatriculación que se aporte, junto al título inmatriculador, «certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de esta en dicho título». Como ha dicho reiteradamente esta Dirección General (*vid.* Resoluciones citadas en los «Vistos»), la dicción legal —total coincidencia— no puede dejar dudas a interpretaciones. Se exige una total coincidencia entre la descripción del título y la de la certificación catastral.

Resolución de 30-10-2014
(BOE 25-11-2014)
Registro de la Propiedad de Pamplona, número 3

RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES: LIQUIDACIÓN.

En el presente caso, por tanto, se trata de un procedimiento judicial específico dirigido a la liquidación del régimen económico matrimonial, en el que el título inscribible es el decreto de la secretaria judicial por el cual, al no haber comparecido uno de los cónyuges el día señalado, se aprueba la propuesta de liquidación efectuada por el cónyuge que compareció, conforme a las previsiones del artículo 810.4 de la LEC. La Registradora cuestiona en su calificación la adecuación del procedimiento seguido al presente caso, en el que el régimen económico matrimonial existente era el de absoluta separación de bienes y, en

consecuencia, también la competencia de la secretaria judicial para dictar la resolución de aprobación de la liquidación y adjudicación de bienes. No existiendo en el presente caso patrimonio común familiar que liquidar, sino un local comercial, de carácter común de los litigantes, adquiridos bajo el régimen económico matrimonial de absoluta separación de bienes, cuyo régimen es el general de la copropiedad ordinaria, el cauce procesal adecuado para dividir los inmuebles propiedad de los litigantes en pro indiviso, es el procedimiento ordinario que por la cuantía corresponda, no siendo de aplicación el artículo 806 y siguientes de la LEC, y siendo el órgano competente para conocer del procedimiento ordinario de división de cosa común el Juzgado de Primera Instancia al que por turno corresponda y no el de Primera Instancia con atribución del conocimiento de procesos matrimoniales —familia— ante el que se ha seguido el proceso de divorcio. Por tanto, ni el procedimiento seguido es el adecuado, ni el secretario judicial que ha aprobado la liquidación del régimen económico matrimonial es competente para ello, siendo no ya facultad sino obligación del Registrador calificar tales extremos.

Resolución de 4-11-2014
(BOE 2-12-2014)
Registro de la Propiedad de Alicante, número 8

ANOTACIÓN DE EMBARGO PRORROGADA ANTES DE LA LEC: CANCELACIÓN.

De los antecedentes fácticos expuestos resulta, tal y como indica la nota de calificación, que la anotación preventiva fue objeto de prórroga con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 86 de la LH, por lo que queda sometida a prórroga indefinida en los términos del párrafo segundo del artículo 199 del RH, de manera que no cabe la cancelación por caducidad de la misma, sin perjuicio de que, una vez transcurridos seis meses, computados desde la emisión de la resolución judicial firme en el proceso en que la anotación preventiva y su prórroga fueron decretadas, se pueda solicitar su cancelación. Por ello, no podrá practicarse la cancelación solicitada mientras no se acredite, mediante testimonio de resolución firme, que dicho procedimiento ejecutivo ha concluido o se aporte el correspondiente mandamiento de cancelación de la anotación de embargo (cfr. arts. 83 de la LH y 173, 174 y 207 del RH).

Resolución de 5-11-2014
(BOE 2-12-2014)
Registro de la Propiedad de Algeciras, número 2

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR PRESCRIPCIÓN.

No es posible acceder a la cancelación de una inscripción de hipoteca por prescripción cuando, de los datos registrales, no está nada claro (más bien parece que no ha vencido la obligación asegurada) que hayan transcurrido los plazos legales de prescripción. Téngase en cuenta que el supuesto regulado en el 82.5 de la LH tiene carácter excepcional y por tanto exige una absoluta seguridad respecto al hecho determinante de la cancelación.

Resolución de 11-11-2014
(BOE 5-12-2014)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 23

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: DEMANDA FRENTE A HEREDEROS DEL TITULAR REGISTRAL.

El único tema a decidir es si es inscribible una sentencia declarativa del dominio adquirido por usucapión extraordinaria, cuando, según la sentencia la demanda se ha dirigido contra quienes son herederos del titular registral, fallecido el 9-1-1958 en estado de soltero y sin descendencia, sin que conste acreditada tal condición ni que sean los únicos herederos del causante. Solicita la Registradora que se relacionen o acompañen los títulos que acrediten tal cualidad. Siempre que el procedimiento incoado afecte a la titularidad registral, ha de ser demandado este o sus herederos acreditados, y en el presente caso, si bien la sentencia se refiere a los demandados como herederos de don L. A. G., no se hace mención del título sucesorio que lo acredite, no queda por tanto tampoco acreditada la inexistencia de otros herederos. No obstante bastaría para poder inscribir la sentencia aportar el oportuno título sucesorio al objeto de comprobar tales extremos.

Resolución de 12-11-2014
(BOE 5-12-2014)
Registro de la Propiedad de Elche, número 2

SENTENCIA DE DIVORCIO: DIVISIÓN DE COSA COMÚN.

Según el artículo 438, número 3.4.ª, de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil, en la redacción dada por el apartado doce de la DF 3.ª de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en los procedimientos de divorcio cualquiera de los cónyuges podrá ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa, y si hubiere diversos bienes en régimen de comunidad ordinaria indivisa y uno de los cónyuges lo solicitare, el tribunal puede considerarlos en conjunto a los efectos de formar lotes o adjudicarlos. En el presente caso el título presentado es una sentencia de divorcio que también estima la acción de división de cosa común ejercitada simultáneamente conforme al citado precepto de la Ley de ritos. Por ello, la exigencia del artículo 3 de la LH queda plenamente satisfecha toda vez que el acto inscribible en cuestión —la disolución de la comunidad sobre varios inmuebles— aparece contenido en un documento auténtico expedido por la autoridad judicial que es considerado legalmente hábil a tal efecto.

Resolución de 12-11-2014
(BOE 5-12-2014)
Registro de la Propiedad de Onteniente

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: REQUERIMIENTO DE PAGO AL TERCER POSEEDOR.

Dada la dicción literal del artículo 131 de la LH, en su redacción vigente al tiempo en que se inició el procedimiento, para determinar si debe ser requerido

de pago el tercer poseedor o si es suficiente con habérsele notificado la existencia del procedimiento para que pueda, si le conviniere, intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe asegurado con la hipoteca de su finca, es necesario que dicho tercero haya «acreditado» su adquisición al acreedor. Y en este sentido es fundamental si se considera que la inscripción del título de adquisición en el Registro de la Propiedad, dada la presunción derivada del principio de legitimación y el principio de publicidad material del Registro, debe entenderse como suficiente para dar por cumplido tal requisito ya que la eficacia del Registro de la Propiedad se produce *erga omnes*.

Resolución de 18-11-2014
(BOE 5-12-2014)
Registro de la Propiedad de Aoiz, número 1

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: NECESIDAD DE DIRIGIR LA DEMANDA CONTRA EL TITULAR REGISTRAL.

El principio de tracto sucesivo, esencial en el sistema registral y ligado al de legitimación y fe pública, exige que para que una resolución judicial pueda afectar al titular registral deba haber sido parte del procedimiento, previa la correspondiente notificación procesal y con ello debe habérsele garantizado su derecho de audiencia y defensa procesal. Por lo tanto, se requiere una total correspondencia entre el titular registral y el sujeto demandado, correspondencia que en el caso de una sociedad alcanza no solo a su denominación sino también a su código de identificación fiscal (CIF). En el presente caso, no se da esta circunstancia en cuanto se trata de personas jurídicas distintas, sin que corresponda por ser un tema de exclusiva competencia de los tribunales de Justicia, en el procedimiento civil correspondiente, valorar la identidad final de los socios de la titular registral, tema alejado del que ahora nos ocupa.

Resolución de 20-11-2014
(BOE 12-12-2014)
Registro de la Propiedad de Granada, número 6

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 20-11-2014
(BOE 12-12-2014)
Registro de la Propiedad de Casas-Ibáñez

INSCRIPCIÓN DE BIENES VACANTES A FAVOR DEL ESTADO: FACULTADES DE CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS.

Debe el Registrador calificar entre otros extremos, la competencia del órgano, la congruencia de la resolución con el procedimiento seguido y los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, ahora bien, cuando la ley aplicable atribuye a la Administración Pública cierto margen de apreciación no cabe su fiscalización, ya que la calificación de los trámites esenciales del procedimiento administrativo no permite al Registrador, sobre la base de las alegaciones hechas por el interesado en el propio expediente, tener por incumplido un trámite ni contradecir la decisión que la propia Administración acuerde. En el supuesto de este expediente compete al delegado de Economía y Hacienda valorar la existencia de obstáculos que impidan la incorporación de la finca al patrimonio estatal y, en ese caso, elevar las actuaciones a la Dirección General del Patrimonio del Estado, pero habiendo decidido el citado órgano competente, dentro del procedimiento establecido y concediéndose audiencia al interesado, que procede la incorporación, no puede oponerse el Registrador por una valoración diferente de las pruebas que obran en el expediente.

Resolución de 21-11-2014
(BOE 12-12-2014)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 19

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA. DT 4.ª Ley 1/2013.

Como resulta nítidamente del texto de la disposición transitoria, quedan excluidos de su aplicación aquellos procedimientos en los que se haya puesto en posesión del bien adjudicado en la persona del adjudicatario. Ahora bien, como la puesta en posesión es posterior en cualquier caso a la adjudicación (art. 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el mero testimonio del decreto de adjudicación no será por sí mismo suficiente para acreditar que a fecha 15-5-2013 ya se había producido aquella. En consecuencia, fuera de los supuestos en que el testimonio del decreto de adjudicación recoja efectivamente dicha circunstancia, por haberse emitido con posterioridad a la diligencia de entrega de posesión, deberá acompañarse de escrito del secretario judicial del que resulte que ha sido entregada la posesión antes de la repetida fecha como requisito para obtener la inscripción del inmueble a favor del adjudicatario y proceder, en su caso, a las cancelaciones pertinentes (art. 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Resolución de 21-11-2014
(BOE 12-12-2014)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 30

DESHEREDACIÓN: EFICACIA.

En primer lugar, respecto de la existencia de legitimarios desheredados como motivo de la suspensión de la inscripción en el presente supuesto, cabe recordar

que, como ya ha declarado reiteradamente el Centro Directivo, la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso instado por quien esté legitimado para ello, provoque su pérdida de eficacia (total o parcial); y ello porque el principio constitucional de salvaguarda judicial de los derechos (cfr. art. 24 de la Constitución Española) en conjunción con el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (cfr. art. 658 del CC), conduce inexorablemente a la necesidad de una declaración judicial para privar de efectos a un testamento que no incurra en caducidad ni en vicios sustanciales de forma (Resolución de 13-9-2001). Por ello, debe concluirse que en el caso que es objeto de este recurso no podrá prescindirse, sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento del que derivan la condición de herederos los recurrentes, por mucho que en él se haya ordenado una desheredación. En segundo lugar, respecto de la exigencia de incorporación de documento privado firmado por el causante, debe tenerse en cuenta que los dos otorgantes de la escritura son, mientras judicialmente no se determine otra cosa, los únicos herederos del causante operándose por tal circunstancia y respecto del *de cuius, la successio in ius et in locum defuncti,* con las consecuencias que de ello se derivan y que no es necesario exponer aquí, en tanto que serán los únicos llamados, y obligados, en su caso, a completar o llenar las formalidades de actos que hubieran sido realizados por su causante y que solo a ellos también, en la esfera extrajudicial, compete reconocer.

Resolución de 24-11-2014
(BOE 19-12-2014)
Registro de la Propiedad de Requena

OBRAS NUEVAS POR ANTIGÜEDAD: SUELO ESPECIALMENTE PROTEGIDO

Esta Dirección General, dentro del ejercicio de sus competencias, en las Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente, ha fijado su criterio de interpretación respecto del artículo 20.4.b) del TR de la Ley del suelo, Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, en relación con la legislación urbanística de distintas CC.AA., entre ellas la de la Comunidad Valenciana. En particular, en relación con las declaraciones de edificaciones antiguas sobre suelo no urbanizable protegido se ha pronunciado recientemente en las Resoluciones de 11-3 y 22-4-2014, según las cuales, el procedimiento de protección de la legalidad urbanística es distinto del procedimiento sancionador que puede instarse con motivo de la infracción o ilícito urbanístico que da causa también a aquel, aunque ambos procedimientos están relacionados. Como ha señalado este Centro Directivo (*vid.* por todas, las Resoluciones de 5-3 y 5-8-2013 y 11-3 y 22-4-2014), 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 1093/1997, de 4 de julio), 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, por el que se aprueba el TR de

la Ley de suelo —en la redacción dada al mismo por el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, no alterada en este extremo por la Ley 8/2013, de 26 de junio— 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 1093/1997, de 4 de julio, 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. El Registrador habrá de calificar la posible imprescriptibilidad de la acción de restauración de la realidad física alterada, con posible demolición de lo edificado, por lo que resulte del Registro y del documento calificado. En el primer caso —dada la falta de constancia, con carácter general, del planeamiento urbanístico en el Registro— bien a través de la anotación preventiva de la correspondiente incoación de expediente sobre disciplina o restauración de la legalidad urbanística (*vid.* art. 51, número 1.c, de la Ley de suelo de 2008), bien a través de la constancia registral de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente a la finca. En el presente caso no consta en el folio de la finca el carácter de suelo no urbanizable protegido de la parcela sobre la que se declara la edificación. Sin embargo, en la escritura calificada consta la manifestación del técnico certificante sobre el hecho de que el suelo sobre el que se asienta la obra cuya declaración e inscripción se pretende tiene la calificación urbanística de «Suelo No Urbanizable de Protección Agrícola», dato que obviamente la Registradora puede y debe tomar en consideración en su calificación, y que puesto en relación con el mandato normativo del artículo 224.4 de la Ley urbanística valenciana y su declaración de imprescriptibilidad de las acciones de «restauración de la legalidad y reparación al estado anterior de los bienes», llevan a la lógica conclusión de que no se cumple la premisa objetiva de aplicación del artículo 20.4 de la Ley de suelo en cuanto a que se trate de «construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes», norma que, por tanto, al no ser aplicable no daría cobertura a una solicitud de inscripción en un supuesto como el presente.

Resolución de 24-11-2014
(BOE 19-12-2014)
Registro de la Propiedad de Pollença

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

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].

Resolución de 25-11-2014
(BOE 19-12-2014)
Registro de la Propiedad de Mataró, número 4

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA O QUERELLA: PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Como ha reiterado este Centro Directivo (*vid.* a modo de ejemplo, la Resolución de 19-12-2006) el principio de tracto sucesivo recogido en el artículo 20 de la LH, manifestación del principio constitucional de tutela judicial efectiva sancionado en el artículo 24 de nuestra Constitución, impide la práctica de anotación preventiva si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha seguido el procedimiento. Cierto es que esta Dirección General ha aceptado la anotación de demanda —y por extensión, en su caso, de querella— cuando el titular de la finca es el propio demandante, de acuerdo con el antes aludido principio de tutela judicial efectiva, para el caso de que de no hacerse se produjera un supuesto de indefensión para el demandante, como cuando existe un título de transmisión o gravamen referente a la finca objeto de la demanda que aún no haya sido inscrito permitiendo con ello que no surjan terceros protegidos por la fe pública registral.

Resolución de 26-11-2014
(BOE 19-12-2014)
Registro de la Propiedad de Cáceres, número 2

ACTA DE NOTORIEDAD DE REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITOS.

Se impone una interpretación estricta 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 o acta calificados, puede accederse a la inscripción. De ahí que no se admita la posibilidad de reanudación de tracto sucesivo a través de expediente de dominio o acta de notoriedad cuando el promotor sea causahabiente del titular registral ya que en tales casos no hay verdadero tracto interrumpido y lo procedente es aportar el título de adquisición debidamente liquidado de impuestos. Sin embargo y como resulta de lo más arriba expuesto, los documentos públicos existentes no pueden provocar la alteración del contenido del Registro de la finca como resulta del hecho de que la propia Registradora los califica negativamente por circunstancias como son, entre otras, la falta de consentimiento de algunos de los titulares registrales (circunstancias que ya se habían puesto de manifiesto en presentaciones anteriores como resulta del informe de la Registradora). Los promotores carecen de acción para obtener título formal o para modificarlo contra todos los titulares registrales pues la relación contractual de la que aquella nace solo existe respecto de uno de los cotitulares (art. 1257 en relación al 1279 del CC). En estas circunstancias es evidente que la existencia de títulos públicos no inscribibles (*vid.* art. 272 del RH), no impide la incoación del expediente de reanudación del tracto sucesivo mediante acta de notoriedad. Procede en consecuencia la estimación del recurso en cuanto a este motivo. La excepcionalidad del expediente de reanudación, en este caso mediante

acta de notoriedad, exige como queda dicho un cumplimiento riguroso de los requisitos previstos legalmente sin cuya concurrencia no puede producirse la modificación de las titularidades publicadas por el Registro de la Propiedad. A los efectos que ahora nos interesan el artículo 204 de la LH exige en relación a las inscripciones contradictorias de más de treinta años la notificación de la tramitación a los titulares registrales o a sus causahabientes y el artículo 295 del RH establece en cuanto a los asientos de menos de treinta años que «…no serán inscribibles las actas, a menos que el titular de aquellas o sus causahabientes lo consientan ante el Notario expresa o tácitamente. Se entenderá que hay consentimiento tácito cuando el titular o sus causahabientes hayan comparecido ante el Notario sin formular ni anunciar oposición».

Resolución de 27-11-2014
(BOE 19-12-2014)
Registro de la Propiedad de San Javier, número 1

ACREDITACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FISCALES: FUNCIÓN DEL REGISTRADOR.

La doctrina mantenida por este Centro Directivo (*vid.* a modo de ejemplo, la Resolución de 5-5-1994) puede resumirse del siguiente modo: el Registrador, ante cualquier operación jurídica cuya registración se solicite, no solo ha de calificar su validez y licitud, sino decidir también si se halla sujeto o no a impuestos; la valoración que haga de este último aspecto no será definitiva en el plano fiscal, pues no le corresponde la competencia liquidadora respecto de los diversos tributos; no obstante, será suficiente bien para acceder, en caso afirmativo, a la inscripción sin necesidad de que la administración fiscal ratifique la no sujeción, bien para suspenderla en caso negativo, en tanto no se acredite adecuadamente el pago, exención, prescripción o incluso la no sujeción respecto del impuesto que aquel consideró aplicable, de modo que el Registrador, al solo efecto de decidir la inscripción, puede apreciar por sí la no sujeción fiscal del acto inscribible, evitando una multiplicación injustificada de los trámites pertinentes para el adecuado desenvolvimiento de la actividad jurídica registral. Ahora bien, no concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia (Resolución de 21-12-1987) ni resultando supuestos de expresa no sujeción al Impuesto (apdos. 2 a 4 del artículo 104 del TR de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) o de clara causa legal de exención fiscal —como ocurre en la aceptación de una hipoteca unilateral efectuada por la Tesorería General de la Seguridad Social (Resolución de 23-4-2007)—, imponer al Registrador la calificación de la sujeción o no al Impuesto de ciertos actos contenidos en la escritura supondría obligarle a realizar inevitablemente declaraciones tributarias que (aunque sea con los limitados efectos de facilitar el acceso al Registro de la Propiedad) quedan fuera del ámbito de la competencia reconocida a este Centro Directivo, de modo que, aunque es posible que el Registrador aprecie la no sujeción de determinado acto a las obligaciones fiscales, ha de tenerse en cuenta que si para salvar su responsabilidad exigiere la correspondiente nota de pago, exención, prescripción o no sujeción, habrán de ser los órganos tributarios competentes —en este caso, municipales— los que podrán manifestarse al respecto al recibir la comunicación impuesta por ley, sin que corresponda a esta Dirección General el pronunciarse, al no existir razones

superiores para ello (por ejemplo, cfr. art. 118 de la Constitución) o tratarse de un supuesto en el que se esté incurriendo en la exigencia de un trámite desproporcionado que pueda producir una dilación indebida.

Resolución de 1-12-2014
(BOE 19-12-2014)
Registro de la Propiedad de Granada, número 2

SEGREGACIÓN DE FINCAS: APLICACIÓN TEMPORAL DE LAS NORMAS.

Este Centro Directivo ha sostenido que el problema de derecho intertemporal planteado por la presentación en el Registro en la actualidad de una escritura de segregación otorgada durante la vigencia de la regulación anterior, como sucede en el supuesto de hecho de este recurso ya que la escritura de segregación fue otorgada en 1991, entendiendo que debe resolverse en el sentido de que la segregación es un acto jurídico de carácter eminentemente registral y su inscripción queda sujeta a los requisitos y autorizaciones vigentes en el momento de presentar la escritura en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior. Ahora bien, la exigencia de tales requisitos deberá conciliarse con los efectos jurídicos de los actos de segregación o división conforme a la legislación vigente a la fecha en que se produzcan, ya que el hecho de que tales efectos no se hayan consumado o agotado es presupuesto, conforme se ha dicho anteriormente, para la aplicación excepcional de la retroactividad. La contestación de la CA de Andalucía, a través de sus órganos competentes declara formal y expresamente la nulidad de las segregaciones recogidas en la escritura calificada y aun cuando, según se ha reseñado anteriormente, la aplicación de la legislación vigente en el momento de producirse la segregación no implicaba la nulidad absoluta de la misma, dados los términos del pronunciamiento no puede procederse a la inscripción, sin perjuicio de los recursos judiciales que pudieran corresponder a los interesados para instar la rectificación de la resolución dictada por la CA, y solicitar la correspondiente medida cautelar de carácter registral para asegurar las resultas del procedimiento, pues, como prevé el último párrafo del propio artículo 80 citado, si la resolución declarando la nulidad de la segregación fuese objeto de recurso contencioso-administrativo, el titular de la finca de que se trate podrá solicitar la anotación preventiva de su interposición sobre la finca objeto de fraccionamiento. Por ello, debe confirmarse la calificación del Registrador.

Resolución de 1-12-2014
(BOE 19-12-2014)
Registro de la Propiedad de Canjáyar

CALIFICACIÓN REGISTRAL: PRESENTACIÓN SUCESIVA DEL MISMO TÍTULO. PRINCIPIO DE PRIORIDAD: CALIFICACIÓN BASADA EN TÍTULOS POSTERIORMENTE PRESENTADOS. INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: TÍTULOS *AD HOC*.

Como afirma el artículo 327 de la LH la resolución estimatoria tiene carácter vinculante para el Registrador, pero como ha afirmado este Centro Directivo (*vid.*

Resoluciones de 9 y 13-3 y 4-4-2012), tal carácter ha de entenderse en el sentido de que todos los titulares de los Registros, donde se presente el título, están obligados a practicar el asiento, o asientos discutidos y ordenados por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, pero sin perjuicio de que, como se ha proclamado reiteradamente «el recurso queda limitado a los defectos invocados» o «expresados en la nota de calificación» (Resoluciones de 8 y 23-3-2010); por ello si en cualquier otro supuesto similar, las circunstancias fueran distintas o los razonamientos o argumentos empleados difirieran de los contemplados por las Resoluciones del Centro Directivo, cabría plantear un nuevo recurso en el que se dilucidara, en su caso, la procedencia o no de una posible calificación negativa. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (por todas, Resoluciones de 6-7-2011; 7-5-2013, y 31-1-2014), que la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte del título que se califica y de la situación tabular existente en el momento mismo de su presentación en el Registro. Esto significa que los Registradores pueden y deben tener en cuenta documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular, aunque hayan sido presentados con posterioridad con el fin de evitar asientos inútiles que debieran cancelarse al extender los asientos derivados de un título posterior que ordena la cancelación de los mismos. Pero como indicó la Resolución de 7-6-1993, la doctrina según la cual los Registradores pueden y deben tener en cuenta documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular aunque hayan sido presentados con posterioridad «no puede llevarse al extremo de la desnaturalización del propio principio de partida —el de prioridad— obligando al Registrador a una decisión de fondo sobre la prevalencia sustantiva y definitiva de uno u otro título (decisión que tanto por su alcance como por lo limitado de los medios de calificación, transciende claramente la función que la ley le encomienda al Registrador)». Este conflicto de prioridad no debe confundirse con el supuesto en que presentado un título determinado es presentado con posterioridad otro distinto del que resulta la falta de validez del primero. Aquí ya no existe conflicto entre títulos o derechos incompatibles, no estamos ante un problema de prioridad sino de validez y en consecuencia y por aplicación del principio de legalidad consagrado en los artículos 18 de la LH y del Código de Comercio, procede la exclusión del título inválido sin que pueda apelarse al principio de prioridad para evitarlo (*vid.* Resoluciones de 2-7 y 6-8-2014). Resultando indiscutible la posibilidad de tomar en consideración los asientos posteriores por el Registrador a fin de emitir una más acertada calificación evitando la práctica de asientos basados en títulos no válidos (Resoluciones de 2-10-1981 y 17-3-1986), no puede extenderse esta afirmación a aquellos supuestos en que la falta de validez del documento calificado no resulte con claridad del posteriormente presentado o, al menos, plantee una cuestión que escape del ámbito competencial del Registrador por exigir un pronunciamiento judicial. Como afirma la Registradora en su nota de calificación concurren en el supuesto de hecho circunstancias que indican que la documentación ha sido otorgada *«ad hoc»*, con la única finalidad de conseguir la inmatriculación y que por tanto no obedece a una efectiva modificación de titularidad real. De los hechos resulta con claridad la concurrencia de los indicios señalados más arriba, tales como el nulo o escaso coste fiscal de la operación diseñada, la nula o escasa función económica, la intervención de personas ligadas por estrechos vínculos familiares (madre e hija y cónyuges, en este caso), e incluso, la circularidad de la operación efectuada, ya que la finca, que inicialmente era privativa de la esposa, continúa al final del proceso dentro de su patrimonio si bien con carácter ganancial junto a su marido.

Resolución de 2-12-2014
(BOE 19-12-2014)
Registro de la Propiedad de Fuente Obejuna.

DOBLE INMATRICULACIÓN: PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

En un caso de doble inmatriculación, de lo que no cabe ninguna duda, y se colige directamente del artículo 313 del RH y de todos los concordantes que afectan al principio del tracto sucesivo y de la tutela judicial efectiva y la proscripción de la indefensión, es de que en el procedimiento declarativo en que se residencie la correspondiente controversia sobre la preferencia de uno u otro folio registral y, por tanto, de los derechos en ellos reflejados, han de ser llamados todos los titulares de cualquier derecho o carga que puedan verse afectados o perjudicados por la eventual sentencia que ponga fin al procedimiento, y no solo los titulares dominicales. Y así ha sucedido —con la limitación que se dirá— en el caso del presente expediente en que han sido llamados al proceso como demandados no solo el titular dominical de la finca registral que el demandante entiende indebidamente inmatriculada, sino otros titulares de derechos y cargas distintos, si bien este llamamiento ha resultado incompleto al haber omitido extender la demanda a la entidad «Unicaja Banco, SAU», titular de dos anotaciones preventivas de embargo sobre la finca registral número 945, cuya cancelación ordena la sentencia. En el presente caso no se tomó dicha anotación preventiva de demanda, como tampoco acudió el demandante al instrumento cautelar arbitrado por el artículo 313 del RH de solicitar judicialmente la nota marginal de advertencia de la posible existencia de una situación de doble inmatriculación. Por ello, como sucedía en un caso similar al presente resuelto por la Resolución de 22-3-2006, aun cuando la anotación del embargo sea posterior a la interposición de la demanda, al no haber sido esta anotada ni haber sido parte el embargante en el juicio y no tener conocimiento de la demanda por medio de la anotación que en su día podía haberse solicitado, tal anotación de embargo no puede ser cancelada. No puede, por el contrario, confirmarse el segundo defecto de la nota de calificación referido a la falta de intervención en el procedimiento de la entidad «Agalia Sur, SL», quien inscribió a su favor el dominio de la finca registral 1329 el 30-6-2014, en fecha posterior a la conclusión del procedimiento pero anterior a la presentación del testimonio de la sentencia en el Registro. lo que sucede en este caso es que la referida finca registral 1329 y los derechos que sobre ella constan inscritos, incluyendo los de la entidad «Agalia Sur, SL», no quedan afectados ni perjudicados en forma alguna por la sentencia dictada, pues se trata precisamente del folio registral que ha de mantenerse abierto por haber sido considerado judicialmente preferente y de mejor derecho, y sin que la sentencia ordene el traslado de las cargas constituidas sobre la finca registral número 945 al folio de la número 1329, sino su cancelación, dejando incólume los derechos inscritos o anotados sobre esta.

Resolución de 5-12-2014
(BOE 19-12-2014)
Registro de la Propiedad de Cádiz, número 3

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

La rectificación del contenido del Registro de la Propiedad no puede llevarse a cabo en base a un acta Notarial pues sin perjuicio de su evidente valor como

instrumento público (art. 17 de la Ley del Notariado), e incluso en determinadas circunstancias para salvar errores producidos en los libros (*vid.* Resolución de 6-11-1980, entre otras), no contiene la relación jurídico inmobiliaria a que se refiere el artículo 40 de la LH. Fuera de los supuestos expresamente previstos por la Ley (el acta de notoriedad de reanudación del tracto sucesivo interrumpido, *ex* art. 200 de la LH), la constatación en instrumento público de manifestaciones o de hechos no puede servir de base a la inscripción del dominio o demás derechos reales. Es preciso por imperativo legal que se trate de escritura pública de la que resulte el título traslativo o declarativo del dominio o derecho real de que se trate (arts. 2 y 3 de la LH). Esta Dirección General ha reiterado en innumerables ocasiones (por todas, Resolución de 26-4-2006), que dentro del estrecho margen que proporciona el procedimiento registral, el Registrador no puede calificar la prescripción, tarea reservada a los órganos jurisdiccionales. Como ya afirmara la Resolución de 18-10-1989, la declaración de dominio unilateral y abstracta (como es la que se hace en base a la usucapión extraordinaria), carece en sí misma de virtualidad traslativa (*vid.* art. 609 del CC) y, por tanto, no es apta por sí sola para considerar como nuevo titular de los bienes cuestionados a su beneficiario. Del documento complementario que acompaña al título presentado resulta que el Pleno de la Diputación de Cádiz ante la pretensión de don J. L. M. L. y en ejercicio de las facultades que derivan del artículo 164 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía, acordó transigir con él para evitar la reclamación civil otorgando a su favor el título de adquisición de la finca que originariamente constaba a nombre de otra persona. Lo que ha ocurrido es que no se ha llevado a cabo el contrato transaccional derivado de dicha decisión que como tal y de acuerdo con los requisitos legales sería susceptible de transmitir el dominio sino que se ha optado por una vía que, como resulta de las consideraciones anteriores, no es viable jurídicamente sin que tampoco proceda ahora prejuzgar cuáles deban ser los requisitos de dicho instrumento.

Registro Mercantil

por Ana M.ª DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 25-9-2014
(BOE 7-11-2014)
Registro Mercantil de Vizcaya, número II.

PRESTACIONES ACCESORIAS:

Puede establecerse una prestación accesoria de contenido determinable, pero deben fijarse en los estatutos las bases o criterios para su determinación. Igual que ha de estarse al artículo 1088 del Código Civil para determinar qué puede ser objeto de la prestación, hay que acudir a sus artículos 1271 y sigs. para precisar sus requisitos. Cabe indeterminación en la cuantía siempre que pueda determinarse en su momento sin necesidad de nuevo convenio entre las partes y sin que la determinación quede al arbitrio de una de ellas.

No cabe que no concuerde el acuerdo de la junta estableciendo la prestación accesoria con lo que se dispone en el correspondiente artículo estatutario.

Resulta indeterminado expresar que la prestación accesoria consiste en la prestación de servicios y actividad comercial, sin más; distinto sería si indica que serán los propios de las actividades que integran el objeto social.

Cabe prever que la transmisión de las participaciones vinculadas a la prestación sea autorizada por el órgano de administración o por la junta.

En cuanto a la valoración de las participaciones del socio excluido, pueden admitirse sistemas objetivos distintos del experto designado por el Registrador mercantil, pero nunca por una de las partes.

Resolución de 26-9-2014
(BOE 7-11-2014)
Registro Mercantil de Madrid, número XII

ADMINISTRADOR. RETRIBUCIÓN.

Es admisible la cláusula estatutaria que determina que será una cantidad anual, cantidad respecto de la que se establece un máximo actualizable conforme a la evolución del IPC, pues determina el criterio (el máximo de cantidad) al cual debe ceñirse la decisión de la junta.

No se pronuncia la resolución sobre si sería admisible establecer en los estatutos la cuantía concreta y determinada en que consiste la retribución.

Resolución de 15-10-2014
(BOE 7-11-2014)
Registro Mercantil de Madrid, número V

ESCISIÓN. DERECHO DE OPOSICIÓN.

Publicada la operación de escisión, un acreedor se opone por entender que sus créditos no están suficientemente garantizados, mientras la sociedad afirma lo contrario y que, por tanto, el acreedor no tiene derecho a oponerse. En este caso, la reforma estructural es plenamente eficaz si concurren los requisitos previstos en la ley y debe procederse a la inscripción, sin perjuicio del derecho del acreedor a hacer constar en el Registro Mercantil el ejercicio unilateral del derecho de oposición y a hacer valer su posición jurídica ante el Juez competente.

Resolución de 21-10-2014
(BOE 12-11-2014)
Registro Mercantil de Barcelona, número XIII

ESCISIÓN. ACUERDO UNÁNIME EN JUNTA UNIVERSAL. EFECTOS CONTABLES. MENCIONES. SUCURSAL.

Por sencilla que sea la situación de hecho, la normativa comunitaria y la española imponen la salvaguarda —en distinto grado— de los derechos de los socios, los trabajadores y los eventuales acreedores. Cuando las sociedades que

participan en la escisión son anónimas el informe del experto nombrado por el Registrador tiene un doble contenido: el de la propia modificación estructural (básicamente en relación al tipo de canje) y la manifestación de que el patrimonio transmitido por la sociedad que se extingue a cada beneficiaria sea igual por lo menos a la cifra del capital social respectivo de estas. La primera parte, en interés de los socios, es renunciable por estos. El segundo aspecto es consecuencia del principio de realidad del capital social y es exigido en interés no solo de los accionistas sino también de los acreedores, por lo que no puede prescindirse del mismo. Además así no existirá contradicción de valoración normativa entre la escisión y la fusión o transformación.

A falta de una manifestación del otorgante de la escritura acerca de la inexistencia de trabajadores de la sociedad escindida, debe declarase que se ha dado cumplimiento a la obligación de información impuesta por el artículo 39.1 LME también respecto de los trabajadores.

No cabe que el capital social de las sociedades beneficiarias se haya desembolsado mediante aportaciones dinerarias, sin perjuicio de que, adicionalmente, los socios puedan realizarlas a cambio de las correspondientes acciones.

Al tratarse el supuesto contemplado de una «operación entre empresas del grupo», aunque no se trate de un «grupo» en sentido técnico-contable, la fecha de efectos contables será la de inicio del ejercicio en que se aprueba la fusión (escisión), siempre que sea posterior al momento en que las sociedades se hubieran incorporado al grupo.

El supuesto contemplado es asimilable a la escisión de sociedades íntegramente participadas, por lo que no son necesarias las menciones 9 y 10 del artículo 31 de la Ley 3/2009.

En cuanto a la mención 11 (impacto de género) no procede al ser el administrador único de la sociedad escindida el mismo que el de las dos sociedades beneficiarias.

La mención relativa a la incidencia en la responsabilidad social de la empresa solo es necesaria en caso de que dicha incidencia exista.

Es preciso que consten las circunstancias personales de los representantes de la sucursal y, entre ellas, su mayoría de edad.

Resolución de 24-10-2014
(BOE 25-11-2014)
Registro Mercantil de Zaragoza

CUENTAS ANUALES. INFORME DE AUDITOR. OPINIÓN DENEGADA.

El Registrador debe hacer un análisis del informe y, especialmente, de las reservas que en el mismo se realizan a fin de concluir si, con independencia del hecho de que impidan al auditor formular una opinión de acuerdo a las normas técnicas de actuación, aquellas impiden o frustran el interés del socio y de los eventuales terceros a la revisión de la fiabilidad de las cuentas.

Debe procederse al depósito en caso de que, a pesar de la existencia de reservas, el informe no implique una afirmación de que las cuentas no son fiables (por ejemplo por referirse a cuestiones como la evolución del mercado o la posibilidad de realización de activos en el futuro).

No puede hacerse el depósito cuando el auditor carece de información suficiente para realizar su juicio de fiabilidad sobre determinadas partidas (por ej.

valoración de determinadas participaciones de otra sociedad, o en diversas UTE, determinados créditos, provisiones, por carecer de información suficiente que justifique la estimación realizada).

Resolución de 28-10-2014
(BOE 25-11-2014)
Registro Mercantil de Zaragoza

CUENTAS ANUALES. INFORME DE AUDITOR. OPINIÓN DENEGADA.

El Registrador debe hacer un análisis del informe y, especialmente, de las reservas que en el mismo se realizan a fin de concluir si, con independencia del hecho de que impidan al auditor formular una opinión de acuerdo a las normas técnicas de actuación, aquellas impiden o frustran el interés del socio y de los eventuales terceros a la revisión de la fiabilidad de las cuentas.

Debe procederse al depósito en caso de que, a pesar de la existencia de reservas, el informe no implique una afirmación de que las cuentas no son fiables (por ej. por referirse a cuestiones como la evolución del mercado o la posibilidad de realización de activos en el futuro).

No puede hacerse el depósito cuando el auditor carece de información suficiente para realizar el juicio de fiabilidad sobre determinadas partidas (por ejemplo no poder comprobar el deterioro de valor de un inmueble por falta de tasación; no haber suministrado información contable sobre aplazamientos de pago a proveedores; no poder considerarse cumplidos los requisitos exigidos para el reconocimiento de un crédito fiscal).

Resolución de 28-10-2014
(BOE 25-11-2014)
Registro Mercantil de Madrid

ESTATUTOS. JUNTA. CONVOCATORIA. FORMA.

Para enjuiciar la admisibilidad o el rechazo de los procedimientos estatutarios de convocatoria de la junta, en sustitución de la publicación en el BORME y en la web o diario, debe apreciarse si con aquellos se cumplen o no las garantías de información que sobre la convocatoria se pretende asegurar por la norma legal.

Es admisible el correo certificado con acuse de recibo, o el sistema que establecen los estatutos tipo aprobados por la O. JUS/3.185/2010 «a través de procedimientos telemáticos mediante el uso de la firma electrónica». Pero no el correo electrónico por sí solo, salvo que vaya complementado con algún procedimiento que permita el acuse de recibo del envío (como la solicitud de confirmación de lectura, o medios que permitan obtener prueba de la remisión y recepción mediante el uso de la firma electrónica).

Resolución de 4-11-2104
(BOE 2-12-2014)
Registro Mercantil de Toledo

CUENTAS ANUALES. CIERRE. TRACTO.

Si la hoja social se halla cerrada por falta de depósito de cuentas de un ejercicio, no pueden depositarse las del siguiente y ello aunque aquellas hayan sido presentadas. La presentación no equivale al depósito. Las cuentas han de ser calificadas positivamente y depositadas.

Resolución de 5-11-2014
(BOE 2-12-2014)
Registro Mercantil de Ciudad Real

ESCISIÓN. BALANCE. OPOSICIÓN DE ACREEDORES.

En los supuestos generales de fusión o escisión, aun cuando se exima de ciertos requisitos formales cuando han sido aprobadas en Junta universal por unanimidad o se trate de una SL íntegramente participada, no se exime de la obligación de aprobar el balance de fusión o escisión, a salvo la excepción contenida en el artículo 78 bis Ley 3/2009, que es precisamente el del caso contemplado. No puede por tanto en ningún caso exigirse el balance ni la afirmación de que ha sido aprobado.

A falta de acuerdo entre los interesados (acreedor y sociedad) sobre la concurrencia de las circunstancias que hacen nacer el derecho de oposición, la reforma estructural es plenamente eficaz si concurren los requisitos previstos en la ley y debe procederse a la inscripción, sin perjuicio del derecho del acreedor a hacer constar en el Registro Mercantil el ejercicio unilateral del derecho de oposición y a hacer valer su posición jurídica ante el juez competente. En los términos previstos en el inciso final del artículo 44 de la Ley 3/2009.

Resolución de 6-11-2014
(BOE 2-12-2014)
Registro Mercantil de Ciudad Real

ESCISIÓN. BALANCE. OPOSICIÓN DE ACREEDORES. ESTATUTOS. DOMICILIO SOCIAL.

En los supuestos generales de fusión o escisión, aun cuando se exima de ciertos requisitos formales cuando han sido aprobadas en Junta universal por unanimidad o se trate de una SL íntegramente participada, no se exime de la obligación de aprobar el balance de fusión o escisión, a salvo la excepción contenida en el artículo 78 bis Ley 3/2009, que es precisamente el del caso contemplado. No puede por tanto en ningún caso exigirse el balance ni la afirmación de que ha sido aprobado.

A falta de acuerdo entre los interesados (acreedor y sociedad) sobre la concurrencia de las circunstancias que hacen nacer el derecho de oposición, la reforma estructural es plenamente eficaz si concurren los requisitos previstos en la ley y

debe procederse a la inscripción, sin perjuicio del derecho del acreedor a hacer constar en el Registro Mercantil el ejercicio unilateral del derecho de oposición y a hacer valer su posición jurídica ante el juez competente. En los términos previstos en el inciso final del artículo 44 de la Ley 3/2009.

En los estatutos debe especificarse el domicilio social concretando el término municipal en que se encuentre. No es necesario expresar la provincia. El Registrador Mercantil deberá entonces calificar su competencia.

RESOLUCIONES PUBLICADAS EN EL *DOGC*

por María TENZA LLORENTE

Resolución 2.409/2014, de 9-10-2014
(*DOGC* 4-11-2014)
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 15

PROPIEDAD HORIZONTAL: INSCRIPCIÓN DE ESTATUTOS ANTERIORES A LA LEY 5/2006, DE 10 DE MAYO.

En esta materia, la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas sienta una doctrina idéntica a la Dirección General de los Registros y Notariado en lo que a modificación de estatutos se refiere, cuando se pretende su inscripción existiendo titulares posteriores inscritos. Así, para un supuesto de hecho en que se pretendía la inscripción de unas normas de comunidad o de sus modificaciones aprobadas años antes de la presentación de la escritura en el Registro, el Centro Directivo declaró, en Resolución de fecha 23-7-2005, siguiendo otras anteriores como la de 19-2-1999 o 4-11-2004, que no eran inscribibles por cuanto que, constando en el Registro la existencia de propietarios que adquirieron su derecho con posterioridad al acuerdo, no podían aquellos verse afectados. Esta doctrina es reiterada en las Resoluciones de fecha 9-2-2008; 22-9-2009, y 25-4 y 1-7-2013. Asimismo, la Resolución de fecha 9-4-2014 afirma que el principio de inoponibilidad es uno de los fundamentales de la legislación hipotecaria, que no solo resulta del artículo 32 de la LH, sino del propio Código Civil, que en el artículo 606 hace expresa referencia al mismo incorporando al Código la misma redacción que tenía tradicionalmente el precepto de la legislación hipotecaria tradicional, lo que revela la trascendencia del mismo como base fundamental de la legislación registral y civil. Principios registrales que se invocan también el Centro Directivo para fundamentar la negativa a la inscripción son los de tracto sucesivo (art. 20 de la LH) y legitimación registral (art. 38 de la Ley), así como SSTS 3-9 y 16-11-2004; 22-5-2008; 7-3-2013, y 6-2-2014.

Respecto a la normativa aplicable en Cataluña, desde el 1-7-2006, quedó derogada la normativa estatal sobre propiedad horizontal, como indican las SSAP de Barcelona 26-11-2009, de Gerona de 11-11-2009 y de Tarragona de 17-5-2011. No obstante, el Auto del TSJ de Cataluña de 12-11-2012, aunque inadmite el recurso de casación, parte como *obiter* también de una postura similar a la sostenida por la Dirección General de Derecho, pues señala para un supuesto de hecho

de Derecho Transitorio que ya que las normas del Libro V no están constituidas en su totalidad por normas de Derecho necesario, son aplicables los estatutos anteriores en todo aquello que no contradigan lo establecido en la misma, siendo posible que especifiquen, completen y hasta modifiquen ciertos derechos y deberes, siempre que no contravengan las normas de *ius cogens* claramente deducibles de los mismos términos de la Ley.

En definitiva, la Dirección General no considera necesaria la adaptación formal de estatutos anteriores a la vigencia del Libro V, aunque sí el consentimiento de todos los titulares registrales para su inscripción registral.

Resoluciones 2.410 y 2.426/2014 de 9 y 14-10-2014
(*DOGC* 4 y 5-11-2014)
Registro de la Propiedad de Badalona, número 3 y Barcelona, número 8

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS. PROHIBICIÓN DE USOS TURÍSTICOS.

De conformidad con los artículos 33 de la Constitución y artículo 541.1 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, la propiedad adquirida legalmente otorga a los titulares el derecho a usar de forma plena los bienes que constituyen su objeto y a disfrutar y disponer de ellos, con los límites derivados de la función social y relaciones de vecindad (STC 204/2004, de 18 de noviembre). Siguiendo los pronunciamientos de la STSJ de Cataluña de fecha 22-7-2013 la doctrina jurídica ha empleado la distinción entre los límites del dominio y las limitaciones. Los primeros definen su contenido ordinario del derecho, es decir, establecen sus confines (de ahí su denominación de «límites»), no requieren de un acto especial de constitución, dado que los establecidos en las normas legales y no generan indemnización. En cambio, los segundos, las limitaciones, como su nombre sugiere conllevan una eliminación del contenido propio del derecho de propiedad y precisan de un acto especial de constitución, debiendo ser ambas objeto de una interpretación restrictiva. Dentro de la propiedad horizontal más concretamente, pertenecen a la segunda categoría todas las disposiciones que, como la que aquí se analiza, impiden al propietario ejercitar su derecho a destinar su finca a los fines que tenga por convenientes en la forma dispuesta por el artículo 553.11. 2 letra e). Así se infiere del artículo 553.1 de conformidad con el cual el régimen jurídico de la propiedad horizontal confiere a los propietarios el derecho de propiedad en exclusiva sobre los elementos privativos y en comunidad con los demás en los elementos comunes. Por tanto, la exigencia de consentimiento expreso de los propietarios afectados se debe a que afecta a ese contenido esencial del derecho de propiedad. Esa nota característica es el fundamento para que la DGRN distinga entre actos individuales (que requieren el consentimiento individualizado del propietario afectado, con el matiz de que exige que se otorgue en escritura pública, sin que baste la certificación de su asistencia a la junta de propietarios) y actos colectivos (para los cuales, basta la adopción del acuerdo con las mayorías determinadas por la Ley). Sin embargo, a diferencia de esta exigencia de consentimiento de los propietarios afectados en escritura pública, la Dirección General de Derecho entiende que basta que el secretario de la comunidad certifique su asistencia y sentido afirmativo del voto en la junta e incluso que, debidamente notificado, no se haya opuesto en el plazo de un mes, como se ha indicado.

Por lo que respecta a la jurisprudencia del TS, la Sentencia de fecha 23-2-2006 (Fundamento de Derecho Segundo) se parte de la libertad que tienen los propietarios integrados en el régimen de la propiedad horizontal para dar a los elementos el destino que tengan por conveniente, sin que el hecho de aparecer descrito el uso pueda entenderse como limitación o prohibición de manera que para que un uso se entienda prohibido, deviene necesaria una cláusula o regla precisa y concreta, con obligación para los comuneros de su cumplimiento, tanto para los fundadores de la Comunidad, como para los titulares posteriores, y a ninguno de ellos se le puede privar de la utilización de su derecho de propiedad como considere oportuno, siempre que el destino elegido no esté prohibido singularmente en aquellos documentos. Y concluye que para que se introduzca una cláusula similar a la analizada es precisa la unanimidad. Esta doctrina se reitera en las Sentencias 20-9-2007 (Fundamento de Derecho Tercero, con cita de otras anteriores), que además recuerda que las limitaciones o prohibiciones de uso se han de interpretar en sentido restrictivo. Por su parte, el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia de 20-10-2008 contiene el siguiente aserto: la doctrina constitucional entiende que el artículo 33 de la Constitución Española reconoce al derecho a la propiedad privada un núcleo esencial, de manera que el régimen de los bienes, es decir, las facultades del propietario, no puede privarle de la efectiva utilidad económica, ni de la autonomía de la voluntad para usar, gozar y disponer de ellos. Si bien es cierto que los estatutos de una determinada comunidad constituida en régimen de propiedad horizontal pueden contener cláusulas prohibitivas o limitativas de determinadas actividades, estas deben estar establecidas en atención al interés general de la propia comunidad. Para garantizar su eficacia frente a terceros y a posteriores adquirentes, estas limitaciones deben constar inscritas en el Registro de la Propiedad. Este se transcribe, a su vez, por el Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia 30-12-2010. Por último, sin ánimo exhaustivo, esta línea jurisprudencial se reitera en las Sentencias 4-3, 25-6 y 1-10-2013, por todas. Esta posición del TS es clave en la interpretación de la normativa y de los requisitos para que este tipo de acuerdos acceda al Registro de la Propiedad, reforzando la tesis de que se ha de rechazar la inclusión en los estatutos inscritos si los titulares afectados no prestan su consentimiento.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia menor, la Sentencia de la AP de Valencia de fecha 26-4-2013 y abstracción hecha de que sea de aplicación la normativa civil común (Ley 49/1960, de 21 de abril), lo cual ya podría implicar matices diferenciadores respecto de la normativa civil foral, parte en estos de la noción de acuerdo válidamente adoptado por mayorías cualificadas, pero no se pronuncia sobre el caso en que sea preciso el consentimiento de los propietarios afectados, como impone el artículo 553.25.4. De hecho, en el Fundamento de Derecho Cuarto de la STSJ de Cataluña de fecha 20-2-2012 se afirma que este artículo viene a proclamar que la pérdida de utilidad de parte del edificio sea de los elementos comunes sea de los privativos, no puede ser realizada sin el consentimiento expreso del propietario particularmente afectado, lo que no supone más que asentar —también en el régimen de la propiedad horizontal— el principio general de que nadie puede, sin una causa legal o mediante su voluntaria renuncia, ser privado de sus derechos. Por su parte, la SAP de Barcelona de fecha 4-12-2012 parte no solo de un acuerdo de naturaleza distinta al aquí planteado (reparto de gastos) sino que además entra a considerar la mala fe de la demandante en cuanto a la recepción de la comunicación, cuestión de imposible apreciación en sede registral (art. 18 de la LH).

En relación con las Resoluciones de la DG de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña, el Fundamento de Derecho tres párrafo uno de la Resolución de 21-4-2010 que se requiere el consentimiento expreso de los titulares para los acuerdos que disminuyan la utilidad y el valor de determinados elementos (en el supuesto de hecho, la actividad de hostelería). La prohibición de usos, en su acepción más amplia, conlleva necesariamente una pérdida de valor y utilidad económica de los elementos privativos. Por último, el Fundamento de Derecho Segundo tres de la Resolución de 28-10-2013 parte de la necesidad también de consentimiento del propietario en la junta en el sentido de que tiene que formar parte de la junta. No obstante, en la Resolución de 14-10-2014 aquí comentada se entiende como favorable el del propietario notificado que no se opone en el plazo de un mes (Fundamento de Derecho tercero seis).

En resumen, la DG de Derecho y Entidades Jurídicas entiende exigible para incluir una cláusula que prohíba el uso turístico en los estatutos de las comunidades de propietarios que se adopten por cuatro quintas partes y, además, que los afectados consientan expresamente o no se opongan en el plazo de un mes si no han asistido y salvaguarde además los derechos de los titulares que no renuncien a él en el futuro.

Resolución 2.424/2014 de 9-10-2014
(*DOGC* 5-11-2014)
Registro de la Propiedad de Martorell, número 2

URBANISMO: LICENCIA ESPECÍFICA DE SEGREGACIÓN EN CONSTITUCIÓN DE DERECHO DE SUPERFICIE.

La Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas parte de la premisa de que es precisa la licencia de segregación para la asignación de uso exclusivo de un terreno, como la constitución de derecho de superficie, que «comporta una propiedad separada». Así se infiere de los artículos 187.1.a) y 191 a 196 del D. Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el TR de la Ley de Urbanismo y de los artículos 241 a 248 y 249 y 250 del D. 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo (más concretamente, art. 191.1.b) del TR, 23 y siguientes del D. 64/2014, de 13 de mayo, protección de la legalidad urbanística, que deroga el anterior Decreto 305/2006 en esta materia), así como el artículo 17 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio.

En materia de presunciones de parcelación, la Sentencia 3-10-2008, de la AP Madrid, revocó la Resolución de 14-6-2004 y la Sentencia del Juzgado de Primera instancia núm. 55 de Madrid de 21-4-2007, confirmando la nota del Registrador de la Propiedad que había considerado necesaria la licencia en caso de división horizontal de una finca en que existían dos edificaciones para formar dos viviendas unifamiliares independientes cada una de las cuales lleva como anejo el uso y disfrute exclusivo de una zona de terreno. Asimismo, para el caso de suelos privativos integrantes de complejos inmobiliarios privados, se ha exigido igualmente licencia de segregación, caso de dividirse o separarse una parte de ellos (Resoluciones de 14-7, 9-9, dictada para una supuesto de la legislación catalana y 3-12-2009). La doctrina de las indicadas Resoluciones fue reiterada posteriormente por otras como la de 12-7-2010 (Fundamento de Derecho Sexto). La Resolución de 24-8-2011, para un supuesto de enajenaciones de cuotas

indivisas sin asignación de uso exclusivo pero reveladoras de parcelación por las circunstancias del caso (existencia de varias escrituras de venta presentadas y escrito del ayuntamiento relativo a la existencia de posible parcelación ilegal), las de 3-4 y 15-10-2012 y la de 5-11-2012, 21 y 28-1-2014 por todas. Partiendo de esta base y de las particularidades propias de la normativa urbanística de cada CA, existen supuestos en que no se considera necesaria la licencia. Así, en una actuación promovida por el ayuntamiento, en la Comunidad Valenciana, la Resolución de fecha 8-7-2013 resolvió que no era necesaria la licencia de segregación por existir una norma autonómica conforme a la cual el acuerdo municipal aprobatorio de la segregación implica el otorgamiento de licencia o si no implica una asignación de uso exclusivo que implique parcelación (Resoluciones de 5 y 14-11-2013 y 24-6-2014, dictadas para supuestos planteados en la legislación andaluza o 3-4, 15-10 y 5-11-2012, de Baleares).

En Cataluña, dado que la normativa anterior a la actual no exigía licencia respecto a la posibilidad de constituir más elementos susceptibles de aprovechamiento independiente, la Resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de fecha 17-7-2009 consideró inscribible una escritura en que los vendedores enajenaban unas cuotas indivisas de una finca y declaraban constituir una comunidad ideal en que las respectivas participaciones porcentuales daban derecho cada una al uso exclusivo y excluyente de unos espacios destinados a aparcamiento.

En el caso resuelto por la Resolución comentada y si bien el artículo 187.3 del D. Legislativo 1/2010 deja a salvo, en caso de concesión de licencias, las demás autorizaciones que sean preceptivas de acuerdo con la legislación de régimen local o sectorial, tanto el apartado b) del artículo 187.4 como los derogados artículos 243 y 244 del D. 305/2006, de 18 de julio, exceptúan de su necesidad las fincas incluidas en proyectos de parcelación y de ahí que la Dirección General, junto con la existencia de licencia de obras e invocando el principio de simplificación administrativa, no considere necesaria la licencia específica de segregación. Los vigentes artículos 6.a) y b) del D. 64/2014, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de protección sobre la legalidad urbanística, enumera como actos en los que no es necesaria la licencia de parcelación los comprendidos en proyectos de urbanización debidamente aprobados y en los proyectos de parcelación. Asimismo, el artículo 16 dispone que en los supuestos de actos que comportan la ejecución de obras (en este caso, gasolinera y supermercado), que requieren otras autorizaciones administrativas en concurrencia con la licencia urbanística preceptiva, no se puede otorgar esta licencia mientras no hayan sido concedidas aquellas otras autorizaciones, por lo que presupone la existencia de licencias administrativas previas y, por último, el artículo 20.1 permite dividir los terrenos comprendidos en un ámbito de actuación urbanística para constituir fincas de conformidad con las determinaciones del planeamiento urbanístico que detalle la ordenación del suelo.

En definitiva, existiendo licencia de obras que ampare la construcción en un terreno incluido en un proyecto de reparcelación, no es precisa licencia específica de segregación para la constitución de derecho de superficie.

Resolución 2425/2014 de 9-10-2014
(*DOGC* 5-11-2014)
Registro Mercantil de Igualada, número 2

DERECHO DE SUCESIONES: CONFLICTO DE INTERESES.

La jurisprudencia presenta una noción y alcance de «conflicto de interés» a través de múltiples pronunciamientos. Así, respecto de la patria potestad, pero que puede extrapolarse a supuestos como el presente, en palabras del TS (Fundamento de Derecho Tercero Sentencia 30-10-2012) el concepto y delimitación del conflicto de intereses se ciñe a aquellos casos en que los intereses y derechos de un titular y el menor son contrarios u opuestos en un asunto determinado, de modo que el beneficio de uno puede comportar perjuicio para el otro. Invoca por ello la Sentencia 17-5-2004, la cual afirmaba que «el conflicto de intereses lo toma en consideración el legislador, en defensa del menor (Sentencia 17-1 y 4-3-2003) y en relación con cada asunto concreto, razón por la que hay que estar a las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su existencia. Ese casuismo deriva de la excepcionalidad de la figura en relación con la regla general de representación de los hijos menores por sus padres». De ahí que la situación de conflicto se identifique con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa de los propios intereses irá en detrimento del de los menores (Sentencias 17-1 y 5-11-2003), quedando excluido incluso el caso en que sean distintos, pues esto no implica necesariamente incompatibilidad. En el mismo sentido se pueden citar otras sentencias como las de 12-6-1985, 17-1-2003, 30-6-2004, 1-9-2006 y 8-6-2011. Dentro de estos pronunciamientos generales, para un supuesto en que existía autorización judicial de la herencia el Centro Directivo, en Resolución de 25-4-2001, no consideró necesaria la intervención de defensor judicial en que la incapaz era representada en las operaciones descritas por su hermano —coheredero— y tutor, que acepta la herencia pura y simplemente, atendidas la composición del caudal, las actuaciones procesales realizadas y las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto debatido, invocando la necesidad de agilizar y simplificar el tráfico jurídico y la reducción de costes en la medida en que queden debidamente salvaguardados los intereses de menores e incapacitados. Ahora bien, en casos en que no se da esa circunstancia y hay contraposición, resulta exigible (Resolución de 14-5-2010). También estima el Centro Directivo la existencia en la partición efectuada por un albacea contador-partidor que al tiempo es heredero y que actúa y que dice haber actuado, en aquel concepto, por sí y en nombre de la otra heredera (Resoluciones de 12 y 16-6-2014).

Por una parte, en cuanto al conflicto de intereses, centrando la cuestión en el Derecho Civil catalán, para un caso de contraposición de intereses, dadas las circunstancias del supuesto de hecho, en que una tutora actuaba por sí y en nombre y representación de la tutelada y efectuaba la partición en un momento muy posterior al fallecimiento del causante, la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña estima necesaria la intervención de un defensor judicial (Resolución de 2-5-2007, con referencia a la Resolución de 9-10-2006, Fundamento de Derecho Tercero). Entiende que para entender que existe conflicto de intereses han de ser objeto de valoración y ponderación de todas las circunstancias que concurren en la situación lo que llevará a estimar o no la existencia del conflicto.

Por otra parte, a diferencia del Derecho Civil Común, que solo prevé la exigencia de autorización judicial para el caso de las renuncias a la herencia deferidas

a los menores bajo patria potestad o tutela, la Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba el Libro II del Código Civil de Cataluña, contempla en sus artículos 236.30 letra b), en conexión con el artículo 236.27 letra e), la posibilidad de autorizaciones alternativas por los parientes de ambas líneas, ampliando el ámbito del derogado artículo 153.2 del Código de Familia aprobado por Ley 9/1998, de 10 de julio. Pero en el caso resuelto por la Resolución objeto de este comentario, en cambio, entiende que no es precisa la intervención de un defensor judicial pues, además de no estar prevista legalmente para esta concreta eventualidad y siendo el fundamento de la exigencia de autorización —sea judicial o sea de los parientes—, en palabras de la propia Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas, la protección del interés superior del menor, concluye que este queda salvaguardado por la actuación del pariente de la rama materna. Además, este mecanismo se enmarca en la línea flexibilizadora sentada por la SAP Barcelona 21-6-2013, confirmada a su vez por la STSJ 7-7-2014, señala que el sistema de autorizaciones alternativas previsto por el derogado Código de Familia se trata de una muestra más de la tendencia a la privatización del Derecho de Familia por la que ha optado el legislador catalán. Sistemáticamente se coloca tras la regla general de la autorización judicial, pero no como regla excepcional (lo que llevaría a una interpretación restrictiva), sino como una regla «alternativa», que agiliza la conclusión del negocio jurídico de que se trate, por lo que en caso de familias monoparentales, a diferencia de la postura adoptada por la Resolución de 30-3-2011 (monoparental), la intervención de una sola rama de parientes no afecta al equilibrio y neutralidad de la decisión. En la Resolución comentada, la Dirección General de Derecho parte además de la afirmación de que no cabe apreciar conflicto de intereses cuando se dan lazos de parentesco entre quien autoriza la renuncia y la persona que se ve beneficiada por la misma. Esta postura contrasta con la Resolución de 30-6-2014 de la Dirección General de los Registros que entiende, para un supuesto de representación voluntaria, que sí existe autocontratación en la actuación del apoderado de una cooperativa de crédito que, en una escritura de novación de hipoteca, interviene, además de como tal apoderado, para consentir dicha novación en su condición de cónyuge de la deudora (al ser la vivienda hipotecada el domicilio familiar de ambos). Señala la Dirección General que existe un conflicto indirecto de intereses entre el apoderado y su representada, al cual es de aplicación el criterio general de defensa de la posición jurídica del principal en todos aquellos supuestos en que la actuación del gestor implique un conflicto entre los intereses del principal y no solo los del propio gestor, sino también los intereses de aquellas personas con las que el gestor esté especialmente vinculado. Se aparta así de la Resolución de 15-10-2005 que afirmó que, no existiendo norma específica prohibitiva, las actuaciones con parientes no merecen reproche, entiende que dicho aserto es contradictorio con los pronunciamientos del TS. En cambio, la Dirección General de Derecho de modo que solo si existiera un conflicto real de intereses, definido por la existencia de una situación de ventaja de los intereses del representante sobre los del representado, sería precisa la aplicación de los mecanismos previstos por el Ordenamiento jurídico para la validez del negocio jurídico.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Análisis jurisprudencial del régimen jurídico de la autotutela: los artículos 223 y 234 del Código Civil

Jurisprudential analysis of the legal system of the autotutelage: the articles 223 and 234 of the Civil Code

por

GEORGINA ÁLVAREZ MARTÍNEZ*
Doctora en Derecho por Universidade da Coruña

RESUMEN: 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, junto a la regulación del patrimonio protegido, ha modificado en varios aspectos la legislación vigente, con el fin de atender mejor las necesidades vitales —y no solo las económicas— de las personas con discapacidad. Entre estas modificaciones ocupa un lugar destacado la autotutela, la cual se ha introducido en el ordenamiento jurídico a través de unas mínimas reformas al Código Civil, en concreto, en los artículos 223 y 234. En este lugar, me voy a ocupar de los límites legales de esta figura, atendiendo especialmente a la aportación de la jurisprudencia.

ABSTRACT: The Law 41/2003, of the November 18th of Patrimony Protection of the Personas with disability and amendment of the Civil Code, the Law of Civil Procedure and the Tributary Regulation with this purpose, along with the regulation of the protected patrimony, it has modified in several aspects the current legislation, in order to attend the vital needs —not only the economic ones— of the persons with disability. Between these modifications there occupies an out-standing place the autotutelage, which has been introduced into the legal system through a few minimal reforms to the Civil Code, in particular, in the articles 223 and 234. In this place, I am going to deal with the legal limits of this figure, attending especially to the contribution of the Jurisprudence.

* Profesora colaboradora en el Grado de ADE, Unir.

PALABRAS CLAVES: Autotutela. Autonomía de la voluntad. Jurisprudencia. Capacidad de obrar suficiente. Incapacidad. Enfermedades degenerativas. Documento público notarial

KEY WORDS: Autotutelage. Autonomy of the will. Jurisprudence. Capacity to act. Incapability. Degenerative illnesses. Notarial public document

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: LA AUTOTUTELA EN LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—II. LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL: ARTÍCULOS 223 Y 234.—III. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA AUTOTUTELA.—IV. ELEMENTOS FORMALES DE LA AUTOTUTELA.—V. CONSIDERACIONES FINALES.—VI. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

I. PLANTEAMIENTO: LA AUTOTUTELA EN LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

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[1] (en adelante LPPPD), tiene por objeto regular nuevos mecanismos de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Es sabido —y así lo dice la Exposición de Motivos de la Ley— que uno de los aspectos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad, es la existencia de medios económicos a su disposición, en proporción suficiente para atender a las necesidades vitales de los mismos. En paralelo a los medios proporcionados por los poderes públicos —de manera directa, a través de servicios públicos, o indirectamente a través de beneficios fiscales o subvenciones específicas— resulta que son el propio discapacitado y su familia los que atienden económicamente a la satisfacción de las necesidades vitales. A esta parte de los recursos atiende la ley.

Entre los recursos patrimoniales que prevé este texto normativo ocupa un importante lugar —desde ya por el mayor número de artículos dedicados a su regulación, pero también por su tipificación en el ordenamiento jurídico[2]— el régimen del patrimonio protegido, que la doctrina ha descrito como su novedad estrella[3]. No obstante, el legislador también ha querido introducir una serie de modificaciones a la legislación vigente, siempre con el fin de que se pueda prever económicamente —aumentando las posibilidades jurídicas de afectar medios económicos[4]— a la atención de las necesidades vitales de la persona con discapacidad. En este marco, casi a manera de cóctel por su variedad y concurrencia genética en una misma ley, se han modificado artículos del Código Civil, así como también normas de carácter procesal y tributario. Entre estas reformas al Código Civil ocupa también un lugar destacado la autotutela, la cual se ha introducido en el ordenamiento jurídico a través de unos escuetos retoques al citado código[5]. En este lugar, me voy a ocupar de los límites legales de esta figura, atendiendo especialmente a la aportación de la jurisprudencia.

II. LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL: ARTÍCULOS 223 Y 234

El régimen jurídico de la autotutela que ha diseñado la LPPPD se subsume, básicamente, en dos artículos del Código Civil. Por una parte, en el artículo 223, y por otra en el artículo 234. El artículo 223 ha visto ampliado su contenido a tres nuevos párrafos, y resulta que, junto a la posibilidad de que los padres nombren tutor u ordenen cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menos o incapacitados (primer párrafo), se viene a autorizar a que:

> «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» (segundo párrafo).

Explica el legislador en la Exposición de Motivos, que tal regulación «puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas»[6] y que «si ya los padres pueden adoptar las medidas que consideren oportunas respecto de la persona y bienes de sus hijos menores o incapacitados, no se ven obstáculos para que esta misma posibilidad corresponda a una persona con capacidad de obrar suficiente respecto de sí mismo, para el caso de ser incapacitado». En el mismo sentido apunta la Audiencia de Navarra: «la regulación de la autotutela es especialmente útil en el caso del diagnóstico de enfermedades degenerativas que afectarán la capacidad intelectiva, de tal modo que cuando el sujeto aún se halla en plenitud de facultades mentales puede proceder a configurar, en especial mediante la designación de la persona que va a ocupar el cargo, la tutela, pero también estableciendo aquellos órganos de control y de fiscalización que estime más oportunos»[7].

Los otros dos párrafos dicen así:

> «Los documentos públicos a que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.
>
> En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo».

Advierte la Audiencia de Pontevedra que tal es la importancia y valor que el legislador ha querido conceder a esta facultad que ha debido alterar el orden de delación de la tutela, viniéndose a preferir como tutor, en primer lugar, al designado por el propio tutelado[8]. Así, con motivo de la regulación de la autotutela, se ha visto también afectado el artículo 234 del Código Civil, que establece la preferencia del tutor designado por el propio tutelado.

Como puede comprobarse el legislador no define la figura en esta parca regulación, pero del conjunto de elementos que se exigen para su configuración podría entenderse que se trata de «una declaración de voluntad formal realizada por una persona con capacidad suficiente, dirigida al Juez que habrá de conocer su futura incapacitación, que puede tener por objeto establecer disposiciones en relación con sus bienes, así como también la persona a quién se prefiere como tutor»[9]. Con menor amplitud destaca la jurisprudencia el elemento voluntario de la figura: «la autotutela es la facultad o legitimación que se concede a la

persona para que, en previsión de su futura incapacitación, configura y organice un régimen tutelar según considere más oportuno dentro de los límites previstos legalmente»[10]. En otra parte se dice a secas que es «una facultad» con amparo legal[11].

Desde ya debe descontarse que a través de esta facultad resulte que sea la propia persona la que instituya su tutela. La decisión personal no es eficaz en sí misma y requiere para adquirir eficacia de la aprobación judicial, que en el caso será la sentencia de incapacitación[12]. Con todo, la autotutela es una manifestación de la irrupción de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la protección de las personas[13], que si bien no determina al Juez competente, le obligará en su caso, y por excepción (cfr. art. 234), a dar razón motivada de su prescindencia, y siempre atendiendo al beneficio del menor o incapaz. Desde la jurisprudencia se refuerza este elemento voluntario indicándose que tal facultad —la de nombrar tutor— «…es vinculante para el tribunal al constituir la tutela, salvo que decida motivadamente otra cosa por exigencias del beneficio de la persona incapacitada, según preceptúa claramente el artículo 45 LDCG [Ley Derecho Civil de Galicia (también el art. 234 del Código)]…», donde se establece además que en ese caso —de prescindencia de la voluntad del sujeto— el Juez lo hará mediante decisión motivada[14]. La Exposición de Motivos contiene a este respecto otra afirmación que condiciona todavía más la decisión del Juez —y por contra reafirma la voluntad del otorgante— «a que hayan sobrevenido circunstancias que no fueron tenidas en cuenta al efectuar la designación»[15].

En casi todos los supuestos la tendencia de la judicatura es respetar la delación voluntaria. Es más, en este ámbito se ha puntualizado que el Juez cuidará de no alterar —casi nunca— la voluntad del designante de tutor para una eventual incapacidad[16]. A este respecto la Audiencia de Pontevedra aporta tres factores que deberán tenerse en cuenta en la valoración de esta coyuntura, en la que habitualmente concurren conflictos de índole familiar, a saber:

«a) Que el nombramiento de tutor suele significar, máxime si esa designación recae en una persona extraña al círculo familiar, al deseo, al menos implícito (la LDC lo prevé explícitamente en el art. 42 *in fine*) del designante de excluir a los parientes de ese cargo.
b) que debe procurar indagar las razones de toda índole que laten en esa designación y en ese tratamiento excluyente.
c) que *por mor* de las precedentes circunstancias, tampoco resulta desacostumbrado que los familiaries excluidos —expresa o tácitamente— del ejercicio de la tutela tiendan a sembrar interesadamente dudas sobre la validez y el acierto de la designación y hasta sospechas artificiosas sobre la honorabilidad del designado»[17].

Con esta filosofía, de un lado, se ha dado preferencia a la voluntad de designante[18], pese a que en algunos supuestos, por ejemplo, la fecha de otorgamiento del documento público notarial que contenía el nombramiento de tutor, era solo tres meses anterior a la fecha de interposición de la demanda de incapacitación. Esta circunstancia bien podía conducir a suponer que la capacidad de obrar suficiente estaba ya afectada, sin embargo no lo entendió así la Audiencia de Barcelona, y declaró en tales circunstancias la eficacia del nombramiento[19]. En otro supuesto, hasta se llegó a preferir la voluntad del otorgante manifestada en acto de vista oral, y no en documento público notarial, tal como exige el artículo 223 del Código Civil[20]. Sobre este caso volveré más adelante.

Sin embargo, al otro lado de la balanza, en un caso resuelto por el TS —que bien sirve de botón de muestra— el interés del incapaz dio razón a denegar la designación de la persona propuesta como tutora en previsión de una declaración de incapacidad[21]. El TS —siguiendo los antecedentes del caso en Primera y Segunda instancia— encontró suficientemente motivada la denegación, atendiendo, entre otras circunstancias, al abultado patrimonio de D. Obdulio (sin parientes y al cuidado de D.ª Purificación, sobre quien recaía el nombramiento de tutor) con serias dificultades para el cálculo (el Juez de Primera Instancia había declarado la incapacidad parcial para la disposición y administración de sus bienes y sujeto a la tutela de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias), y a las actitudes de la Sra. Purificación, que revelaron un interés distinto del mero cuidado y atención personal del demandado[22]. A diferencia del caso expuesto en el párrafo anterior, la proximidad temporal entre el otorgamiento de la escritura en la que D. Obdulio nombra tutora a D.ª Purificación (5 de marzo de 2010) y la interposición de la demanda de incapacitación (11 de mayo de 2010) resultó un indicio de que a la fecha del otorgamiento del primer documento las facultades mentales de D. Obdulio estaban algo afectadas y que ya podía resultar una persona más manipulable por terceras personas ajenas con intereses espurios.

Asimismo la proximidad entre la designación de tutor y la interposición de la demanda de incapacitación, condujo a la Audiencia Provincial de Asturias a confirmar la sentencia de instancia la que, al declarar la incapacidad, desatendió la autodesignación de tutor. En efecto, en este caso, a los dos días de haberse otorgado el documento, los médicos que atendían a la otorgante aconsejaron promover su incapacitación. Se trataba de una persona de edad avanzada, ingresada en un centro hospitalario por un grave deterioro físico y psíquico. La Audiencia lamentó que, en estas circunstancias, el Notario autorizante no hubiera recabado la colaboración de algún profesional médico —de los múltiples que podía tener a su alcance para acreditar la plena capacidad de la otorgante al realizar el acto— y así también lo hubiera hecho constar en el documento, evitando ulteriores discusiones en la materia. Estimó esta Sala que «cuando dos días más tarde se detectan todos esos menoscabos psíquicos, cabe pensar que los mismos ya existían al tiempo de otorgar el documento, invalidando con ello el consentimiento prestado por la otorgante»[23].

En mi opinión, si bien es cierto que nadie es mejor que el propio interesado para elegir su tutor, en cuanto persona de confianza idónea, no obstante el Juez ha de desentrañar en cada caso el verdadero beneficio del incapaz, el cual, muchas veces, claro está, coincide con la autodesignación de tutor, y otras, requerirá una valoración más puntillosa de las circunstancias, en particular, cuando existe un abultado patrimonio o cuando es breve el tiempo que media entre la fecha de otorgamiento del documento notarial— que contiene la designación de tutor— y la interposición de la demanda de incapacitación.

III. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA AUTOTUTELA

Dice el artículo 223 que «cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá»… Se debe destacar la exigencia de la capacidad de obrar suficiente que debe concurrir en el sujeto, por cuanto ha supuesto la introducción de un nuevo matiz a la capacidad civil, aunque implícitamente reconocido en otras partes del ordenamiento jurídico. En efecto, existen en la legislación expresiones equiparables a la capacidad de

obrar suficiente, como son las «condiciones de madurez» (así en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, artículo 2) o el «suficiente juicio» (el Código Civil alude el mismo en incontables ocasiones, particularmente en temas de menores y tutela).

En la parte pertinente a la regulación del patrimonio protegido, la LPPPD también se refiere a esta capacidad en su artículo 3, al autorizar la constitución del patrimonio protegido a la propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, «siempre que tenga capacidad de obrar suficiente». Por su parte, en sintonía con aquella, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, recoge la exigencia de esta capacidad cuando reconoce a la persona en situación de dependencia «el derecho a decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno»[24].

Pese a las diferentes alusiones, el legislador no explica lo que debe entenderse por capacidad de obrar suficiente. Está claro que ha querido matizar la capacidad de obrar plena al aludir a su «suficiencia» lo que me lleva a entender que está pensando en los supuestos en los que se restringe judicialmente la capacidad de obrar plena, sin pérdida absoluta de la misma, o en los casos en los que habiéndose o no iniciado el proceso de modificación de la capacidad y sin sentencia judicial haya indicios de una pérdida progresiva de las facultades[25]. Otro caso es el de las personas con discapacidad, acreditada o no, quienes conservando capacidad de obrar suficiente, podrán disponer su futura tutela. Como puede advertirse, el cumplimiento de este requisito supone una valoración concreta de cada caso, tanto del grado de discernimiento y voluntad de la persona, como de la naturaleza del acto a realizar, el cual, también conforme el artículo 223 puede ser de muy variada índole: «adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor» (segundo párrafo *in fine*).

La Audiencia Provincial de Navarra, por ejemplo, entendió con motivo de la resolución de un caso en el que se discutía si debía o no prevalecer el nombramiento del abuelo frente a los hermanos de la incapaz —alegándose que se alteraba el orden previsto en el artículo 234— que la persona que ordena su autotutela no solo debe tener la capacidad de obrar necesaria sino que debe gozar de capacidad natural —capacidad de entender y querer—. Como esta ordenación requiere el otorgamiento de documento público notarial, el notario deberá analizar la capacidad de las personas de acuerdo con el artículo 145 del Código Civil. A este respecto señaló la Sala: «Hay que partir de la presunción de capacidad de las personas mientras no se haya pronunciado una sentencia firme de incapacitación, aunque ciertamente, y más tratándose de personas que pueden estar afectadas por una enfermedad degenerativa, podrá atacarse el acto probando que la persona otorgante carecía de capacidad natural en el momento del otorgamiento»[26]. En cuanto a la capacidad de obrar suficiente, puntualizó esta Audiencia que, sin duda, las personas mayores de edad y en los menores emancipados están legitimados, pues la capacidad de estos se asimila a la de aquellos, salvo los actos que puedan provocarles un empobrecimiento patrimonial, por lo que en la esfera personal se rigen como mayores de edad[27]. En lo referente a los menores mayores de 14 años, se entiende que en tanto gozan de capacidad para otorgar testamento notarial (art. 663.1 del CC) y, por consiguiente, para nombrar tutores a sus hijos —el artículo 223 1 del Código Civil se refiere a los padres sin especificar una edad en concreto— asimismo gozarán de capacidad

para ordenar la autotutela. Por último se señala que también ostenta capacidad de obrar suficiente la persona incapacitada parcialmente, a quien la sentencia de incapacitación no le hubiere modificado la capacidad de obrar sobre su persona[28].

IV. ELEMENTOS FORMALES DE LA AUTOTUTELA

El artículo 223 exige de forma expresa que la declaración de la persona se realice en un documento público notarial. Además debe tenerse en cuenta que, en el tercer párrafo del mismo artículo, el legislador establece un requisito de publicidad, a saber: que este documento —más los del primer párrafo— se comuniquen por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado. A su vez, completando lo anterior, se ordena que en todo proceso de incapacitación, el Juez recabe certificación del Registro Civil para comprobar si se ha previsto para el discapacitado una tutela.

El documento público notarial a que se refiere el Código es la escritura pública —y no las actas notariales— pues el contenido de ellas, conforme el artículo 144.2 del Reglamento Notarial son «las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de toda clase»[29]. La exigencia de la intervención notarial implica un control de la capacidad del otorgante, sin perjuicio de la posterior valoración judicial.

Pese a la claridad del Código Civil en este aspecto, cierta posición doctrinal considera que el requisito del documento público notarial no es del todo esencial a la figura, porque lo fundamental es la existencia de una manifestación de voluntad fehaciente, que bien podría documentarse de otras maneras, por ejemplo, mediante comparecencia ante el Encargado del Registro[30]. Aunque esta misma tesitura afina al considerar que sí parece muy conveniente exigir la escritura pública —por la mayor seguridad que aporta la intervención notarial— en la autotutela compleja, donde además de designación de tutor hay otras disposiciones acerca de la persona y bienes[31].

En esta línea de interpretación se inscribe también la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra que aludimos antes, donde —conforme brevemente anticipé— se consideró que la declaración en la vista oral de la presunta incapaz tenía «la misma fuerza que si hubiera sido hecha en documento notarial a los efectos del artículo 223 II del Código Civil y nada impide aceptar su voluntad dado el tipo de incapacidad parcial a la que se le somete»[32]. A mi modo de ver, si bien la Ley de Enjuiciamiento Civil podría legitimar la asimilación que ha realizado este Tribunal, por cuanto deben considerarse documentos públicos —a efectos probatorios— tanto a las «diligencias judiciales de toda especie» [(cfr. art. 317 1.º) supuesto en el que cabe el acta judicial de la audiencia donde Dña. Paula expresó su voluntad], como a «los autorizados por notario con arreglo a derecho» (cfr. 317 2.º)[33], el artículo 223 II solo se refiere al documento público notarial y a ningún otro más, por lo que entiendo que no hay motivo para realizar una interpretación extensiva de la voluntad del legislador[34].

Previo a formular la asimilación entre los efectos de la declaración en el acto de vista oral y el documento público notarial, la Audiencia Provincial de Navarra puntualizó que el Código exige el documento notarial *inter vivos,* por lo que vendrían a resultar excluidos tanto el documento privado como al testamento —incluso al notarial—[35]. Resulta bastante clara la exclusión del documento privado, así como también la del testamento ológrafo que no cumple con el requisito de documento público, e incluso la del testamento cerrado, en el que el Notario

autorizante desconoce su contenido y por lo tanto no puede comunicar al Registro Civil una manifestación testamentaria de tutela[36]. Sin embargo no parece tan radical la exclusión del testamento abierto, tal como lo formula esta Audiencia Provincial. A este respecto existen en la doctrina posturas contrapuestas.

Conforme una opinión, en la dirección de la SAP de Navarra de 14 de junio de 2005, debe excluirse la posibilidad de que la autodesignación de tutor se realice en testamento abierto, porque si bien la primera parte del artículo 223 contempla el testamento como documento adecuado para el nombramiento de tutor, ello es solo para el caso de la delación hecha por los padres, precisamente porque se pretende que la eficacia de esa delación tenga lugar cuando aquellos falten. Fuera de estas circunstancias, como el testamento surte efectos cuando la persona muere, es evidente que por más nombramiento que se haga, ya no se necesita tutor[37].

Desde otra posición se admite la posibilidad de que la designación de tutor se otorgue en testamento abierto, ya que en este caso el Notario conoce la voluntad del testador y así lo puede comunicar —de oficio— al Registro Civil, para su indicación en la inscripción del nacimiento del interesado, conforme lo establece el artículo 223 III. En apoyo de esta tesitura se trae a colación un supuesto en el que el testamento surte efectos *inter vivos*, este es, el del reconocimiento de hijo a que autoriza el artículo 741 del Código Civil, el cual mantiene su validez aunque el testamento se revoque.

Esta norma —aunque excepcional— justifica ciertos efectos *inter vivos* del testamento, pero no resuelve más que en el caso que contempla, qué sucede con tales efectos cuando el testamento se revoca. Frente a esta circunstancia, quienes se oponen a la admisión del testamento abierto como instrumento apto para recoger la declaración de la autotutela, manifiestan que el artículo 741 constituye una excepción a la regla general —y como tal debe interpretarse y aplicarse restrictivamente—, al mantener la validez del reconocimiento de un hijo hecho en testamento, aunque este se revoque[38]. Entiende el otro sector de la doctrina —proclive a que se admita el testamento abierto— que si una persona autodesignara tutor en un testamento y, posteriormente, lo revocara, tal designación quedaría sin efecto, por no existir una norma —como la del artículo 741— que contemple expresamente lo contrario. Además, mientras que el reconocimiento de un hijo, en sí mismo es un acto irrevocable, cualquiera sea la forma en la que se realice, y sin perjuicio de que se revoque el documento que lo contenga, el nombramiento de tutor es esencialmente revocable[39]. Así las cosas, la revocación no debería considerarse un obstáculo.

Sin embargo, a mi entender, bien que la revocación no impida la admisión del testamento abierto, si puede serlo su publicidad. En efecto, el Notario debe comunicar de oficio al Registro Civil la autotutela para su indicación en la inscripción del nacimiento. En el caso de revocación del testamento que la contiene, hay quienes sostienen que debería procederse igualmente a tal notificación[40]; otros consideran que si se revoca este testamento, sin decir nada de la autotutela, nada comunicará el Notario al Registro[41], lo que, evidentemente, viene a plantear un problema de publicidad. Es cierto que conforme el último párrafo del artículo 223 «en los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo»[42] y que a través de este mecanismo puede saberse si se ha revocado o no la autotutela indicada en el Registro —solicitándose copia del último testamento al Notario autorizante— sin embargo puede haber cruce de información y resultar insegura

su publicidad. Y es así que, incluso quienes sin renegar de la posibilidad de que pueda formalizarse la autotutela en testamento abierto, acaban aconsejando, para mayor seguridad, que la elección de tutor se haga en escritura pública[43].

V. CONSIDERACIONES FINALES

El régimen jurídico de la autotutela que ha diseñado la Ley de Protección Patrimonial de Personas con discapacidad se subsume, básicamente en dos artículos del Código Civil, estos son: 223 y 234. Tanto el legislador —en su Exposición de Motivos— como los jueces han tenido ocasión para señalar que esta institución es especialmente útil en el caso del diagnóstico de enfermedades degenerativas que afectarán la capacidad intelectiva, de tal modo que cuando el sujeto aún se halla en plenitud de facultades mentales puede proceder a configurar, en especial mediante la designación de la persona que va a ocupar el cargo, la tutela, pero también estableciendo aquellos órganos de control y de fiscalización que estime más oportunos.

El legislador no define la autotutela, sin embargo, del conjunto de elementos que se exigen para su configuración podrá entenderse que se trata de «una declaración de voluntad formal realizada por una persona con capacidad suficiente, dirigida al Juez que habrá de conocer su futura incapacitación, que puede tener por objeto establecer disposiciones en relación con sus bienes, así como también la persona a quién se prefiere como tutor.

Tal es la importancia y valor que el legislador ha querido conceder a esta facultad que ha debido alterar el orden de delación de la tutela, viniéndose a preferir como tutor, en primer lugar, al designado por el propio tutelado. Así, con motivo de la regulación de la autotutela, se ha visto también afectado el artículo 234 del Código Civil, que establece la preferencia del tutor designado por el propio tutelado.

Debe descontarse que a través de esta facultad resulte que sea la propia persona la que instituya su tutela. La decisión personal no es eficaz en sí misma y requiere para adquirir eficacia de la aprobación judicial, que en el caso será la sentencia de incapacitación. Con todo, la autotutela es una manifestación de la irrupción de la autonomía de la voluntad en el ámbito de la protección de las personas, que si bien no determina al Juez competente, le obligará en su caso, y por excepción (cfr. art. 234), a dar razón motivada de su prescindencia, y siempre atendiendo al beneficio del menor o incapaz.

Desde la jurisprudencia, por su parte, se refuerza el elemento voluntario de la autotutela, y es así que en casi todos los casos se tiende a respetar la delación voluntaria, incluso en algunos donde, por ejemplo, la proximidad entre la fecha de otorgamiento del documento público notarial que contenía el nombramiento de tutor y la fecha de interposición de la demanda de incapacitación, podía conducir a suponer que la capacidad de obrar suficiente estaba ya afectada. En esta línea de interpretación judicial, también se prefirió la voluntad del otorgante manifestada en acto de vista oral, y no en documento público notarial, tal como exige el artículo 223 del Código Civil. No obstante esta tendencia de la jurisprudencia, por otra parte, existen casos donde la proximidad entre la designación de tutor y la interposición de la demanda de incapacitación condujo a desatender la autodesignación de tutor.

En mi opinión, si bien es cierto que nadie mejor que el propio interesado para elegir su tutor, en cuanto persona de confianza idónea, no obstante, el Juez ha

de desentrañar en cada caso el verdadero beneficio del incapaz, el cual, muchas veces, claro está, coincide con la autodesignación de tutor, y otras, requerirá una valoración más puntillosa de las circunstancias, en particular, cuando existe un abultado patrimonio o cuando es breve el tiempo que media entre la fecha de otorgamiento del documento notarial —que contiene la designación de tutor— y la interposición de la demanda de incapacitación.

En cuanto al elemento subjetivo, el artículo 223 señala que cualquier persona con capacidad de obrar suficiente podrá nombrar su propio tutor en previsión de ser incapacitada judicialmente. El legislador no explica lo que debe entenderse por capacidad de obrar suficiente. Está claro que ha querido matizar la capacidad de obrar plena al aludir a su «suficiencia» lo que me lleva a entender que está pensando en los supuestos en los que se restringe judicialmente la capacidad de obrar plena, sin pérdida absoluta de la misma, o en los casos en los que habiéndose o no iniciado el proceso de modificación de la capacidad y sin sentencia judicial haya indicios de una pérdida progresiva de las facultades. Por su parte, las personas con discapacidad, acreditada o no, si conservan capacidad de obrar suficiente, podrán disponer su futura tutela. A este respecto, la Audiencia Provincial de Navarra entendió que tal capacidad concurría, sin duda, en las personas mayores de edad y en los menores enmancipados. Asimismo interpretó que los menores mayores de 14 años, en tanto gozan de capacidad para otorgar testamento notarial (art. 663.1 del CC) pueden nombrar tutores a sus hijos —el artículo 223. 1 del Código Civil se refiere a los padres sin especificar una edad en concreto— y además podrán ordenar su autotutela.

En lo atinente al requisito formal, el documento público notarial a que se refiere el Código es la escritura pública. La exigencia de la intervención notarial implica un control de la capacidad del otorgante, sin perjuicio de la posterior valoración judicial. Pese a la claridad del Código Civil en este aspecto, la Audiencia Provincial de Navarra reconoció, en un caso, que la declaración en la vista oral de la presunta incapaz tenía la misma fuerza que si hubiera sido hecha en documento notarial a los efectos del artículo 223 II del Código Civil. Desde mi punto de vista, pese a que, conforme la Ley de Enjuiciamiento Civil deben considerarse documento público —a efectos probatorios— las diligencias judiciales de toda especie [(cfr. art. 317 1.º) supuesto en el que cabe el acta judicial de la audiencia donde la presunta incapaz expresó su voluntad], el artículo 223 II se refiere concretamente a una especie de los mismos, a los documentos públicos notariales, y no habría motivo para realizar una interpretación extensiva de la voluntad del legislador.

Por último, la doctrina se plantea si es posible que el nombramiento de tutor se realice a través de un testamento abierto, habida cuenta de que en este caso —no así en el testamento ológrafo ni en el testamento cerrado por su propia naturaleza— el Notario autorizante puede conocer la voluntad del otorgante y así comunicarlo al Registro Civil, conforme lo exige el artículo 223 III del Código Civil. A este respecto, existen dos posturas: por un lado, se rechaza esta posibilidad *in limine,* y por otro se la admite, aunque con tales reparos, que finalmente se llega a aconsejar que la autotutela se formalice —por motivos de seguridad y de publicidad que comparto— en escritura pública.

VI. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 17 de julio de 2012 *(RJ* 2012, 8362)
- SAP de Navarra, de 14 de junio de 2005 *(AC* 2005, 1813)

- SAP de Pontevedra de 8 de octubre de 2013 *(JUR* 2013, 35968)
- SAP de A Coruña, de 26 de octubre de 2011 *(JUR* 2011, 5068)
- SAP de Barcelona, de 24 de mayo de 2013 *(JUR* 2013, 336851)
- SAP de Asturias, de 27 de febrero de 2012 *(JUR* 2012, 106490)

VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2003). La protección patrimonial de las personas con discapacidad, *AC,* núm. 16, (BIB 2003, 1448), 2091-2093.

ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2013). Autonomía de la voluntad y exigencia de forma en determinados instrumentos de protección de personas especialmentes vulnerables, *Rev. Doc. Aranzadi civ. mer.,* 07, (BIB 2013, 2203), 1-30.

LEONSEGUI GUILLOT, R. A. (2007). La autotutela como mecanismo de autoprotección de las personas mayores, en C. Lasarte Álvarez (Dir.), Madrid: Tecnos, pp. 147-161.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2008). *Código Civil comentado y con Jurisprudencia,* 6.ª ed., Madrid: La Ley.

PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (2011). Las reformas del Derecho español en materia de autotutela y poderes preventivos. En J. Pérez de Vargas Muñoz, (Dir.). *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad,* Madrid: La Ley, pp. 51-138.

ROMERO COLOMA, A. M. (2013). La autotutela en el ordenamiento jurídico español, *AC,* núm. 855 (BIB 2013, 188), 1-4.

SERRANO GARCÍA, I. (2012). *Autotutela,* Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2008). *Protección patrimonial de las personas con discapacidad, tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* Iustel.

VIVAS TESÓN, I. (2009). Una aproximación al patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad, *Rev. Der.,* 07, 55-76.

NOTAS

[1] *BOE* de 19 de noviembre de 2003. A su vez modificada por la Ley 1/2009, de 25 de marzo de Reforma sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad, y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, *BOE* de 26 de marzo de 2009. El año 2003 fue declarado *Año Europeo de las personas con Discapacidad*, por decisión del Consejo de fecha 3 de diciembre de 2001: *vid.* DOCE, serie L, núm. 335, de 19 de diciembre 2001. Con tal motivo, el legislador español dio luz verde a una serie de disposiciones dirigidas a mejorar la situación vital de las personas con discapacidad, así como su acceso al mercado laboral. Así, junto a la LPPPD debe destacarse la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, *BOE* de 3 de diciembre de 2003, así como también —un poco más lejana en el tiempo, pero bajo el impulso de los mismos principios— la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia, *BOE* de 15 de diciembre. Actualmente, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre que aprueba el Texto Refundido de Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social ha derogado —integrándose en el texto refundido—, entre otras [así también la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de las Personas con Discapacidad, y la Ley 49/2007, de

26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación, y accesibilidad universal de las personas con discapacidad] la Ley 51/2003.

[2] La Ley consta de tres capítulos, dos disposiciones adicionales y tres disposiciones finales. El capítulo I con sus 8 artículos está dedicado al Patrimonio protegido de las personas con discapacidad.

[3] VIVAS TESÓN, I. (2009). Una aproximación al patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad, *Rev. Der.*, 07, 61. En sentido similar destaca la centralidad del patrimonio protegido en la Ley, en un breve resumen de la misma: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2003). «La protección patrimonial de las personas con discapacidad», *AC*, núm. 16, (BIB 2003, 1448), p. 2091.

[4] Así lo expresa la Exposición de Motivos de la Ley, la cual contribuye —pese a carecer de valor normativo— a realizar una interpretación auténtica de la voluntad del legislador.

[5] La Exposición de Motivos advierte que la introducción de la autotutela ha supuesto unos cambios mínimos en el Código Civil.

[6] Al respecto se ha señalado que aunque pueda pensarse que es una previsión de futuro un tanto insólita y en mucho pesimista, la realidad enseña la frecuencia de casos en los que se advierte una progresiva e inevitable demencia senil. Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2008). *Código Civil comentado y con Jurisprudencia,* 6.ª ed., Madrid: La Ley, p. 320.

[7] SAP de Navarra, de 14 de junio de 2005 *(AC* 2005, 1813), FD Segundo A.

[8] SAP de Pontevedra de 8 de octubre de 2013 *(JUR* 2013, 35968), FD 3.º.

[9] En sentido similar apunta SERRANO GARCÍA, I.: «Más bien es un mecanismo jurídico, consistente en una declaración de voluntad dirigida a la autoridad judicial que va a entender sobre el nombramiento de tutor, en el que, por lo general, no hay aportaciones por parte de nadie, ni de la persona con discapacidad ni de miembros de su familia. Puede también contener una previsión de gestión representativa de los bienes del incapaz. Cfr. SERRANO GARCÍA, I.: (2012), *Autotutela*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 22. Algún otro autor deduce también del texto normativo, aunque enfatizando menos el aspecto voluntario —lo que a mi juicio es un desacierto— la siguiente definición: «… institución en virtud de la cual cualquier persona con capacidad de obrar suficiente puede nombrar un tutor, de cara a una posible incapacidad que sobrevenga después en el tiempo»: ROMERO COLOMA, A. M. (2013). «La autotutela en el ordenamiento jurídico español», *AC,* núm. 855 (BIB 2013, 188), p. 1.

[10] SAP de Navarra, de 14 de junio de 2005, *op. cit*.

[11] SAP de A Coruña, de 26 de octubre de 2011, FD 5.º, *(JUR* 2011, 5068). En el caso hay una remisión a la Ley de Derecho civil de Galicia de 2006 vigente a la fecha de otorgamiento del documento que contiene la autodesignación de tutor (arts. 42-45), en conexión con los artículos del Código Civil.

[12] SERRANO GARCÍA, I. (2012). *Autotutela*, *op. cit.,* ps. 20, pp. 31-35.

[13] *Ibidem.*

[14] SAP de A Coruña, de 26 de octubre de 2011, FD 5.º, *op. cit*.

[15] Cfr. Apartado V Exposición de Motivos.

[16] SAP de Pontevedra de 8 de octubre de 2013. FD 3.º.

[17] *Ibidem.*

[18] SAP de A Coruña, de 26 de octubre de 2011, *op. cit.,* SAP de Pontevedra de 8 de octubre de 2013, *op. cit*.

[19] SAP de Barcelona, de 24 de mayo de 2013, FD 2.º *(JUR* 2013, 336851). Curiosamente, el Código Civil de Cataluña de 2010 —entrada en vigor 1 de enero 2011— que prevé la autotutela, recoge la preocupación del legislador respecto de las autodesignaciones realizadas en un momento próximo a la declaración judicial de incapacidad, y ha fijado unas cautelas tendientes a evitar la captación de la voluntad por parte del designado. En este sentido establece el artículo 222.9 [Delación voluntaria.Nombramiento]: «2. No obstante lo establecido en el apartado 1 [que manda a la autoridad judicial nombrar a las personas designadas en el acto de delación voluntaria], dadas las circunstancias del caso y a instancias del ministerio fiscal o de algunas de las personas llamadas por la ley a ejercer la tutela de acuerdo con el artículo 222-10, la autoridad judicial puede prescindir de aquella designación en los siguientes supuestos: a) si se ha producido una modificación sobrevenida

de las causas explicitadas o que presumiblemente se tuvieron en cuenta al hacer el acto de delación voluntaria; b) si el acto de delación voluntaria se hizo dentro del año anterior al inicio del procedimiento relativo a la capacidad de la persona protegida».

[20] SAP de Navarra, de 14 de junio de 2005, *op. cit.*

[21] STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 17 de julio de 2012 *(RJ* 2012, 8362)

[22] «…No procede nombrar tutora a Dña. Purificación, dado el importante patrimonio de D. Obdulio, las actitudes de la citada Sra. Purificación en las visitas en que acompañó a D. Obdulio a la entidad bancaria, retirando importantes sumas de dinero, que ha colocado en una cuenta conjunta con la citada cuidadora, a quien se ha otorgado un poder general y se la ha contratado como empleada del hogar, de lo que se deduce que «[…] existe en Dña. Purificación un interés distinto del mero cuidado y atención personal del demandado, debido al trastorno que padece D. Obdulio, y a la cuantía de su patrimonio, procede para proteger su interés, designar a la administración pública tutora del mismo». FD 1.º.

[23] SAP de Asturias, de 27 de febrero de 2012, FD 3.º *(JUR* 2012, 106490).

[24] Cfr. artículo 4.2.F).

[25] En el mismo sentido: SERRANO GARCÍA, I. (2008). *Protección patrimonial de las personas con discapacidad, tratamiento sistemático de la Ley 41/2003,* Iustel, p. 49. Añade este autor que tal situación conlleva graves problemas a los Notarios cuando tienen que emitir el juicio de capacidad. Frecuentemente se tendrá que recurrir al examen de la persona por dos facultativos que determinen la suficiencia de la capacidad de obrar para el acto concreto de que se trate.

[26] SAP de Navarra, de 14 de junio de 2005, *op. cit*¸ FD 2.º, A.

[27] A esta situación cabe equiparar al menor que hubiera obtenido el beneficio de la mayoría de edad —mayor de 16 años y menor de 18, conforme artículo 321 del Código Civil—, en función de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 323 [Facultades del enmancipado].

[28] SAP de Navarra, de 14 de junio de 2005, *op. cit*¸ FD 2.º, B.

[29] Así: ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2013). Autonomía de la voluntad y exigencia de forma en determinados instrumentos de protección de personas especialmentes vulnerables, *Rev. Doc. Aranzadi civ. mer.,*07, (BIB 2013, 2203), p. 6.

[30] SERRANO GARCÍA, I. (2012). *Autotutela, op. cit.,* p. 66 y sigs.

[31] *Ibidem*. Considera este autor que no resultaría necesaria la escritura pública en la solo autodesignación de tutor, y menos aun en la autotutela negativa, esta es, cuando el sujeto se limita a expresar que no quiere como tutor al designado judicialmente, o que no quiere a aquel al que correspondería el desempeño de la tutela según el orden del artículo 234, y todo ello siempre que la voluntad resulte indubitada.

[32] SAP de Navarra, *op. cit.,* FD 3.º B. Brevemente estos son los antecedentes del caso: El Ministerio Fiscal instó demanda de incapacitación contra Dña. Paula el 11 de febrero de 2004. Con fecha 15 de octubre de 2004 el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Tudela declaró la incapacidad parcial de Dña. Paula para regir sus bienes y nombró curadores de la misma a sus hermanos D. Francisco y Dña. Victoria, frente al fallecimiento del padre y la situación de incapacidad de la madre. La representación procesal de la presunta incapaz recurrió la resolución en súplica de que, previa revocación parcial de la sentencia de instancia, se dicte otra en la que se deje sin efecto el nombramiento de los curadores, y en ese lugar se nombre a Don Carlos María, abuelo de la demandada con quien convive. Como fundamento del recurso de apelación se alegó: por una parte, que conforme el artículo 291 del Código Civil, cabe aplicar a los curadores las normas sobre nombramiento de los tutores; así resulta aplicable el artículo 234 en el que se establece un orden de preferencias en el nombramiento, y donde el ascendiente es preferido al hermano (inciso 5.º); se alega que no concurre ninguna circunstancia en beneficio de la incapaz que autorice a alterar el orden, antes al contrario, resulta acreditado que convive con su abuelo desde hace más de 10 años —«manteniendo buenas relaciones con este y su familia»— y que sus hermanos residen en diferentes localidades; por otra parte se puso de manifiesto la relevancia de la voluntad del presunto incapaz en la designación de la persona de su tutor, que resulta de la modificación del párrafo 1.º del artículo 234 —conforme redacción del párrafo segundo artículo 2 de la LPPPD—; si bien en este caso la designación no se había realizado en

documento público por persona con capacidad de obrar suficiente con la previsión de que pueda ser incapacitada judicialmente en el futuro, la representación procesal de Dña. Paula reseñó que esta parte manifestaba, con claridad, su deseo de preferencia de su abuelo antes que sus hermanos. La Audiencia Provincial rechazó los fundamentos de derecho de la sentencia apelada y se abocó a determinar el ámbito de aplicación de la «autotutela», así como la idoneidad del abuelo de Dña. Paula para ser nombrado su curador.

[33] El artículo 1216 del Código Civil establece una definición general: «Son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley». Se trata, evidentemente, de una norma procesal, no obstante lo cual ha sido mantenida en el Código.

[34] El caso podía resolverse igual con la aplicación exclusiva del artículo 234.5, donde se prefiere al ascendiente —Dña. Paula prefería a su abuelo antes que a los hermanos nombrados en Primera Instancia— al hermano, a menos que alguna circunstancia en beneficio del menor o incapacitado justifique alterar el orden. El Tribunal debió centrarse en la concurrencia o no de esta circunstancia, y no tanto en intentar enmarcar apretadamente el caso en los márgenes del artículo 223 II.

[35] *Idem,* FD 3.º A.

[36] SERRANO GARCÍA, I. (2012). Autotutela, *op. cit.,* p. 81. ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2013). Autonomía de la voluntad y exigencia de forma en determinados instrumentos de protección de personas especialmentes vulnerables, *op. cit.,* p. 8.

[37] PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (2011). Las reformas del Derecho español en materia de autotutela y poderes preventivos, en J. Pérez de Vargas Muñoz (Dir.): *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad,* Madrid: La Ley, p. 71; LEONSEGUI GUILLOT, R. A. (2007), La autotutela como mecanismo de autoprotección de las personas mayores, en C. Lasarte Alvarez (Dir.). Madrid: Tecnos, p. 156.

[38] PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. (2011). Las reformas del Derecho español en materia de autotutela y poderes preventivos, *op. cit.,* pp. 70-72.

[39] ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2013). Autonomía de la voluntad y exigencia de forma en determinados instrumentos de protección de personas especialmentes vulnerables, *op. cit.,* p. 8.

[40] *Idem,* p. 9.

[41] SERRANO GARCÍA I. (2012). *Autotutela, op. cit.,* p. 79.

[42] La nueva Ley 20/2011 de Registro Civil prevé expresamente en su artículo 77 la inscripción del documento público de constitución de autotutela en el registro individual del interesado.

[43] SERRANO GARCÍA I. (2012). *Autotutela, op. cit.,* p. 79; ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2013). Autonomía de la voluntad y exigencia de forma en determinados instrumentos de protección de personas especialmentes vulnerables, *op. cit.,* p. 9.

Obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos mayores de edad con discapacidad

Parents obligation to provide support to disabled eldest son

por

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

RESUMEN: La discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos. Es obligación de los padres la asistencia de todo orden a sus hijos, no solo menores.

ABSTRACT: The disability of an eldest son does not determine the termination or modification of support that parents should provide. It should be equal to the support given to children while living in the family homo if the child hasn´t got any type of income. It is the duty of parents to assist their children at any age, not only minors.

PALABRAS CLAVE: Hijo mayor de edad discapacitado. Pensión de alimentos

KEY WORDS: Disabled eldest son. Alimony.

SUMARIO:—I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: SUPRESIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS, HIJOS MAYORES DE EDAD Y DISCAPACITADOS.—II. POSICIÓN PREVIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—III. EL MINISTERIO FISCAL Y LOS DISCAPACITADOS.—IV. EL DERECHO DE ALIMENTOS Y LA PENSIÓN DE INVALIDEZ.—V. EL CONTENIDO ÉTICO DEL DERECHO DE ALIMENTOS EN EL CASO DE DISCAPACIDAD.—VI. REHABILITACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—VII. JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS. —VIII. EL SUPUESTO DE LA PERCEPCIÓN DE UNA PENSIÓN NO CONTRIBUTIVA POR EL HIJO DISCAPACITADO.—IX. CONCLUSIONES.—X. BIBLIOGRAFÍA.—XI. ÍNDICE DE SENTENCIAS (del TC, TS, TSJ, y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—XII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: SUPRESIÓN DE LA PENSIÓN DE ALIMENTOS, HIJOS MAYORES DE EDAD Y DISCAPACITADOS

La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de julio de 2014[1], declara haber lugar al recurso de casación formulado por la madre y desestima la demanda interpuesta por el progenitor en lo que se refiere a la *supresión de los alimentos* a favor de uno de los hijos.

La cuestión más significativa radica en la situación del hijo mayor de edad (27 años), que presenta una discapacidad superior al 65%, la cual le impide llevar una vida independiente y necesita apoyo para las actividades diarias.

Hasta ahora el TS solo se había pronunciado en un caso relativo a los hijos mayores de edad incapacitados, en cierto modo parecido, se trata de la sentencia de 30 de mayo de 2012 al declarar *la rehabilitación de la patria potestad en favor de la madre del hijo mayor de edad incapacitado*[2].

En dicha resolución se determinaba únicamente que el cuidado del hijo debe ser tenido en cuenta en la determinación de la cuantía de los alimentos que le corresponden, incluyéndose dentro del derecho de alimentos la atribución del uso de la vivienda familiar por la esposa (tras la ruptura matrimonial) mientras dure la convivencia con el hijo mayor de edad incapacitado a quien se le ha rehabilitado la patria potestad a la madre[3].

II. POSICIÓN PREVIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A lo largo de diversos comentarios jurisprudenciales objeto de esta sección hemos abordado la posición del Alto Tribunal en alguna de las diferentes cuestiones que se abordan en la sentencia objeto de comentario.

Así, hemos analizado como el propio TC entiende que la expresión del *interés superior del discapacitado*[4] es una directriz básica que debe inspirar el Derecho moderno de los discapacitados[5], apelándose a la dignidad de la persona[6], ya que dicho interés del discapacitado, además de principio general de Derecho privado, constituye *per se* un principio constitucional (derivado del art. 10 CE —el derecho a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad—, en relación con el art. 14 CE —el derecho a la igualdad—) y uno de los principios rectores amparados por nuestra Constitución, el artículo 49. La norma suprema le otorga la superioridad normativa formal que ella misma implica, es una garantía para los ciudadanos, y, sobre todo, vincula a los poderes públicos[7].

Por otro lado, también nos hemos hecho eco de la continuidad de los padres en el mantenimiento de la asistencia de los hijos mayores tras su ruptura matrimonial, en el supuesto específico de la atribución del uso de la vivienda familiar[8]. En este punto la posición del Alto Tribunal es clara, pues aunque los hijos mayores de edad no gozan de la protección del artículo 96 del Código Civil, dirigida únicamente a los hijos menores[9] entiende que en el caso de necesitar las hijos mayores de edad alimentos, incluidos el de la vivienda, el progenitor podría efectuar la elección del artículo 149 del Código Civil y decidir proporcionarlos manteniendo en su casa a los hijos que tienen derecho a ello[10]. Sentencia que recogió la tendencia marcada por la jurisprudencia menor[11].

Sin olvidar, la necesidad a la que se ha visto el TS a declarar de limitar temporalmente el derecho de alimentos a favor de hijos mayores de edad[12], y que comenzó con la STS de 5 de noviembre de 1984 considerando una ficción el hecho de que un mayor de edad pudiera mantenerse por sí mismo, por el hecho de alcanzar los 18 años[13]. Línea seguida por la STS de 28 de noviembre de 2003[14] donde teniendo en cuenta la situación social actual determinó la continuidad de la obligación de alimentos de los padres a los hijos mayores siempre que haya cierta razonabilidad en el cumplimiento de la formación completa del hijo mayor de edad, el cual al ir adquiriendo experiencia laboral en el mercado aumentará sus expectativas reales de acceso a un empleo, siempre impidiendo el favorecimiento de una situación vital pasiva que pueda devenir

en un «parasitismo social». La jurisprudencia menor también ha seguido esta línea jurisprudencial[15].

III. EL MINISTERIO FISCAL Y LOS DISCAPACITADOS

El Ministerio Fiscal dentro de sus funciones[16] ostenta la defensa de los intereses de los discapacitados tal y como establece el artículo 3 de la Ley 50/1981, 30 diciembre, por el que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que desarrolla el artículo 124 CE[17]. Defensa que adquiere especial relevancia cuando se trata de la defensa de colectivos o personas especialmente vulnerables, esto es, tanto de las personas incapacitadas judicialmente, como de aquellas que muestren la condición de «persona con discapacidad», según la definición contenida en la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos de Personas con Discapacidad, que ha sido ratificada por España en fecha 23 de noviembre de 2007. Legitimación que también confiere a dicho Ministerio para velar por sus intereses el artículo 8.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Recordemos dos cuestiones esenciales, las *personas con discapacidad* son las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33% o los afectados por una minusvalía física y sensorial igual o superior al 65% (art. 1.2 Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, en cumplimiento del art. 49 CE). El grado de discapacidad se acreditará mediante el certificado expedido de acuerdo con lo establecido reglamentariamente o mediante resolución judicial firme. Por otro lado, son *causas de incapacitación* las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma (art. 200 CC). La incapacitación puede ser total o parcial y siempre se considera reversible, aunque tratándose de discapacitados psíquicos no es habitual[18].

Así pues, teniendo en cuenta la situación personal del hijo mayor de edad, del supuesto de hecho de la sentencia objeto de comentario, Darío, de 27 años, que tiene una esquizofrenia paranoide reconocida superior al 65%, solicita la continuidad en su derecho de alimentos frente a la alegación de su supresión por su progenitor, y en base a lo expuesto, el Ministerio Fiscal tiene la obligación de actuar en su defensa.

Se trata de un hijo afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva necesaria mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención. Se pretende complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico.

La Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida apropiado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida.

IV. EL DERECHO DE ALIMENTOS Y LA PENSIÓN DE INVALIDEZ

La supresión del derecho de alimentos alegado por el progenitor se centra en la posible percepción por el hijo mayor de edad discapacitado de una pensión contributiva de invalidez por parte de la Seguridad Social.

El progenitor alega la equiparación de este derecho a la real y efectiva existencia de recursos económicos del apartado segundo del artículo 93 del Código Civil[19].

Y nos referimos a la posible percepción porque aun cuando el hijo puede recibir ayudas de la administración, en estos momentos no las recibe ni tampoco parece que pueda obtener ingresos por su trabajo, dado la dificultad para acceder al mundo laboral.

Enfatiza el Tribunal Supremo que «no es posible en estas circunstancias desplazar la responsabilidad de mantenimiento hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor»[20].

V. EL CONTENIDO ÉTICO DEL DERECHO DE ALIMENTOS EN EL CASO DE DISCAPACIDAD

El TS recuerda que los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que estos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo. El contenido ético del Derecho está presente en las normas del Código Civil, como son las alimenticias, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 CE.

Como ya hemos visto en otros comentarios jurisprudenciales dentro de esta sección, la Convención sustituye el modelo médico de la discapacidad por un modelo social y de derecho humano. Su finalidad se centra en que el discapacitado participe plena y efectivamente en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Para la obtención de esta finalidad resulta prioritario el cambio de las actitudes hacia estas personas por la sociedad en su conjunto, más aún en el caso de los progenitores de un hijo que se haya en tal circunstancia. Lo cual presume como derecho vital mínimo la continuidad en su derecho de alimentos en base al artículo 142 y sigs. del Código Civil, como solución ética e inmediata al problema.

En caso contrario se estaría produciendo una supresión de los derechos del discapacitado, que no olvidemos son equiparables a los hijos menores, e incluso más aún necesitados de protección.

VI. REHABILITACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

La *patria potestad* es el conjunto de deberes y facultades de los padres hacia sus hijos, que deben ejercer *siempre en beneficio de estos*. La prórroga y rehabilitación de la patria potestad fue introducida por el artículo 171 del Código Civil de la Ley de 13 de mayo de 1981 siendo posteriormente modificado por la Ley 1/1996, de 15 de enero.

La *prórroga* consiste en la continuidad de la patria potestad de los menores una vez alcanzada la mayoría de edad evitando cualquier periodo de desprotección; y la *rehabilitación* se otorga para el caso de que el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres fuera incapacitado.

En ambos casos, la patria potestad se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la sentencia de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas relativas al ejercicio de la patria potestad sobre los menores no emancipados.

Cuestión distinta es la contenida en el artículo 201 del Código Civil que establece la posibilidad de una *incapacitación preventiva* de los menores, cuando

se prevea que la incapacidad continuará después de la mayoría de edad. De esta forma, la patria potestad de los padres queda prorrogada cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad.

Si la persona con discapacidad no ha sido legalmente «incapacitada» tiene derecho a la autodeterminación y el autogobierno es decir, a vivir independientemente. Para ello debe contar previamente con las oportunidades necesarias para adquirir habilidades sociales de todo tipo que hagan posible la autonomía y la independencia. El concepto de vivir independientemente se puede entender como la cantidad de tareas y actividades que puede realizar sin ayuda, o también como la calidad de vida que puede llegar a alcanzar una persona con la ayuda suficiente.

La patria potestad rehabilitada plantea algunos problemas en su aplicación práctica en los casos en que los padres, por su avanzada edad o por ruptura matrimonial, u otras circunstancias, no pueden o no quieran asumir las obligaciones y responsabilidades derivadas de la patria potestad, como es el caso que nos ocupa[21].

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

El problema existe al margen de que se haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación o no se haya prorrogado la patria potestad a favor de la madre.

Como ya hemos indicado al inicio de este comentario el TS ya se había pronunciado en un caso en modo parecido al que estamos comentando[22], donde declaró la necesidad de mantener al hijo mayor de edad discapacitado cuya patria potestad fue rehabilitada a favor de la madre en la atribución del uso de la vivienda familiar por la esposa mientras dure la convivencia[23]. Se recuerda que los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el artículo 96.1 del Código Civil, que no distingue entre menores e incapacitados.

VII. JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS

El estudio de la jurisprudencia menor resulta necesario para ver y analizar los problemas que llegan a su conocimiento como muestra conveniente de la realidad práctica. Hecho común resulta ser el del otorgamiento en la *continuidad de la atribución del uso de la vivienda habitual* de los hijos mayores de edad discapacitados por ser el interés más necesitado de protección como resulta de las siguientes sentencias:

- Así, la SAP de Palencia de 15 de marzo de 2007[24], entiende que no se ha producido ninguna alteración sustancial de las circunstancias que motivaron la atribución a la esposa de la vivienda familiar, pues consta que carece de ingresos propios— a excepción de la pensión compensatoria—, que tiene 60 años, y, ninguna posibilidad de incorporarse al mundo laboral, sin olvidar que con ella conviven dos hijas una de ellas enferma y con

reconocimiento de gran invalidez que constituye el interés más necesitado de protección.
- En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Pontevedra de 30 de octubre de 2002[25], que valora la situación de incapacidad del hijo como un hecho relevante en orden a la asignación del domicilio familiar al progenitor custodio al ser la esposa el interés más necesitado de protección por disponer de unos ingresos bajos.

En otros casos se pone de manifiesto la necesidad de concretar y atender proporcionalmente a las *necesidades y gastos extraordinarios del discapacitado,* obligación de ambos progenitores:

- Así, la SAP de Sevilla de 30 de septiembre de 2010[26], acuerda la sustitución por una cantidad fija del criterio porcentual para el cálculo de la pensión a favor de los hijos, mayores de edad y discapacitados visuales, a fin de acabar con la imprevisión y la conflictividad inherentes al sistema de porcentajes. Por ello se acuerda la reducción de la pensión alimenticia a favor de la hija en la mitad de lo que esta percibiera como pensión asistencial, según acuerdo alcanzado por los litigantes, lo que determina que deba descontarse idéntico porcentaje para calcular la pensión alimenticia a favor del otro hijo, en atención al principio de igualdad, sin que la situación laboral de la madre tenga incidencia en la diferencia de trato entre los hijos[27].
- Por otro lado, y siguiendo las directrices del Código Civil, la SAP de Segovia de 26 de marzo de 2013[28], entiende que la cuantía de la pensión alimenticia debe ser proporcionada a los medios del padre alimentante y a las necesidades de los menores alimentistas, pero se incrementa la establecida a favor del hijo discapacitado al ser sus gastos superiores. La madre contribuirá a los mismos siendo los gastos extraordinarios abonados por mitad por ambos progenitores[29].
- Siguiendo este proceder encontramos que la SAP de Girona de 8 de octubre de 2012[30], no fija pensión alguna a favor del hijo discapacitado por parte del *progenitor en paro* pues el hijo mayor de edad, afecto de una incapacidad del 65%, percibe una ayuda mensual y convive con la madre en el domicilio familiar. Además no consta que el mismo necesite de cuidados especiales que generen mayores gastos que los propios de su mantenimiento personal. Aunque si se determina que procede admitir que los gastos extraordinarios de ambos hijos serán sufragados por los progenitores por mitades.
- Aunque la resolución anterior es la excepción por la situación laboral del padre y la ayuda que recibe el hijo, ya que aunque el discapacitado reciba una pensión y no tenga otros gastos extraordinarios propios de su discapacidad, no implica que no tenga derecho a una pensión alimenticia a cargo de su progenitor. Pues la SAP de Cádiz de 15 de marzo de 2001[31], entiende que aunque el hijo mayor de edad y minusválido[32], tenga ingresos económicos propios, no se considera correcto dejar sin efecto la pensión alimenticia establecida a cargo del demandante.
- La SAP de Barcelona de 22 de noviembre de 2013[33], afirma la necesidad de contribución por parte del progenitor a las necesidades de una hija mayor de edad, discapacitada, que ha terminado sus estudios pero carece de trabajo. Las actividades extraescolares y los gastos extraordinarios serán satisfechos por mitad, entendiéndose por extraordinarios los necesarios, im-

prescindibles, imprevistos, no periódicos y necesarios, así como los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social o mutua privada[34].

Los argumentos que formula la Audiencia son muy acertados al expresar. «Por otro lado, la hija padece un grado de discapacidad del 34%, aunque tampoco consta que esto sea un impedimento para el trabajo, pero *es evidente que una persona de 19 años de edad tiene hoy en día dificultades para encontrar un* trabajo, por lo que como la menor aún está bajo el cuidado de la madre, es obligación del padre pagarle una pensión alimenticia atendiendo a lo dispuesto en el artículo 259 del Codi de Familia».

- En el mismo sentido la SAP de Les Illes Balears de 10 de febrero de 2012[35], resuelve indicando la improcedencia de la extinción de la pensión alimenticia reconocida a favor de la hija, con un *porcentaje de minusvalía resuelto administrativamente y declarada judicialmente incapaz* para regir su persona y bienes, no pudiendo eximirse del pago el obligado con base en la carencia de ocupación laboral estable, al ser obligación de los padres la asistencia de todo orden a sus hijos, no solo menores, sino en los casos en que legalmente proceda[36]. La sentencia tampoco entiende que el hecho de tener otro hijo fruto de otra relación no impide que el progenitor no deba hacer frente a sus obligaciones anteriores[37].
- También debe tenerse en cuenta la *dificultad de un discapacitado en el encuentro de empleo*, tal y como pone de relieve la SAP de Barcelona de 8 de febrero de 2008[38], cuando el progenitor solicita la supresión de los mismos. Afirma la ponente que «el acceso al mercado laboral del hijo mayor de edad fue temporal y no ha tenido una continuidad suficiente para poder afirmar que haya alcanzado la capacidad suficiente para satisfacer sus necesidades básicas. El grado de discapacidad que tiene reconocido, puede afectar de forma negativa a su capacidad para encontrar un empleo.
- También sigue estos criterios la SAP de Zamora de 19 de julio de 2011[39], que ordena el incremento de la cuantía de la pensión fijada en favor del hijo mayor de edad afectado por una enfermedad mental al ser insuficiente para sus necesidades, y que deberá ser completada con las prestaciones que por su enfermedad pueda percibir, así como por los ingresos que pueda percibir de talleres o trabajos ocupacionales o de reinserción social.

No afecta a la obligación de pagar pensión al hijo el loable hecho de la apertura por su madre de una cuenta a favor del hijo desde que se declaró su enfermedad a fin de que este pueda verse atendido convenientemente a su fallecimiento, lo que representa un esfuerzo de ahorro de la madre que no gasta en la atención del hijo los ingresos que por razón de prestaciones este percibe.

- Igualmente la STSJ. de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 21 de marzo de 2012[40], ordena el establecimiento de una *obligación alimenticia flexible y atemperada* a las circunstancias concurrentes a cargo del progenitor en *beneficio del mayor de edad discapacitado incorporado al mercado de trabajo en virtud de contratos temporales*. Se acuerda su *suspensión* mientras el hijo continúe realizando una actividad laboral que genere unos ingresos líquidos mensuales no inferiores al salario mínimo interprofesional, o una prestación por desempleo en las mismas condiciones, pero en modo alguno supone la extinción de la pensión conforme al artículo 152.3 del Código Civil.

VIII. EL SUPUESTO DE LA PERCEPCIÓN DE UNA PENSIÓN NO CONTRIBUTIVA POR EL HIJO DISCAPACITADO

La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 10 de octubre de 2014[41], con gran acierto y en la línea de lo que llevamos comentado ya en este pequeño estudio, afirma que *la percepción de una pensión no contributiva por los hijos mayores de edad con minusvalías no extingue «per se» la pensión de alimentos establecida a su favor.*

Rotundamente se equipara a los hijos mayores de edad con minusvalías con los hijos menores a efectos de determinación y cuantificación de la pensión alimenticia. La percepción de una pensión no contributiva por aquellos *será valorada a tales fines casuísticamente*[42].

La Sala insiste en que la sentencia de apelación, aun contemplando la situación de minusvalía de cada hijo, contravino la doctrina del TS por cuanto les dio un tratamiento como si de mayores de edad se tratase, argumentando que tenían ingresos propios pues percibían una prestación por minusvalía y no habían demostrado cumplidamente que sus minusvalías les impidiesen incorporarse al mercado laboral.

El Tribunal de forma categórica indica respecto de los ingresos que deben ponderarse teniendo en cuenta su finalidad puesto que *la pensión no contributiva por minusvalía no puede desplegar los mismos efectos que la que corresponda a los hijos en situación normalizada*. De este modo, la pensión no contributiva podrá tener proyección a la hora de cuantificar la pensión en relación con las posibilidades del obligado, pero «per se» no puede conducir a una extinción de la pensión por tener el alimentista «ingresos propios». En el caso de la sentencia los hijos mayores de edad presentan minusvalías con dificultades probadas para acceder al mercado laboral.

IX. CONCLUSIONES

I. La posición del Tribunal hasta este momento se centra en que el *interés superior del discapacitado* es un criterio que debe inspirar el Derecho moderno en los supuestos de hijos mayores de edad discapacitados, por su conexión con la dignidad de la persona, un principio general de Derecho privado y un principio constitucional que vincula a los poderes públicos. En supuestos de ausencia de discapacidad, tras la ruptura matrimonial y en caso de necesitar alimentos los hijos mayores de edad el progenitor podría efectuar la elección del artículo 149 del Código Civil y decidir proporcionarlos manteniendo en su casa a los hijos que tienen derecho a ello, al igual que continuar otorgando el derecho de alimentos aunque limitado temporalmente.

II. *El interés superior del discapacitado* es un principio general de Derecho centrado en un modelo social y de derecho humano cuya finalidad radica en que el discapacitado participe plena y efectivamente en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. Resulta prioritario el cambio de actitud hacia estas personas por la sociedad en su conjunto, y más aún en el caso de los progenitores de un hijo. Resulta imposible, ilógico y poco ético desplazar la responsabilidad de su mantenimiento hacia los poderes públicos en beneficio del progenitor que intenta eludirla.

III. Se configura derecho vital mínimo la continuidad en su derecho de alimentos en base al artículo 142 y sigs. del Código Civil, como solución ética e inmediata al problema. De no seguir este proceder se estaría produciendo una

supresión de los derechos del discapacitado, sujetos totalmente equiparables a los hijos menores, cuyas necesidades de protección son aún mayores. No obstante se puede acordar una obligación alimenticia flexible y atemperada a las circunstancias y siempre desde la supremacía del principio general del beneficio del mayor de edad discapacitado en el caso de que este se encuentre incorporado al mercado de trabajo en virtud de contratos temporales.

IV. Se afirma categóricamente que la percepción de una pensión no contributiva por los hijos mayores de edad con minusvalías no extingue «per se» la pensión de alimentos establecida a su favor y, además se equipara a los hijos mayores de edad con minusvalías con los hijos menores a efectos de determinación y cuantificación de la pensión alimenticia. De forma que la percepción de una pensión no contributiva deberá ser valorada caso por caso.

X. BIBLIOGRAFÍA

IGLESIA MONJE, M.ª Isabel de la: Los hijos mayores de edad y la atribución del uso de la vivienda familiar, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Sección: Análisis crítico de Jurisprudencia, núm. 733, septiembre-octubre, 2842-2858.

— (2013). La curatela y el discapacitado desde el prisma del «principio del superior interés de la persona con discapacidad». Estudio jurisprudencial, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 740, septiembre-octubre, 4109-4123.

— (2014). Reducción de la pensión de alimentos por el nacimiento de nuevos hijos, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 742, marzo-abril, 647-661.

— (2010). Limitación temporal del derecho de alimentos a favor de hijos mayores de edad, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 718, 767-771.

— (2014). El interés público y la familia ante la ruptura matrimonial, en *Los nuevos modos de relación entre derecho público y derecho Privado*. Dirigido por María Roca, IUSTEL. En imprenta.

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2004). Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad, en C. Lasarte Álvarez, A. Donado Vara, M. F. Moretón Sanz, F. Yáñez Vivero (coords.) *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, ISBN: 84-609-3858-1.

XI. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TC, TS, TSJ, Y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STC, Sala Segunda, 174/2002, de 9 de octubre de 2002, recurso: 1401/2000. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Número de Sentencia: 174/2002. La Ley 2002/7855.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de julio de 2014, rec. 2103/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 372/2014. La Ley 2014/78879
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de mayo de 2012, rec. 1132/2011. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 325/2012. La Ley 2012/69264.

- STS de la Sala Primera de lo Civil, de 5 de septiembre de 2011, recurso 1755/2008. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS. Núm. de Sentencia: 624/2011. La Ley 2011/189049
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 1 de abril de 2011, recurso 1456/2008. Ponente: Encarnación Roca Trías. Número de Sentencia: 221/2011. La Ley 2011/14453
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de noviembre de 2003, rec. 510/1998. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Núm. de Sentencia: 1135/2003. La Ley 2004/10175
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 16 de septiembre de 1999, rec. 3551/1995. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. La Ley 1999/12048
- STS, de 5 de noviembre de 1984. Ponente: Mariano MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ. La Ley 0000/53514-NS
- 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
- STSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 2 de septiembre de 2009, recurso 5/2009. Ponente: Carmen SAMANES ARA. Núm. de Sentencia: 8/2009. La Ley 2009/171761
- STSJC, Sala de lo Civil y Penal, de 24 de noviembre de 2008, recurso 139/2007. Ponente: María Eugenia ALEGRET BURGUÉS. Núm. de Sentencia: 39/2008. La Ley 2008/323324
- SAP de Barcelona, Sección 12.ª, de 22 de noviembre de 2013, rec. 901/2012. Ponente: Agustín VIGO MORANCHO. Núm. de Sentencia: 804/2013. La Ley 2013/198710
- SAP de Segovia, de 26 de marzo de 2013, rec. 79/2013. Ponente: María Felisa HERRERO PINILLA. Núm. de Sentencia: 38/2013. La Ley 2013/54159
- SAP de Girona, Sección 1.ª, de 8 de octubre de 2012, rec. 444/2012. Ponente: María Isabel SOLER NAVARRO. Núm. de Sentencia: 365/2012. La Ley 2012/214266
- SAP de Les Illes Balears, Sección 4.ª, de 10 de febrero de 2012, rec. 181/2011. Ponente: Miguel Angel AGUILÓ MONJÓ. Núm. de Sentencia: 62/2012. La Ley 2012/9634
- SAP de Zamora, de 19 de julio de 2011, rec. 289/2010. Ponente: Luis BRUALLA SANTOS-FUNCIA. Núm. de Sentencia: 181/2011. La Ley 2011/159416
- SAP de Sevilla, Sección 2.ª, de 30 de septiembre de 2010, rec. 5253/2009. Ponente: Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA. Núm. de Sentencia: 396/2010. La Ley 2010/270127
- SAP de Teruel, de 28 de enero de 2009, rec. 216/2008. Ponente: María de los Desamparados CERDA MIRALLES. Núm. de Sentencia: 23/2009. La Ley 2009/83651
- SAP de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de junio de 2008, rec. 29/2008. Ponente: Ricardo Javier GONZÁLEZ GONZÁLEZ. Núm. de Sentencia: 195/2008. La Ley 2008/202374
- SAP de Barcelona, Sección 18.ª, de 8 de febrero de 2008, rec. 576/2007. Ponente: María Dolores VIÑAS MAESTRE. Núm. de Sentencia: 90/2008. La Ley 2008/19495
- SAP de Palencia, de 15 de marzo de 2007, rec. 71/2007. Ponente: Carlos MIGUÉLEZ DEL RÍO. Núm. de Sentencia: 68/2007. La Ley 2007/108066

- SAP de Pontevedra, Sección 5.ª, de 30 de octubre de 2002, rec. 438/2001. Ponente: María Inmaculada MARTÍN VELÁZQUEZ. Núm. de Sentencia: 378/2002. La Ley 2002/180525
- SAP de Cádiz, Sección 8.ª, de 15 de marzo de 2001, rec. 488/2000. Ponente: María del Carmen GONZÁLEZ CASTRILLÓN. Núm. de Sentencia: 97/2001. La Ley 2001/58043
- SAP de Zaragoza, Sección 2.ª de 18 de enero de 2000, rec. 713/1999. Ponente: Luis FERNÁNDEZ ALVAREZ. Núm. de Sentencia: 14/2000. La Ley 2000/17064

XII. LEGISLACIÓN CITADA

- Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007
- Constitución Española. Artículos: 39, 49 y 124
- Código Civil. Artículo 96
- Ley 26/2011, de 1 de agosto de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Artículos 12 y 13
- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Artículo 1.2
- Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad
- Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Artículo 3
- Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículo 8.2
- Instrucción núm. 3/2010 sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección
- Manual de buenas prácticas de los servicios especializados del Ministerio Fiscal en la protección a las personas con discapacidad y apoyos, en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006
- Intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos para la protección de las personas con discapacidad
- De la efectiva aplicación de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y sus efectos en el derecho interno

NOTAS

[1] STS, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de julio de 2014, rec. 2103/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. Núm. de Sentencia: 372/2014. La Ley 2014/78879. Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la demanda de modificación de medidas y declararon extinguido el deber del demandante de abonar pensión de alimentos a los hijos mayores de edad. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación formulado por la madre, anula la sentencia recurrida y desestima la demanda en lo que se refiere a la supresión de los alimentos a favor de uno de los hijos.

[2] STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de mayo de 2012, recurso 1132/2011. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 325/2012. La Ley 2012/69264.

[3] Así la magistrada insiste en que «los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el artículo 96.1 del Código Civil que no distingue entre menores e incapacitados». A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre de 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

[4] IGLESIA MONJE, M.ª Isabel de la: La curatela y el discapacitado desde el prisma del «principio del superior interés de la persona con discapacidad». Estudio jurisprudencial, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 740, septiembre-octubre. 2013, 4109-4123. Donde se concretaba que «La curatela, reinterpretada a la luz de la Convención de Nueva York, es un modelo de apoyo y de asistencia. El principio del superior interés de la persona con discapacidad, principio general de nuestro ordenamiento, insiste en que el sujeto continúa manteniendo su personalidad pero requiere un complemento de su capacidad, precisamente para 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».

[5] Pero además, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, introduce un *nuevo sistema de protección*, *sin incapacitación*, para personas en razón de su discapacidad, con relevancia en el ámbito del Derecho Civil; este sistema no depende, pues, de la incapacitación, ni constituye un estado civil y se aplica a quienes estén afectados por una minusvalía psíquica igual o mayor al 33 por 100 y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100 (art. 2.2).

[6] La STS, Sala Primera de lo Civil, de 16 de septiembre de 1999 (rec. 3551/1995. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. La Ley 1999/12048) relativa a la fijación del ámbito de la incapacitación parcial en el aspecto patrimonial que declaró que «implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del *principio de la dignidad de la persona*, lo que debe inspirar aquella decisión judicial».

[7] STC, Sala Segunda, 174/2002, de 9 de octubre de 2002, rec. 1401/2000. Ponente: Tomás VIVES ANTÓN. Núm. de Sentencia: 174/2002. La Ley 2002/7855.

[8] IGLESIA MONJE, M.ª Isabel de la: «Los hijos mayores de edad y la atribución del uso de la vivienda familiar» *en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Sección: Análisis crítico de Jurisprudencia Núm. 733, septiembre-octubre. 2842-2858.

[9] *Vid.* la STS 221/2011, de 1 de abril (STS, Sala Primera de lo Civil, de 1 de abril de 2011, rec. 1456/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 221/2011. La Ley 2011/14453) que estableció que «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código Civil», doctrina que se ha reiterado en las SSTS 236/2011, de 14 de abril; 451/2011, de 21 de junio y 642/2011, de 30 de septiembre. En ellas se argumenta que: «El principio protegido en esta disposición es el interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 del CCCat y art. 81.2 CDF Aragón). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios».

[10] La doctrina del Tribunal Supremo se basa en que no debe extenderse la protección del menor del artículo 96.1.º del Código Civil más allá de la fecha en que alcance la mayoría de

edad. El argumento se centra en que la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca. Así se declara extinguido el derecho de uso de la vivienda, una vez alcanzada la mayoría, entendiendo que el artículo 96 del Código Civil no depara la misma protección a los mayores. Criterio jurisprudencial que fue unificado por la sentencia de la Sala Primera de lo Civil, de 5 de septiembre de 2011, siendo ponente don Juan Antonio XIOL RÍOS (rec. 1755/2008. Núm. de Sentencia: 624/2011. La Ley 2011/189049) quien distinguió los dos párrafos del artículo 96 citado pues el primer párrafo atribuye el uso de la vivienda a los hijos «como concreción del principio *favor filii*», pero cuando sean mayores de edad, rigen otras reglas, concretamente esta necesidad estará amparada bajo los artículos 142 y sigs. del Código Civil, como acreedor de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir.

[11] Ejemplo de ello es la STSJC, Sala de lo Civil y Penal, de 24 de noviembre de 2008, cuyo ponente fue María Eugenia ALEGRET BURGUÉS (rec. 139/2007. Núm. de Sentencia: 39/2008. La Ley 2008/323324), que realizó un análisis del problema económico social surgido y agravado en los últimos años de la prolongación de estancia de los hijos mayores de edad en el domicilio familiar, la continuación de su necesidad de vivir a expensas de los padres y el alargamiento en el tiempo de su independencia. La ponente indica que habiendo desaparecido la causa de la primera atribución, por haber alcanzado el hijo la mayoría de edad, sigue siendo el cónyuge que tenía el uso el más necesitado de protección, si bien se fija una razonable limitación temporal de ese uso, periodo durante el cual habrá de procurarse una nueva vivienda. En la misma línea la Audiencia de Navarra, indica que viene siendo una generalidad que se atribuya tras la crisis matrimonial la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado que conviva con los hijos aunque estos sean mayores de edad, atribución otorgada por un plazo temporal de dos años (SAP de Navarra, Sección 2.ª, de 17 de junio de 2008, recurso 29/2008. Ponente: Ricardo Javier GONZÁLEZ GONZÁLEZ. Núm. de Sentencia: 195/2008. La Ley 2008/202374).

[12] IGLESIA MONJE, M.ª Isabel de la. Limitación temporal del derecho de alimentos a favor de hijos mayores de edad, en *RCDI,* Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 718, 767-771.

[13] Ponente: Mariano MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ. La Ley 0000/53514-NS, quien acertadamente concretó como la extinción de la prestación derivada del derecho de alimentos no podía surgir basándose meramente en la ficción de que los alimentistas podían encontrar trabajo, sino que determinó que el ejercicio de una profesión-oficio debía ser una posibilidad concreta y eficaz, según las circunstancias.

[14] Rec. 510/1998. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. Núm. de Sentencia: 1135/2003. La Ley 2004/10175, de mantener la continuidad en el derecho de alimentos de los hijos tras superar la mayoría de edad, cuando la situación de necesidad no es imputable a ellos. Ejemplo típico es el de aquellos que, como consecuencia de la ruptura familiar, abandonan los estudios y tras unos años deciden reanudarlos tras haber pasado por diversos trabajos temporales, mal remunerados…

[15] Así, la SAP de Teruel, de 28 de enero de 2009, recurso 216/2008. (Ponente: María de los Desamparados CERDA MIRALLES. Núm. de Sentencia: 23/2009. La Ley 2009/83651), o la STSJ. de Aragón, 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) que mantiene que «la obligación de alimentos que la sentencia dictada en el proceso de separación impuso al padre, aun cuando no se extinga automáticamente por el hecho de haber alcanzado la hija la mayoría de edad, no es ni puede ser por tiempo indefinido, sino solo en tanto concurran las antedichas circunstancias en las que se justifica la prolongación del deber de crianza y educación, y la SAP de Zaragoza, Sección 2.ª de 18 de enero de 2000 (rec. 713/1999. Ponente: Luis FERNÁNDEZ ÁLVAREZ. Núm. de Sentencia: 14/2000. La Ley 2000/17064).

[16] Su función está dirigida a la protección de las personas con discapacidad en los procesos de modificación de la capacidad (Diligencias Prejudiciales, Incapacitación, Internamientos, etc.). Constitución, vigilancia y control de las instituciones tutelares (Tutores,

curadores, tutela institucional, otros apoyos). Formación, divulgación e información de la materia a las personas con discapacidad, sus familias y organismos tutelares.

[17] *Vid.* Documentos y normativa al respecto: Instrucción núm. 3/2010 sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección; Manual de buenas prácticas de los servicios especializados del Ministerio Fiscal en la protección a las personas con discapacidad y apoyos, en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006; Guía Práctica sobre la Incapacidad Judicial y otras Actuaciones en Beneficio de las Personas con Discapacidad; Intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos para la protección de las personas con discapacidad; De la efectiva aplicación de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y sus efectos en el derecho interno… (http://www.fiscal.es).

[18] Su artículo 1 dispone que «Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

[19] Artículo 93: El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos 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. 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 sigs. del Código Civil.

[20] IGLESIA MONJE, M. I.: El interés público y la familia ante la ruptura matrimonial, en *Los nuevos modos de relación entre derecho público y derecho Privado.* Dirigido por María Roca, *en imprenta*.

«El ordenamiento jurídico reconoce determinados intereses que son considerados dignos de protección en relación con el tema que nos ocupa: El interés jurídico del menor, el llamado *favor filii*, por ejemplo. Al reconocer este interés el ordenamiento jurídico lo hace de dos maneras: por un lado, concretando el grupo de individuos a quienes se les asegura la protección judicial de su interés (o/a posteriori, un resarcimiento). Y en segundo lugar, colocando a determinados órganos del Estado, bajo ciertas obligaciones que protejan ese interés, principalmente los jueces, el Ministerio Fiscal». «La satisfacción del interés privado se deja al libre arbitrio de los particulares, el Estado se encarga solamente de garantizar las condiciones necesarias para que los particulares puedan actuar. Por ejemplo, permitiendo la persecución judicial de su derecho.

La creciente intervención del Estado en la esfera individual trae aparejada la expansión en ámbitos donde el interés público y el privado se confunden».

Conferencia realizada en el IV Seminario de la Asociación Interdisciplinar de Derecho Público. Seminario Internacional de Profesores. Monasterio de Leyre. 8 al 10 de noviembre de 2012.

[21] *Vid.* SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS; B: Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad, en *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia* / coord. por Carlos Lasarte Álvarez, Araceli Donado Vara, María Fernanda Moretón Sanz, Fátima Yáñez Vivero, 2004, ISBN: 84-609-3858-1.

[22] STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de mayo de 2012 ya citada.

[23] El juzgado de 1.ª Instancia núm. 22, de Madrid, de 13 de enero de 2010, había mantenido al conocer de este asunto que *no se podía mantener el uso de la vivienda porque la esposa tenía capacidad económica suficiente y porque el interés del hijo no era el más necesitado de protección, ya que «su minusvalía, que no incapacidad legal, no puede conllevar por si sola y* sine die*, preferencia jurídica alguna sobre el uso del inmueble frente al derecho de propiedad que ostenta en exclusiva el demandante», y respecto a la petición de alimentos para el hijo realizada en la reconvención, no puede pedirse ahora por la madre, ya que debe hacerlo el propio interesado.*

[24] SAP de Palencia, de 15 de marzo de 2007, rec. 71/2007. Ponente: Carlos MIGUÉLEZ DEL RÍO. Núm. de Sentencia: 68/2007. La Ley 2007/108066.

[25] SAP de Pontevedra, Sección 5.ª, de 30 de octubre de 2002, rec. 438/2001. Ponente: María Inmaculada MARTÍN VELÁZQUEZ. Núm. de Sentencia: 378/2002. La Ley 2002/180525. «…por ello que en casos como el presente donde no existe impedimento alguno para que

el esposo salga del domicilio conyugal teniendo además medios económicos para poder afrontar dichos gastos, lo aconsejable es la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a la esposa dado que ella es quien tiene la custodia, por otra parte no discutida ni pretendida por el esposo, de la hija incapacitada con lo que el recurso se desestima en este punto».

[26] SAP de Sevilla, Sección 2.ª, de 30 de septiembre de 2010, rec. 5253/2009. Ponente: Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA. Núm. de Sentencia: 396/2010. La Ley 2010/270127.

[27] Y se suprime la pensión compensatoria reconocida a favor de la esposa.

[28] SAP de Segovia, de 26 de marzo de 2013, rec. 79/2013. Ponente: María Felisa HERRERO PINILLA. Núm. de Sentencia: 38/2013. La Ley 2013/54159.

[29] El hijo mayor, Alejandro, debido a su discapacidad, genera unos gastos ordinarios superiores a su hermano y que suponen al mes unos 500 euros para el tratamiento de sus dolencias. Circunstancia que no ha sido discutida por el demandado.

[30] SAP de Girona, Sección 1.ª, de 8 de octubre de 2012, rec. 444/2012. Ponente: María Isabel SOLER NAVARRO. Núm. de Sentencia: 365/2012. La Ley 2012/214266.

[31] SAP de Cádiz, Sección 8.ª, de 15 de marzo de 2001, rec. 488/2000. Ponente: María del Carmen GONZÁLEZ CASTRILLÓN. Núm. de Sentencia: 97/2001. La Ley 2001/58043.

[32] Así respecto de Rubén, ha quedado plenamente acreditado en autos su condición de *minusválido psíquico por padecer retraso mental con trastornos de conducta*. Asimismo ha quedado probado que percibe *pensión no contributiva por importe de 40.260 ptas. mensuales*, más *dos pagas extraordinarias de la misma cuantía*. Consta acreditado que *precisa de la asistencia de otra persona para la realización de las tareas cotidianas de la vida diaria*.

La Sala discrepa de la valoración que de tales medios de prueba ha realizado la juzgadora de instancia, pues consideramos que el solo hecho de que en la actualidad Rubén perciba una pensión por importe de 40.260 ptas., *no debe llevarnos a la supresión total de la pensión alimenticia que su progenitor le venía abonando, máxime cuando persiste y persistirá en el futuro la minusvalía psíquica que le afecta, así como la necesidad de asistencia por terceras personas*. El hecho de percibir una pensión mensual de 40.260 ptas., indudablemente contribuirá a mejorar la calidad de vida de esta persona, siempre que el padre siga contribuyendo a la prestación alimenticia correspondiente. El percibo de tal pensión *no exime ni libera al padre de contribuir al sostenimiento de este hijo, que por sus especiales circunstancias nunca va a alcanzar independencia y autonomía ni personal ni económica*. Consideramos que la sentencia de instancia ha seguido en este punto un criterio puramente matemático, que atendiendo a las peculiares circunstancias que concurren en Rubén debe ser totalmente rechazado.

[33] SAP de Barcelona, Sección 12.ª, de 22 de noviembre de 2013, rec. 901/2012. Ponente: Agustín VIGO MORANCHO. Núm. de Sentencia: 804/2013. La Ley 2013/198710.

[34] En el supuesto enjuiciado consta acreditado que la hija Carla, de 19 años de edad, ha terminado sus estudios y carece de trabajo, sin embargo la Sentencia de instancia no le concedió pensión de alimentos al considerar que la hija Carla, menor de edad cuando se inició el proceso de divorcio, podía buscar trabajo y además por el hecho de que percibía una prestación de 500 euros, con la que podía hacer frente a sus gastos. En primer término, debe indicarse que esta prestación de 500 euros era semestral no quincenal y se concedía la misma a la madre, no a la hija, según se desprende del documento núm. 1 del recurso, en el que consta que la prestación de 1.000 euros anuales (500 euros cada semestre) que se concedía a la hija Carla se extinguió en fecha de 1 de enero de 2011 por la mayoría de edad de la hija, como ya se había extinguido la de la hija María Esther en fecha de 1 de julio de 2009 por una causa distinta (superar el límite de ingresos).

[35] SAP de Les Illes Balears, Sección 4.ª, de 10 de febrero de 2012, rec. 181/2011. Ponente: Miguel Angel AGUILÓ MONJÓ. Núm. de Sentencia: 62/2012. La Ley 2012/9634.

[36] No cabe la reducción de la cuantía de la *pensión alimenticia judicial y convencionalmente acordada en convenios y sentencia de separación, por el hecho de que el demandante tenga un nuevo hijo*, al no constar una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta cuando se fijó la pensión alimenticia, debiendo tenerse en cuenta los ingresos de ambos progenitores, constando que el actor se encuentra con disponibilidades económicas

de seguir sufragando la pensión discutida, sin desatención, no acreditada, de las obligaciones adquiridas con su nueva hija.

[37] *Vid*. IGLESIA MONJE, M. I. (2014). Reducción de la pensión de alimentos por el nacimiento de nuevos hijos, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 742, marzo-abril, 647-661.

[38] SAP de Barcelona, Sección 18.ª, de 8 de febrero de 2008, rec. 576/2007. Ponente: María Dolores VIÑAS MAESTRE. Núm. de Sentencia: 90/2008. La Ley 2008/19495.

[39] SAP de Zamora, de 19 de julio de 2011, rec. 289/2010. Ponente: Luis BRUALLA SANTOS-FUNCIA. Núm. de Sentencia: 181/2011. La Ley 2011/159416.

[40] 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.

[41] STS, Sala Primera de lo Civil, de 10 de octubre de 2014. Rec. 1230/2013. Núm. de la Sentencia S. 547/2014, (La Ley 2014/143848). Ponente: Eduardo BAENA RUIZ, *Diario La Ley*, Núm. 8413, Sección Documento on-line, 4 de noviembre de 2014, Editorial La Ley. La Ley 2014/6695.

[42] El demandante solicitó la modificación de las medidas definitivas adoptadas en la sentencia de divorcio, postulando la extinción de la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad, afectados por una minusvalía, y de la pensión compensatoria de la esposa o, subsidiariamente, la reducción de ambas en la misma proporción en la que el demandante había visto reducidos sus ingresos tras su jubilación forzosa (un 22%).

El Juzgado de Primera Instancia estimó parciamente la demanda y redujo ambas pensiones un 9%. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Bizkaia acordó la extinción de las pensiones de alimentos a favor de los hijos y la reducción del 22% de la pensión compensatoria.

El Tribunal Supremo anula la sentencia de apelación en el pronunciamiento relativo a la extinción de la pensión alimenticia y acuerda su reducción en un 22%.

1.2. FAMILIA

Pactos prenupciales y determinación de la residencia habitual*

Prenuptial agreements and determination of habitual place of residence

por

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

RESUMEN: Cuando exista escritura pública de capitulaciones matrimoniales previas al matrimonio en donde se determine la residencia habitual común regirá el derecho común como norma aplicable para regular los efectos del matrimonio.

ABSTRACT: When there is a public act of prenuptial agreement prior to marriage, where the habitual residence is defined common law govern as legal standard to regulate the effects of marriage.

PALABRAS CLAVE: Pactos prenupciales. Residencia habitual.

KEY WORDS: Prenuptial agreements. Habitual place of residence

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ARTÍCULO 9.8 *IN FINE* DEL CÓDIGO CIVIL.—III. RESIDENCIA HABITUAL, VECINDAD CIVIL.—IV. PACTOS PRENUPCIALES, AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y RESIDENCIA HABITUAL.—V. CAPITULACIONES MATRIMONIALES, TESTAMENTO Y DERECHO FORAL CATALÁN.—VI. EL REGISTRO CIVIL, LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y LA VECINDAD CIVIL.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RRDGRN CITADAS.—IX. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

Las capitulaciones prematrimoniales, en Derecho de familia, son los acuerdos celebrados antes o en el acto de contraer matrimonio y que tienen por objeto regular las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. En el supuesto que vamos a analizar, las capitulaciones matrimoniales pactadas, es un negocio jurídico dependiente, que se celebró antes de contraer matrimonio y válido.

* 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 Profa. Dra. D.ª Cristina DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, y en el marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyos equipos de investigación formo parte.

El artículo 1325 del Código Civil establece que «en capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo». También se conocen con el nombre de pactos o acuerdos prenupciales o acuerdos prematrimoniales.

En ellas no se pueden pactar estipulaciones *contrarias a la patria potestad, ni a la tutela, ni que alteren los efectos personales del matrimonio*, como sería el de no vivir juntos, no guardarse fidelidad, ni prestarse alimentos, etc.

Sí se pueden pactar aspectos relativos a *una hipoteca, a las donaciones por razón del matrimonio* (arts. 1338, 1341 CC). Igualmente, en los artículos 826, 827 y 831 del Código Civil se reconocen efectos a los pactos relativos al *tercio de mejora* hereditaria cuando se encuentren contenidos en las capitulaciones matrimoniales de los esposos.

Las medidas acordadas no deben ser contrarias a la ley, la moral o el orden público (art. 1255 CC), ni por supuesto ser discriminatorias para alguno de los cónyuges o limitativas de la igualdad de derechos entre ellos. El ejemplo típico sería su utilización para llevar a cabo e*l reconocimiento de hijas e hijos extramatrimoniales,*

Y, desde luego, determinar el *lugar de residencia de los esposos* forma parte de este contenido atípico de las capitulaciones que no tiene en principio efectos directamente económicos pero que influye indirectamente en los aspectos de derecho sucesorio y tributario. Pacto que tiene su importancia cuando uno de los esposos no es español de origen. De este modo, se utilizan las capitulaciones en nuestro supuesto de hecho de la sentencia objeto de comentario de 28 de abril de 2014[1] —para introducir esta *manifestación* que es un pacto productor de efectos que indirecta o mediatamente tiene contenido económico al proyectar la vigencia y repercusión del matrimonio más allá del matrimonio mismo.

Su importancia se centra en que la *residencia habitual pactada por acuerdo prenupcial* será en España —y concretamente en Málaga—, y dicha manifestación va a ser la que va a determinar, según el artículo 9.8 in *fine* del Código Civil el derecho común como norma aplicable para regular los efectos del matrimonio, y específicamente la determinación de la normativa aplicable de los derechos sucesorios del cónyuge supérstite que son el objeto de la contienda origen de la sentencia.

II. EL ARTÍCULO 9.8 *IN FINE* DEL CÓDIGO CIVIL

La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley la que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.

Por una parte, la automática traslación de algunas normas del Título Preliminar a la solución de los conflictos internos, *puede contravenir la propia exigencia constitucional de respetar la igualdad entre los ordenamientos civiles*, como ocurre en materia sucesoria, con la protección del sistema de legítimas que favorece el artículo 9.8 del Código Civil[2].

A los efectos de determinar la importancia de la *concreción de la vecindad civil y los efectos sucesorios* cabe analizar alguna decisión jurisprudencial. Así, la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 23 de diciembre de 1992[3], indica que no se debe aplicar el régimen balear de bienes porque *no se acredita haber ganado vecindad cuando los cónyuges se casaron en Baleares.* Pues tras la separación de hecho de los cónyuges hace más de 40 años y creada nueva familia extramatrimonial, se excluye el fundamento de la aplicación de la sociedad de ganancias y no se reconoce derecho a la mitad a la muerte del cónyuge, teniendo en cuenta que *se ha obtenido la vecindad catalana siendo esta ley la que rige la sucesión.*

La STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de abril de 2008[4], sí consideró el artículo 9.8 *in fine* del Código Civil. Dicha sentencia razonó la conveniencia de aplicar el derecho sucesorio español en el supuesto de un testamento otorgado por el causante, de nacionalidad norteamericana, en el que legaba a su esposa todos los inmuebles usados por él como lugar de residencia. A su vez constituyó en la misma fecha un «trust mortis causa» del que era beneficiaria su hija.

El juzgador en este caso entendió que ante la inexistencia de norma específica de conflicto en derecho español determinante de cuál sería el derecho material aplicable a la figura del «trust», ha de suplirse acudiendo a la *norma de conflicto propia de la sucesión* mortis causa *que, contenida en el artículo 9.8 del Código Civil, remite al derecho representado por la ley nacional del causante*. Sin embargo, ante la falta de acreditación del contenido y alcance del derecho extranjero, *extremos que el juzgador no está obligado a investigar de oficio,* se impone la aplicación del derecho español, siendo así que en tal sentido han de aplicarse las disposiciones contenidas en el testamento.

La SAP de Lleida de 17 de diciembre de 2001[5], aplicó la legislación catalana, en el supuesto de una sucesión intestada y habiendo muerto el causante sin hijos ni descendientes, le sucede el cónyuge sobreviviente. Se determina la ley aplicable en función de la vecindad civil del causante y aunque se alega el cambio de vecindad civil por su residencia habitual durante 10 años seguidos en territorio de diferente legislación civil, se insiste por el juzgador que *los simples datos del padrón de habitantes no hacen prueba plena de la residencia a efectos civiles.*

Por último, debemos hacernos eco de la SAP de Barcelona de 7 de enero de 2014[6], que reflexiona sobre un supuesto distinto donde la vecindad civil juega un papel fundamental a la hora de otorgar testamento. Liberada la causante de la vinculación a la vecindad civil del marido, deja transcurrir el plazo de 10 años con residencia en Barcelona, *sin manifestar ante el Encargado del Registro Civil su voluntad de conservar la vecindad civil navarra y otorga testamento de hermandad sin poseer vecindad civil navarra.* Al ser una forma testamentaria de derecho foral navarro, no contemplada en el ordenamiento jurídico catalán se declara «la nulidad del testamento ya que no se corresponde con alguno de los tipos previstos en la legislación aplicable al tiempo del fallecimiento de la causante».

III. RESIDENCIA HABITUAL, VECINDAD CIVIL

La sentencia objeto de comentario de 28 de abril de 2014 tiene como supuesto de hecho la existencia de un causante de nacionalidad italiana y con *residencia legal* en España, casado con una española, y la existencia de una escritura pública de capitulaciones prenupciales en donde los otorgantes hicieron constar su *residencia habitual común* en Málaga y la determinación del derecho común como norma aplicable para regular los efectos del matrimonio.

A nuestro juicio debería haberse referido al término *vecindad civil* (término de carácter civil) en lugar del de residencia habitual (término de carácter fiscal).

Recordemos que el concepto de *residencia habitual* tiene relevancia a efectos tributarios porque constituye el criterio de territorialidad adoptado por varios tributos para determinar la extensión de la ley en el espacio. La Ley General Tributaria no define este concepto, sino que es la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ley 40/1998, de 9 de diciembre, la que se refiere al mismo. En su virtud, se considera residente en España el que resida en ella más de ciento ochenta y tres días del año natural, sin que se computen para ello las ausencias temporales, salvo que el contribuyente acredite su residencia fiscal en otro país; aquel que tenga en España el núcleo principal o la base de sus actividades o intereses económicos, de forma directa o indirecta. Es un factor integrante del hecho imponible del correspondiente tributo.

La *vecindad civil*, por otro lado, es la condición en la que se encuentra todo ciudadano por su adscripción a una zona determinada del territorio español, donde se aplica, bien la legislación civil común o la foral[7]. En base a ella se determina la sumisión a unas determinadas normas que regulan la capacidad y estado civil, los derechos y deberes de familia y la *sucesión por causa de muerte*[8].

La vecindad civil ha sido considerada como una «condición de la persona»[9], un «estado civil»[10] o, simplemente, como un «vínculo entre la persona y un ordenamiento jurídico» que influye en la *capacidad* de la persona, pero no en su personalidad y cuyos *caracteres* son[11]:

- Generalidad: aplicable a todos los ordenamientos regionales y a todos por igual.
- Limitada: refiriéndose solo a lo contenido en cada ordenamiento regional.
- Necesaria y única: cada español tendrá una regionalidad y solo una, sin perjuicio de que pueda cambiarse.
- Materia sustraída al tráfico jurídico ya que afecta al interés público o general.

Son pocas las sentencias que se han referido a los pactos prenupciales y su influencia en el régimen sucesorio determinado por la vecindad civil, no obstante vamos a referirnos y analizar alguna de ellas.

La SAP de Barcelona de 13 de junio de 2001[12], afirma que el régimen económico aplicable al matrimonio es el capitular francés de separación de bienes por haberlo así regulado los cónyuges. Y además insiste en que «nótese que en la escritura prematrimonial celebrada en Beziers el 19 de junio de 1990 existe una clara sumisión al régimen de los artículos 1536 a 1541 del Code civil. Según nuestro Derecho internacional privado, aplicable siempre de oficio (art. 12.6 CC), el régimen económico resulta (art. 9.3 CC) siempre de los pactos o capitulaciones válidos conforme a la ley que rija los efectos del matrimonio, o a la ley de residencia habitual o nacionalidad de cualquiera de las partes —en este caso, se acordó según la ley francesa del marido—, luego el régimen resultante y no otro es el que debe tenerse en cuenta en este caso».

Se insiste en que «*no constando que la esposa haya adquirido por el simple matrimonio la nacionalidad francesa*, en defecto de ley personal común reguladora de los efectos de la separación rige la ley española (art. 107 CC), una vez está *acreditada la residencia española de la esposa* al tiempo de la demanda y determinada la competencia por esa vía; ley española que no puede ser otra que la determinada a su vez por la vecindad civil de la esposa, el Derecho civil catalán

integrado por el Codi de Familia; además es la ley aplicable invocada como única por ambas partes en esta materia, lo que ya de por sí excluiría la francesa basada en la residencia común, constante matrimonio, en Francia».

IV. PACTOS PRENUPCIALES, AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y RESIDENCIA HABITUAL

Los pactos matrimoniales prerruptura o en previsión de la ruptura (a los que ya nos hemos referido) pueden definirse como aquellos negocios jurídicos de Derecho de Familia, en cuya virtud quienes tienen proyectado contraer matrimonio o se encuentran en situación de normal convivencia matrimonial regulan, total o parcialmente, las consecuencias o efectos tanto personales como patrimoniales que pudieran derivarse de la eventual ruptura de su matrimonio. El Tribunal Supremo los configura como *pactos atípicos* en los que los cónyuges, previendo una posible crisis, acuerdan que uno o ambos asuman una serie de obligaciones respecto a la otra parte, para el caso de que se produzca la separación o divorcio (como ya hemos indicado en la STS, Sala de lo Civil, de 31 de marzo de 2011).

Aunque la legislación civil común no los contempla sin embargo, son admisibles en base al principio de la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255 CC), a la libertad de contratación entre cónyuges (art. 1323 CC) y a la potestad de estos para estipular en capitulaciones cualesquiera disposiciones por razón del matrimonio (art. 1325 CC). Conforme al artículo 1091 del Código Civil, las obligaciones contenidas en tales pactos tendrán «fuerza de ley entre las partes».

Sobre esta cuestión el Alto Tribunal ha declarado que «los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial, en ejercicio de su autonomía privada, pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de abril de 1997)[13], tienen carácter contractual, por lo que para su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 CC), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter *ad solemnitatem* o *ad sustantiam* para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia y la doctrina registral, que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante interpartes a la aprobación y homologación judicial»

Asimismo, «la autonomía privada de los cónyuges les permite pactar lo que crean más conveniente para sus intereses y para ello pueden utilizar los documentos privados, siempre que las Leyes no exijan para la validez del acto que están realizando, el otorgamiento de escritura pública» (STS, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de febrero de 2006)[14]. Si concurren tales requisitos, el acuerdo será válido «como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes»; no habrá obstáculo para su validez, puesto que el hecho de no haber sido homologado por el Juez solo le impide formar parte del proceso de divorcio, pero no pierde eficacia como negocio jurídico (como indica la ya señalada STS, Sala de lo Civil, de 31 de marzo de 2011)[15].

La STS de 28 de abril de 2014, objeto de comentario, establece que los derechos sucesorios de doña Ariadna, como cónyuge supérstite deben ser regulados de acuerdo con el sistema sucesorio español. Así se desprende de la escritura pública de capitulaciones prenupciales, de 17 de febrero de 2004, en donde los

otorgantes, para el caso de celebración del proyectado matrimonio, hicieron constar su residencia habitual común en Benalmádena (Málaga) y la determinación del derecho común como norma aplicable para regular los efectos del matrimonio.

La autonomía de la voluntad está presente en la regulación de la *vecindad civil*, en base a la posibilidad de su cambio. Su modificación presenta consecuencias en el plano de los conflictos de leyes internos al producir una modificación en el derecho aplicable, no solo en la *ley personal*, sino también en el *ámbito familiar y sucesorio*. «Se genera lo que en *doctrina ius internacional privatista* se conoce como conflicto móvil, al que las normas de conflicto ofrecen soluciones específicas, en función de la materia regulada, que pasan por respetar la validez de los actos otorgados y los derechos adquiridos conforme a la ley aplicable antes del cambio»[16].

Aunque este no es el caso que se plantea en nuestro estudio, los cambios voluntarios de vecindad también pueden encontrarse con una importante limitación, en sus consecuencias de derecho aplicable, que es la institución de fraude de ley (art. 12.4 CC), cuya activación puede llevar a excluir los efectos de la voluntad expresada mediante el cambio de vecindad: siendo precisamente donde más se generan en el ámbito sucesorio, y en el escenario interno de los conflictos de leyes[17].

El principio de autonomía de la voluntad implica la elección de la ley aplicable en función de su contenido material y de seguridad jurídica, permitiendo la autorregulación por los propios particulares de sus relaciones jurídicas. La elección de ley también preside la ordenación conflictual en la Propuesta de Reglamento en materia de regímenes económicos matrimoniales[18] y en el Reglamento sobre sucesiones[19].

No obstante, en la sentencia objeto de estudio se evita todo tipo de conflicto puesto que con carácter previo las partes, antes de contraer matrimonio, establecieron en base a su autonomía de la voluntad plasmada en las capitulaciones matrimoniales realizadas previamente a la celebración del matrimonio la fijación de su residencia habitual y consiguientemente debe entenderse su vecindad como la de Derecho común, que va a tener efectos fundamentales en el Derecho sucesorio.

Cuestión distinta es la del ejercicio de la autonomía de la voluntad en los llamados pactos prenupciales prerruptura contenidos en capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas, objeto de la STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de marzo de 2011, contrarios muchas veces a la ley, que intentan eludir.

En ella se cuestionó la validez de los pactos entre cónyuges distintos del convenio regulador puesto que los litigantes pactaron que en el supuesto de separación, como así ocurrió, el marido vendría obligado a entregar a la esposa una pensión mensual y a donarle el piso que ella eligiese[20].

Y asimismo con un contenido diferente, pero con alguna cuestión en común, fue la analizada por la SAP de Valencia de 30 de abril de 2003[21], la cual confirma que en este caso en el que los litigantes antes de contraer matrimonio pactaron en capitulaciones matrimoniales prenupciales el régimen de separación de bienes *significa que mostraron su voluntad de mantener su autonomía patrimonial*. La sentencia se hace eco de que «la propia existencia e invocación de estos pactos atípicos previos, ilustrativos de la falta de cobertura, insatisfacción o inadecuación de las medidas legalmente contempladas».

Resulta ilustrativa también la SAP de Cádiz de 26 de julio de 2013[22], que señala que no puede considerarse vulnerado el principio de igualdad entre consortes establecido en el artículo 1328 del Código Civil, cuya restricción constituye uno de los límites constitucionales a la voluntad de los cónyuges. En el examen de

los pactos no puede perder de vista el respeto a la propia libertad contractual, debiendo únicamente proscribirse aquellos que de forma más clara ataquen la igualdad de los cónyuges pero no aquellos que solo muestren el ejercicio de aquella, sobre todo en materias de libre disposición, fundamentalmente de naturaleza patrimonial, pues si determinados pactos se permiten entre extraños, más aún deben permitirse entre casados[23].

«Vulnerarían la igualdad aquellos pactos que sitúan a uno de los cónyuges en situación de inferioridad respecto del otro, acuñándose legalmente para diluir toda idea de supremacía o autoridad y correlativa sumisión o dependencia; todo ello sin olvidar que la igualdad es un concepto relativo, en el sentido de que para examinar su concurrencia deberá partirse de un determinado matrimonio, en un momento histórico y una sociedad determinada».

V. CAPITULACIONES MATRIMONIALES, TESTAMENTO Y DERECHO FORAL CATALÁN

La SAP de Barcelona de 9 de diciembre de 2002[24], reconoce el carácter *irrevocable de los capítulos matrimoniales*. En esta resolución se analiza si debe mantenerse el testamento otorgado por D. Daniel, ya que su voluntad, expresada en los capítulos matrimoniales, consistía en prever que si moría habiendo otorgado testamento, este debiera primar sobre los capítulos matrimoniales, ya que pretendía que su esposa, durante su vida, únicamente poseyese y se «lucrase» con las rentas que produjesen sus bienes, pero sin que se transmitiese a ella el dominio, ya que pretendía que se produjese en la forma ordenada por testamento[25].

No obstante, la Audiencia entiende que «la controversia suscitada no puede resolverse en los aspectos *interpretativos de la voluntad*, sino en la *aplicación de la Ley*, ya que el artículo 71 del Codi de Successions de Cataluña, dispone que «el heredamiento a favor de uno de los contrayentes le confiere con carácter irrevocable la cualidad de heredero contractual del heredamiento y le transmite los bienes que este le ha dado de presente», en concordancia con el artículo 72 del mismo texto legal que preceptúa que «las donaciones universales otorgadas en capítulos matrimoniales a favor de los contrayentes producen el efecto de heredamiento aunque no se utilice dicho término», y con los artículos 67 a 100 del Código, referidos a los heredamientos; de lo que deriva que D. Daniel no podía llevar a cabo la institución de última voluntad en testamento, ya que, carecía de los bienes por haber dispuesto anteriormente la donación de presente»[26].

Concluye estableciendo que «la voluntad del testador unilateralmente no puede privar, de forma sobrevenida, a la eficacia del heredamiento contenido en capítulos, atendiendo a su irrevocabilidad, «con el fin de evitar fraudes y que puedan dejarse sin efecto donaciones o promesas en correspondencia a las cuales se hubieran obtenido otras del otro contrayente o de los suyos».

VI. EL REGISTRO CIVIL, LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y LA VECINDAD CIVIL

La RDGRN de 25 de septiembre de 2006[27] analiza el supuesto de la inscripción en el Registro Civil español de la escritura otorgada ante notario italiano por unos esposos (él de nacionalidad italiana y ella de nacionalidad española)

con residencia habitual en Italia y que contrajeron matrimonio en España, por la que convienen que su régimen económico matrimonial sea el de separación de bienes (supuesto de hecho parecido en parte a la sentencia objeto de nuestro breve comentario aunque distinta es la cuestión jurídica a dilucidar).

El Centro Directivo entiende que «no es preciso, para la constancia en el Registro español del régimen económico matrimonial pactado, que se determine en capitulaciones formalizadas ante notario español. El documento notarial presentado es susceptible de ser indicado en el Registro Civil español por las siguientes razones: a) los artículos 27 LRC y 81 RRC admiten la eficacia registral de los documentos auténticos extranjeros con fuerza en España con arreglo a las leyes y Tratados internacionales; b) el documento calificado ha sido apostillado de acuerdo con el Convenio de La Haya, llenando con ello el requisito de la legalización de los documentos autorizados por funcionario extranjero; c) la intervención del notario italiano puede ser equivalente a la del notario español a los efectos de certificar de forma fehaciente el consentimiento prestado por los cónyuges al contenido de las capitulaciones y de probar la capacidad de los mismos; d) la legislación italiana es competente para regular el fondo del acto capitular dada la residencia habitual en Italia de los otorgantes y que, en cuanto a las capitulaciones otorgadas en el extranjero, solo se impone imperativamente la ley española a la forma cuando las mismas se otorguen ante autoridad diplomática o consular española, y e) no se aprecia contravención del orden público».

Por otro lado, la RDGRN de 8 de enero de 2004[28] deniega el acceso al Registro Civil de un *acta de manifestaciones* otorgadas por unos esposos en la que hacen constar el lugar en el que han fijado su *residencia habitual común*, el argumento utilizado es que es el matrimonio, y no el régimen económico, el objeto de la publicidad del Registro.

Más interesante resulta la RDGRN de 11 de marzo de 2003[29]. En ella el Alto Centro Directivo afirma que «la eficacia de la ley matrimonial se despliega tanto en la regulación del ámbito personal, como en la del régimen económico, y estas en orden a sus reglas especiales de carácter económico (gananciales, conquistas, comunidad o separación de bienes) como en su estatuto básico (vivienda habitual, predetracciones en razón del matrimonio, régimen de la potestad doméstica y restantes figuras tuitivas que pueda contemplar la legislación material aplicable). Abarcará también, en su caso, los regímenes especiales de viudedad, siempre que vengan acompañados de las condiciones de *vecindad civil y régimen económico que permitan su aplicación* (Cfr. art. 16 CC y regulación foral de las viudedades)».

«Al excepcionar el artículo 9.3.º CC la validez de los pactos y capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio, no pretende establecer la inmutabilidad, en todo caso, de los demás efectos personales o económicos —primarios— del matrimonio, sino tan *solo ampliar la ley material por las que es posible alterar, por pacto, el régimen económico (no solo por la ley fijada como común, en el párrafo anterior, sino la correspondiente a la nacionalidad o residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento)*». Y esto es precisamente lo que ocurre en la sentencia objeto de comentario

Continúa la resolución indicando que «si los esposos adquieren posteriormente una ley personal común, vigente en el momento en que sobrevenga la calificación de la ley reguladora pactando el régimen legal de esta vecindad, los efectos del matrimonio, personales y patrimoniales, se unirán nuevamente. Así, vgr., no puede negarse la «fealdat» a la viuda navarra, como su esposo, bajo ré-

gimen pactado de conquistas, porque la ley aplicable al inicio de su matrimonio condujera al derecho común, si el esposo fallece bajo vecindad navarra».

En el supuesto de la sentencia objeto de comentario se pacta la residencia habitual en Benalmádena a los efectos de que sea la común su ley personal, al pactarse el régimen legal común de la vecindad malagueña.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013). *Derecho civil.* T.I: Introducción y parte general. Edisofer, S. L.. Madrid. ISBN: 9788415276234.

DE CASTRO, F. (2008). *Derecho Civil de España.* Colección: Nuevos Clásicos Cívitas. Madrid. 1.ª ed. ISBN: 978-84-470-3121-4.

GARCÍA AMIGO, M. (1979). *Instituciones de Derecho civil.* T. 1. Parte general (en papel), Editorial De Derecho Reunidas S.A. ISBN: 9788471302885.

IGLESIA MONJE, M.ª Isabel de la (2010). La vecindad civil de la mujer casada y la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 14.4 del Código Civil, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 718, 761-766.

IGLESIA MONJE, M. I. (2012). Pactos conyugales no contenidos en el convenio regulador, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* Núm. 730, marzo-abril, 1029-1039.

ZABALO ESCUDERO, E. Autonomía de la voluntad, vecindad civil y normas para resolver los conflictos de leyes internos, en *Diario La Ley,* Núm. 7847, Sección Tribuna, 27 de abril de 2012, Año XXXIII, Ref. D-180, Editorial La Ley. La Ley 2012/4992.

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RRDGRN CITADAS

- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de abril de 2014, rec. 2105/2011. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. Núm. de Sentencia: 624/2013. *Diario La Ley*, Núm. 8345, Sección Jurisprudencia, 2 de Julio de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley. La Ley 2014, 64157.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de marzo de 2011, rec. 807/2007. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 217/2011. La Ley 2011, 29142.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de septiembre de 2009, rec. 664/2004. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 588/2009. La Ley 2009, 171920.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de abril de 2008, rec. 1832/2001. Ponente: Antonio SALAS CARCELLER. Núm. de Sentencia: 338/2008. La Ley 2008, 31940.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de febrero de 2006, rec. 2146/1999. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 61/2006. La Ley 2006, 389.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de abril de 1997, (rec. 1822/1993. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. La Ley 1997, 6125.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 23 de diciembre de 1992. Ponente: Teófilo ORTEGA TORRES. La Ley 1993, 15223-R.
- SAP de Barcelona, Sección 1.ª, de 7 de enero de 2014, rec. 172/2012. Ponente: María Luisa GUZMÁN ORIOL. Núm. de Sentencia: 2/2014. La Ley 2014, 4873.

- SAP de Cádiz, Sección 5.ª, de 26 de julio de 2013, rec. 52/2013. Ponente: Rosa María FERNÁNDEZ NUÑEZ. Núm. de Sentencia: 411/2013. La Ley 2013, 159256.
- SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 30 de abril de 2003, rec. 178/2003. Ponente: Carlos ESPARZA OLCINA. Núm. de Sentencia: 220/2003. La Ley 2003, 78900.
- SAP de Barcelona, Sección 14.ª, de 9 de diciembre de 2002, rec. 865/2001. Ponente: Carlos VILLAGRASA ALCAIDE. La Ley 2002, 205547.
- SAP de Barcelona, Sección 18.ª, de 13 de junio de 2001, rec. 1398/2000. Ponente: José María BACHS ESTANY. La Ley 2001, 119292.
- SAP de Lleida, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2001, rec. 384/2001. Ponente: Ana Cristina SAINZ PEREDA. Núm. de Sentencia: 553/2001. La Ley 2002, 3387.
- RDGRN de 25 de septiembre de 2006. La Ley 2006, 324730.
- RDGRN de 8 de enero de 2004. La Ley 2004, 13519.
- RDGRN de 11 de marzo de 2003. La Ley 2003, 1835.

IX. LEGISLACIÓN CITADA

- Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.
- Propuesta de Reglamento Del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales. Bruselas, 16.3.2011. COM(2011) 126 final. 2011/0059 (CNS).

NOTAS

[1] STS, Sala Primera, de lo Civil, de 28 de abril de 2014, rec. 2105/2011. Ponente: Francisco Javier ORDUÑA MORENO. Núm. de Sentencia: 624/2013. *Diario La Ley*, Núm. 8345, Sección Jurisprudencia, 2 de julio de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley. La Ley 2014, 64157.

[2] ZABALO ESCUDERO, E., Autonomía de la voluntad, vecindad civil y normas para resolver los conflictos de leyes internos, en *Diario La Ley,* Núm. 7847, Sección Tribuna, 27 de abril de 2012, Año XXXIII, Ref. D-180, Editorial La Ley. La Ley 2012, 4992.

[3] STS, Sala Primera, de lo Civil, de 23 de diciembre de 1992. Ponente: Teófilo ORTEGA TORRES. La Ley 1993, 15223-R.

[4] STS, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de abril de 2008, rec. 1832/2001. Ponente: Antonio SALAS CARCELLER. Núm. de Sentencia: 338/2008. La Ley 2008, 31940.

[5] SAP de Lleida, Sección 2.ª, de 17 de diciembre de 2001, rec. 384/2001. Ponente: Ana Cristina SAINZ PEREDA. Núm. de Sentencia: 553/2001. La Ley 2002, 3387.

[6] SAP de Barcelona, Sección 1.ª, de 7 de enero de 2014, rec. 172/2012. Ponente: María Luisa GUZMÁN ORIOL. Núm. de Sentencia: 2/2014. La Ley 2014, 4873.

[7] *Vid.* IGLESIA MONJE, M.ª Isabel de la: La vecindad civil de la mujer casada y la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 14.4 del Código Civil, en *RCDI*, Sección: Estudios Jurisprudenciales. Derecho Civil. Núm. 718. 2010, 761-766. Donde se aclaran ciertas cuestiones relativas a las normas de vecindad civil y su diferenciación de la vecindad administrativa o la inscripción en el padrón municipal.

[8] «Será ley personal la determinada por la vecindad civil» (art. 16.1 CC); la sujeción al Derecho Civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil (art. 14 CC).

[9] DE CASTRO, F. (2008) *Derecho Civil de España*. Colección: Nuevos Clásicos Cívitas. Madrid. 1.ª ed. ISBN: 978-84-470-3121-4.

[10] ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013) *Derecho civil. T. I: Introducción y parte general*. Edisofer, SL. Madrid. ISBN: 978-84-152-7623-4.

[11] GARCÍA AMIGO, M. (1979). *Instituciones de derecho civil. T. 1. Parte general (en papel)*, Editorial de Derecho Reunidas S.A. ISBN: 978-84-713-0288-5.

[12] SAP de Barcelona, Sección 18.ª, de 13 de junio de 2001, rec. 1398/2000. Ponente: José María BACHS ESTANY. La Ley 2001, 119292.

[13] STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de abril de 1997 (rec. 1822/1993. Ponente: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ. La Ley 1997, 6125), que aborda la cuestión jurídica esencial de la *naturaleza jurídica del convenio regulador, en las situaciones de crisis matrimonial,* contemplado y previsto su contenido mínimo en el artículo 90 del Código Civil, que no ha obtenido la aprobación judicial. En principio, debe ser considerado como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial, como *conditio iuris*, determinante de su eficacia jurídica.

[14] STS, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de febrero de 2006, (rec. 2146/1999. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 2006, 61. La Ley 389/2006) que indica que carece de validez la disolución del régimen de gananciales realizada en documento privado por los cónyuges separados de hecho. Entre las causas de disolución de la sociedad de gananciales no se encuentra la separación de hecho. Por tanto, los cónyuges en esta situación no pueden pactar la disolución del régimen de gananciales sin acogerse a otro régimen distinto, y ese cambio debe documentarse en escritura pública.

[15] STS, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de marzo de 2011, rec. 807/2007. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 217/2011. La Ley 2011, 29142.

[16] ZABALO ESCUDERO, E.: Autonomía de la voluntad, vecindad civil y normas para resolver los conflictos de leyes internos, en *Diario La Ley,* Núm. 7847, Sección Tribuna, 27 de abril de 2012, Año XXXIII, Ref. D-180, Editorial La Ley. La Ley 2012, 4992.

[17] El TS afirma que «La igualdad entre los Ordenamientos jurídicos españoles implica que la ley de cobertura sea igual a la ley inicialmente aplicable; por tanto, no puede utilizarse un argumento relacionado con la problemática de la mayor o menor legitimidad de los Derechos autonómicos para considerar que existe fraude cuando se utiliza una ley que permite los cambios de vecindad para alterar el punto de conexión y así permitir la aplicación de otra ley más favorable a los intereses del declarante». STS, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de septiembre de 2009, rec. 664/2004. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. Núm. de Sentencia: 588/2009. La Ley 2009, 171920.

[18] Propuesta de Reglamento del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales. Bruselas, 16.3.2011. COM(2011) 126 final. 2011/0059 (CNS). http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0126:FIN:ES:PDF.

[19] Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. http://www.boe.es/doue/2012/201/L00107-00134.pdf

El artículo. 1. El presente Reglamento se aplicará a las sucesiones por causa de muerte… 2. Quedarán excluidos del ámbito de aplicación del presente Reglamento:

a) el estado civil de las personas físicas, así como las relaciones familiares y las relaciones que, con arreglo a la ley aplicable a las mismas, tengan efectos comparables;

d) las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales, así como a los regímenes patrimoniales resultantes de las relaciones que la ley aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio;

[20] Dicho pacto no vulnera el artículo 1256 del Código Civil, que prohíbe que el cumplimiento del contrato quede al arbitrio de una de las partes. La obligación del marido surgía

fuera quien fuera el que iniciara la separación, de modo que no se dejaba a la iniciativa de la esposa la eficacia del pacto.

En cuanto al contenido del contrato, *no puede considerarse válido el pacto de donación de un piso ya que se trata de una promesa futura de donación prohibida en el artículo 635 del Código Civil, pero sí el pacto referido al pago de una pensión mensual* aunque deben declararse prescritas, por el transcurso de cinco años (art. 1966.3 CC), las pensiones devengadas desde la sentencia de separación hasta la interposición de la demanda, siempre que se hubiese ya consumado el transcurso de los cinco años para cada una de las mensualidades. *Vid.* IGLESIA MONJE, M. I.: Pactos conyugales no contenidos en el convenio regulador, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 730, marzo-abril 2012, pp. 1029-1039.

[21] SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 30 de abril de 2003, rec. 178/2003. Ponente: Carlos ESPARZA OLCINA. Núm. de Sentencia: 220/2003. La Ley 2003, 78900.

[22] SAP de Cádiz, Sección 5.ª, de 26 de julio de 2013, rec. 52/2013. Ponente: Rosa María FERNÁNDEZ NÚÑEZ. Núm. de Sentencia: 411/2013. La Ley 2013, 159256.

[23] Doña Otilia y Don Bartolomé contrajeron matrimonio civil en Sanlúcar de Barrameda el 8 de agosto de 2003, haciéndolo en régimen de separación absoluta de bienes, en virtud de escritura pública autorizada días antes. El mismo día realizan acta de manifestaciones ante el mismo Notario en la que se acuerda entre otras cosas que «en el supuesto hipotético de que su relación se deteriorara y esto les llevara a solicitar la separación matrimonial, y con objeto de evitar entre ellos mutuas reclamaciones y contenciosos judiciales, acuerdan en este acto que el Sr. Bartolomé abonará a la Sra. Otilia por todos los conceptos, y como *renta mensual vitalicia* la cantidad de mil doscientos (1.200) euros la cual se actualizará anualmente por aplicación del IPC».

[24] SAP de Barcelona, Sección 14.ª, de 9 de diciembre de 2002, rec. 865/2001. Ponente: Carlos VILLAGRASA ALCAIDE. La Ley 2002, 205547.

[25] En la escritura de capítulos matrimoniales otorgada entre los futuros esposos se convino que no dejando hijos ni descendientes, el sobreviviente lucre la totalidad de bienes del premuerto a sus libres voluntades a cuyo efecto se hacen mutua y recíprocamente el uno al otro donación de sobreviviencia; por lo que se perfecciona un heredamiento mutual a favor de los contrayentes, que implica que en el momento de fallecer cualquiera de ellos el sobreviviente hereda la totalidad de los bienes, tanto los que tuviera en el momento de otorgarse los capítulos como los que fueran adquiriendo a lo largo de su vida, que se irían acumulando hasta la fecha del óbito de cualquiera de los dos.

Debe mantenerse la validez de las capitulaciones matrimoniales objeto del presente litigio y deben surtir sus efectos sobre los del testamento otorgado con posterioridad.

[26] Nos encontramos en el caso de autos con la modalidad de sucesión contractual del heredamiento, que el derecho civil catalán prevé en el artículo 3 del Código de Sucesiones por Causa de Muerte, en razón de matrimonio, según el dictado del artículo 67 del Código, por lo que se tipifica mediante tres notas: su contenido sucesorio, su naturaleza contractual y su causa legitimadora, por su estrecha vinculación con la familia matrimonial. Del contenido sucesorio deriva la finalidad del heredamiento de instituir un heredero para todo el patrimonio familiar —sin que pueda admitirse que el término «lucre» tenga otro significado, como pretende el apelante—, más su formulación se articula a través de un acuerdo irrevocable, cuya íntima conexión con el matrimonio, como causa legitimadora, dota a la figura del heredamiento de un carácter preeminentemente familiar y organizativo, delimitándose su naturaleza jurídica, por la doctrina y por la jurisprudencia, en un negocio mixto, «ínter vivos» en razón de su irrevocabilidad y «mortis causa» por su eficacia ulterior al fallecimiento del heredante.

[27] RDGRN de 25 de septiembre de 2006. La Ley 2006, 324730.

[28] RDGRN de 8 de enero de 2004. La Ley 2004, 13519.

[29] RDGRN de 11 de marzo de 2003. La Ley 2003, 1835.

¿Constituye la curatela un mecanismo de apoyo adecuado tras la Convención de Nueva York? Posicionamiento jurisprudencial

Does the guardianship constitutes an adequate system support after New York Convention? Jurisprudential positioning

por

BLANCA SILLERO CROVETTO
Profesora Titular Derecho Civil
Universidad de Málaga

RESUMEN: El Tribunal Supremo afirma que la normativa española referida a la incapacidad jurídica se ajusta a la Convención de Nueva York, al contar con los instrumentos jurídicos propios de la tutela, la curatela y el patrimonio especialmente protegido. Sin embargo creemos que la Convención abandona ya estos viejos instrumentos en orden a la atención de las personas discapacitadas, y los sustituye por un sistema de apoyos puntuales de carácter, extensión e intensidad variados. Es cierto que la curatela cumple la función que podría asignarse a la instauración de apoyos puntuales, máxime cuando la normativa española aún no se ha adaptado a las directrices y principios de la Convención de Nueva York. Sin embargo, no nos parece correcto mantener instituciones propias de la incapacitación judicial que chocan abiertamente con los mandatos de la Convención.

ABSTRACT: The Supreme Court of Spain states that the Spanish regulation referred to legal incapacity can be applied and interpreted according to NY Convention, given that it have proper legal instruments of guardianship, curatorship and specially protected heritage. However, we believe that the NY Convention has left these old instruments of care for the disabled and has replaced them by a system of targeted support that can differ in their character, extent and intensity. It is true that curatorship has the function that could be allocated to the implementation of specific support, especially when the Spanish legislation has not yet been adapted to the guidelines and principles of the NY. Convention. However, it does not seem correct to maintain judicial incapacitation own institutions openly clash with the mandates of the Convention.

PALABRAS CLAVE: Curatela. Tutela. Convención Nueva York.

KEY WORDS: Curatorship. Guardianship. NY Convention.

SUMARIO: I. PUNTO DE PARTIDA.—II. HACIA UN SISTEMA DE PROVISIÓN DE APOYOS.—III. INCAPACITACIÓN PARCIAL Y CURATELA. POSICIONAMIENTO JURISPRUDENCIAL: 1. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 abril de 2009. 2. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2012. 3. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2012. 4. Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013. 5. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2014.—IV. CONCLUSIONES.—V.- ÍNDICE.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PUNTO DE PARTIDA

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, ratificadas por España el 21 de abril de 2008 y en vigor desde el 3 de mayo de dicho año.

Supone la Convención la consagración de un cambio paradigmático del enfoque de las políticas sobre discapacidad, al superar definitivamente la perspectiva asistencial de la discapacidad y abordarlas desde los derechos humanos[1].

Uno de los principales retos, que plantea la aplicación efectiva de la Convención radica en el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, al afirmarse en el apartado 2 de su artículo 12 que «*los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida*» y disponer a continuación que «*los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a la persona con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*».

El reconocimiento sin reservas de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, deviene esencial y constituye condición básica para el ejercicio de cualquier derecho, de ahí la importancia del precepto cuyo contenido se refleja en todos los derechos recogidos en la Convención y obliga a plantear si la ratificación por el Estado español de la Convención exige adaptar la normativa al contenido de la misma, y por tanto es necesaria una revisión sustantiva y cualitativa de la actual regulación de la modificación de la capacidad de obrar y de su procedimiento judicial[2].

En este sentido, la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, otorgó al Gobierno, según su Disposición Adicional Séptima, el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de dicha norma para remitir 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».

Esta necesidad de reforma, se pone de manifiesto en cuanto el órgano encargado del seguimiento de la Convención, el Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, en sus observaciones al Informe presentado por el Estado español en septiembre de 2011, afirma literalmente lo siguiente:

> «33. 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*.
>
> 34. El Comité *recomienda al Estado parte que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la*

> *adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona*. Se recomienda además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinente»[3].

Publica el Boletín Oficial del Estado del día 3 de diciembre de 2013, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social[4]. Se trata de un texto que, por primera vez, unifica toda la normativa existente en la materia y de una demanda histórica de las personas con discapacidad y sus familias que garantizará que la discapacidad esté contemplada en todas las actuaciones políticas y por todas las Administraciones.

Este Real Decreto Legislativo ha integrado en una sola norma, y derogado, la Ley de Integración Social de Personas con Discapacidad (LISMI), de 1982; la Ley de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, de 2003, y la Ley por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, de 2007. En su elaboración han participado distintas organizaciones del sector, en especial el CERMI[5].

Estas normas se han actualizado y armonizado siguiendo la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ello supone el reconocimiento expreso de que son titulares de derechos y los poderes públicos están obligados a garantizar su ejercicio pleno. Se supera, así, el concepto asistencial de décadas pasadas: las personas con discapacidad pasan de ser objeto de tratamiento y protección social a ser considerados ciudadanos libres y titulares de derechos[6].

Queda, por tanto, la obligación de actuar como Estado, «para adoptar las medidas pertinentes que proporcionen acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica»[7]; «una modificación profunda y ambiciosa del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para transformar un procedimiento basado en la identificación de la incapacidad y en la sustitución de la voluntad de la persona por un nuevo sistema que, partiendo de la previa existencia incuestionada de la capacidad, la potencie y la apoye de una forma dinámica, y, desde el realismo, establezca un sistema de provisión de apoyos, obligatoriamente flexible y atemperado a cada persona, a cada decisión, a cada momento. En definitiva, un nuevo enfoque, sustantivo y procesal, que se adecúe al nuevo paradigma en la visión de la discapacidad, que sustituya o jubile por obsoletos e impropios modelos sanitarios rehabilitadores o paternalistas, y acomode nuestro Derecho al modelo social que la Convención establece»[8].

Que la Convención, rompe, con el modelo tradicional, y por tanto la concreción del modelo legal que ha de amparar en el futuro el derecho de quienes no pueden adoptar por sí mismos determinadas decisiones es evidente, y resulta de la comparación del texto del citado artículo 12 con el contenido establecido en el articulado del Código Civil[9]. A la misma conclusión llegamos si lo que tomamos en cuenta es el cauce procesal utilizado para reconocer esta situación[10].

Eje central y clave de las aportaciones que la Convención ofrece, es el concepto de APOYOS, es decir, la determinación de los elementos de ayuda, de colaboración, que se han de garantizar a cada persona para que se exprese, identifique y, cada decisión, adoptada desde su igual capacidad jurídica y destinada a generar consecuencias personales y jurídicas plenas, surta efectos.

¿Se puede mantener la visión que expresa el artículo 215 del Código Civil que responde a un sistema en el que se reconoce la «incapacidad» en los términos establecidos en el artículo 200?, ¿procede la regulación de «la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los incapacitados, mediante: la tutela, la curatela y el defensor judicial?».

II. HACIA UN SISTEMA DE PROVISIÓN DE APOYOS

Reconoce la Convención que algunas personas con discapacidad necesitan ayuda para ejercer su capacidad jurídica, para ello los Estados deben adoptar las medidas pertinentes para proporcionarles el apoyo adecuado en el ejercicio de la capacidad jurídica y establecer las salvaguardas necesarias contra el abuso de ese apoyo (art. 12.4).

En general, estos apoyos se darán tanto en situaciones de ámbito patrimonial, como también en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

El apoyo puede adoptar múltiples formas, desde el prestado en y por la familia, que es especialmente preferido como se desprende del artículo 23.4 y 5, hasta el sistema de apoyo asistencial en sus diversas áreas: asistente personal, económico y social en sus vertientes esenciales de salud, educación, integración social y vida independiente[11].

Podrán serlo tanto las personas físicas como las jurídicas y se deberá tener en cuenta la voluntad de la persona a asistir, si hubiese manifestado su voluntad al respecto.

Se contempla la posibilidad de una asistencia institucional para la protección de la persona en situación de desamparo, así como la prestada por una persona de confianza o una red de varias personas, que podrían ser necesitadas ocasionalmente o de forma continua.

En el caso de las decisiones con apoyo, la presunción es siempre a favor de la persona con discapacidad que será la afectada por la decisión. La persona discapacitada es la que toma la decisión. La persona o personas de apoyo explican las cuestiones, e interpretan las preferencias de la persona discapacitada. Aun cuando una persona que tenga un apoyo más intenso, la persona o personas de apoyo deben permitir que aquella ejerza su capacidad jurídica en la mayor medida posible, según sus deseos.

Estos mecanismos se inician únicamente cuando una autoridad u órgano judicial competente determina que una persona necesita un apoyo intenso para ejercer su capacidad jurídica, y el párrafo 4 del artículo 12, exige la instauración de salvaguardias para protegerle contra el abuso de esos mecanismos[12].

El apoyo, que parte de las capacidades concurrentes en la persona, debe adoptarse de «menos a más», para complementarlas y hacerlas accesibles a las concretas necesidades reales, impidiendo toda generalización que implique sustitución o representación de la capacidad de decisión. Por eso la Convención ni enumera ni acota las clases o formas de apoyo, pero sí impide, los sistemas de tutela clásicos, así recuerda el Preámbulo j), que deben protegerse «los derechos humanos de las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesiten un apoyo más intenso».

En este sentido el Proyecto de Observación General sobre el Artículo 12 de la Convención: Igual reconocimiento ante la ley, aprobado por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, en su décimo periodo de sesiones, 2 a 13 de septiembre de 2013, afirma que:

«1. La igualdad ante la ley es un principio básico general de la protección de los derechos humanos y es indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantizan específicamente el derecho a la igualdad ante la ley. En el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se describe en mayor profundidad el contenido de ese derecho civil, centrándose en las esferas en que tradicionalmente se les ha negado a las personas con discapacidad. *En el artículo 12 no se establecen derechos adicionales para las personas con discapacidad; simplemente se describen los elementos concretos que los Estados partes deben tener en cuenta para garantizar a las personas con discapacidad el derecho a la igualdad ante la ley, en igualdad de condiciones con las demás*.

3. Basándose en los informes iniciales de los distintos Estados partes que ha examinado hasta la fecha, *el Comité observa que hay un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes en virtud del artículo 12 de la Convención. Ciertamente, no se ha comprendido en general que el modelo de discapacidad basado en derechos humanos implica pasar del paradigma de la sustitución en la adopción de decisiones a uno basado en el apoyo para tomarlas*. El objetivo de la presente observación general es analizar las obligaciones generales que se derivan de los distintos componentes del artículo 12.

4. *La presente observación general refleja una interpretación del artículo 12 que se funda en los principios generales de la Convención expuestos en el artículo 3, a saber, el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer; y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad*.

[…]

7. *Los Estados deben examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no está limitado de modo distinto al de las demás personas* […].

8. El artículo 12 de la Convención afirma que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica […]. El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que *la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe defenderse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás*. La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales en lo que respecta a la salud, la educación y el trabajo. (En muchos casos, la negación de capacidad jurídica a las personas con discapacidad ha conducido a privarlas de muchos derechos fundamentales, como el derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos de reproducción, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad).

9. Todas las personas con discapacidad, incluidas las que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, pueden verse afectadas por la negación de la capacidad jurídica y la sustitución en la adopción de decisiones.

No obstante, los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones y la negación de la capacidad jurídica han afectado, y siguen afectando, muchísimo más a las personas con discapacidades cognitivas o psicosociales. *El Comité reafirma que el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12. Todas las prácticas cuyo propósito o efecto sea violar el artículo 12 deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás*.

Respecto del contenido normativo del artículo 12, destacamos las siguientes afirmaciones:

13. En la mayoría de los informes de los Estados partes que ha examinado hasta la fecha el Comité se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica, de modo que cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo como consecuencia de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta. Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una discapacidad (criterio basado en la condición), o cuando la persona adopta una decisión que se considera que tiene consecuencias negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). En todos esos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. *El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio*.

15. *El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas. En el artículo 12, párrafo 3, no se especifica cómo debe ser el apoyo. «Apoyo» es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades*. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica para determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como la ayuda mutua, la promoción (incluido el apoyo a la autopromoción) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño y la accesibilidad universales (por ejemplo, una medida que exija a entidades privadas y públicas como los bancos y las instituciones financieras que ofrezcan información comprensible), a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. (El apoyo también puede constituir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias).

16. El tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad. Esto es acorde con lo dispuesto en el artículo 3 d), en el que se describen como un principio general de la Convención «el respeto por la diferencia y la

aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas». En todo momento, incluso durante situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones.

24. *La obligación de los Estados de reemplazar los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por otros basados en el apoyo a la adopción de decisiones exige suprimir los primeros y elaborar distintas alternativas para los segundos. Elaborar sistemas basados en el apoyo a la adopción de decisiones y mantener paralelamente regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención»*[13].

¿Tiene encaje en la Convención la tutela que, en nuestro ordenamiento jurídico, determina «la sustitución» de la persona con discapacidad por otro, que pasa a actuar como su representante legal?, ¿incluso aceptándola con carácter residual, y adoptándose específicamente para supuestos en que la toma de decisión de una persona con discapacidad, impida conocer su voluntad?[14], y ¿la curatela? ¿Constituyen los mecanismos de apoyo adecuados para garantizar a la persona con discapacidad, su plena capacidad para realizar cualquier acto o negocio jurídico?

III. INCAPACITACIÓN PARCIAL Y CURATELA. POSICIONAMIENTO JURISPRUDENCIAL

La lectura de recientes pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la configuración jurídica de la persona discapacitada, en nuestra opinión y a pesar del tiempo transcurrido desde la ratificación por España de la Convención y de su ulterior integración dentro de nuestro ordenamiento, pone de manifiesto, en el momento actual, la existencia de una línea jurisprudencial tradicional y nada evolutiva[15].

III.1. En la Sentencia del Tribunal Supremo, 29 de abril de 2009 *(RJ* 2009, 2901)[16], primera oportunidad que tuvo el TS de pronunciarse sobre si la interpretación de los artículos 199 y 200 del Código Civil son acordes con la Convención de Nueva York, el Ministerio Fiscal entiende que «[…] el tratamiento de las personas con discapacidad está regulado por nuestra Constitución desde dos perspectivas complementarias, al considerarlas de un lado, como titulares de los mismos derechos fundamentales reconocidos a todas las personas; y de otro, como miembros de un colectivo que requiere una especial protección para el disfrute de los mismos. En principio, la combinación de ambas perspectivas parece adecuada y ajustada a los principios de la Convención Internacional, pero resulta imprescindible efectuar algunas matizaciones: A) El concepto de discapacidad que señala el artículo 1, «Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás», podría calificarse como un concepto mínimo y abierto, pues en el Preámbulo de la Convención se indica que «se reconoce además la diversidad de las personas con discapacidad». También en el Preámbulo de la Convención se reconoce, que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las

demás» (Letra e); al tiempo que se reafirma «la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación». Este carácter «dinámico», resultará trascendental en la interpretación de las disposiciones relativas a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y a la determinación de los apoyos que requiera para ejercer en plenitud su capacidad de actuar (art. 12). Con esta definición se persigue asegurar desde una perspectiva múltiple, una clasificación del funcionamiento y de la discapacidad como un proceso en permanente evolución. De otro lado, nos da una visión coherente de las diferentes dimensiones de la salud, colocándonos en una triple perspectiva: la individual, la biológica y la social, que tendrán que ser siempre tenidas en cuenta, facilitando su estudio multidisciplinar, proporcionándonos ante el conflicto que puede producirse entre el derecho y su aplicación, la solución, sobre la base del principio de igualdad de condiciones con los demás; lo que consagra la posibilidad de acudir a la aplicación de «Valores positivos» (antes discriminación positiva), actuaciones que favorezcan positivamente al colectivo, como plus o complemento necesario para acelerar o lograr la igualdad de hecho (art. 5.4). […]». En el escrito del Ministerio Fiscal se dice que «[…] La Convención adopta el modelo social de discapacidad que sustituye al modelo médico o rehabilitador, actualmente vigente en buena parte de nuestro derecho, al que se le confiere únicamente carácter residual. La configuración tradicional de la incapacitación, desde una concepción que tiene como base el modelo médico, puede suponer una limitación excesiva e incluso absoluta de la capacidad de obrar, en aquellas personas con alguna deficiencia física, intelectual o psicosocial, impidiéndoles la realización de actos de carácter personal y patrimonial o suponiendo en la práctica, un modelo de sustitución en la toma de decisiones. La Convención tanto en su Preámbulo como en su estructura normativa, adopta el modelo social y el principio de no discriminación, colisionando con la figura tradicional de la incapacitación, como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a "adoptar" una nueva herramienta basada en un sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o negocio a realizar». «A los efectos de este informe, es preciso señalar que el objetivo esencial de la Convención es implantar el derecho de igualdad, en toda su extensión, haciendo hincapié en su carácter fundamental y transversal en la interrelación de derechos. […]».

A partir de lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención ya citada, sigue señalando el escrito que «[…] La Convención establece un cambio fundamental en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica en aquellas situaciones en las que una persona con discapacidad puede necesitar la ayuda de un tercero. Por ello describe explícitamente «el derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley y las medidas que los Estados deben adoptar para que ese derecho no sea vulnerado», pues afecta de un modo esencial, al ejercicio de los derechos fundamentales, proyectándose transversalmente a cada uno de los derechos que la Convención recoge. La Convención contiene implícitamente tres deberes distintos que obligan a todos los Estados partes:

a) La obligación de respetar. Los Estados partes no deben injerirse en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad,
b) La obligación de proteger. Los Estados partes deben impedir la vulneración de estos derechos por terceros,
c) La obligación de actuar.

Los Estados partes deben tomar las medidas oportunas de orden legislativo, administrativo, presupuestario, judicial y de otra índole que sean necesarias para el pleno ejercicio de estos derechos. Por ello, las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, poseyendo capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y para conseguir esa igualdad, se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad. La Convención unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona, y a partir de esta necesaria «igualdad», proporcionándole los mecanismos de apoyos adecuados, asegura a la persona con discapacidad, su plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe, el instrumento de la incapacitación si afecta a la anulación de la capacidad de obrar». Pone de relieve también las dificultades que hubo en la discusión acerca del reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad y concluye que «[…] La Convención propugna el cambio del modelo de "sustitución en la toma de decisiones" por el nuevo modelo de "apoyo o asistencia en la toma de decisiones", aunque deja la determinación del apoyo y su extensión a la regulación propia del derecho interno». Consecuencia de ello es que deben tenerse en cuenta una serie de circunstancias personales, relativas a la salud y sobre todo, económicas y administrativas, entre las que destaca: «a) Conocimiento de su situación económica, capacidad para tomar decisiones de contenido económico, (cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos, etc.). Capacidad para conocer el alcance de: prestamos, donaciones, cualesquiera otros actos de disposición patrimonial. Capacidad para el manejo del dinero de bolsillo: gastos de uso cotidiano de carácter menor, b) Capacidad relacionada con el objeto del procedimiento de modificación de la capacidad y sus consecuencias. Capacidad para otorgar poderes a favor de terceros y capacidad para realizar disposiciones testamentarias. […]».

Respecto de las medidas a tomar para la protección de las personas con discapacidad, añade el escrito […] que, sobre la base de la necesidad de protección establecida en el Preámbulo de la Convención, «la toma de decisiones con apoyos puede adoptar numerosas modalidades. Apoyos en las decisiones personales en las decisiones patrimoniales (art. 12.5), sociales y en general de toda índole, cuando se basen en el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, estando abierta a «nuevas formas» nacidas de la diversidad de condiciones que puedan suscitarse», de modo que «[…] Esto establece una distinción entre la toma de decisiones con apoyo y la toma de decisiones sustitutiva, como el testamento vital y los tutores y amigos en que el custodio o tutor posee facultades autorizadas por los tribunales para tomar decisiones en nombre de la persona discapacitada sin que tenga que demostrar necesariamente que esas decisiones son tomadas en el superior interés de aquella o de acuerdo con sus deseos», aunque reconoce que en la citada Convención, los mecanismos de apoyo a las personas con discapacidad dependen de la legislación interna. *Concluye el escrito del Fiscal proponiendo una solución intermedia a la espera de medidas legislativas que se adapten a la Convención: «La aplicación del artículo 12 de la Convención supone un desafío para nuestro sistema, pues no solo afecta a los tradicionales conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar y a las consecuencias que su unificación representa, sino que incide de lleno en el proceso especial de "capacidad de las personas", fundamentalmente en la incorporación del "modelo de apoyos", que se enfrenta directamente al sistema de tutela tradicional. Sin duda, la implantación de la Convención exige*

soluciones frente a determinadas situaciones en las que no sea posible conocer la voluntad de la persona, y en las cuales sea necesario tomar una decisión en su nombre», para acabar proponiendo que mientras no se modifique el ordenamiento español para adaptarlo a la Convención, «[…] la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parecen la respuesta más idónea. De un lado porque ofrece al juez, el mecanismo más eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. De otro, porque la curatela ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones. Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta. Reparar en todo caso, que pese a que esta configuración solo puede ser provisional, y desde el contenido de la Convención y la inclusión plena de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos, la eliminación de esas instituciones y la adopción de un nuevo sistema de apoyo, requerirá necesariamente de una profunda, sino nueva, reforma legislativa, y por ello consideramos necesario, que por parte de la Sala, pueda marcarse el camino interpretativo de los aspectos fundamentales de su aplicación»[17].

La Sala antes de entrar a examinar los diversos motivos del recurso de casación, afirma que «debe establecer las reglas interpretativas que permitirán compaginar el sistema constitucional de protección de las personas con falta de capacidad con la Convención de Nueva York, de 2006 y lo establecido en el Código Civil, a partir de la reforma de 1983. La cuestión interpretativa que plantea la Convención se centra en su artículo 12.

Se trata de determinar si como consecuencia de la entrada en vigor de esta Convención, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces.

1.º La Convención, en sus artículos 3 y 12, de la misma manera que en su título y en Propósito expresado en el artículo 1, pretende «promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad» de los derechos fundamentales a un colectivo de personas que presentan cualquier tipo de discapacidad, entendida esta en el sentido que se ofrece en el artículo 1.2 de la Convención, que las identifica como aquellas que tengan «deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». España ha tomado ya algunas decisiones de contenido diverso en el mismo sentido que se establece en la Convención ya a partir de la reforma del Código Civil ocurrida por Ley 13/1983, de 24 de octubre y, además, en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de patrimonio de las personas con discapacidad; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia. De este modo debe afirmarse que el Derecho español, en aplicación de lo establecido en el artículo 49 CE, ha tomado la iniciativa en la protección de este grupo de personas que por sus características personales pueden sufrir una serie de limitaciones en su integración social y ello se ha realizado tanto en el campo del Derecho civil, como en el ámbito del bienestar social. *Cuál deba ser la forma de identificar la situación jurídica de estas personas no pertenece a este Tribunal decidirlo; será el poder legislativo quien va a tener que fijar las normas para su nominación, porque esta Sala no tiene la competencia para juzgar sobre los términos más adecuados para identificar las*

instituciones de protección. Y el caso es que la Disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo establece que el Gobierno remitirá a las Cortes 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 […]».

2.º En los grupos de personas a los que se refiere la Convención de Nueva York se producen diferentes problemas. Puede tratarse de personas dependientes, que solo necesiten asistencia para actividades cotidianas, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad. Puede ocurrir que un discapacitado no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, mientras que el incapaz requiere de alguna manera, un complemento por su falta de las facultades de entender y querer. Lo que sí que ocurre es que el incapaz puede precisar diferentes sistemas de protección porque puede encontrarse en diferentes situaciones, para las que sea necesaria una forma de protección adecuada. Esta diferente situación ya fue prevista en la antigua sentencia de esta Sala de 5 de marzo de 1947 *(RJ* 1947, 343) donde se admitió la posibilidad de graduar el entonces rígido sistema de incapacitación y aunque una parte de la doctrina se opuso a esta interpretación que adaptaba la incapacitación a la realidad social, lo cierto es que no solo fue aplicándose el sistema, sino que finalmente se aceptó en la legislación civil posterior a la CE. De este modo puede afirmarse que la tradición interpretativa de esta Sala ha sido siempre favorable a las personas con necesidad de ser protegidas por falta de capacidad.

En consecuencia, la actual regulación de las medidas de protección se basa en tres soluciones, a su vez adaptables a cada concreta situación: a) la incapacitación; b) la curatela, y c) las medidas a tomar en caso de discapacitados no incapacitables respecto a aspectos patrimoniales, regulada en la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 41/2003.

3.º El derecho de la persona está recogido en el artículo 10 CE, que se basa en el reconocimiento de la dignidad de la persona. En consecuencia, la regulación de la persona desde el punto de vista jurídico no puede fraccionarse, porque la unidad del valor persona, impide la división en bienes o situaciones aisladas. En el artículo 10 CE la persona es un valor, que debe ser tutelado por el legislador y el juez, porque existe un interés jurídico protegido en el ordenamiento.

Pero el problema que puede plantear la entrada en vigor de la Convención y la necesidad de interpretación conjunta de todo el ordenamiento jurídico a la luz de estos principios consiste en cómo integrar la protección debida con las situaciones en las que falta la capacidad para entender y querer. Y ello partiendo de una base indiscutible de acuerdo con la que la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona solo puede adoptarse como un sistema de protección.

Para que funcionen los sistemas de protección se requiere que concurran algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida esta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre, la personalidad. Esto comporta que puedan producirse; a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica, y b) La mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello hay que afirmar rotundamente que la incapacitación al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí

que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado.

4.º Debe ser positiva la respuesta a la pregunta de si está de acuerdo con los valores constitucionales una regulación específica de la situación jurídica del incapaz. Todas las personas, por el hecho del nacimiento, son titulares de derechos fundamentales con independencia de su estado de salud, física o psíquica. Los derechos reconocidos constitucionalmente se ostentan con independencia de las capacidades intelectivas del titular.

Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Hay que leer por tanto conjuntamente la CE y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 CE, por lo que:

a) La proclamación de la persona como valor fundamental del ordenamiento jurídico constitucional obliga al Estado a proteger a determinadas personas por su situación de salud psíquica, de modo que el artículo 49 CE obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección. En este sentido ha sido siempre entendida la incapacitación, como pone de relieve, entre otras la sentencia de esta Sala de 16 septiembre 1999 *(RJ* 1999, 6938) que declaró que «implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial». (Así mismo STS de 14 julio 2004 *[RJ* 2004, 5204]).
b) 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 sus personas 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, en principio, el Código Civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de persona está justificada, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad.
c) La insuficiencia mental para justificar un estatuto particular de incapacidad o capacidad limitada y por lo tanto para derogar el principio de igualdad formal (art. 14 CE), tiene que representar un estado patológico, que debe ser detectado a través de una compleja valoración de las condiciones personales del sujeto, siempre en relación con el exclusivo interés de la persona. Esta sigue teniendo la cualidad de tal y, por tanto, sigue teniendo capacidad jurídica y solo por medio de una sentencia puede ser privada de la capacidad de obrar en la medida que sea necesario para su protección»[18].

«Otra cosa distinta, afirma, es si el sistema de protección debe ser o no rígido, en el sentido de que no debe ser estándar, sino que se debe adaptar a

las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada y además, constituir una situación revisable, según la evolución de la causa que ha dado lugar a tomar la medida de protección.

Esta Sala, en la ya citada sentencia de 5 de marzo de 1947 *(RJ* 1947/343), entendió que la ley entonces vigente tenía una laguna, cuando no permitía regular los efectos de la debilidad o el atraso mental como distintos de los de la demencia o locura, laguna que colmó ajustando la extensión de la tutela al grado de intensidad con que se manifiesta en cada caso la perturbación, sentencia que fue seguida por las de 13 de mayo de 1960, 25 de marzo de 1961, 17 de abril de 1965 y 6 de febrero de 1968. La reforma del Código de acuerdo con la Ley 13/1983, de 24 de octubre introdujo un sistema proteccionista, pasando del concepto tradicional capacidad/incapacidad a una situación adaptable a las necesidades de protección del destinatario de la medida. Desde entonces se viene sosteniendo por la jurisprudencia y la doctrina que la incapacitación solo es un sistema de protección frente a limitaciones existenciales del individuo y que nunca podrá discutirse la cualidad de persona del sometido a dicho sistema de protección. La Ley 41/2003, de 18 noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, introduce un nuevo sistema de protección, sin incapacitación, para personas en razón de su discapacidad, con relevancia en el ámbito del Derecho civil; este sistema no depende, pues, de la incapacitación, ni constituye un estado civil y se aplica a quienes estén afectados por una minusvalía psíquica igual o mayor al 33% y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65% (art. 2.2).

La STC 174/2002, de 9 octubre *[RTC* 2002, 174] dice 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, conlleva 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. 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona solo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 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 artículo 759 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 presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación […]. La incapacitación total solo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable».

De este modo, solo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone:

1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 del Código Civil y del artículo 760.1 LEC.

2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

De acuerdo con los anteriores argumentos, se afirma:

La incapacitación, con el consiguiente nombramiento de tutor, es una medida de protección para quienes no pueden autogobernarse y por tanto, se toma en su beneficio y no en el de familiares o de otras personas del entorno. En consecuencia no es posible someter a una persona que sufre las limitaciones que quedan probadas en el presente procedimiento a una medida cautelar como es la curatela, que es una institución de guarda de la persona a la que se nombra un asistente en atención a su grado de discernimiento, para que pueda realizar determinados tipos de actos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 289 del Código Civil; la curatela es un órgano estable, pero de actuación intermitente que se caracteriza porque la función no consiste en la representación de quien está sometido a ella, sino completar la capacidad de quien la posee, pero necesita un plus para la realización de determinados actos. La diferencia se encuentra entonces en que el sometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección es la representación, mientras que el sometido a curatela es capaz, pero requiere de un complemento de capacidad. Los argumentos de los recurrentes se enfrentan con las pruebas realizadas en el procedimiento que determinaron la falta de capacidad de la ahora recurrente, de modo que la medida de protección adecuada es el nombramiento de tutor. Y como se ha afirmado antes, no se trata de medidas discriminatorias, sino que se deben tomar para adaptar la medida de protección a la situación de la persona, ya que solo en los casos de falta de capacidad deberá tomarse la medida más drástica, que implica representación»[19].

III.2. En la Sentencia de la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2012 *(RJ* 201, 8362), Ponente Excma. Sra. D.ª Encarnación Roca Trías, se desestima el recurso de casación formulado por el demandado y se mantiene el sometimiento a tutela parcial, limitada exclusivamente a la disposición y manejo de su patrimonio, sin que afecte a otros aspectos personales.

Para el recurrente en este caso lo procedente es establecer una curatela en lugar de una tutela, y para ello cita el artículo 12 de la Convención y considera que a la luz de esta disposición, la curatela es el mecanismo más idóneo para determinar las medidas de apoyo a las personas con discapacidad.

El motivo no se estima.

Se concluye que la decisión de incapacitar de forma limitada, únicamente en lo relativo a la disposición de sus bienes, sometiéndole a tutela únicamente en este aspecto, se ajusta a las normas vigentes en España, porque:

1.º Se ha constatado que concurre causa de incapacitación, al quedar probado y por tanto incólume en casación que D. Obdulio está afectado por una enfermedad psíquica.

2.º Que esta enfermedad le impide gobernarse por sí mismo, en el sentido de la STS 781/2004, de 14 de julio, que entiende que *«el autogobierno se concibe como la idoneidad de las personas para administrar sus intereses»*. En el presente caso, se ha probado que la enfermedad que padece le afecta en el aspecto patrimonial para todo tipo de transacciones y

operaciones económicas, que llevan a declarar «*la incapacidad total para la administración y disposición de sus bienes*», y que solo es capaz de manejar dinero de bolsillo.

3.º Teniendo en cuenta el importante patrimonio mobiliario de D. Obdulio, consistente precisamente en depósitos bancarios, inversiones mobiliarias y otros del mismo tipo, está plenamente justificado el sometimiento a tutela parcial, limitada exclusivamente a la disposición y manejo de su patrimonio, sin que afecte a otros aspectos personales.

Llama en este caso la atención el segundo motivo de denuncia, por no aplicación e interpretación, de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 223 del Código Civil y artículo 234.1 del Código Civil, en relación con los artículos 10, 14 y 20.1 y los artículos 1, 5 y 12 de la Convención, al no aceptar la sentencia recurrida el nombramiento de la persona designada como tutora por el sometido a tutela. Tesis que se opone a la debida aplicación de los artículos que se denuncian como infringidos. Según la Convención, debería haberse *sometido a curatela y en cualquier caso, debe ser respetada su voluntad y preferencia puestas de manifiesto en la escritura pública otorgada en la que se designaba su tutor*.

El motivo se desestima y al mezclar diversa cuestiones, se examinan independientemente:

1.º Con referencia al concepto de la pretendida vulneración de la dignidad de la persona por no aplicación de la convención de Nueva York de 2006, la STS 282/2009 ya declaró que la incapacitación es solo una forma de protección de los discapaces y que por ello mismo no es una medida discriminatoria, sino defensora y no vulnera la dignidad de la persona.

2.º *La previsión de designación de tutor por parte del mismo interesado para el caso de que el interesado debiera ser sometido a un procedimiento de protección de este tipo, no aparece establecido en la Convención de Nueva York de 2006*.

3.º *En la llamada «autotutela», el artículo 223.2 del Código Civil establece que cualquier persona con 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»; consecuencia de ello, el artículo 234.1 del Código Civil establece un orden de prelación en el que en primer lugar resulta preferido para el nombramiento de tutor, el designado por el propio tutelado*.

4.º *Sin embargo, el propio artículo 234.2 del Código Civil establece que «excepcionalmente, el juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio […] del incapacitado así lo exigiere» […].*

De todo ello se concluye que en los ordenamientos que han previsto la declaración voluntaria de la tutela, el juez no está vinculado por ella cuando no sea conveniente para la persona con capacidad restringida, teniendo en cuenta la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección».

III.3. La Sentencia de la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2012 *(JUR* 2012, 351532)[20], desestima el recurso de casación formulado por el demandado y mantiene la curatela como complemento de su capacidad.

«El Ministerio Fiscal había interpuesto demanda promoviendo la declaración de incapacidad parcial de D. Miguel, a instancias de los familiares de este último, y propone la designación de curador para que pudiera asistirle en las cuestiones relativas al control terapéutico de su enfermedad y el sometimiento al tratamiento, así como para la administración y disposición de sus bienes, a excepción de dinero de bolsillo.

La Sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. Declaró la incapacidad parcial de D. Miguel para las cuestiones relativas al control terapéutico de su enfermedad y el sometimiento al tratamiento, así como para la administración y disposición de sus bienes, a excepción de dinero de bolsillo, siendo declarado incapaz para conducir y usar armas. Como curador designó al Instituto Tutelar de Bizkaia.

D. Miguel interpuso recurso de apelación que fue estimado en el único sentido de declarar que es capaz para administrar su pensión y para ejercitar el derecho de sufragio activo. En lo demás confirmó la sentencia de primera instancia. Argumenta la sentencia de apelación que si bien es cierto que los parientes en su día instantes de la incapacidad manifestaron en la correspondiente audiencia que el recurrente vive de forma independiente de sus padres; que dispone de un domicilio propio; que se han estabilizado sus relaciones con la familia y que se advierte una conducta mucho más ordenada y coherente que la que venía observando con anterioridad, también lo es que del informe forense y del análisis de un cabello del propio recurrente se desprende que «D. Miguel sufre trastorno de la personalidad no especificado, trastorno por dependencia al alcohol y trastorno depresivo reactivo, patologías que limitan las capacidades de querer, entender y libre determinación del recurrente. Estima que su capacidad está limitada para el gobierno de su persona, toma de decisiones transcendentales, área de salud y bienes. Del informe se concluye que la incapacidad parcial debe ser mantenida…».

Recurre en casación Miguel.

En el escrito de interposición, tras citar como precepto legal infringido el artículo 200 del Código Civil, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a cuyo fin cita dos Sentencias de esta Sala, a saber, las sentencias de fechas 14 de julio de 2004 y 28 de julio de 1998, las cuales establecen que en materia de incapacidad debe existir siempre un criterio restrictivo y que tal doctrina ha sido vulnerada por la resolución recurrida por cuanto el consumo excesivo de alcohol no puede considerarse como elemento incapacitante, ni siquiera de forma parcial, para impedir al recurrente gobernarse por sí mismo.

Se desestima.

Las causas de incapacidad, dice la sentencia de 29 de abril de 2009, están concebidas en nuestro derecho, a partir de la reforma de 1983, como abiertas, de modo que, a diferencia con lo que ocurría en la antigua redacción del Código Civil, no existe una lista, sino que el artículo 200 del Código Civil establece que «son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma». Es evidente que el artículo 322 del Código Civil establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que solo desaparece cuando se aprueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 19 de mayo de 1998, 26 de julio de 1999, 20 de noviembre de 2002, 14 de julio de 2004;

como afirma la sentencia de 28 de julio de 1998», (…) para que se incapacite a una persona no es solo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico (…) lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma».

Pues bien, 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 realmente es si ha quedado o no acreditado que exista una enfermedad psíquica incapacitante que impida a quien recurre gobernarse por sí mismo, y ello es algo que resulta de la prueba que ha sido practicada, con la garantía del examen del ahora, incapaz y audiencia de los parientes más próximos, de la que infiere que padece trastorno depresivo secundario, trastorno por abuso y dependencia al alcohol y trastorno de la personalidad que limitan las capacidades de querer, entender y libre determinación, de tal forma que su capacidad está limitada para el gobierno de su persona, toma de decisiones trascendentales, área de salud y bienes. Ninguna contradicción se advierte en la valoración que la sentencia hizo de los hechos. Una cosa es la opinión de los familiares que refieren una conducta más ordenada y coherente de la que venía observando, y otra distinta que esta aparente mejoría deje sin contenido el trastorno de la personalidad que resulta de la prueba. La STS de 29 de septiembre de 2009 (Rec. núm. 1259/2006), de Pleno, en materia de incapacidad y en la interpretación de las normas vigentes a la luz de 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, relativa a si, como consecuencia de la entrada en vigor de esta Convención, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces, señala lo siguiente: «la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado… Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona». El sistema de protección establecido en el Código Civil sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone: «1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección. 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

Todo ello se cumple en este caso a partir de unos hechos que se mantienen inalterables en casación y que resultan determinantes para *que se aplique la curatela, 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, precisamente para proteger su personalidad, en palabras de la propia Convención*».

III.4. La Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de junio de 2013 *(RJ* 2013, 3948)[21], estima el recurso de casación formulado por un incapacitado y el propio Ministerio Fiscal, en el sentido de modificar la extensión y

límites de la incapacidad judicialmente declarada en la instancia, sustituyendo la total por una parcial o curatela.

Había declarado la sentencia de instancia que la persona respecto de la que se acordó la incapacidad tenía reconocida una minusvalía del 65% por enfermedad mental crónica (esquizofrenia paranoide), constando en su historial médico su falta de conciencia de la enfermedad y su actitud negativa al tratamiento psicofarmacológico, con el consecuente grave deterioro de su vida laboral y socio-familiar y el grave descuido de sus necesidades básicas, falta de control para administrar su dinero y patrimonio y conflicto con sus hermanos.

Confirmó la sentencia de apelación la incapacitación total de esta persona ante sus escasas habilidades para su autocuidado (alimentación y manejo de medicamentos), que hacían recomendable la constante supervisión de su persona a fin de garantizar su adecuada alimentación y tratamiento, indispensables para el adecuado control de su enfermedad y para una integración en la sociedad en la forma más plena posible.

Esta decisión de confirmar la incapacitación total fue recurrida ante el Tribunal Supremo por considerar desproporcionada la medida.

La sentencia de la Sala Primera, de la que ha sido ponente el magistrado Seijas Quintana, acuerda que debe cambiarse el régimen de tutela por el de curatela con base en los argumentos expuestos en su Fundamento de Derecho Segundo:

«SEGUNDO. Se cita 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 de 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, algo 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.

Se estiman.

1. Las causas de incapacidad, dice la sentencia de 29 de abril de 2009, que cita la de 11 de octubre de 2012, están concebidas en nuestro derecho, a partir de la reforma de 1983, como abiertas, de modo que, a diferencia con lo que ocurría en la antigua redacción del Código Civil, no existe una lista, sino que el artículo 200 del Código Civil establece que «son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma». Es evidente que el artículo 322 del Código Civil establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que solo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 19 de mayo de 1998, 26 de julio de 1999, 20 de noviembre de 2002, 14 de julio de 2004; como afirma la sentencia de 28 de julio de 1998», (…) para que se incapacite a una persona no es solo

suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico (…) lo que verdaderamente sobresale es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma».

2. 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 Convección 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 estatus 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.

La STS 29 de septiembre de 2009 (Rec. núm. 1259/2006), de Pleno, que reitera la de 11 de octubre de 2012 (Rec. núm. 617/2012), en materia de incapacidad y en la interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención, señala lo siguiente: «la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado… Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona».

3. El demandado padece una esquizofrenia paranoide diagnosticada en la Unidad de Salud Mental del Hospital Comarcal Valedora; no tiene conciencia de su enfermedad ni tiene adhesión al tratamiento farmacológico o psicoterapéutico. Además, no acude a la consulta médica desde el mes de junio de 1998 y se recomienda un apoyo en la administración y manejo de dinero. Existen informes contradictorios de 17 de septiembre de 2009 y 30 de septiembre de 2009, como reconoce la sentencia. De un lado, se admite su capacidad contractual y para tomar decisiones económicas, sin embargo, se niega su capacidad para otorgar poderes a terceros y para realizar disposiciones testamentarias entre las que obviamente existen las de contenido patrimonial. Por otra parte, se 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.

4. 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.

5. 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.

6. En ningún caso queda afectado el derecho de sufragio del que se le priva sin justificación alguna. El artículo 29 de la Convención garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones y como corolario lógico ejercer el derecho de voto que se considera conveniente y beneficioso, mientras que el artículo 3.1 b y 2 de la Ley 5/85, de 19 de julio, del Régimen Electoral General, señala que los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme quedarán privados del derecho de sufragio, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para su ejercicio, debiendo los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente. Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal. Nada se argumenta en la sentencia de que no pueda hacerlo, de que no pueda discernir el sentido de su voto o que lo ponga en riesgo mediante la actuación de terceros, antes al contrario, su habilidad para tomar una decisión de esta clase no ha sido cuestionada y parece

además conveniente que así lo haga de forma libre, como medida terapéutica para el tratamiento de su enfermedad, que puede verse afectada por el rechazo que deriva de su estado (…)».

«FALLAMOS

1. Estimar los recursos de casación formulados por el Ministerio Fiscal y D. Camilo, contra la sentencia dictada por la Sección primera de la Audiencia Provincial de Orense de 27 de febrero de 2012.

2. Declarar que D. Camilo, es parcialmente incapaz tanto en el aspecto personal como patrimonial, la cual será complementada por un 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 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 al patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará del curador para su administración, gestión y disposición, ya sea *inter vivos* o *mortis causa,* completando su incapacidad. Controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, evitando el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo).

3. Se mantiene a FUNGA como curador la cual 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».

III.5. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2014 [Roj. 2622, 2014][22], en la que se debate sobre la privación de alimentos de Don A., de 27 años, perceptor de una pensión contributiva por invalidez, tiene esquizofrenia paranoide reconocida superior al 65%, y su situación personal al estar afectado por una grave situación de discapacidad, se afirma:

«La Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y su familia, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida. […] El contenido ético del Derecho está presente en las normas del Código Civil, como son las alimenticias, alcanzando rango constitucional, como taxativamente establece el artículo 39 de la Constitución Española. Esta obligación se prolonga más allá de la mayor edad de los hijos en aquellos casos como el presente en que un hijo discapacitado sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios, al margen de que no se haya producido la rehabilitación de la potestad de ambos progenitores o de uno de ellos, pero hasta que dicha resolución no se dicte, continúa existiendo la obligación de prestar alimentos por parte de sus progenitores, al continuar residiendo con la madre y carecer de ingresos suficientes para hacer una vida independiente.

La Convención sustituye el modelo médico de la discapacidad por un modelo social y de derecho humano […]. Estamos ante una nueva realidad legal y judicial y uno de los retos de la Convención será el cambio de actitudes hacia estas personas para lograr que los objetivos del Convenio se conviertan en realidad. Decir que el hijo conserva sus derechos para hacerlos efectivos en el juicio de alimentos, siempre que se den los requisitos exigidos en los artículos 142 y sigs. del Código Civil, no solo no responde a esta finalidad, sino que no da la respuesta inmediata al problema. El problema existe al margen de que se haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación o no se haya prorrogado la patria potestad a favor de la madre. La discapacidad existe, y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los

derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores, para reconducirlo al régimen alimenticio propio de los artículos 142 y sigs. del Código Civil, como deber alimenticio de los padres hacia sus hijos en situación de ruptura matrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 del Código Civil, pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carece de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación, antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico.

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

IV. CONCLUSIONES

Tras la lectura de las sentencias transcritas, sin pretender atribuir, por supuesto, a los Tribunales de Justicia la labor asignada al Poder legislativo, pero sí la de aplicar e interpretar la normativa integrada en nuestro ordenamiento, podemos observar que:

I. Nuestro Tribunal Supremo afirma que la normativa española referida a la incapacidad jurídica se ajusta a la Convención, al contar con los instrumentos jurídicos propios de la tutela, la curatela y el patrimonio especialmente protegido. Creemos sin embargo, que la Convención ha abandonado estos viejos instrumentos en orden a la atención de las personas discapacitadas, y los sustituye por un sistema de apoyos puntuales de variado carácter, extensión e intensidad.

II. No obstante el tiempo transcurrido y a falta de un cambio en la normativa española, se siguen produciendo pronunciamientos judiciales de «incapacitación», y se insiste en las figuras de la incapacitación total e incapacitación parcial, con todas las connotaciones negativas que, de por sí, las acompañan. En este sentido llama poderosamente la atención que las Sentencias no se hagan eco de las consideraciones efectuadas por el Ministerio Fiscal, respecto a la posibilidad de establecer unas líneas de aplicación de los principios inspiradores y de los mandatos de la Convención, que podrían servir de guía orientadora en orden a la reforma de la normativa española. Además de considerar la elaboración y aplicación a los casos enjuiciados de la teoría de los apoyos puntuales, lo cual hubiera constituido un importante avance en orden al tratamiento jurídico de las personas discapacitadas en España.

III. Que la curatela constituye un instrumento jurídico dotado del valor de la flexibilidad en orden a la atención de las personas discapacitadas, es inne-

gable, pero que se insista en la figura de la incapacitación parcial, para suplir deficiencias de orden intelectual respecto del gobierno de la persona y de sus bienes, cuando pudiere ser objeto de complementación mediante el sistema de apoyos concretos y puntuales que reconoce el artículo 12 de la Convención es categórico, y más para supuestos como el descrito en la STS 11 de octubre de 2012, «trastorno de la personalidad no especificado, trastorno por dependencia de alcohol y trastorno depresivo reactivo».

IV. Que la institución de la curatela cumple la función que podría asignarse a la instauración de apoyos puntuales, máxime cuando, todavía, la normativa española no se ha adaptado a los principios y directrices de la Convención, también resulta cierto, pero mantener instituciones propias de la incapacitación judicial que chocan abiertamente, con los mandatos de la Convención, no nos parece correcto.

V. La obligación de los Estados es reemplazar los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por otros basados en el apoyo a la adopción de decisiones, ello exige suprimir los primeros y elaborar distintas alternativas para los segundos. Elaborar sistemas basados en el apoyo a la adopción de decisiones y mantener paralelamente regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención.

VI. Se han desaprovechado importantes ocasiones para dejar marcado un posicionamiento jurisprudencial sobre una materia de tanto interés y trascendencia, desde una perspectiva jurídica y social, como es el de la consideración de las personas discapacitadas a la luz de los derechos fundamentales que les corresponden en igualdad de condiciones que a las personas que no se hallan afectadas por la discapacidad.

VII. En todo caso, los principios del superior interés de la persona con discapacidad y promoción de la progresiva autonomía personal de esta, han de ser los principios inspiradores en materia de protección de la discapacidad. Junto a ello, los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, han de garantizar la adecuación de las medidas de protección a la situación real de cada persona con discapacidad, con lo que las restricciones del ejercicio de sus derechos solo serán justificables en la protección de su interés y en la promoción de su autonomía.

V. ÍNDICE

- STC de 9 de octubre de 2002
- STC de 14 de febrero de 2011
- STS de 5 de marzo de 1947
- STS de 13 de mayo de 1960
- STS de 25 de marzo de 1961
- STS de 17 de abril de 1965
- STS de 6 de febrero de 1968
- STS de 19 de mayo de 1998
- STS de 28 de julio de 1998
- STS de 26 de julio de 1999
- STS de 16 de septiembre de 1999
- STS de 20 de noviembre de 2002
- STS de 14 de julio de 2004

- STS de 29 de abril de 2009
- STS de 29 de septiembre de 2009
- STS de 11 de octubre de 2009
- STS de 17 de julio de 2012
- STS de 11 de octubre de 2012
- STS de 24 de junio de 2013
- STS de 18 de junio de 2014

VI. BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE ZAMORANO, P. y TORRES VELA, M. (2011). Guía de Buenas Prácticas sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia, disponible en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Justicia_y_Discapacidad/Documentos_de_interes/Guias_y_Protocolos/Guia_de_buenas_practicas_sobre_el_acceso_y_tutela_de_los_derechos_de_las_personas_con_discapacidad_en_sus_relaciones_con_la_administracion_de_justicia__a_la_luz_de_la_convencion_de_la_ONU_y_de_las_Reglas_de_Brasilia

ANGUITA RÍOS, R. (2013). La protección del discapacitado no incapacitado. *Diario La Ley,* núm. 8165, 8 de octubre.

BERCOVITZ, R. (1976). *Derecho de la Persona.* Madrid: Montecorvo.

CABRA DE LUNA, M. A. (2007). *Derechos humanos de la persona con discapacidad: La Convención Internacional de Naciones Unidas.* Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

CERMI, Convención ONU, Cuadernos de Trabajo núm. 7/España. Tomo 1: Derecho común en Colección Capacidad Jurídica y Discapacidad, disponible en: www.convenciondiscapacidad.es/Capacidad_new/7_1_Espana.pdf

DE PABLO CONTRERAS, P. (2009). La incapacitación en el Marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Comentario Sentencia del TS de 29 de abril de 2009. En: M. Yzquierdo Tolsada (dir.) *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina* (Civil y Mercantil), Vol. 3, Madrid: Dykinson, pp. 555-590.

DE SALAS MURILLO, S. (2013). Repensar la curatela. *Derecho Privado y Constitución,* núm. 27, pp. 11-48.

DÍAZ ALABART, S. (2009). La Ley 1/2009 de modificación de la Ley del Registro civil y de la Ley de Protección patrimonial de las Personas con discapacidad, *Actualidad Civil,* núm. 17, pp. 1989-2008.

ESCALONA LARA, J. M.ª (2014). La incapacitación parcial a la luz de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013. *Actualidad Civil,* núm. 4, pp. 466-471.

GANZENMÜLLE ROIG, C. y PAZ RUBIO, J. M.ª (2009). Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas: la efectiva aplicación de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y sus efectos en el Derecho Interno. *Estudios Jurídicos,* núm. 2009.

GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención Internacional de 13 diciembre 2006.* Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

— (2013). El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el Derecho civil de

los Estados signatarios: El caso de España. *Anuario de Derecho Civil,* vol. 66, núm. 1, pp. 59-147.

GULLÓN BALLESTEROS, A. (1999). Capacidad Jurídica y Capacidad de Obrar. *Estudios de Derecho Judicial,* núm. 22, pp. 11-22.

MALAURIE, Ph. et AYNES, L. (2009). *Droit civil. Les Personnes. La Protection des Mieurs et de Majeurs.* Paris: Defrénois.

MAYOR FERNÁNDEZ, D. (2011). La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006. *Boletín del Ministerio de Justicia,* núm. 2133, pp. 2-37.

MAZA DOMINGO, J. Principales novedades introducidas por la Ley 25/2010 del modificación del Código Civil de Cataluña. Disponible en http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Principales-Libro-Segundo-Codigo-Catalunya_11_258055003.html.

PEREÑA VICENTE M. (2011). La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica. En J. Pérez de Vargas Muñoz (dir.). *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad,* Vol. 1. Madrid: La Ley, pp. 1071-1080.

— (2011). La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad: ¿el inicio del fin de la incapacitación? *Diario La Ley,* núm. 7691.

PÉREZ DE ONTIVEROS, M.ª C. (2009). La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar. *Derecho Privado y Constitución,* núm. 23, pp. 335-368.

— (2013). Sentencia de 11 de octubre de 2012 *(RJ* 2012, 9713). Incapacitación judicial. La curatela a la luz de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 92, pp. 351-369.

ROMERO GALLARDO, A. (2011). Proyecto de Ley de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Diario La Ley,* núm. 7591.

SILLERO CROVETTO, B. (2012). Implicaciones del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad en el sistema jurídico español. En: D. Jiménez Liébana (coord.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García,* Pamplona: Thomson-Reuter-Aranzadi y Universidad de Jaén, pp. 139-162.

SUBCOMISIÓN DE EXPERTOS SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD (2012). Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de la Personas con Discapacidad. Madrid, 13 de junio. Disponible en: http://www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-reforma-aequitas.htm

TORRES GARCÍA, T. (2012). La persona y el Derecho Civil. En: D. Jiménez Liébana (coord.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García.* Pamplona: Thomson-Reuter-Aranzadi y Universidad de Jaén, pp. 163-173.

TORRES GARCÍA, T. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2013). La incapacitación. En: M.ª C. Gete-Alonso y Calera (dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física,* Tomo II. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson-Reuter, pp. 53-118.

TORRES GARCÍA, T. (2013). Efectos de la incapacitación. En: M.ª C. Gete-Alonso y Calera (Dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física,* Tomo II. Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson-Reuter, pp. 123-170.

VARELA AUTRÁN, B. (2013). Incapacidad. Curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006: Comentario a la STS (Sala 1.ª) 617/2012, de 11 de octubre, Rec. 262/2012. *Diario La Ley* núm. 8006, 22 de enero.

NOTAS

[1] Cuando nos referimos a personas con discapacidad, lo hacemos desde la perspectiva que establece el artículo 1 de la Convención, «*Aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás*». Estamos, como afirma CABRA DE LUNA, M. A. (2007), ante una definición que no es cerrada, enumerativa, sino que incluye a las personas mencionadas, lo que no significa que excluya otras situaciones o personas; ante un concepto social de la discapacidad que evoluciona e interactúa, en *Derechos humanos de la persona con discapacidad: La Convención Internacional de Naciones Unidas*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

La Fiscalía General del Estado en la Instrucción núm. 4/2009 de 29 de diciembre, afirma que «Esta Convención reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás».

El artículo 4.1 del 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, reproduce literalmente el artículo 1 mencionado y añade en el apartado 2 que: «Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

Define el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, a los efectos de esta Ley la *Discapacidad*: *es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*».

Sobre el impacto de la Convención, *vid.*: CERMI Convención ONU, Cuadernos de Trabajo núm. 7/España. Tomo 1: Derecho común» en Colección *Capacidad Jurídica y Discapacidad*, disponible en: http://www.convenciondiscapacidad.es/Capacidad_new/7_1_Espana.pdf; AGUIRRE ZAMORANO, P y TORRES VELA, M. (2011). Guía de Buenas Prácticas sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia, disponible en: www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Justicia_y_Discapacidad/Documentos_de_interes/Guias_y_Protocolos/Guia_de_buenas_practicas_sobre_el_acceso_y_tutela_de_los_derechos_de_las_personas_con_discapacidad_en_sus_relaciones_con_la_administracion_de_justicia__a_la_luz_de_la_convencion_de_la_ONU_y_de_las_Reglas_de_Brasilia; MAYOR FERNÁNDEZ, D. (2011). La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2133, pp. 2-37; GARCÍA PONS, A. (2008). *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español. La Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces; PEREÑA VICENTE, M. (2011). La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica, en J. Pérez de

Vargas (dir.). *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, vol. 1. Madrid: La Ley; ROMERO GALLARDO, A. (2011). Proyecto de Ley de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, *Diario La Ley*, núm. 7591; PÉREZ DE ONTIVEROS, C. (2009). La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, pp. 335-368, (2013). Sentencia de 11 de octubre de 2012 *(RJ* 2012, 9713). Incapacitación judicial. La curatela a la luz de la Convención Internacional sobre Derechos de las personas con Discapacidad, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 92, pp. 351-369.

[2] *Vid*. TORRES GARCÍA, T. (2012). La persona y el Derecho Civil. En: D. Jiménez Liébana (coord.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*. Pamplona: Thomson-Reuter-Aranzadi y Universidad de Jaén, pp. 163-173; SILLERO CROVETTO, B. (2012). Implicaciones del artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad en el sistema jurídico español. En: D. Jiménez Liébana (coord.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*. Pamplona: Thomson-Reuter-Aranzadi y Universidad de Jaén, pp. 139-162; GARCÍA PONS, A. (2013), El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el Derecho Civil de los Estados signatarios: el caso de España, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, núm. 1, pp. 59-147; GANZENMÜLLE ROIG, C. y PAZ RUBIO, J. M.ª (2009), Conclusiones de las Jornadas de Fiscales especializados en la protección de las personas con discapacidad y tutelas: De la efectiva aplicación de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y su efectos en el Derecho Interno, en *Estudios Jurídicos,* núm. 2009; SUBCOMISIÓN DE EXPERTOS SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE OBRAR DEL REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD, (2012). Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de la Personas con Discapacidad, Madrid, 13 de junio de 2012, disponible en www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-reforma-aequitas.htm; GULLÓN BALLESTEROS, A. (1999), Capacidad Jurídica y Capacidad de Obrar. *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 22, pp. 11-22; BERCOVITZ, R. (1976). *Derecho de la Persona*, Madrid: Montecorvo.

[3] El texto íntegro de las observaciones, se puede consultar en http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Session6.aspx

El 17 de septiembre de 2011, se publicó en el Boletín Oficial del Estado, el *Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, con el objetivo de adecuar la regulación reglamentaria vigente en materia de discapacidad a las directrices de la Convención, en la línea marcada por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En su virtud se modifican determinados preceptos de normas como: el Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad; el Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social; el Real Decreto 407/1992, de 24 de abril, por el que se aprueba la Norma Básica de Protección Civil; el Real Decreto 1564/2010, de 19 de noviembre, por el que se aprueba la Directriz Básica de planificación de protección civil ante el riesgo radiológico; el Real Decreto 1123/2000, de 16 de junio por el que se regula la creación e implantación de unidades de apoyo ante desastres; el Reglamento de organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944; el Real Decreto 2070/1999 de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y transplantes de órganos y tejidos; el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación. El almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas

de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos; el Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión; el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos.

[4] Real Decreto y Texto Refundido que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *BOE*.

[5] Según ha declarado el presidente del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (Cermi), Luis CAYO PÉREZ BUENO, «no es una ley de nueva planta, pero sí un avance en la legislación», ya que responde al mandato de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

[6] Por ello, se incluye un título dedicado a los derechos de estas personas. Por primera vez, incorpora su protección en todos los ámbitos, desde la igualdad de oportunidades hasta la atención sanitaria, la educación y el empleo. En el ámbito de la protección de la salud se establecen principios y normas de coordinación de las distintas actuaciones públicas para la prevención de la discapacidad. Además, las Administraciones tendrán que desarrollar las actuaciones necesarias para llevar a cabo una atención sociosanitaria, de forma efectiva y eficiente. Los equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad, además de valorar las limitaciones y barreras a las que se enfrentan a las personas con discapacidad, valorarán también sus capacidades y habilidades. En el ámbito de la educación, se asegura un sistema educativo inclusivo. Se trata de atender las distintas necesidades del alumnado con discapacidad, mediante la regulación de los apoyos y ajustes correspondientes. En el ámbito del empleo, se clasifican por primera vez los tipos de empleo a través de los que las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo: 1) Empleo ordinario, de las empresas y administraciones públicas, incluidos los servicios de empleo con apoyo. 2) Empleo protegido: en centros especiales de empleo y enclaves laborales y 3) Empleo autónomo. Además, la norma incluye, también por primera vez, las definiciones de todos los tipos de discriminación, directa e indirecta, ya contempladas, a las que se añaden la discriminación por asociación y acoso, con el fin de completar el marco jurídico de prohibición de la discriminación en cualquiera de sus manifestaciones: Discriminación directa es la situación en la que se encuentra una persona con discapacidad cuando es tratada de manera menos favorable que otra por razón de su discapacidad: Discriminación indirecta existe cuando una disposición legal o una cláusula contractual, aparentemente neutras, pueden ocasionar una desventaja a una persona por razón de su discriminación: Discriminación por asociación se da cuando una persona o grupo es objeto de trato discriminatorio por su relación con una persona con discriminación. Por ejemplo, si se discrimina a un trabajador o trabajadora que es padre de una persona con discapacidad y solicita un permiso para atenderla y Discriminación por acoso es toda conducta que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de una persona con discapacidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante o humillante. Asimismo, se refuerza la consideración especial de la discriminación múltiple, para garantizar los derechos de quienes pueden estar en esta situación de acusada vulnerabilidad. En este sentido, se protegerá de manera singular a las niñas, niños y mujeres con discapacidad.

[7] La Disposición Final 1.ª de la Ley 1/2009, de 25 de marzo *(BOE* del 26), de Reforma de la ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, insta al Gobierno para que «en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta ley, remita a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasará a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad adoptada por naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006». La ley entró en vigor a los tres meses de su publicación en el *BOE*.

[8] Subcomisión de Expertos sobre el Procedimiento de modificación de la Capacidad de Obrar del Real Patronato sobre Discapacidad, «*Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de la Personas con Discapacidad*», Madrid, a 13 de junio de 2012. Disponible en www.notariosyregistradores.com/AULASOCIAL/2013-reforma-aequitas.htm

No podemos, por otra parte, obviar, que en países de nuestro entorno internacional han ido adaptando sus modelos a una nueva realidad. Alemania, orientó la reforma por el principio de necesidad y de intervención mínima; en Italia mediante la «amministrazione di sostengo». El Código Civil francés establece la «sauvegarde de justicie». Ph., MALAURIE, en referencia al derecho francés después de las leyes 3 de enero de 1968 y 5 de marzo de 2007, que entró en vigor el 1 de enero de 2009, pone de relieve como «el legislador francés reemplaza el término incapacitado «juzgado humillante» por el de personas protegidas dedicándose a estos mayores protegidos los artículos 414-515 del Code, si bien, por las características de la reforma, esta se extiende a otras instituciones del Derecho civil francés como son el ámbito social, hospitalario, incluso se ha apuntado la emergencia de un derecho gerontológico debido a la amplitud y diversidad de la reforma realizada», en MALAURIE, Ph. et AYNES, L. (2009), *Droit civil. Les Personnes. La Protection des Mieurs et de Majeurs*. París: Defrénois, p. 223.

Y en nuestro país, en Cataluña, se mantienen las figuras tradicionales de tutor y curador, y se genera una nueva «de la asistencia», *Vid.* MAZA DOMINGO, J. *Principales novedades introducidas por la Ley 25/2010 del modificación del Código Civil de Cataluña*. http//www.elderecho.com/civil/Principales-Libro-Segundo-Codigo-Catalunya_11_258055003.html. Sobre el asistente en Derecho catalán, ANGUITA RÍOS, R. (2013), afirma que «se consigue por un lado, la intervención judicial sin necesidad de incapacitar a la persona y, por otro lado, el respeto a la capacidad del asistido previendo que los beneficiarios de esta medida puedan acometer válidamente todos los actos de la vida cotidiana aun cuando sean asignados al asistente», en La protección del discapacitado no incapacitado, *Diario La Ley*, núm. 8165, 8 de octubre.

[9] El Título IX, del Libro I «De las personas», se denomina «De la incapacitación». El artículo 199, dispone que «*Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*» y el 200 establece que «*son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*». *Vid.* TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO A. (2013). La incapacitación, en M.ª C. Gete-Alonso y Calera (dir.), *Tratado de Derecho de la Persona Física,* Tomo II. Cizur Menor: Civitas-Thomson-Reuter, pp. 53-121.

[10] Encontramos la misma terminología en la Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular los «Procesos sobre la capacidad de las personas», en los artículos 757-762. *El Tribunal Constitucional (Sala primera) en Sentencia 7/2011, de 14 de febrero (RTC 2011/7)*, en relación con el procedimiento de incapacitación y la relevancia de los intereses que en él se ventilan, ha puesto de manifiesto que «el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 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. 10.1 CE). En consecuencia la declaración de incapacidad de una persona solo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley mediante un procedimiento en el que se respeten de forma escrupulosa los trámites o diligencias exigidos legalmente que, en la medida en que van dirigidos a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia de la causa y fundamento de su incapacitación, se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación, por lo que su omisión, cuanto puede menoscabar o privar real y efectivamente al presunto incapaz de su derecho de defensa, podría constituir una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías contraria al artículo 24 CE» (Por todas STC 174/2002, de 9 de octubre (RTC 2002/174).

[11] Propone S. Díaz Alabart (2009), «un cargo que podría denominarse «colaborador tuitivo, que podría desempeñar un familiar cercano o un agente social, sería la persona encargada de velar por el discapacitado sin ser ni su representante ni su curador. El rasgo esencial de esa figura sería contar con el consentimiento del propio discapacitado para su constitución, si bien sería lo adecuado algún tipo de control externo que podría ser administrativo», en la Ley 1/2009 de modificación de la Ley del Registro civil y de la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad, *Actualidad Civil*, núm. 17, 1989

y sigs. *Vid.* ANGUITA RÍOS, R. (2013). La protección del discapacitado no incapacitado, *Diario La Ley*, núm. 8165, 8 de octubre.

[12] Cobra un gran interés el estudio de las salvaguardias que se determinen para garantizar que el procedimiento de modificación de la capacidad y la determinación de los apoyos, se realice desde el respeto a la dignidad de la persona, en condiciones de plena igualdad de todos sus derechos humanos y en todos los ámbitos: civil, social, patrimonial, político y cultural, a fin de asegurarle en su exclusivo interés, un sistema de apoyos que le proporcione una eficaz protección en todos los aspectos de su vida diaria y de futuro. Salvaguardias que implican, no solo que la persona deba ser oída y examinada por la autoridad judicial en el marco del proceso de modificación o adecuación de su capacidad, sino en aquellos otros supuestos en que sus derechos garantizados por la Convención pudieren verse limitados o anulados. También exige la necesidad de indagar cual es el verdadero interés de la persona con discapacidad para procurarle la máxima autonomía. Y consecuencia directa del carácter dinámico del concepto de discapacidad, tanto en relación a las personas, como de los apoyos, se hace necesario revisar periódicamente su estado y condiciones de futuro para evitar situaciones de abandono crónico que cercenen su real incorporación a la sociedad o alcanzar el adecuado nivel de independencia que pudiera corresponderles.

[13] El texto íntegro de la Observación se puede consultar en: www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/GC/DGCArticle12_sp.doc

[14] La necesidad de una profunda revisión del Derecho español, por imperativo legal, la reconocen los vocales del Consejo General del Poder Judicial, AGUIRRE ZAMORANO, P. y TORRES VELA, M. (2011), en Guía de Buenas Prácticas sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad. *Op. cit.*, pp. 9-11. *Vid.* PEREÑA VICENTE, M. (2011). La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad: ¿el inicio del fin de la incapacitación?, *Diario La Ley*, núm. 7691.

[15] VARELA AUTRÁN, B. (2013). Incapacidad. Curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006: Comentario a la STS (Sala 1.ª) 617/2012, de 11 de octubre, Rec. 262/2012, *Diario La Ley* núm. 8006, 22 de enero.

[16] Ponente Excma. Sra. D.ª Encarnación ROCA Y TRÍAS. La sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Salamanca, de 9 de julio de 2000, «llega a la conclusión de que D.ª Victoria, no puede gobernarse por sí misma, y en consecuencia y por tanto y en su beneficio y de los hijos, *procede declararla incapaz total y absolutamente y nombrarle tutor*, artículos 210, 215 y 222.2 del Código Civil y 760 LEC, en consonancia con los artículos 10 y 49 CE Añade que si bien la capacidad de las personas es un atributo de la personalidad, «solo cabe limitarla en supuestos como el que nos ocupa porque D.ª Victoria por sí sola le es imposible participar libremente en los distintos aspectos de la vida, personales (vestir, pasear, etc.), familiares (llevar la casa, compra, 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 la protección, vigilancia o representación de otras personas, que sustituyan o complementen aquella cualidad o estado de la que carece […]».

D.ª Victoria apeló la sentencia a través de sus hijos D. Carlos, Alberto, D.ª Ariadna y D. Juan Antonio, actuando en representación y defensa de la presunta incapaz.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 20 de marzo de 2006 (2006/237085) desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia apelada.

Vid. DE PABLO CONTRERAS, P. (2009). La incapacitación en el Marco de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Sentencia del TS de 29 de abril de 2009, en M. Izquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, vol. 3, Madrid: Dykinson, pp. 555 y sigs.

[17] La Instrucción núm. 4/2009 de 29 de diciembre de la Fiscalía General del Estado, pone de manifiesto como en los últimos años la Fiscalía General del Estado, ha desarrollado ampliamente el papel protector del Ministerio Fiscal en relación con las personas con discapacidad o desvalidas, estableciendo criterios generales de actuación que se han recogido en diversos documentos. Documentos a través de los cuales se ha venido promoviendo y dinamizando la respuesta eficaz que la sociedad reclama del Ministerio Fiscal en su fun-

ción de protector de las personas con discapacidad, que en estos momentos —hasta que se produzcan las reformas legislativas que propugna la Convención— han de estructurarse necesariamente sobre los instrumentos legales vigentes. Por ello, entre los objetivos de esta Instrucción se encuentra el establecimiento y organización de un sistema de atención especializada en la protección de las personas con discapacidad (entendida en sentido amplio, incluyendo derechos fundamentales).

[18] Los anteriores argumentos han sido adoptados en países de nuestro entorno cultural, firmantes asimismo de la Convención de 2006.

1. Debe citarse el Código Civil del Québec, cuyo artículo 285, traducido, dice que el Tribunal instituirá la tutela si se ha determinado que la ineptitud de la persona mayor para autogobernarse («prendre soin de lui-même») es parcial o temporal y que tiene necesidad de ser representado en el ejercicio de sus derechos civiles. Puede nombrar el Tribunal un tutor para la persona y los bienes o bien un tutor para la persona y uno para los bienes.

2. El Codice civile italiano, a partir de su reforma de 9 de enero de 2004, distingue dos sistemas de protección: la denominada «amministrazione di sostengo» (art. 404 Codice civile) y la incapacitación (arts. 414 y sigs.). La primera es una forma de protección de la persona que se produce por efecto de una enfermedad o de una discapacidad, aunque sea parcial o temporal; la persona se ve imposibilitada de proveer a sus propios intereses, mientras que la incapacitación, que producirá el nombramiento de un tutor, afectará a los menores emancipados y los mayores de edad que se encuentran en condiciones habituales de enfermedad mental que les hace incapaces de proveer a sus propios intereses; en esta situación se procederá al nombramiento de un tutor, que representará al sometido a esta medida.

3. El Code civil francés, establece en el artículo 491 un sistema de protección del mayor de edad que por una de las causas previstas en la ley, necesita estar protegido en los actos de la vía civil. Reconoce que conserva el ejercicio de todos sus derechos. Este sistema recibe el nombre de «sauvegarde de justice». Prevé también la tutela (art. 492) para los casos de un mayor que tenga necesidad de ser representado de forma continuada en todos los actos de la vía civil. En general, considera que se trata de mayores de edad protegidos por la ley. Esta regulación proviene de la modificación del Code realizada por la ley núm. 68-5 de 3 de enero de 1968.

4. El BGB reformó en 1998 las cuestiones relacionadas con la capacidad; cuando se trata de mayores de edad, el § 1896 (1) establece (traducido) que «si un mayor de edad, como consecuencia de una enfermedad psíquica o una discapacidad física, psíquica o mental no puede cuidar total o parcialmente de sus asuntos, el juzgado de tutelas, a petición suya o de oficio, le nombra un asistente legal. […]. Si el mayor de edad no puede cuidar de sus asuntos a causa de una discapacidad física, el asistente legal solo puede ser nombrado a petición suya, salvo que no pueda manifestar su voluntad»; a continuación el § 1902 BGB establece: «Representación del asistido. Dentro del ámbito de sus funciones, el asistente legal representa al asistido en juicio y fuera de él».

De este repaso se puede llegar a la conclusión que, aunque utilizándose distintos nombres, los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno establecen sistemas protectores que sustituyen al declarado incapaz para protegerle. Estos sistemas tienen una intensidad variable, pero siempre prevén que en aquellos ámbitos en los que se establezca la medida de protección, el asistente o tutor representará al incapaz. Y vienen a coincidir, aunque con nombres diversos, en los tres grados de protección previstos en el Código Civil español y explicitados en el Fundamento Jurídico 5.º de esta sentencia.

[19] Los mismos términos se reconocen en la Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, «Sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas». Texto disponible en www.fiscal.es

Estos argumentos son reiterados y recogidos literalmente en la actualidad en numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales. Ejemplos son: SAP Cuenca (Sección núm. 1) de 16 de enero de 2014 [Roj: 20/2014]; SAP Gijón (Sección núm. 7) de 21 de febrero de 2014 [Roj: 553/2014]: SAP Palma de Mallorca (Sección núm. 4) de 5 de marzo de 2014 [Roj: 411/2014]; SAP La Rioja (Sección núm. 1) de 17 de marzo de 2014 [Roj: 166/2014]; SAP Gijón (Sección núm. 7) de 21 de marzo de 2014 [Roj: 709/2014]; SAP Burgos (Sección núm. 2)

de 30 de abril de 2014 [Roj: 357/2014] y SAP Valencia (Sección núm. 10) de 12 de mayo de 2014 [Roj: 1466/2014]. En todas ella se insiste en diferenciar incapacidad total o plena e incapacidad parcial, y a partir de ello el régimen de tutela o curatela. *Vid.* S. DE SALAS MURILLO, (2013). Repensar la curatela, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 15 y sigs.

[20] Ponente Excmo. Sr. D. José A. SEIJAS QUINTANA. *Vid.*, VARELA AUTRÁN, B. (2013), Incapacidad. Curatela… Comentario a la STS (Sala 1.ª) 617/2012, de 11 de octubre, Rec. 262/2012, cit, *Diario La Ley*, núm. 8006.

[21] *Vid.* ESCALONA LARA, J. M. (2014). La incapacitación parcial a la luz de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013, *Actualidad Civil*, núm. 4, 466-470.

[22] Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio SEIJAS QUINTANA. En el recurso es parte el Ministerio Fiscal, aunque no lo fue en el procedimiento con anterioridad, en defensa de los intereses de Don A. y en virtud de lo que determina el artículo 3 de su Estatuto Orgánico en cumplimiento de la misión constitucional que atribuye el artículo 124 CE, que adquiere especial relevancia cuando se trata de la defensa de colectivos o personas especialmente vulnerables, categoría que incluye, no solo a aquellas personas incapacitadas judicialmente sino, también, a quienes ostentan la condición de «personas con discapacidad», según la definición contenida en la Convención Internacional de Naciones Unidas.

1.3. DERECHOS REALES

La inscripción de la cesión de créditos hipotecarios como legitimadora para iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria

Assignment of mortgage credits and land register. Legitimacy of foreclosure

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Prof. Dra. de Derecho civil. Facultad de Ciencias Sociales
Universidad Antonio de Nebrija.

RESUMEN: La inscripción de la cesión de créditos hipotecarios, sobre todo a raíz de su reforma por la Ley de Modernización del Mercado Hipotecario de 2007, ha generado algún problema en la práctica que debe analizarse y puntualizarse. En este trabajo se pretende abordar uno de esos problemas, relacionado, en el fondo, con la especial naturaleza constitutiva o no de la propia inscripción de la hipoteca y de su cesión. En concreto, nos detendremos en el análisis de si es o no posible instar el procedimiento de ejecución hipotecaria por un acreedor cesionario no inscrito en el Registro. Últimamente se ha generado este problema en el marco de las fusiones bancarias, donde se produce una sucesión global de la cartera de créditos de la entidad absorbida a la absorbente, planteándose la cuestión de si ese nuevo acreedor cesionario puede o no instar la ejecución de la hipoteca, sin constar inscrito como su titular en el Registro de la Propiedad. Se trata de un tema de total actualidad, que aunque ya ha sido comentado por la doctrina, sigue generando resoluciones, lo que significa que parece conveniente pararse a reflexionar sobre el mismo, con el fin de asentar un criterio común.

ABSTRACT: The registration of the assignments of mortgages, especially following its reform by Ley de Modernización del Mercado Hipotecario de 2007, has generated a problem in practice to be analyzed and specified. In this paper we aim to deal with one of these issues, related, in essence, with the special constitutive nature or not of the self registration of the mortgage and assignment nature. Specifically, we will stop at the analysis of whether it is possible to urge the foreclosure proceeding by a creditor transferee not entered in the Register. Lately, this problem has arisen in the context of bank mergers, where a comprehensive succession of the loan portfolio of the acquiring entity occurs, raising the question of whether the new creditor assignee may or may not foreclose the mortgage, without being registered as the owner in the Land Registry. It is a current subject, although it has already been mentioned by the doctrine, continues to generate judgments, meaning that seems appropriate to pause to think about it, to settle a common approach.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca. Cesión créditos. Inscripción. Registro de la propiedad. Ejecución hipotecaria. Legitimación.

KEY WORDS: Mortgage. Assignment of credits. Registration. Land register. Foreclosure. Legitimacy.

SUMARIO: I. CESIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS.—II. LA NECESIDAD DE LA INSCRIPCIÓN DE LA CESIÓN PARA PODER INSTAR EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO HIPOTECARIO POR EL ACREEDOR CESIONARIO. 1. Planteamiento de la cuestión. 2. Postura a favor de la legitimación activa del acreedor cesionario no inscrito. 3. Postura en contra de la legitimación activa del acreedor cesionario no inscrito.—III. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA NECESIDAD DE LA INSCRIPCIÓN DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS PARA LA EJECUCIÓN. 1. Jurisprudencia a favor de la iniciación del procedimiento ejecutivo por el cesionario no inscrito. 2. Jurisprudencia en contra de la iniciación del procedimiento ejecutivo por el cesionario no inscrito. —IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA

I. CESIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS

Los créditos, tal y como se desprende del artículo 1112 del Código Civil, pueden transmitirse en todo caso, debido al principio de libre transmisibilidad de créditos y derechos incorporales que rige nuestro ordenamiento; dentro de esa transmisión, la cesión de créditos es una especie perfectamente regulada en sede de compraventa en los artículos 1526 y sigs. del Código. De este modo, no queda ninguna duda acerca de la posibilidad de la cesión de un crédito hipotecario, sin embargo, la especialidad del crédito cedido, pues implica la cesión de un derecho real de hipoteca, conlleva a la especialidad de dicha cesión, regulada en la Ley Hipotecaria y con ciertos requisitos especiales —valga la redundancia—.

La cesión del crédito hipotecario tiene su base legal general en los artículos citados, y es el artículo 1528 del Código Civil el que da la clave de su posibilidad y admisión al señalar que la cesión de un crédito «comprende la de todos sus accesorios», luego, en principio, si un crédito está garantizado con hipoteca, esta se cede junto con aquel por su carácter accesorio como derecho real de garantía. De igual forma, ya en el artículo 1526 del Código Civil, se apunta una de las peculiaridades de la cesión del crédito hipotecario, cuando se afirma que la fecha en que la cesión surte efectos contra terceros es la de la inscripción en el Registro «si se refiere a un inmueble».

Sin embargo, su admisión legal especial o específica se encuentra en la propia Ley Hipotecaria, en los artículos 149 y 150 LH.

Que puede cederse un crédito garantizado con hipoteca, no hay duda. Pero cómo se cede y qué justifica esa cesión (si es el carácter accesorio de la hipoteca, o si por el contrario, se cede el crédito más hipoteca como unidad inescindible, o incluso de forma autónoma) sí que ha generado más de un quebradero de cabeza a la doctrina. Para muchos autores, el carácter accesorio de la hipoteca se manifiesta precisamente en el momento de su transmisión. Ello es debido a que, en principio, no puede cederse o transmitirse un crédito garantizado con hipoteca a una tercera persona sin la hipoteca misma[1]. La hipoteca sigue al crédito en sus vicisitudes de enajenación.

Así se deduce del artículo 1528 del Código Civil[2] que, como ya hemos dicho, explica que no puede transmitirse un crédito sin sus accesorios. Del mismo modo el artículo 1212 del Código Civil[3] es muy significativo pues determina que la subrogación en un crédito transfiere al subrogado el crédito y los derechos anexos a aquel. Igualmente, el artículo 150 LH parece desenvolverse en el mismo

sentido ya que afirma que el derecho de hipoteca se transfiere juntamente con la obligación transmisible por endoso, la cual garantiza.

Doctrina señalada e importante vuelve a argumentar sobre esta base legal para asegurar el carácter accesorio de la hipoteca respecto al crédito. En este caso, la manifestación de dicho carácter se encuentra en que la hipoteca sigue siempre a la obligación que garantiza; aquella no puede cederse, ni enajenarse, ni transmitirse de forma alguna, sin esta. Para la mayoría de la doctrina el carácter accesorio de la hipoteca se muestra claramente en el momento de su cesión[4].

No faltan, sin embargo, autores que mantienen la tesis contraria[5]. Para ellos la transmisión de la hipoteca se rige por un principio distinto al de la accesoriedad. Si bien es cierto que se cede o enajena junto con la obligación, la relación entre ambas no es de accesoriedad —dos elementos independientes que se conectan a través de una relación de subordinación—, sino más profunda: de unidad o integridad. De tal forma que lo que se transmite no es el crédito más la hipoteca, sino el crédito hipotecario como especie única y autónoma, regida por sus propias normas, en las cuales pesa mucho el carácter real de la hipoteca que contagia todo el binomio, imponiendo en muchas ocasiones las reglas propias de los derechos reales en su régimen jurídico.

Y por último, podemos destacar la postura de quien entiende que en la cesión de crédito garantizado con hipoteca puede cederse el crédito y la hipoteca de forma independiente. En este sentido se manifiesta JORDANO FRAGA (1999)[6], pues considera que el crédito garantizado con hipoteca sí que puede cederse sin esta, ya que el artículo 1528 del Código Civil, del que parece desprenderse esta tesis, es una regla dispositiva, y como tal susceptible de contradecirse. Como consecuencia de esta posible separación entre el crédito cedido, que circula solo, y la garantía, que no se ha transmitido, resulta que a esa transmisión del crédito se aplicará solamente las normas propias del mismo, produciéndose *inter partes*, sin que la inscripción en el Registro sea requisito constitutivo para el efecto transmisivo. Puede refrendar esta idea, como luego veremos, el cambio de redacción del artículo 149 LH, tras la Ley 6/2007, en la que se sustituyó la dicción «cesión de crédito hipotecario» anterior, por la nueva redacción del artículo 149 LH de la que puede deducirse distinto régimen para la cesión del «crédito o préstamo garantizado con hipoteca» que se rige por lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil, y la cesión de «la hipoteca que garantice ese prestamo» que debe hacerse en escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad.

Tres tesis diferentes que permiten sostener tres ideas distintas en torno a la admisión y posibilidad y justificación de la cesión de crédito hipotecario.

II. LA NECESIDAD DE LA INSCRIPCIÓN DE LA CESIÓN PARA PODER INSTAR EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO HIPOTECARIO POR EL ACREEDOR CESIONARIO

1. Planteamiento de la cuestión

Uno de los problemas que se está presentando en la práctica, en relación con la cesión de créditos hipotecarios, es la posibilidad de que el acreedor cedido pueda instar e iniciar el procedimiento especial de ejecución hipotecaria previsto en el artículo 130 LH, y los artículos 686 y sigs. de la LEC, cuando todavía no se ha inscrito la cesión y, en consecuencia, no consta como titular del crédito

hipotecario el nuevo acreedor, aunque aquella cesión sí se ha producido. Este caso se está dando sobre todo a raíz de las transmisiones patrimoniales en bloque, consecuencia de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, en concreto de las fusiones que se están produciendo en la banca española.

El tema que se cuestiona es el siguiente: consecuencia de una fusión (por absorción) bancaria se produce la sucesión global del patrimonio de la sociedad absorbida en la absorbente. De este modo, todos los activos y pasivos, incluidos por tanto los créditos hipotecarios, cambian de titular, pasando a pertenecer a la antigua sociedad absorbente o a la nueva resultante de la fusión.

Los procesos en virtud de los cuales se produce la fusión y el consecuente cambio de titularidad son varios y complejos, tal y como afirma IGLESIAS GARCÍA-VILLAR (2014)[7], pues debido a la crisis en la que nos encontramos se ha generado un mercado de venta de créditos en situación de incumplimiento (*non performing loans*) entre las entidades financieras, que ceden o venden sus carteras a través de plataformas de inversiones, muchas veces extranjeras y domiciliadas en UE, produciéndose esa venta de cartera y créditos de dos formas: o bien el comprador se subroga en la posición total del vendedor adquiriendo todos sus derechos y obligaciones, y por tanto la plena propiedad de los créditos (para lo que suele necesitarse la autorización del deudor), o bien solo se adquiere las resultas o derechos económicos derivados de dicha cartera, en este caso y paralelo a la compraventa se suele realizar un contrato de gestión de los créditos para obtener mayor rentabilidad de la cartera. En este supuesto el titular nominal de los créditos sigue siendo el vendedor, no se transmiten al comprador los datos personales de los deudores, y en consecuencia, no requiere de la notificación al deudor de la cesión. Sea cual sea la fórmula usada, el nuevo titular de la cartera cedida puede no quedar fácilmente determinado, o no coincidir exactamente con el que figura como cesionario según la fusión realizada e inscrita en el Registro mercantil.

Una vez producida la fusión con la sucesión global del patrimonio y la cesión de los créditos hipotecarios con el consecuente cambio de titular —que recordemos no necesita el consentimiento del deudor—, se puede dar el caso de un incumplimiento por parte del deudor del pago del crédito garantizado con hipoteca, por lo que el acreedor hipotecario (nuevo) decide iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria especial, rápido y sumario, previsto en la Ley.

Se plantea, entonces, la cuestión de si es posible que se inicie dicho procedimiento cuando el nuevo acreedor hipotecario (que lo es) no aparece como tal reflejado en el Registro de la Propiedad, pues la cesión de la hipoteca no se ha inscrito todavía en el Registro, aunque esta se haya producido y se acredite aportando la escritura de fusión y absorción correspondiente que asevera el cambio de titularidad. ¿Tiene, en este caso, legitimación activa ese nuevo acreedor para iniciar el procedimiento especial de ejecución hipotecaria? Este problema se ha planteado en la práctica, y ha dado lugar a varias resoluciones y opiniones doctrinales que vamos a tratar de exponer para concluir con nuestro parecer al respecto.

Partamos, antes de cualquier análisis, de los preceptos legales que regulan esta ejecución, o que pueden intervenir en las argumentaciones subsiguientes.

1. Artículo 149 LH: Recoge los requisitos de la cesión del crédito garantizado con hipoteca: «El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca

que garantice un crédito o prestamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad».

2. Artículo 130 LH: Su interpretación ha sido dispar por la doctrina en el sentido de entenderlo, o no, como la base registral del procedimiento de ejecución hipotecaria, en el mismo se afirma que: «El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo».
3. Artículo 538 LEC: Establece las partes y sujetos de la ejecución forzosa: «1. Son parte en el proceso de ejecución la persona o personas que piden y obtienen el despacho de la ejecución y la persona o personas frente a las que esta se despacha. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 540-544, a instancia de quien aparezca como acreedor en el título ejecutivo, solo podrá despacharse ejecución frente a los siguientes sujetos: …».
4. Artículos 686 y siguientes LEC: Recogen el procedimiento especial de ejecución hipotecaria.

La diferente interpretación de estos preceptos lleva a concluir con la posibilidad o la negación de que el acreedor cesionario no inscrito esté legitimado para iniciar el procedimiento especial de ejecución hipotecaria.

2. Postura a favor de la legitimación activa del acreedor cesionario no inscrito

Esta tesis ha sido defendida principalmente por los procesalistas que entienden o defienden la «procesalización» de la ejecución hipotecaria, olvidando o apartándola del carácter eminentemente registral que tiene la hipoteca, como una de las grandes excepciones de nuestro sistema, como derecho real de nacimiento registral: inscripción constitutiva.

De este modo, y siguiendo lo expuesto por CALLEJO (2012)[8], la posibilidad de defender la legitimación activa en la ejecución hipotecaria del acreedor cesionario no inscrito, se encuentra o basa en la idea fundamental de que el título ejecutivo es el crédito y no la propia hipoteca inscrita. En este sentido afirma que «el cesionario tiene legitimación para instar el proceso de ejecución, la que le otorga el título de crédito complementado con el documento justificativo de la cesión, es una afirmación que tiene su basamento en el propio artículo 538 de la LEC que confiere también cierta eficacia legitimadora a la resolución judicial por la que efectivamente se despacha ejecución al definir quiénes son partes en el proceso». Así, y siempre según esta autora, basta con acreditar el crédito y la cesión a través de la escritura de fusión e inscripción de esta en el Registro Mercantil, para tener un título ejecutivo y por lo tanto poder iniciar la ejecución consecuente.

Esta tesis encuentra sus ideas básicas en las afirmaciones o refutaciones que MONSERRAT (2002)[9] hace para negar la tesis contraria a la legitimación del acreedor cesionario no inscrito, y se resumen de la siguiente forma:

a) No puede negarse la legitimación activa al cesionario no inscrito argumentando que el procedimiento de ejecución hipotecaria es de base registral (*ex* art. 130 LH). Que lo sea, no quiere decir que lo sea exclusivamente, ya que existen otros requisitos procesales necesarios en esta ejecución que

no tienen base registral, como por ejemplo, la necesaria notificación y requerimiento al poseedor no inscrito. Además, en un sistema de generalizad inscripción declarativa como el nuestro, donde los derechos existen fuera del Registro, y donde está plenamente confirmado que el titular de un derecho puede ejercitarlo siempre (también a través de las acciones necesarias para su defensa), casa muy mal que el acreedor cesionario no pueda ejercitar su derecho por no estar inscrito.

b) No puede admitirse como argumento la analogía de lo dispuesto en el artículo 6 LSMPH para la subrogación de prestamo hipotecario. En este se exige expresamente la constancia registral de dicha subrogación para poder despachar ejecución por el acreedor subrogado y, por tanto, se exige la constancia registral del cambio de titularidad activa del préstamo; pero no puede aplicarse por analogía este precepto a la cesión de créditos hipotecarios porque son supuestos diferentes, en los que el legislador trató de dar solución a situaciones muy distintas, ya que en la subrogación puede producirse el cambio de titular sin consentimiento del acreedor subrogado, mientras que la cesión siempre es un negocio jurídico entre ambos acreedores.

c) La ley permite que el juez despache auto de ejecución y que después solicite certificación de subsistencia de la hipoteca ejecutada a favor del actor o ejecutante, sin que sea necesario que se acredite la inscripción de la nueva titularidad, como lo demuestra el hecho, de que solo se admita como causa de oposición la no subsistencia de la hipoteca ejecutada, y no cabe la de que el ejecutante no sea el titular registral. Si no se admite dicha causa de oposición, quiere decir que esa constancia registral no es relevante para oponerse a la ejecución ya despachada.

d) Por último, afirma que «en un sistema en que los derechos reales se transmiten al margen del registro, resulta excesivo que el legislador haya hecho depender el ejercicio del derecho de su inscripción».

3. Postura en contra de la legitimación activa del acreedor cesionario no inscrito

Por el contrario, gran parte de la doctrina se ha manifestado en contra de la posibilidad de que el acreedor cedido pueda iniciar la ejecución especial hipotecaria sin estar inscrito en el Registro de la Propiedad.

Estos autores, a diferencia de los anteriores, consideran que el procedimiento de ejecución hipotecaria tiene fundamentalmente una base registral de la que no puede desligarse, y está en íntima y estrecha relación con la naturaleza constitutiva del derecho que se está realizando o ejecutando: la hipoteca. Ya adelanto que soy partidaria de esta segunda postura doctrinal y ello por los siguientes argumentos que resumo a continuación:

a) En primer lugar, considero que la nueva redacción del artículo 149 LH, tras la Ley 41/2007, sobre los requisitos de la cesión del crédito hipotecario, puede entenderse en el sentido de que se aplica distinto régimen (obligacional y real) para la cesión del crédito y de la hipoteca. Pudiendo cederse el crédito por una parte y conforme a las reglas del 1526 y sigs., es decir, sin necesidad de forma alguna, pero solo oponible a terceros desde su fecha fehaciente (*ex* 1218, 1227 o 1526 CC), y por otra la hipoteca, para lo que es necesario la escritura pública y su inscripción en

el Registro. De este modo, la cesión de la hipoteca, como accesorio del crédito garantizado, siempre necesitará de inscripción registral. Esta interpretación ya la adelantó JORDANO FRAGA (1999) y la recoge igualmente RODRÍGUEZ BOIX[10].

b) Si la cesión de hipoteca requiere inscripción, y solo así se entiende válidamente cedida también entre las partes, y no solo frente a terceros, el acreedor cesionario, es realmente nuevo acreedor hipotecario desde su inscripción, y solo desde entonces obtiene las ventajas del derecho real de garantía en que consiste la hipoteca; a saber: su prioridad, preferencia, aseguramiento y facultad de realización en que este consiste. Es decir, solo podrá realizar la hipoteca a través de su procedimiento ejecutivo especial, si «tiene» un derecho de hipoteca, y para ello es necesario que lo tenga inscrito a su favor.
c) En este sentido se entiende perfectamente la dicción del artículo 130 LH que afirma que el procedimiento de ejecución hipotecaria solo puede seguirse «como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo», con base en lo que se disponga en el Registro, por lo tanto, solo el que aparezca como titular de la hipoteca puede ejercitar el derecho a través del procedimiento especial que dicho derecho real le otorga, y que solo puede basarse en lo recogido en el asiento registral. Como afirma PUJOL CAPILLA (2014)[11] una cosa es la eficacia sustantiva de una sucesión universal de la cartera de créditos, que se transmiten sin duda al cesionario, y otra los efectos especiales que la Ley otorga y liga a la inscripción de determinados derechos reales, como la hipoteca, y uno de esos efectos «especiales» es la facultad de acudir a la ejecución hipotecaria, que no se da a todo acreedor, sino solo al titular registral.
d) Refrenda esta idea el hecho de que el procedimiento de ejecución hipotecaria es un procedimiento especial, sumario, rápido y sometido a un estricto rigor formal, tal y como ha confirmado el TS en varias ocasiones[12], lo que supone que debe interpretarse de forma restrictiva y exigirse escrupulosamente todos sus requisitos. Luego, si debe llevarse a cabo el procedimiento sobre la base de lo recogido en el asiento, no parece muy descabellado afirmar que debe ser el titular registral el único legitimado para iniciar este especial procedimiento de base registral, tal y como parece desprenderse, asimismo de los artículos 10 y 685 LEC, sobre todo en su último párrafo[13]. Es más, y según apunta IGLESIAS GARCÍA-VILLAR (2014)[14], es un deber del Tribunal examinar de oficio y antes de iniciarse un ejecutivo, como requisito previo al despacho de ejecución, si la parte actora reúne o no los requisitos para ostentar la legitimación activa, conforme a lo establecido en los artículos 551 LEC y 538 LEC, y en este caso, deberá comprobarse que tiene la hipoteca inscrita a su favor.
e) En abundancia con esta idea, y recogiendo lo expresado en el apartado a), solo el titular de la hipoteca puede iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria, pero no el titular del crédito. Este, si fuera distinto de aquel, claro que puede ejercitar su derecho de crédito, por cualquier procedimiento ejecutivo ordinario, pero no por la vía especial del procedimiento sumario hipotecario, porque para ello es preciso que esté inscrito como titular del crédito hipotecario; y si la cesión no se ha inscrito, el nuevo acreedor —que lo es— no es acreedor hipotecario, y por tanto, no puede ejercitar por la vía especial derivada de la hipoteca. Así, refutamos las ideas

de MONSERRAT explicadas en el epígrafe anterior, y podemos decir que no es válido el argumento de que en un sistema de inscripción declarativa, se exija para ejercitar un derecho que esté inscrito, porque no negamos que los derechos pueden y deben ejercitarse por su titular, pueden ejercitarse, pero no por la vía especial que, precisamente, se deriva de una excepción de nuestro ordenamiento como es la inscripción constitutiva de la hipoteca, y que como tal excepción ha de tratarse y aplicarse con estricta observancia de sus requisitos, precisamente por ser excepcional.

f) PUJOL CAPILLA (2014) añade una interesante idea al afirmar que no puede hacerse distingos entre una sucesión global de créditos y una cesión individual de crédito hipotecario, como pretenden algunos, afirmando que el 149 LH solo se refiere a esta y no procede cuando se produce una sucesión en bloque. Es absurdo pensar que el legislador solo ha querido hacer necesaria la inscripción en el Registro ante una cesión singular, pero no en la global. Cuando se permite la efectividad de la cesión del crédito en una fusión por absorción, es cierto que para inscribir ese nuevo derecho de crédito cedido basta la escritura de fusión y la inscripción de esta en el Registro Mercantil, pero eso no es suficiente para ejercitar la acción real hipotecaria, porque eso implicaría también aceptar que se puede ejecutar una hipoteca sin ni siquiera notificar la cesión al deudor hipotecario. Además, y como afirma IGLESIAS GARCÍA-VILLAR (2014), la acreditación del concreto crédito que se ejecuta debe conseguirse, no bastando con probar a través de la escritura de fusión, la transmisión global, y esa acreditación individualizada solo puede obtenerse de la inscripción registral, como se deduce del propio 540 LEC (que prevé la posibilidad de despachar ejecución por el sucesor del ejecutante en el título ejecutivo), más el 149 y 130 LH.

g) Por otra parte, permitir la ejecución real hipotecaria a quien no está ni siquiera inscrito en el Registro, chocaría con los principios registrales. Por un lado, con el mismo principio de tracto sucesivo, pues al certificar el dominio y cargas, el Registrador puede comprobar que el ejecutante no coincide con el titular registral y denegar dicha certificación, y no practicar la nota marginal correspondiente, y de igual forma, el Registrador puede rechazar la inscripción de la adjudicación de la finca hipotecada por falta de tracto sucesivo si no coincide el ejecutante con el titular del derecho de garantía; pero, sobre todo con el principio de legitimación registral (art. 38 LH), pues los derechos inscritos se presumen ciertos y que pertenecen a su titular, derivando de la inscripción una especial legitimación que es la registral, y solo si se tiene esa se puede ejercitar el derecho con base registral, que es precisamente lo que parece deducirse y cerrando el círculo con los artículos 149 y 130 LH. De este modo, y al contrario, si sigue constando como titular registral del crédito hipotecario el cedente, sería este el único legitimado para iniciar la ejecución de la hipoteca[15]. Tiene legitimación quien está inscrito, y el procedimiento de ejecución hipotecaria es de base registral y por tanto de legitimación registral.

Dicho todo esto, mantenemos que el acreedor cesionario no inscrito no puede iniciar el procedimiento especial de ejecución hipotecaria. Pretender lo contrario significaría desoír los principios registrales y la base y fundamento registral del derecho de hipoteca (excepcional en nuestro ordenamiento), y por tanto, del procedimiento de ejecución especial que deriva y se basa en ella (también excepcional).

III. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA NECESIDAD DE LA INSCRIPCIÓN DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS PARA LA EJECUCIÓN

Veamos, a continuación, qué ha dicho la jurisprudencia, y cómo ha resuelto esta cuestión.

1. Jurisprudencia a favor de la iniciación del procedimiento ejecutivo por el cesionario no inscrito

La STS de 29 de junio 1989 es la sentencia referente en este asunto, pues permite iniciar el proceso de ejecución a aquel nuevo acreedor cesionario que no ha inscrito su nueva titularidad del crédito hipotecario en el Registro.

En ella se analiza el caso de la cesión de créditos hipotecarios consecuencia de la subrogación universal de Banco de Vizcaya en la posición de Banco de Vilella. Banco de Vizcaya, nuevo acreedor, intenta iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria sin constar inscrito como titular de la hipoteca que se va a realizar en el Registro de la Propiedad, pero sí haciendo constar la subrogación global en virtud de la cual es el cesionario de la misma.

Esta sentencia, en primer lugar, rechaza el carácter constitutivo de la inscripción de la cesión del crédito hipotecario, afirmando que «en esta materia el Ordenamiento Jurídico español, tanto en el orden civil como en el hipotecario, sigue la orientación, y consiguiente normativa, de que la inscripción es meramente declarativa, y en consecuencia solo robustece el título inscrito frente a dichos terceros a los efectos de la fe pública registral, y por ello la inscripción no tiene valor constitutivo tratándose de la cesión de créditos hipotecarios, como lo está poniendo de manifiesto el párrafo segundo del invocado artículo 149 de la Ley Hipotecaria cuando previene que «el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente», significativo, como tiene declarado la Resolución de 22 de diciembre de 1945 *(RJ* 1945, 1305) de que el hecho de que el demandante actuase en el procedimiento judicial como cesionario del crédito hipotecario, no le priva de la condición de titular favorecido por la inscripción frente al demandado, aunque la cesión haya sido inscrita frente al demandado en fecha posterior, ya que el cesionario se subroga en todos los derechos del acreedor cedente y por tanto asume la posición jurídica del acreedor hipotecario anterior y preferente al demandado…». Además, mantiene el carácter accesorio de la hipoteca respecto al crédito, admitiendo en consecuencia que no puede ser autónoma respecto de aquel, y que el titular del crédito es, por tanto y asimismo, titular de la hipoteca, estando ambos conectados, tal y como se recoge en su fundamento segundo, al afirmar lo siguiente: «tal precepto —se refiere al 1526 del Código Civil— se limita a expresar los efectos contra terceros en cuanto a fecha de la cesión, pero no que prive de eficacia a la cesión entre el cesionario demandante y ejecutante del crédito hipotecario cedido y el demandado deudor hipotecario, de una parte en razón a que siendo la hipoteca un derecho de naturaleza real, es de afirmar que genera un derecho de realización de valor, con la característica, que ya apunta el artículo 1858 del Código Civil, de ser un señorío típico que ejerce el titular hipotecario, o acreedor, que confiere el poder o facultad de hacerse con dinero a cargo de la cosa hipotecada, y de otra parte por tener la hipoteca un carácter accesorio del crédito, de modo que aquella subsiste en tanto este también subsiste, lo que atribuye al crédito la cualidad de elemento principal de la relación jurídica

y lo lleva a reconocer que corresponde a la misma persona que sea titular del crédito garantizado, al no ser la hipoteca un derecho independiente, o sea con existencia propia, sino que vive al servicio de crédito, estando conectado a este y que sigue su suerte y así viene calificado por el artículo 1528 del Código Civil»

Con estas consideraciones, no es de extrañar, aunque lo haga antes en el fundamento primero, que la STS admita la posibilidad de iniciar el procedimiento hipotecario por el acreedor cesionario sin estar inscrito, puesto que es el verdadero titular de dicho crédito, como consecuencia de la subrogación producida, puesto que «Banco de Vizcaya, S. A.», se subrogaba universalmente en todo el contenido patrimonial y obligacional que existiere o pudiere existir en el futuro y que pueda corresponder a «Banca Vilella, Sociedad Anónima», por lo que, en virtud de esa total adjudicación, en lo sucesivo será la expresada entidad bancaria adjudicataria quien ostente todos y cada uno de los derechos y obligaciones, incluso situaciones transitorias o de hecho, que pudieran corresponder a la repetida entidad adjudicante, por el título que fuere, y cuya cuestión, en cuanto se estime generante de cesión de la hipoteca que dio origen a la tan meritada entidad «Banco de Vizcaya, Sociedad Anónima», confiere a esta, facultad legitimadora para ejercitar a su amparo el procedimiento judicial sumario que autoriza el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, por causa del fenómeno jurídico de la subrogación de derechos, inherentes además a la cesión de la invocada hipoteca que implica, pues la exigencia de los precitados epígrafe 1 de la regla 2.ª, y apartado 2 de la regla 4.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria hay que entenderla referida al que, por cualquier vehículo jurídico, y concretamente la subrogación por vía de cesión, ostenta el carácter de acreedor hipotecario, al contraerse el requisito de subsistencia y no cancelación simple y exclusivamente a acreditar la pervivencia del título que da base al ejercicio de la correspondiente acción hipotecaria, que ciertamente ha de corresponder a quien ostente, bien directamente, o por subrogación por vía de cesión, el crédito emanante de la hipoteca; y, bajo otro aspecto, porque esa legitimación que es de reconocer a «Banco de Vizcaya, Sociedad Anónima», para promover el procedimiento judicial sumario cuestionado, indudablemente produce como consecuencia que no se haya prescindido, en modo alguno, de normas esenciales del procedimiento establecido por la Ley, generantes de causa de nulidad amparable por el número 3.º del artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

Con base en esta importante sentencia, se produjeron varias sentencias de audiencias provinciales que la confirmaban y referenciaban. En este sentido, encontramos las siguientes resoluciones que confirman la tesis del Alto Tribunal, abogando por la posibilidad de iniciar ejecución hipotecaria por parte de un cesionario no inscrito.

1. Auto de la AP Valladolid, sec. 1.ª, en auto de 24 de octubre de 2003:

«Cierto es que parte de la doctrina más autorizada y de recientes autores consideran que la cesión debe inscribirse en todo caso para poder ejecutar la hipoteca, criterio al que finalmente se pliega el Juez de Instancia, más ello no resulta de una lectura de los presupuestos exigidos en el artículo 685 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que tan solo se exige certificación acreditativa de la inscripción y subsistencia de la hipoteca, más no de la identidad del titular del crédito hipotecario en cada momento, siendo intranscendente la objeción que articula el Juez de Instancia con base en el artículo 668.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues resulta obvio que la mención a la «titulación existente» del precepto se refiere a la del propietario de la finca hipotecada y a la necesaria confianza de los postores de que la finca es propiedad del hipotecante,

con independencia de que quien figure en el Registro como acreedor hipotecario sea el cedente del crédito y primitivo acreedor y no el cesionario ejecutante de la hipoteca. En todo caso, no parece obstáculo suficiente para la ejecución del crédito cedido la falta de inscripción de la cesión, cuando a los efectos de acreditar el trato sucesivo puede acreditarse la cesión realizada aportando la escritura de cesión antes de inscribir el remate o adjudicación, o bien especificando en el mismo auto de adjudicación o remate con la suficiente claridad la mencionada escritura, con su fecha, notario autorizante, número de protocolo, identificación de cedente y cesionario y cuantos datos fueren necesarios para la finalidad de justificación pretendida. En consecuencia, el recurso de apelación debe ser estimado, revocándose la resolución objeto de recurso y ordenando al juzgado despache la ejecución solicitada y continúe el procedimiento por todos sus trámites con arreglo a derecho».

2. Igualmente, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 21.ª, de 20 de abril de 1999 (en caso de absorción del Banco de Crédito a la Construcción por parte del Banco Hipotecario de España, con traspaso en bloque de todo el patrimonio), basó sus argumentos en la diferenciación entre la cesión singular de un crédito hipotecario, donde se aplica el 149 LH y se puede sostener la necesidad de la inscripción de la cesión, de la cesión global de créditos, en bloque, consecuencia de una fusión. En este sentido afirmó que «cuando un crédito hipotecario voluntario nominativo pretende hacerse efectivo a través del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria *(RCL* 1946, 886) por el nuevo acreedor cesionario, para que se admita la demanda y se mande sustanciar el procedimiento, es necesario que junto al título ejecutivo… se acompañe certificado registral en el que conste la inscripción de la cesión… Pero resulta que el artículo 149 de la Ley Hipotecaria solo es de aplicación cuando la cesión o enajenación del crédito se efectúa por un específico negocio jurídico por el que se dispone y transmite el crédito hipotecario y no a la que se produce por ministerio de la ley, la cual se rige por sus normas especiales. Y en este último caso se encuentra el supuesto de la sociedad anónima que siendo titular del crédito hipotecario es absorbida por otra. Respecto del cual prescribe el artículo 233 de la Ley de sociedades anónimas *(RCL* 1989, 2737 y *RCL* 1990, 206) …que si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una sociedad anónima por otra ya existente, esta adquirirá en bloque el patrimonio de la sociedad absorbida y se subrogará por sucesión universal en todos sus derechos y obligaciones… De tal manera que en este caso no se precisa ni la inscripción de la cesión en el Registro de la Propiedad ni la notificación de la cesión al deudor cedido, bastando con que se acompañe a la demanda la escritura de fusión por absorción debidamente inscrita en el Registro Mercantil».

3. Abunda en esta tesis, y confirma las ideas que se acaban de transcribir sobre el distinto régimen de la sucesión singular o global de créditos, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12.ª, de 11 enero 2013, en el caso de Bankia como sucesora universal de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid. En este sentido, afirma lo siguiente: «…la cesión se configura en nuestro ordenamiento como la transmisión de un crédito concreto, y así el artículo 1526 del Código Civil *(LEG* 1889, 27) se refiere siempre en singular al "crédito, derecho o acción" cedidos. Se trata pues de una cesión singular». «La cesión universal responde a otro fenómeno distinto…». «La Ley Hipotecaria se ciñe a la cesión singular, como lo revela ya sin ninguna duda la redacción dada por la Ley 41/2007 *(RCL* 2007, 2221) al artículo 149 de la Ley Hipotecaria, al referir la cesión que regula precisamente en el artículo 1526 del Código Civil». «Los artículos 81 a 91

de la Ley 3/2009 de 9(sic) de abril *(RCL* 2009, 719), sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles configura, como nueva forma de sucesión universal entre sociedades mercantiles la cesión global… Siendo este el caso…se ha producido lo que la propia ley califica expresamente como sucesión universal y, por tanto, resulta inaplicable el artículo 149 de la Ley Hipotecaria, pues las transformaciones societarias no están bajo su regulación…».

2. Jurisprudencia en contra de la iniciación del procedimiento ejecutivo por el cesionario no inscrito

1. Sin embargo, no han sido pocos los pronunciamientos jurisprudenciales que mantienen la postura contraria y no admiten que se pueda iniciar la especial ejecución hipotecaria por el nuevo acreedor no inscrito. Baste entre ellos, citar el AAP de Madrid, de 12 de enero de 2008, aunque recoge una cesión singular, en la que se afirma que es necesario que se cumplan los requisitos del 149 LH, y por tanto la inscripción de la cesión para iniciar la ejecución. Igualmente, y ya para cesión en bloque de activos, AAP Castellón de 12 y 24 de julio de 2012, 8 y 23 de mayo de 2013, o AAP Valencia de 4 de febrero de 2013, o AAP Madrid 18 de enero de 2013 o el AAP Granada de 25 de febrero de 2013. En todos ellos se alude al carácter singular del procedimiento de ejecución hipotecaria, guiado por un principio de rigor formal, además de la necesidad de inscripción de la cesión del crédito hipotecario en el Registro, lo que conduce a impedir el ejercicio de la acción hipotecaria, e iniciar el procedimiento correspondiente, basándose en un derecho extra tabular. Todo ello lleva a negar la legitimación activa del procedimiento de ejecución hipotecario al nuevo acreedor no inscrito.

2. El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de marzo de 2013 recoge todas estas ideas, las hace suyas, pero sin embargo discrepa de algún modo de las mismas y añade nuevos argumentos. En este sentido, este Auto considera que sí es posible que un cesionario por sucesión universal no inscrito pueda iniciar el procedimiento especial hipotecario, pero que esto no es lo más razonable, y que el hecho de inscribir primero la cesión es lo que «mejor se acomoda a las especiales características del procedimiento de ejecución hipotecaria». No se discute la existencia y titularidad del crédito del cesionario, pero, eso no quiere decir que si no está inscrito sea conveniente para la ejecución: «no agotan la cuestión pues a nuestro juicio la reducen a la existencia y concreción del derecho de cesionario, que no se discute, o a la forma de hacerse efectiva la cesión, lo que tampoco se discute, cuando la problemática deriva únicamente en este punto en la elección por el cesionario de la ejecución hipotecaria como vía para hacer efectivo su crédito, elección que por lo demás adopta por criterios que se fundan en su propio beneficio y previa consideración de que puede hacerlo por tener legitimidad para ello y que este es el procedimiento que mejor garantiza sus derechos en la ejecución por limitar las posibilidades de defensa del ejecutado, y todo ello sin proceder a la inscripción de la cesión al menos respecto de la hipoteca que pretende ejecutar».

Después de estas afirmaciones, este auto basa su negativa en la posibilidad de iniciar el ejecutivo en dos argumentos:

a) El artículo 130 LH, que en su nueva redacción parece establecer el «Principio de inscripción constitutiva que remite al estricto contenido del título inscrito como único ámbito que permite el procedimiento de ejecución directa, solo lo que está inscrito y respecto del contenido

inscrito puede ser objeto de esta ejecución». Y continúa afirmando que «desde luego el artículo 688 LEC *(RCL* 2000, 34, 962 y *RCL* 2001, 1892) exige la aportación, a los fines del artículo 685, de certificación en la que se exprese…» que la hipoteca a favor del ejecutante se halla subsistente y sin cancelar…», no existiendo previsión alguna en la LEC, que es donde se regula este procedimiento, de que la hipoteca pueda estar constituida a favor de persona distinta al ejecutante cuando se expida la certificación».

b) De igual forma, se basa en el nuevo artículo 149 LH, tras su redacción por la Ley 47 /2007, diciendo que «desde luego el precepto no afecta al carácter accesorio de la hipoteca, ni altera la cesión de créditos tal y como se regula en el Código Civil, pero también es indudable que añade un párrafo por el que se separa la cesión del crédito de la cesión de la titularidad de la hipoteca, siendo así que esta última ha de llevarse a cabo en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. El doble elemento que conforma la acción hipotecaria, el crédito como elemento principal, y la hipoteca como elemento accesorio, tiene a su vez una distinta regulación que en el caso de la hipoteca no puede eludir su contenido registral, pues es el contenido estricto del asiento registral el que determina la posibilidad de acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria (art. 130 LH), siendo la inscripción la que otorga legitimación (art. 38 LH), y recogiéndose así también de manera expresa en el artículo 688.1 de la LEC». Concluyendo, de este modo, que no es posible la iniciación del ejecutivo por el cesionario no inscrita, pues es la inscripción la que legitima dicha iniciación por el especial carácter del crédito garantizado con hipoteca.

3. El más reciente Auto de la Audiencia Provincial de Castellón (sección 3.ª), de 30 enero 2014, en el caso de la sucesión del Banco de Sabadell en el Banco Cam SAU debido a una fusión por absorción, aunque en este caso la ejecución ya se había iniciado por el Banco Cam SAU y lo prosigue Banco de Sabadell como sustituto procesal, confirma esta tesis, y abunda en los argumentos esgrimidos con anterioridad, poniendo, asimismo, de manifiesto la falta de legitimación del acreedor cesionario no inscrito en la ejecución hipotecaria, y basa su tesis en los siguientes argumentos:

a) En primer lugar, considera que es lógico que se produzca la terminación del proceso ejecutivo cuando de la certificación de dominio y cargas del 688 LEC se desprende que el titular registral no es el ejecutante porque «el trámite regulado en el artículo 688 LEC no tiene otro sentido que la comprobación de la vigencia del derecho en que se funda la ejecución, pues puede suceder que se hayan producido modificaciones desde que se confeccionó el título adjuntado a la demanda, o la certificación acompañada a la misma.

   Y en el presente caso ninguna censura debe hacerse al acuerdo de terminación del proceso una vez que la certificación registral permitió verificar que la promotora del proceso, o su sustituta en el ámbito estrictamente procesal, no era la titular de la garantía cuya ejecución se pretende».

b) Además no puede olvidarse que nos encontramos ante un proceso de ejecución de un título no judicial con «carácter sumario y con limitadas causas de oposición de esta clase de procesos debe comportar un control estricto de los títulos que pueden dar lugar a la misma». Sometido

al principio general del rigor formal, tal y como ya han afirmado otras resoluciones judiciales en numerosas ocasiones.

c) Afirma que no se pone en duda que la existencia y titularidad del derecho de crédito del cesionario y recurrente, si no solo la procedencia de la ejecución de una garantía real que no aparece inscrita en el Registro, que, en su consideración, debe impedir la continuación del mismo por parte de un ejecutante distinto del titular inscrito. Y todo ello en virtud de lo establecido en los artículos 145, 150, 149 y 130 LH, que llevan a la conclusión de que es necesario la inscripción de la cesión (singular —149 LH— o en bloque —130 LH—) para la consecuente ejecución hipotecaria. Añade este Auto que, por supuesto, la fusión o cesión global se lleva a cabo de forma suficiente con la escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil (*ex* arts. 71 y 89 Ley 3/2009), pero eso es distinto y nada tiene que ver con la justificación del cambio de titular en la garantía real: «En estos casos (sea cesión singular, sucesión universal por segregación en bloque del patrimonio, o fusión) debe distinguirse entre la efectividad de la cesión global o de la fusión, que tiene lugar con la inscripción en el Registro Mercantil, y el cambio subjetivo en el ámbito de la garantía real. Puesto que se produce una modificación subjetiva en la titularidad de la garantía hipotecaria, que puede fundar un proceso de ejecución de carácter acusadamente formal y que se basa en el contenido del Registro de la Propiedad, no creemos que pueda tramitarse un proceso de ejecución hipotecaria en base a un título en el que aparece como titular del derecho real de garantía alguien distinto a quien promueve el proceso, que no figura como titular del derecho en la inscripción registral». No hay obstáculo para que el nuevo acreedor inicie un procedimiento distinto basado en la titularidad de su crédito (proceso declarativo de reclamación de cantidad y ejecución de título judicial posterior), pero no puede seguir el procedimiento especial hipotecario.

d) Además, lo dispuesto en el artículo 540 LEC, que permite despachar ejecución contra quien acredite ser titular del que figure como ejecutante, ceden ante la singularidad del proceso de ejecución hipotecario que exige rigor extremo del cumplimiento de lo establecido en artículos 685, 688 LEC. Concluyendo, de este modo que «tanto en los casos de cesión de créditos, como en los de traspaso en bloque por sucesión universal o fusión por absorción como el del caso (traspaso de negocio bancario de la CAM a Banco Cam SAU y fusión por absorción de Banco Cam SAU por Banco Sabadell S.A.) requiere la inscripción registral el cambio en la titularidad de la garantía para que pueda realizarse esta mediante el singular proceso de ejecución hipotecaria».

4. El Auto que se acaba de analizar basa y fundamenta sus argumentos también en varias resoluciones de la DGRN que inciden en la misma interpretación del artículo 130 LH del que se deduce el carácter registral del procedimiento de ejecución hipotecaria, precisamente por el hecho de ser la hipoteca que le da base un derecho de inscripción constitutiva, lo que conduce indudablemente a sostener que este procedimiento debe atenerse estrictamente a lo que en el asiento se reproduce, impidiendo de este modo que inicie el procedimiento persona distinta del titular registral.

a) Las RRDGRN de 19 y 21 de marzo de 2013 confirman esta idea al señalar que «Como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo (véase Re-

soluciones señaladas en los «Vistos») no cabe duda que el procedimiento de ejecución hipotecaria es esencialmente de carácter registral, dado el carácter constitutivo que la inscripción tiene con relación al derecho real de hipoteca (artículo 1875 del Código Civil y artículos 130 y 145 de la Ley Hipotecaria). De esta manera, el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados, como establece el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, solo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo.

Debe añadirse a ello, la función esencialmente protectora de la posición del deudor que tiene todo el procedimiento registral. La ejecutividad del procedimiento se compensa con la celosa protección de los derechos del ejecutado, de manera que solo podrá procederse en los términos proclamados por los asientos registrales.

Teniendo en cuenta por tanto la importancia de la nota marginal de expedición de certificación de cargas, el carácter constitutivo que la inscripción tiene en relación a la hipoteca y sus modificaciones (cfr. arts. 145 y 149 de la Ley Hipotecaria) y el carácter esencialmente registral del procedimiento de ejecución hipotecaria (…)».

b) Las RRDGRN de 5 y 8 de julio de 2013 corroboran el carácter registral del procedimiento de ejecución hipotecaria, y añaden que el Registrador, precisamente, por eso, puede denegar la inscripción del decreto de adjudicación de la finca hipotecada por falta de tracto sucesivo, si antes no se produce el cambio de la titularidad real en el Registro. Cuestión que confirma la RDGRN de 17 de octubre de 2013, que avala la decisión del Registrado de suspender la adjudicación de la finca hipotecada, precisamente por este defecto de falta de titularidad registral.

Como vemos, es numerosa la jurisprudencia menor, avalada por la posición del Alto Centro Directivo, a favor de la necesidad de inscribir la cesión del crédito hipotecario para que pueda iniciarse el procedimiento ejecutivo correspondiente por el acreedor cesionario. Esto se basa, fundamentalmente, en el artículo 130 LH que recuerda que solo puede ejercitarse realización de hipoteca inscrita sobre la base de los extremos contenidos en el propio asiento, y ello con independencia de que el crédito ostentado por el nuevo acreedor procede de una cesión singular o general.

IV. CONCLUSIONES

1. La cesión de crédito hipotecario necesita inscribirse en el Registro de la Propiedad, al menos en cuanto a la hipoteca que lo garantiza, tal y como se deduce del artículo 149 LH, que parece diferenciar el régimen de la cesión del crédito, del de la hipoteca, derecho de inscripción registral constitutiva.

2. De este modo, si se produce la cesión de un crédito hipotecario, sea de forma singular, o sea global como consecuencia de un procedimiento de fusión por absorción, la cesión de la garantía real necesita de inscripción, con independencia de que el crédito se haya cedido, exista y se acredite una nueva titularidad sobre el mismo.

3. El procedimiento de ejecución hipotecaria es un procedimiento ejecutivo especial, sometido al principio de rigor formal que exige que se cumplan escrupu-

losamente las formas, requisitos y especialidades establecidas. Este procedimiento especial tiene fundamentalmente una base registral de la que no puede desligarse, y está en íntima y estrecha relación con la naturaleza constitutiva del derecho que se está realizando o ejecutando: la hipoteca.

4. Teniendo en cuenta lo que se acaba de decir, cuando el artículo 130 LH establece que la realización de la hipoteca a través del procedimiento ejecutivo especial hipotecario se hará sobre la base de los extremos contenidos en el asiento, cabe concluir que solo podrá iniciarse ese procedimiento quien tenga su derecho de hipoteca inscrito a su nombre. Pues el cambio de titularidad de la hipoteca es relevante a la hora de iniciación de un procedimiento especial basado en el asiento. Si en el asiento no se ha producido dicho cambio subjetivo, difícil puede iniciar el procedimiento la persona que no tiene inscrito a su favor el derecho de hipoteca, pues carece de la legitimación registral necesaria para este procedimiento especial, y de base registral, derivada de la presunción de exactitud.

5. Solo el titular de la hipoteca puede iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria, pero no el titular del crédito. Si este fuera distinto de aquel, claro que puede ejercitar su derecho de crédito por cualquier procedimiento ejecutivo ordinario, pero no por la vía especial del procedimiento sumario hipotecario, porque para ello es preciso que esté inscrito como titular del crédito hipotecario; y si la cesión no se ha inscrito, el nuevo acreedor —que lo es— no es acreedor hipotecario, y por tanto, no puede ejercitar por la vía especial derivada de la hipoteca, de la garantía real.

6. Mantenemos que el acreedor cesionario no inscrito no puede iniciar el procedimiento especial de ejecución hipotecaria. Pretender lo contrario significaría desoír los principios registrales y la base y fundamento registral del derecho de hipoteca (excepcional en nuestro ordenamiento), y por tanto, del procedimiento de ejecución especial que deriva y se basa en ella (también excepcional).

V. ÍNDICE RESOLUCIONES CITADAS

Resoluciones DGRN

- RDGRN 19 de marzo de 2013
- RDGRN 21 de marzo de 2013
- RDGRN 5 de julio de 2013
- RDGRN 8 de julio de 2013
- RDGRN 17 de octubre de 2013

Sentencias TS

- STS 29 de junio de 1989
- STS 3 de diciembre de 2004
- STS 7 de febrero de 2007

Autos Audiencias Provinciales

- AAP Madrid 20 de abril de 1999

- AAP Valladolid 24 de octubre de 2003
- AAP Madrid 12 de enero de 2008
- AAP Castellón 12 de julio de 2012
- AAP Castellón 24 de julio de 2012
- AAP Madrid 11 de enero de 2013
- AAP Madrid 18 de enero de 2013
- AAP Granada 25 de febrero de 2013
- AAP Madrid 13 de marzo de 2013
- AAP Castellón 8 y 23 de mayo de 2013
- AAP Castellón 30 de enero de 2014
- AAP Valencia 4 de febrero de 2013

VI. BIBLIOGRAFÍA

BALLESTER GINER, E. (1989). *Derechos reales*. Valencia: Organización Bello.

CALLEJO CARRIÓN, S. (2012). Cesión de préstamos hipotecarios. A propósito de su inscripción en el Registro de la Propiedad. *Revista de Derecho UNED,* núm. 11, pp. 107-124.

CHICO Y ORTIZ, J. M. (1989). *Estudios sobre Derecho hipotecario,* tomo II. Madrid: Marcial Pons.

CORDERO LOBATO, E. (2001). Transmisión y gravamen del derecho de hipoteca. En Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (dir.), *Tratado de los derechos de garantía*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 595-636.

COSSÍO Y CORRAL, A. (1968-1986). *Instituciones de Derecho hipotecario.* Madrid: Civitas.

DE LA RICA Y ARENAL, R. (1948). La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca. *AAMM,* tomo IV, pp. 287-327.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (1997). La extinción del crédito hipotecario. *BCEHC,* núm. 72, pp. 463-543.

GULLÓN BALLESTEROS, A. (1957). *El derecho real de subhipoteca.* Barcelona: Bosch.

IGLESIAS GARCÍA-VILLAR, M. (2014). Inscripción en el registro de la propiedad de las cesiones de los créditos hipotecarios: cuestiones polémicas en el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria. *Diario La Ley,* núm. 8409, 29 de octubre, 1-16.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (2006). Sobre la cesión de los créditos hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 694, 443-513.

JORDANO FRAGA, F. (1999). *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria,* Granada: Ed. Comares.

— (1999). Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 653, 1275-1333.

LACRUZ BERDEJO, J. L. (1991). *Elementos de Derecho civil, III, Derechos reales, Derechos reales limitados.* Situaciones de cotitularidad. Barcelona: José María Bosch, editor.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1977). *Los créditos hipotecarios.* Madrid: Instituto Editorial Reus.

MONSERRAT VALERO, A. (2002). La ejecución de la hipoteca por el cesionario no inscrito del crédito hipotecario y la nueva LEC. *Diario La Ley,* núm. 5522, 12 de abril, 1810-1816.

PAU PEDRÓN, A. (1996). *Manual de Derecho registral inmobiliario*. Madrid: Fundación para la Formación de Altos Profesionales.
PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1986). *Derechos reales. Derecho hipotecario*. Madrid: Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.
PUJOL CAPILLA, P. (2014). Fusiones bancarias. ¿es necesaria la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad para instar la ejecución hipotecaria? *Diario La Ley,* núm. 8376, 12 de septiembre, 1-7.
RODRÍGUEZ BOIX, F. La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario después de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. Disponible en http://www.notariosyregistradores.com.
SAPENA, J. (1957). Sobre la prohibición de ceder el crédito hipotecario. *RCDI,* pp. 345-353.

NOTAS

[1] JORDANO FRAGA, F. (1999). *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*. Granada: Ed. Comares, pp. 288-289. Este autor defiende la accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito, pero discrepa de esta idea, pues considera que el crédito garantizado con hipoteca sí que puede cederse sin esta, ya que el artículo 1528 del Código Civil, del que parece desprenderse esta tesis, es una regla dispositiva, y como tal susceptible de contradecirse. Como consecuencia de esta posible separación entre el crédito cedido, que circula solo y la garantía, que no se ha transmitido, resulta que a esa transmisión del crédito se aplicará solamente las normas propias del mismo, produciéndose *inter partes*, sin que la inscripción en el Registro sea requisito constitutivo para el efecto transmisivo.

[2] Artículo 1528 del Código Civil: «La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio».

[3] Artículo 1212 del Código Civil: «La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas».

[4] En este sentido se encuentran las opiniones de CHICO Y ORTIZ, J. M. (1989). *Estudios sobre Derecho hipotecario,* tomo II. Madrid: Marcial Pons, p. 1446, COSSÍO Y CORRAL, A. (1968-1986). *Instituciones de Derecho hipotecario*. Madrid: Civitas. p. 324; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1986). *Derechos reales. Derecho hipotecario*. Madrid: Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. p. 414; BALLESTER GINER, E. (1989). *Derechos reales*. Valencia: Organización Bello, p. 296; PAU PEDRÓN, A. (1996). *Manual de Derecho registral inmobiliario*. Madrid: Fundación para la Formación de Altos Profesionales. p. 175; LACRUZ BERDEJO, J. L. (1991). *Elementos de Derecho civil, III, Derechos reales, Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, pp. 312-313 y 376-378 y GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (1997). La extinción del crédito hipotecario. *BCEHC*, núm. 72, pp. 500-503.

[5] DE LA RICA Y ARENAL, R. (1948). La obligación personal y la responsabilidad real en las nuevas modalidades de hipoteca. *AAMM*, tomo IV, pp. 287-327. p. 295; SAPENA, J. (1957). Sobre la prohibición de ceder el crédito hipotecario. *RCDI*, 345-353; GULLÓN BALLESTEROS, A. (1957). *El derecho real de subhipoteca*. Barcelona: Ed. Bosch, 1957, pp. 96-101; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (1977). *Los créditos hipotecarios*. Madrid: Instituto Editorial Reus, pp. 34-44.

[6] JORDANO FRAGA, F. (1999). *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*. Granada: Ed. Comares, pp. 288-289.

[7] IGLESIAS GARCÍA-VILLAR, M. (2014). Inscripción en el registro de la propiedad de las cesiones de los créditos hipotecarios: cuestiones polémicas en el procedimiento judicial de ejecución hipotecaria. *Diario La Ley*, núm. 8409, 29 de octubre, 1-16.

[8] CALLEJO CARRIÓN, S. (2012). Cesión de préstamos hipotecarios. A propósito de su inscripción en el Registro de la Propiedad. *Revista de Derecho UNED*, núm. 11, pp. 107-124.

[9] MONSERRAT VALERO, A. (2002). La ejecución de la hipoteca por el cesionario no inscrito del crédito hipotecario y la nueva LEC. *Diario La Ley*, núm. 5522, 12 de abril, 1810-1816.

[10] JORDANO FRAGA, (1999). Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 653, 1275-1333, y RODRÍGUEZ BOIX, F. La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario después de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. Disponible en http://www.notariosyregistradores.com.

[11] PUJOL CAPILLA, P. (2014). Fusiones bancarias. ¿es necesaria la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad para instar la ejecución hipotecaria? *Diario La Ley,* núm. 8376, 12 de septiembre, 1-7.

[12] En este sentido, las SSTS 3 de diciembre de 2004 y 7 de febrero de 2007 establecen la escrupulosa observancia de los requisitos formales a la hora de admitir y despachar la ejecución hipotecaria.

[13] Artículo 10 LEC:

«Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.

Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular».

Artículo 685 LEC:

«1. La demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes.

2. A la demanda se acompañarán el título o títulos de crédito, revestidos de los requisitos que esta Ley exige para el despacho de la ejecución, así como los demás documentos a que se refieren el artículo 550 y, en sus respectivos casos, los artículos 573 y 574 de la presente Ley.

En caso de ejecución sobre bienes hipotecados o sobre bienes en régimen de prenda sin desplazamiento, si no pudiese presentarse el título inscrito, deberá acompañarse con el que se presente certificación del Registro que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca.

3. A los efectos del procedimiento regulado en el presente capítulo se considerará título suficiente para despachar ejecución el documento privado de constitución de la hipoteca naval inscrito en el Registro conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Hipoteca Naval.

4. Para la ejecución de las hipotecas sobre bienes inmuebles constituidas a favor de una Entidad de las que legalmente pueden llegar a emitir cédulas hipotecarias o que, al iniciarse el procedimiento, garanticen créditos y prestamos afectos a una emisión de bonos hipotecarios, bastará la presentación de una certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca. Dicha certificación se completará con cualquier copia autorizada de la escritura de hipoteca, que podrá ser parcial comprendiendo tan solo la finca o fincas objeto de la ejecución».

[14] IGLESIAS GARCIA-VILLAR, M. (2014). *ob. cit.*

[15] En este sentido, confirman estas ideas JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (2006). Sobre la cesión de los créditos hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 694, pp. 443-513, CORDERO LOBATO, E. (2001). Transmisión y gravamen del derecho de hipoteca. En Carrasco Perera, Cordero Lobato y Marín López (dir.), *Tratado de los derechos de garantía* Cizur Menor: Aranzadi, pp. 595-636.

1.4. SUCESIONES

El usufructo universal y el legado de usufructo universal: análisis particular del ejercicio y titularidad de la acción de desahucio

The universal usufruct and the legacy of universal usufruct: analysis of the exercise of the action of eviction

por

M.ª CARMEN NÚÑEZ MUÑIZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

RESUMEN: En este artículo abordamos la problemática planteada cuando un testador lega, generalmente a su cónyuge, el usufructo de toda la herencia. Esto es especialmente delicado si además de su pareja matrimonial, concurren otros legitimarios, dada la conocida intangibilidad de la legítima, tanto en sentido cuantitativo como cualitativo. En el caso que nos ocupa, la legítima se vería «mermada» en sentido cualitativo, pues dejándose el *quantum* exigido por el Código Civil, generalmente superior, resulta afectada en el *quale*, en la medida en que los legitimarios deben soportar un gravamen que el Código Civil, salvo alguna excepción a la que haremos referencia, prohíbe. En Aragón, Navarra o Galicia, su normativa foral regula el usufructo vidual universal, con caracteres especiales y propios que lo separan de la institución común. Asimismo, analizaremos parte de las facultades que le corresponden al usufructuario universal, como la posibilidad de ejercitar la acción de desahucio si alguno de los bienes hereditarios ha sido ocupado ilegítimamente, esto es, en precario. Esta posibilidad ha sido ratificada por los Tribunales en numerosas ocasiones.

ABSTRACT: In this work we study the problem when a testator bequeaths, generally to its spouse, the usufruct of the whole inheritance. This is especially delicate if besides their matrimonial couple; other legitimacies converge, given the «intangibilidad» of the legitimate one, so much in quantitative sense as qualitative. The legitimate one would «be shrunk» in qualitative sense, because the quantum demanded by the Civil Law, generally superior, being left is affected in the quale, in that the legitimacies should support an obligation that the Código Civil, except for some exception to which we will make reference, we forget. In Aragón, Navarra or Galicia, their historic normative regulates the usufruct universal vidual, with special and own characters that separate it of the common institution. Also, we will analyze part of the abilities that correspond to the universal usufructuary, as the possibility of exercising the ouster action if some of the hereditary goods has been occupied illegitimately, this is, in precarious. This possibility has been ratified by the Tribunals often.

PALABRAS CLAVE: Legado. Usufructo universal. Legítima. Cautela Socini. Usufructo vidual. Cláusulas de opción compensatoria. Mejora.

KEY WORDS: Bequeaths universal. Legitimate usufruct socini. Usufruct vidual. Clauses of compensatory option. It improves.

SUMARIO: I. EL LEGADO DE USUFRUCTO UNIVERSAL DE HERENCIA. —II. EL USUFRUCTO UNIVERSAL DEL VIUDO Y LA CAUTELA SOCINI. —III. REQUISITOS DE LA CLÁUSULA SOCINI.—IV. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE DESAHUCIO POR EL LEGATARIO USUFRUCTUARIO. ANÁLISIS DE LA STS DE 20 DE ENERO DE 2014. 1. Antecedentes del caso. 2. Apelación y casación. 3. Desestimación y argumentos. 4. Puntos más relevantes jurisprudencialmente: crítica sobre la legitimización de la acción de desahucio por precario de la legataria del usufructo universal contra uno de los legitimarios. —V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. EL LEGADO DE USUFRUCTO UNIVERSAL DE HERENCIA

Al decir de la mayoría de la doctrina, es una cuestión constatada que, históricamente el usufructo nace ligado a las disposiciones de última voluntad, concretamente, del legado, y, de hecho, al día de hoy sigue siendo la fórmula más extendida en la *praxis*. Para la doctrina dominante, este *ius in re aliena* romano está vinculado a la figura del legado destinado a cumplir una función económico-social alimenticia como medio de corregir las deficiencias del derecho sucesorio atribuidas al cónyuge viudo; función que, como se constatará, sigue siendo plenamente válida en la actualidad[1].

La modalidad de usufructo voluntario es la más recogida en el Código Civil, si bien se contempla el usufructo legal que el Código atribuye como legítima al viudo en la herencia del premuerto: una cuota de herencia, en usufructo, caracterizada por su variabilidad atendidas las personas con quienes concurra. Ahora bien, pese a ello existe una reconocida práctica socialmente aceptada, puesta de relieve por la doctrina y constatada en la *praxis* notarial, del usufructo universal en favor del cónyuge supérstite.

En algunas regiones forales se regula la atribución al viudo del usufructo universal; es el caso del usufructo de regencia en Cataluña[2], el usufructo de fidelidad en Navarra, atribuyéndose incluso al conviviente[3], como Aragón, donde durante el matrimonio los cónyuges tienen un derecho expectante[4] y Galicia[5].

En definitiva, de lo que se trata, y lo que los testadores pretenden, es fortalecer la posición del viudo o viuda asegurándole un sistema de vida similar al existente constante matrimonio, manteniendo la unidad del patrimonio familiar y de la familia, sobre todo si hay hijos, bajo la dirección del cónyuge supérstite[6]. Esta tendencia al fortalecimiento de la posición del viudo no solo se observa en nuestro país, sino en general en los ordenamientos europeos de nuestro entorno[7].

El problema que se plantea en los territorios de Derecho común, es que el Código Civil dispone en su artículo 813.2 que el testador no podrá imponer sobre la legítima gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados. Evidentemente, si se establece el usufructo universal en favor del viudo, dado que concurre con otros legitimarios, necesariamente la legítima de estos resultará gravada, cosa prohibida por el artículo arriba transcrito, salvo la posibilidad que al testador le concede el artículo 808 de imponer sobre la legítima estricta una sustitución fideicomisaria a favor de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados. Posibilidad está última que implica una excepción a la regla general de intangibilidad de la legítima estricta, pues el tercio de mejora, sí puede resultar gravado;

de hecho lo estará cuando el viudo concurra a la herencia con descendientes, pues en este caso su cuota legitimaria es de un tercio que recae sobre el tercio de mejora (art. 834 CC)[8].

Tradicionalmente se ha admitido que, como consecuencia del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, consagrado en el párrafo 2º del artículo 813, si en la sucesión concurría el cónyuge viudo y otros legitimarios, el testador no podía dejar a aquel el usufructo universal con carácter vinculante para estos; es decir, los legitimarios podían, si así lo estimaban oportuno, atacar ese usufructo universal[9].

Ahora bien, lo que hay que preguntarse son los recursos con los que cuenta el testador para lograr que su voluntad de dejar a su cónyuge el usufructo universal, se cumpla, pues no en vano la voluntad del causante es la ley de la sucesión, y ya desde el Derecho romano se emplea una fórmula para ello: la denominada *cautela Socini* o *gualdense* a la que vamos a dedicar las siguientes líneas.

II. EL USUFRUCTO UNIVERSAL DEL VIUDO Y LA CAUTELA SOCINI

El actual artículo 834 dispone: «El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de este judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora». Una de las notas características de la legítima es su intangibilidad cuantitativa y cualitativa. No obstante, la inmensa mayoría de los testadores con hijos desean dejar a su cónyuge, no esta limitada cuota usufructuaria que le reconoce la ley[10], sino el usufructo universal de toda la herencia para lo cual se introduce en el testamento una cláusula en la que se instituye herederos a los hijos en toda la herencia con la condición de que acepten el usufructo universal del supérstite, y aquel de los hijos que no lo acepte, quedará reducido a su legítima estricta. En definitiva, se les da a los hijos más de lo que le corresponde por ley, a condición de que acepten su legítima gravada[11].

Evidentemente, hay discrepancias en la doctrina acerca de la validez de la cláusula. Por ejemplo, J. M. IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO[12] considera que se trata de una condición ilícita, contraria a la Ley, que ha de tenerse por no puesta en función del artículo 792 del Código Civil. A juicio de A. M. ROMERO COLOMA[13] esta reserva que mantienen algunos autores respecto a la validez de la cautela choca claramente con la realidad y la práctica generalizada en nuestro país, pues desde el punto de vista estadístico, alrededor del noventa por ciento de los testamentos otorgados por personas casadas con descendientes contienen un usufructo universal en favor del cónyuge sobreviviente, con la simultánea atribución de la nuda propiedad de todo el patrimonio relicto a los descendientes, y considera evidente, opinión que compartimos, que el Derecho no puede desconocer esta realidad. En parecido sentido se manifiesta SAPENA[14] afirmando que más del noventa y cinco por ciento de los testamentos por él autorizados atribuyen al viudo o viuda, o bien el usufructo universal de la herencia, o aquellos que por vía de sustitución y para que el viudo pueda optar por tal usufructo, se le asigna lo más que se puede: la parte de libre disposición en pleno dominio y su cuota legal en usufructo. Según el citado autor, lo ordinario es que pretendan testar «del uno para el otro», atribuyéndose lo máximo posible.

En definitiva, lo cierto es que la mayoría de la doctrina es partidaria de la validez de dicha cláusula. En cuanto a la jurisprudencia, si bien no ha tenido muchas ocasiones de pronunciarse sobre la cuestión, como ponen de manifiesto

algunos autores[15] en buena parte de los supuestos planteados, las soluciones alcanzadas por el Alto Tribunal difícilmente podrían haberse dado sin su admisibilidad. Por tanto, puede afirmarse y de hecho se ha admitido claramente en algunas sentencias[16], que también la jurisprudencia acepta su validez.

Algunos autores ven una cautela Socini tácita en el apartado 3º del artículo 820 del Código Civil, al disponer que «fijada la legítima con arreglo a los dos artículos anteriores, se hará la reducción como sigue: …3º. Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia que podía disponer libremente el testador»[17]. Al decir de A. REAL PÉREZ[18], el mecanismo de este precepto es similar al de la cláusula Socini expresa, porque el legitimario puede optar entre las dos posibilidades para abonar el legado. Opción que recoge la SAP de Valencia, de 19 de julio de 2006, al negarle a la usufructuaria legataria del usufructo universal de su difunto marido, el ejercicio de la acción de desahucio contra uno de los herederos sobre un inmueble afecto a la herencia, porque se había atribuido a la viuda el usufructo universal en las condiciones del artículo 820.3 del Código Civil. Por su parte, la Audiencia consideró que la legataria no podía ejercitar la citada acción porque el mentado precepto faculta a los herederos para sustituir el usufructo universal y vitalicio por la entrega de bienes de la parte disponible por el testador.

No obstante admitir la semejanza entre la cautela Socini expresa y el supuesto recogido en el artículo 820.3, lo cierto es que el mecanismo de este difiere bastante del de la cláusula Socini expresa.

Fundamentalmente, tal y como señala REAL PÉREZ[19]:

1. En la cautela Socini expresa se establecen dos alternativas: la totalidad de la atribución gravada o la legítima estricta.
2. En el artículo 820.3 solo se establece una posibilidad: la nuda propiedad de toda la herencia, facultando posteriormente la ley al heredero para conmutar el legado.
3. En la cautela Socini expresa el legitimario que no acepta el gravamen —en nuestro caso, el usufructo universal vidual— obtiene su legítima estricta.

En el supuesto del artículo 820.3, la no aceptación del usufructo universal supone entregar el tercio de libre disposición, si bien se mantiene la propiedad plena de la legítima estricta y el tercio de mejora.

Aun así, lo correcto será poner en relación el artículo 820.3 con el 813.2, por la similitud de supuestos que contemplan, en un intento de buscar una base legal a la constitución del usufructo universal en favor del cónyuge viudo cuando existen herederos forzosos, al margen de las cautelas de opción compensatoria[20].

Otra cuestión que procede plantear es lo que ocurre con la efectividad de la cautela Socini, respecto al tercio de mejora, si todos los legitimarios rehúsan aceptar el gravamen impuesto por el testador. El examen de este punto, lo haremos siguiendo a M. RIVERA FERNÁNDEZ[21].

Mediante la aplicación de la cláusula Socini *stricto sensu*[22], la negativa del legitimario a aceptar el gravamen impuesto por el testador provoca la asignación de su legítima estricta, privándosele de su participación en el tercio libre y de mejora, que acrecerá a los que estuvieren conformes.

Es discutido en la doctrina, como ya se ha visto, si es lícito condicionar la participación en el tercio de mejora a la aceptación de un gravamen sobre la legítima.

El Tribunal Supremo parece (como ocurre en todas las cuestiones referentes a este tema, existe una relativa confusión) inclinarse por la viabilidad de la condición anteriormente expuesta, ya que no se pronuncia sobre su validez, limitándose a admitirla en un supuesto en el que el testador, al amparo del artículo 1051.1, prohíbe llevar a cabo la división hereditaria, so pena de privación de la participación en el tercio de mejora: STS de 12 de diciembre de 1958. La admisión en este supuesto permite extenderla al del usufructo universal vidual.

El problema surge en el supuesto de que todos los herederos forzosos rechacen el usufructo universal vidual. Coherentemente con la opción establecida por la cláusula Socini en sentido estricto, aquellos verán limitada su participación hereditaria al tercio de legítima estricta. Pero ¿qué ocurre con la mejora?, ¿a quién acrecerá?, ¿se les puede privar de ella?

La mejora (el ideal tercio de mejora), no debemos olvidarlo, forma parte de la legítima. Solo en el supuesto de que el testador ejercite la facultad, establecida en el artículo 808, párrafo 2º del Código Civil, de mejorar a sus hijos o descendientes, dicho tercio (en el caso de disposición de su totalidad), o la parte de él utilizada para mejorar (en el supuesto de disposición de solo una parte del mismo), deja de ostentar el carácter de legítima en sentido estricto.

Por tanto, rechazado el usufructo universal a favor del cónyuge viudo por la totalidad de los herederos forzosos concurrentes, el tercio de mejora no es otra cosa que legítima de la que los herederos forzosos, según el artículo 813, párrafo 1º del Código Civil, solo pueden ser privados en los casos establecidos por la ley[23].

En este supuesto —negativa de todos los herederos forzosos a aceptar el usufructo universal a favor del cónyuge viudo—, la efectividad de la cláusula Socini en sentido estricto queda notablemente reducida. Las soluciones ante esta situación pueden ser diversas:

A) Aplicación del artículo 820.3 del Código Civil:

En este caso, se entiende que los herederos forzosos, cuya legítima se ha gravado con un usufructo cuyo valor se tiene por superior al tercio de libre disposición, ostentan la facultad de conceder la parte de libre disposición en plena propiedad al cónyuge viudo, manteniendo para sí la propiedad plena de los dos tercios hereditarios restantes.

Es una solución poco congruente con la voluntad testamentaria manifestada por el causante, que ante todo quiere dos cosas:

1. Favorecer al cónyuge viudo, atribuyéndole más (usufructo universal sobre toda la herencia) de lo que legalmente le corresponde (usufructo sobre la mitad de la legítima de los herederos forzosos: el tercio de mejora).
2. Limitar las actuaciones de los herederos forzosos con respecto al cónyuge sobreviviente.

B) Aplicación conjunta del artículo 820.3 y los preceptos relativos a la legítima del cónyuge viudo, artículos 834 y siguientes del Código Civil: Solución más acorde con el supuesto concreto de la cláusula Socini en sentido estricto y, sobre todo, con la voluntad testamentariamente manifestada por el causante. Los legitimarios en aplicación del artículo 820.3 conceden la plena propiedad del tercio de libre disposición al cónyuge viudo en compensación por su no aceptación del usufructo universal a favor de este. Contenido legitimario al que hay que añadir el usufructo legal a favor del cónyuge viudo contenido en el artículo 834 del Código Civil; usufructo que recaerá sobre el tercio de mejora; en este caso, sobre la mitad de la legítima de los herederos forzosos. Con ello, los herederos

forzosos verían satisfecho el contenido de su legítima con la atribución en plena propiedad de un tercio de la herencia (legítima estricta) y la nuda propiedad de otro tercio hereditario (la mejora).

¿Cómo podría el testador privar, tanto de la plena, como de la nuda propiedad del tercio de mejora, principal efecto de la aplicación de la cláusula Socini en sentido estricto, a los herederos forzosos concurrentes, que rechazan el usufructo universal, establecido testamentariamente, a favor del cónyuge viudo?

Bastaría con aplicar el artículo 824 del Código Civil, que posibilita el establecimiento de gravámenes (en este supuesto hablaríamos de una sustitución) sobre la mejora, con la sola condición de que estos se dispongan a favor de hijos o descendientes. Así, el testador, podría establecer una cláusula testamentaria en la que se dispusiera que, en caso de negativa por parte de los herederos forzosos de primer grado a aceptar el usufructo universal a favor del cónyuge viudo, la parte de mejora, que como es evidente no acrecerá a ninguno de ellos, se destine a los nietos en el caso de que existan.

En todo caso, siempre nos queda una posibilidad: que el testador contemple, en su testamento, el supuesto de negativa de todos los herederos forzosos a la admisión del usufructo universal a favor del cónyuge sobreviviente, adoptando las soluciones anteriormente expuestas o cualquier otra que respete los derechos legitimarios, tanto del cónyuge viudo, como de los herederos forzosos[24].

Expuesto esto, nos preguntamos qué ocurre en caso de que todos los legitimarios o el único que hubiese, no aceptase el gravamen del usufructo y tampoco hubiese otros descendientes. En nuestra opinión no sería posible privar del tercio de mejora al heredero forzoso rebelde, toda vez que de la mejora solo se puede disponer a favor de descendientes, como estos no existen solo cabría atribuir la propiedad del tercio de libre disposición al viudo sin perjuicio de su legítima que, como sabemos, es el usufructo del tercio destinado a mejora, pero la nuda propiedad de este exclusivamente podría corresponder al único heredero forzoso quedando sin efecto la cautela Socini expresa en sentido estricto.

Compartimos la opinión de C. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ[25] que el usufructo universal solo será admisible cuando el viudo o viuda concurra con descendientes, no si los legitimarios fuesen los ascendientes, pues en tal caso lo más probable es que estos no llegasen a disfrutar nunca de la herencia al tener la nuda propiedad de los bienes.

Es de destacar que actualmente un sector importante de la doctrina considera que el usufructo universal a favor del cónyuge supérstite debería establecerse legalmente[26], pues dada la longevidad de las personas, cuando reciben la herencia los hijos ya han solucionado su vida por otras vías, y si no, difícilmente la van a enderezar con una herencia tardía[27]. La herencia no tiene la función de transmitir de padres a hijos el sustento de la familia, sino que suele ser un bienvenido complemento de la jubilación[28].

Además no debe olvidarse que los padres suelen invertir en dar una formación a sus hijos que les pondrá en condiciones de ganarse la vida por sí mismos y el cónyuge sobreviviente, si no se le garantiza el disfrute de todo el patrimonio de que gozaba en vida del causante, en muchas ocasiones quedará en una situación precaria, pues actualmente es muy frecuente que el único bien con el que cuentan es la vivienda familiar. Si no se le garantiza al supérstite el usufructo de la misma y los hijos le reclaman su legítima y no dispone de dinero suficiente ¿deberá venderla para pagar las legítimas de los descendientes?; ¿a dónde se irá en tal caso? Por otro lado, si no se establece el usufructo universal legalmente, es de imposible aplicación en la sucesión intestada[29].

Otros autores[30] van más allá al estimar que deberían suprimirse las legítimas y dar al testador amplia libertad de testar, pues consideran que ya en la época de la promulgación del Código Civil el sistema sucesorio estaba desfasado y en lo fundamental no ha cambiado. Y si ya a finales del siglo XIX importantes juristas abogaron por la libertad de testar, con más razón en la sociedad actual que poco tiene en común con la de aquella época[31].

III. REQUISITOS DE LA CLÁUSULA SOCINI

Partiendo de que la cláusula es válida y plenamente eficaz, la doctrina exige para que pueda desplegar todos sus efectos, la concurrencia de ciertos requisitos y que a continuación se exponen:

A) La atribución testamentaria ha de serlo en concepto de legítima. El testador debe estar contemplando, expresamente, la condición de legitimario del gravado[32].

B) Al legitimario debe atribuírsele mayor *quantum* del que se le debe legalmente. A. REAL PÉREZ a quien parece seguir A. M. ROMERO COLOMA[33] consideran, no sin razón, que este mayor *quantum* debe compensarle el *quale* inferior que se le deja, de lo contrario no es lógico que le interese lo que el testador le propone. Ahora bien, el problema estriba en determinar cuándo realmente se le está atribuyendo una mayor cantidad, para lo cual es necesario valorar la carga impuesta de modo que el beneficio percibido por el legitimario aún descontando el valor presumible del gravamen sea superior a la legítima. Esto es complicado en algunos casos, pues hay gravámenes, como el que nos ocupa del usufructo, en que es difícilmente valorable *a priori* y, en nuestra opinión, más actualmente dada la esperanza de vida de las personas. Esta valoración a juicio de algunos autores debe hacerla el legitimario que soporta el gravamen[34]. Opinión que, acertadamente, no comparte A. REAL PÉREZ[35], pues la valoración debe ser objetiva en aras de la seguridad jurídica.

C) El gravamen ha de ser impuesto expresamente sobre la legítima, de forma que resulta alterada en su calidad. Aunque, evidentemente, al ser un usufructo universal, necesariamente va a gravar la legítima, por lo que resulta redundante una imposición expresa.

D) Que se imponga al legitimario la necesidad de optar entre las alternativas que se le ofrecen; esto es, aceptar más cantidad de lo que por ley le corresponde, pero con el gravamen del usufructo, o ver reducida su participación en la herencia a su legítima estricta libre de cargas en caso contrario. Esta opción puede imponérsele al legitimario de forma expresa mediante la inclusión en el testamento de la cláusula de opción compensatoria de legítima o de forma tácita, imponiendo el gravamen y aplicando el artículo 820.3[36].

E) Para la efectividad de la cláusula es necesario que el legitimario acepte el gravamen.

IV. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE DESAHUCIO POR EL LEGATARIO USUFRUCTUARIO. ANÁLISIS DE LA STS DE 20 DE ENERO DE 2014

1. Antecedentes del caso

El presente caso plantea, como cuestión doctrinal, si la esposa del causante, instituida legataria del usufructo universal de la herencia, ostenta legitimación

para el ejercicio de la acción de desahucio por precario frente a los instituidos herederos, hijos del causante, o si, por el contrario, dicha legitimación solo le ampara para actuar en beneficio de la comunidad hereditaria, mientras la herencia permanezca total o parcialmente en estado de indivisión.

El supuesto de hecho es el siguiente: D. Patricio otorga testamento abierto legando a su esposa el usufructo vitalicio universal de su herencia con relevación de inventario y fianza y facultándola para tomar posesión por sí del legado, y la autoriza para optar entre este legado o el tercio de libre disposición en plena propiedad, en este caso, sin perjuicio de su cuota legal usufructuaria. A su vez, instituye herederos por partes iguales a sus dos hijos, Lorenza y Patricio sustituidos vulgarmente por sus respectivos descendientes. Prohíbe la intervención judicial en su testamentaría sancionando a aquel de sus herederos que la promueva a percibir únicamente su legítima estricta acreciendo la porción vacante al sumiso. Ruega el testador a sus hijos, que el negocio familiar con el nombre «Rafael RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ», sigan llevándolo las personas que vienen haciéndolo hasta ahora, no pudiendo ser empleado ni tener relación alguna con el citado negocio ninguna persona que tenga relación sentimental, incluido los cónyuges, con sus hijos, ni familiares de aquellos.

La esposa del testador, actora en este pleito, ha optado en la escritura de aceptación de herencia por el usufructo universal, con relevación de inventario y fianza y ha hecho uso de tomar posesión por sí del legado, para lo cual ha dirigido los oportunos requerimientos mediante burofax y acta notarial a su hijo D. Patricio y al propietario del local en el que desarrolla la actividad comercial, ya que la compareciente, por sucesión de su esposo, es arrendataria por subrogación a causa del fallecimiento, preceptivamente comunicada en su día al arrendador[37].

La legataria, viuda del testador, interpuso demanda de desahucio contra su hijo D. Patricio para que pusiera a su disposición la vivienda dúplex que ocupaba y la plaza de garaje así como un local trastero, que ocupa en precario y sin título alguno. El bien pertenecía a la sociedad de gananciales constituida entre ella y el fallecido.

El demandado se opone alegando que el piso era propiedad de sus padres y la voluntad del fallecido es que él permaneciera en la casa. Por el contrario, el título de la madre era de usufructuaria de un bien ganancial, que no tiene intención de ocupar la vivienda ni puede hacerlo dado el emplazamiento y situación personal de la actora.

2. Apelación y casación

El Juez de Primera Instancia desestima la demanda absolviendo al demandado. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Pontevedra estima el recurso, revocando la sentencia del Juez de Primera Instancia y estima íntegramente la demanda con imposición de costas al demandado. Contra la expresada sentencia se interpone recurso de casación. El TS desestima el recurso, confirmando la sentencia de la Audiencia.

Reproducimos el motivo del recurso de casación así como la fundamentación del fallo: Recurso de casación. Desahucio por precario entre coherederos. Legitimación de la legataria de usufructo universal de la herencia y copropietaria del inmueble sobre el que se ejercita la acción:

TERCERO.

1. La parte demandada, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, interpone el recurso de casación que articula en único motivo sobre la base de la vulneración de los artículos 1068, 440, 820.3º, 868, 885 y 887 del Código Civil, y por la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria entre las Audiencias Provinciales. Como sentencias que mantienen el criterio sustentado por la parte recurrente cita, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7ª, de 19 de junio de 2006, así como las sentencias de dicha Audiencia Provincial, Sección 11ª, de 31 de marzo de 2003, 7 de febrero de 2005 y 30 de junio de 2008. Frente a esta posición o criterio se cita, entre otras, las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 5ª, de 19 de mayo de 2006 y 27 de julio de 2009.

2. El motivo debe ser desestimado.

3. Desde la perspectiva metodológica y conceptual que debe presidir la fundamentación debe señalarse, con carácter preliminar, que la cuestión doctrinal no debe reconducirse, en rigor, a la tradicional polémica con ocasión del desahucio por precario entre coherederos cuando la herencia permanece indivisa; cuestión, por otra parte, ya desarrollada doctrinalmente por esta Sala en las SSTS de 16 de septiembre de 2010 y 28 de febrero de 2013, y precisada conceptualmente en la reciente sentencia de 29 de julio de 2013 (núm. 501/2013).

En efecto, desde la perspectiva analítica enunciada debe resaltarse que de la situación de indivisión, propia de la comunidad hereditaria, no se infiere una fundamentación o razón lógico-jurídica suficiente en orden a explicar la posible correlación o juego de los derechos hereditarios en liza cuando, precisamente, dicha concurrencia de derechos, en sí misma considerada, escape del fenómeno abstractivo de la indivisión por venir alguno de los derechos en liza ya plenamente determinado o concretado.

Esta autonomía o proyección del derecho hereditario ha sido recientemente desarrollada por esta Sala a propósito de la naturaleza y caracterización del *ius delationis* en el curso del fenómeno sucesorio, destacándose la razón de equivalencia y unidad entre ambos. Así, en la Sentencia de 20 de julio de 2012 en torno a la equivalencia entre la unidad del fenómeno sucesorio y esencialidad del *ius delationis*, se destaca que la fórmula de la renuncia traslativa, a tenor del artículo 1000.1 del Código Civil comporta una implícita aceptación *ex lege* de la herencia y, por tanto, del *ius delationis*, que no se transmite al haberse ya ejercitado, de forma que dicha aceptación de la herencia es la que causaliza al inmediato negocio de atribución que se realice. En parecidos términos doctrinales, la sentencia de 30 de octubre de 2012 resalta como la figura del fideicomiso de residuo se integra en la estructura y unidad del fenómeno sucesorio en el que venga previsto como una proyección de la centralidad y generalidad que presenta la institución de heredero, de suerte que el fideicomisario trae directamente causa adquisitiva del fideicomitente o testador, ya que el fiduciario, a estos efectos, no fracciona la unidad del fenómeno sucesorio sin transmitir derecho sucesorio alguno que no estuviese ya en la esfera hereditaria del heredero fideicomisario.

Por su parte, en orden a la razón de equivalencia señalada, la sentencia de pleno de esta Sala, de 11 de septiembre de 2013, precisa 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.

4. En el presente caso, la inalterabilidad del *ius delationis*, como razón informadora del derecho hereditario, comporta que la legataria del usufructo universal de la herencia ostente la legitimación y atribución de facultades que le infiere el legado como derecho hereditario ya plenamente delimitado y concretado en el curso del fenómeno sucesorio, con independencia de su posible concurrencia con los demás derechos hereditarios que resulten sujetos a la situación de indivisión de la comunidad hereditaria y, por tanto, a su posterior determinación en titularidades concretas sobre bienes determinados a través del cauce particional.

Máxime, en el presente caso, en donde, como señala acertadamente la sentencia de la Audiencia, la constitución del legado responde a una válida disposición testamentaria resultando refrendada por la beneficiaria en una escritura de aceptación y adjudicación parcial de la herencia, el 2 de julio de 2008.

3. Desestimación y argumentos

Dice la Sentencia así:

CUARTO. Desestimación del recurso y costas. La desestimación del motivo planteado comporta la desestimación del recurso de casación interpuesto. Desestimado el recurso en su integridad, las costas del mismo se imponen a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con el artículo 394 de la LEC. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español. FALLAMOS: Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Patricio contra la sentencia dictada, con fecha 2 de diciembre de 2010, por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6, en el rollo de apelación n° 5049/2009 todo ello en aplicación de la doctrina jurisprudencial, que ahora se fija, en orden a la plena legitimación y atribución de facultades del legatario de usufructo universal de la herencia, con independencia de su posible concurrencia con otros derechos hereditarios que resulten sujetos a la situación de indivisión de la comunidad hereditaria. No ha lugar a casar por los motivos fundamentados en la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

4. Puntos más relevantes jurisprudencialmente: crítica sobre la legitimización de la acción de desahucio por precario de la legataria del usufructo universal contra uno de los legitimarios

En esta Sentencia el TS reconoce a la legataria del usufructo universal legitimación para ejercitar la acción de desahucio por precario contra uno de los legitimarios. Tal resolución merece ser criticada por vulnerar entre otros, el artículo 813 del Código Civil. Recuérdese que el precepto dispone: «El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente

determinados en la ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados».

Según este precepto, al menos la legítima estricta, debe dejarse libre de todo gravamen, lo que no parece haber respetado nuestro Alto Tribunal, imponiendo el usufructo universal a uno de los herederos que expresamente denuncia la inaplicación del artículo 820.3 que, como ya se ha puesto de relieve en páginas anteriores, establece que cuando la manda consista en un usufructo cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de herencia de que podía disponer libremente el testador, en cuyo caso el disidente tendría derecho a sus dos tercios de legítima.

A nuestro juicio y en el caso que nos ocupa, aquel sería el artículo aplicable, es decir, el 820.3, pues pese a la admisibilidad generalizada por doctrina y jurisprudencia de la cautela Socini expresa, no consta en este testamento, dado que la facultad de elegir entre el usufructo universal o la parte de libre disposición en plena propiedad y el usufructo vidual no se concede a los herederos, como acontece en la cláusula Socini expresa *stricto sensu*, sino que se le concede a la viuda y esta elige el usufructo universal, que no es aceptado, ni tiene por qué aceptar el demandado.

Ciertamente, se impone una cláusula que sanciona a aquel de los hijos que no respete la voluntad del testador en cuanto a la intervención judicial de su testamentaría a recibir solo su legítima estricta, pero esto es lo que la doctrina denomina cautela Socini en sentido amplio.

En este sentido, el hijo desahuciado no ha vulnerado la voluntad del testador, con lo cual, tiene derecho a su legítima amplia y, por aplicación del artículo 820.3, sin gravamen del usufructo de la viuda sobre el tercio de mejora, pues el tercio de libre disposición en plena propiedad tiene más valor que el tercio de usufructo que legalmente le corresponde. La viuda ha hecho su elección concedida por el testador, y este, presumiblemente, no ha dispuesto correctamente la cláusula de opción compensatoria de legítima, pues solo quedan reducidos a la llamada legítima corta, él o los hijos que promuevan juicio de testamentaría, lo que no es el caso.

Da la impresión de que se hizo justamente lo contrario a lo pretendido, pues del testamento se desprende, claramente, que la voluntad del testador es dejar a su viuda más de lo que por ley le corresponde, y realmente así es aplicando el artículo 820.3, pero no parece ser este el *animus* del causante, sino dejarle, además, su cuota legal usufructuaria, lo que no autoriza el precepto aplicable[38].

En esta Sentencia, el Tribunal Supremo está obligando a un legitimario a aceptar su legítima gravada en contra de lo dispuesto en la ley.

5. La vecindad civil gallega del testador

Pese a la vecindad civil gallega del testador, estimamos de aplicación en el supuesto controvertido el Código Civil, toda vez que cuando se otorgó testamento, en octubre de 2004, esta era la normativa aplicable, hasta la promulgación de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia que modifica esta materia en cuanto a la cuantía de las legítimas ampliando la libertad del testador.

Recuérdese que el artículo 9.8 del Código Civil dispone: «la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento[39], cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuya al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio[40], a salvo siempre las legítimas de los descendientes»[41]. A su vez, el apartado 2º de dicho precepto establece que «los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo…». La ley personal del testador es la gallega, pero hasta la Ley de 2006 de Derecho civil de Galicia, en materia de legítimas regía el Código Civil. por remisión expresa del artículo 146.2 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia.

V. CONCLUSIONES

Primera: La conclusión a la que debemos llegar en la sociedad actual es la necesidad de que se establezca el usufructo universal del viudo legalmente como acontece en algunas CCAA, para eliminar dudas respecto de su admisibilidad y que en caso de sucesión intestada este se aplique, siempre que no haya separación legal o de hecho que conste fehacientemente.

Segunda: necesidad de tender a la eliminación de las legítimas y ampliación de la libertad de testar habida cuenta de la esperanza de vida de las personas y la necesidad de fortalecer la posición del viudo, o sencillamente de favorecer a aquellas personas que han asistido al causante-testador cuando lo necesitaba en su vejez sin tener en cuenta si son descendientes o simplemente conocidos, pues no son raros los casos en los que los mayores son atendidos por otras personas o por una institución o residencia de la tercera edad y los hijos van solo de visita protocolaria, para luego hacen valer su condición de tales para recibir la herencia.

Tercera: En el tema que nos ocupa, la STS que comentamos debe ser criticada por obligar a un legitimario a recibir su legítima gravada en contra de lo dispuesto por la legislación actualmente en vigor y no hacer una adecuada interpretación de la voluntad del testador como impone el artículo 675 del Código Civil y numerosa jurisprudencia al respecto[42]. La voluntad del testador es la ley de la sucesión, y del tenor del testamento se desprende claramente su voluntad, pero el TS ni ha respetado la regulación vigente en materia de legítimas ni la voluntad del testador haciendo una adecuada interpretación. Cierto que esta corresponde al Juez de Instancia que, por cierto, fue el único que dictó una resolución acorde, con la cual hizo una interpretación adecuada, revocada por la Audiencia e ignorada por el TS.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BARRIO GALLARDO, A. (2007). Atemperar la rigidez de la legítima, *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil,* núm. 21.

DEL POZO CARRASCOSA, P. (2004). El título del usufructo universal capitular en el Derecho Civil de Cataluña, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* t. II, pp. 3969-3985.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., (2004). El usufructo legal de fidelidad: apuntes para una revisión, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* t. I, pp. 1451-1469.

FERNÁNDEZ COSTALES, J. (2004). «Orígenes, referencias históricas y antecedentes legislativos del usufructo voluntario de herencia», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* t. I, Murcia. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia. pp. 1643-1654.

— (1991) *Usufructo voluntario de Herencia*, Madrid, Tecnos.

GARRIDO DE PALMA, V. M. (1973). El usufructo Universal de viudedad. Su configuración especial en Galicia, *ADC,* t. XXVI, fasc. II, 484-505.

GUTIÉRREZ JEREZ, L. J. (1999). *El legado de usufructo en el Derecho Civil Común,* Valencia, Tirant lo Blanch.

HERNÁNDEZ IBAÑEZ, C. Algunas reflexiones en torno al usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil, en M. Cuena Casas, L. A. Anguita Villanueva, J. Ortega Domenech (Coords.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín Rams Albesa,* Madrid, Dykinson, pp. 1385-1404.

IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO, J. M. (1950). Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 270-295.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2013). *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones,* Madrid, Marcial Pons.

MORETÓN SANZ, Mª. F. (2013). El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decceserit*: igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva, *RCDI,* 723, 51 y sigs.

— (2009). Determinación de la ley personal del causante: notas sobre la recuperación de la vecindad civil por residencia y el alcance de la inconstitucionalidad sobrevenida del principio de unidad familiar, *RCDI,* 719, 1282 y sigs.

— (2012). Responsabilidad notarial, en D. Jiménez Liébana, (coord.), *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García,* Pamplona, Aranzadi, pp. 603-618.

PALAZÓN GARRIDO, M. L. (2012). La posesión sucesoria del cónyuge viudo en el variado marco de los ordenamientos europeos, en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor José González García,* Pamplona, Aranzadi, pp. 1519-1539.

REAL PÉREZ, A. (1998). *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil,* Madrid, Montecorvo.

RIVERA FERNÁNDEZ, M. (1991). *La Herencia de los viudos: usufructo universal y legítima de los hijos*, Madrid, Tecnos.

ROCA SASTRE, R. M. (1948). El usufructo universal de viudedad, *Estudios de Derecho Privado,* t. II, Madrid.

ROMERO COLOMA, A. M. (1997). Análisis y valoración del usufructo universal vidual y la cláusula de opción compensatoria de legítima, *RCDI,* 642, 1777-1779.

— (2013). El usufructo universal del cónyuge viudo en el derecho sucesorio español: problemática sobre su admisibilidad, *Revista de Derecho de familia,* núm. 58, 303-308.

SALAS MARTÍNEZ, F., (1947), «El usufructo vidual universal en el Derecho civil español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 431-493.

SAPENA TOMÁS, J. Viabilidad del usufructo universal del cónyuge viudo: su inscripción registral, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, t. XLVI, 861-889.

VALLADARES RASCÓN, E. (2004). Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil, en J. M. González Porras y F. P. Méndez González, *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García,* t. II.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1982). Comentario del artículo 220, en M. Albaladejo García, (Dir.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* t. XI, Madrid, Revista de Derecho privado, pp. 295-305.

VALLET MÁS (1972). La protección contra gravámenes cualitativos de la legítima y la cautela Socini en la Compilación catalana. *Revista Jurídica de Cataluña,* núm. 2.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS:

STS de 29 de diciembre de 1939
STS de 12 de diciembre de 1958
STS de 27 de mayo de 2010
STS de 17 de enero de 2014
STS de 20 de enero de 2014
SAP de Valencia de 19 de junio de 2006

NOTAS

[1] Cfr. FERNÁNDEZ COSTALES, J. (2004). Orígenes, referencias históricas y antecedentes legislativos del usufructo voluntario de herencia, en *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* t. I. Murcia. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Servicio de Publicaciones. Universidad de Murcia (pp. 1643-1654); (1991) *Usufructo voluntario de Herencia,* Madrid, Tecnos.

[2] Sobre estos aspectos, véase DEL POZO CARRASCOSA, P. (2004), en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo,* t. II, *op. cit.*, (pp. 3969-3985). El Libro IV del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones dispone en su artículo 442-4 núm. 1 «El usufructo universal del cónyuge o del conviviente en unión estable de pareja se extiende a las legítimas, pero no a los legados ordenados en codicilo, a las atribuciones particulares ordenadas en pacto sucesorio o a favor de otras personas ni a las donaciones por causa de muerte».

[3] Al respecto, EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A. (2004), «El usufructo legal de fidelidad: apuntes para una revisión», *op. últ. cit.,* t. I. (pp. 1451-1469). La Ley foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación de Derecho civil foral o Fuero Nuevo de Navarra, en la ley 253 establece lo siguiente: «El cónyuge viudo tiene el usufructo de fidelidad sobre todos los bienes y derechos que al premuerto pertenecían en el momento del fallecimiento. 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».

[4] El Código del Derecho Foral de Aragón en el artículo 283.1 dispone: «El fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente el derecho de usufructo de todos los bienes del premuerto, así como los enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad, de acuerdo con lo pactado y lo dispuesto en los artículos anteriores».

[5] Sobre el usufructo universal en esta Comunidad, véase GARRIDO DE PALMA, V. M. (1973), El usufructo universal de viudedad. Su configuración especial en Galicia, *ADC*, t. XXVI, fasc. II, 484-505. La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia preceptuaba en el artículo 228 que «Los cónyuges podrán pactar en escritura pública o disponer en testamento la atribución unilateral o recíproca del usufructo sobre la totalidad o parte de la herencia».

[6] Cfr. ROMERO COLOMA, A. M. (1997), Análisis y valoración del usufructo universal vidual y la cláusula de opción compensatoria de legítima, *RCDI,* 642, 1777-1790.

[7] Véase al respecto PALAZÓN GARRIDO, M. L. (2012), La posición sucesoria del cónyuge viudo en el variado marco de los ordenamientos europeos, en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor José González García,* Pamplona, Aranzadi, pp. 1519-1539.

[8] MORETÓN SANZ, M.ª F. (2013), El llamamiento de los hijos en la sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decceserit*: Igualdad en materia sucesoria y prohibición de discriminación por razón de filiación adoptiva, *RCDI*, 723, 551 y sigs.

[9] Cfr. REAL PÉREZ, A. (1988), *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil,* Madrid, Montecorvo.

[10] En este sentido, pone de manifiesto el Profesor LASARTE ÁLVAREZ, C. (2013), *Principios de Derecho civil, VII. Derecho de sucesiones*. Madrid, Marcial Pons, que pese a la utilización frecuentísima de la cláusula *socini*, nuestro Código Civil no ha contenido nunca una norma que, de forma directa, se refiera a la cuestión.

[11] Cfr. REAL PÉREZ, A., *op. cit.*; GUTIÉRREZ JEREZ, L. J., *El legado de usufructo en el Derecho Civil Común,* (1999), Valencia, Tirant lo Blanch.

[12] (1950). Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* septiembre, 270-295.

[13] *Op. cit*.

[14] «Viabilidad del usufructo universal del cónyuge viudo: su inscripción registral», en *RCDI,* Tomo XLVI, pp. 861-889.

[15] REAL PÉREZ, A., *op., cit*.

[16] En cuanto a la validez de la *cláusula Socini*, la primera sentencia en la que claramente se admitió fue la de TS de 29 de diciembre de 1939. Ya más recientemente, la STS de 27 de mayo de 2010 se pronuncia claramente por la plena eficacia de esta cláusula, al decir en su Fundamento de Derecho 3º lo siguiente:«la llamada comúnmente cláusula o cautela Socini así como Gualdense (por apoyarse en un dictamen emitido por el jurisconsulto italiano del siglo XVI Mariano Socini Gualdense) o cláusula angélica (por atribuirse dicha fórmula a Angelo Ubaldi) es la que puede emplear el testador para, dejando al legitimario una mayor parte de la que le corresponde en la herencia por legítima estricta, gravar lo así dejado con ciertas cargas o limitaciones, advirtiendo que si el legitimario no acepta expresamente dichas cargas o limitaciones perderá lo que se le ha dejado por encima de la legítima estricta. Aún cuando parte de la doctrina ha sostenido que esta cautela supone un artificio en fraude de ley en cuanto elude la norma que establece la intangibilidad cualitativa de la legítima, la doctrina predominante aboga por su validez por su clara utilidad y el hecho de que no se coacciona la libre decisión del legitimario que, en todo caso, puede optar por recibir en plena propiedad la legítima estricta. En este sentido, se incorporó al Código Civil, y así el apartado 3.° del artículo 820 dispone que «Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador», lo que supone la reducción de su porción hereditaria a la legítima». Como más reciente, también admite la validez de la cláusula la STS de 17 de enero de 2014.

[17] Sobre la interpretación del precepto, *vid.,* VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1982), Comentario del artículo 220 en M. ALBALADEJO GARCIA (Dir.) en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* Tomo XI, Madrid, *Revista de Derecho Privado* (pp. 295-305).

[18] *Op. cit.*, también SAPENA, J. *op. cit*., contempla la opción que concede el artículo 820.3 como una especie de cautela socini. Citando y utilizando palabras de ROCA SASTRE, R. M. (1948), El usufructo universal de viudedad, *Estudios de Derecho Privado,* tomo II, Madrid, dice: «esta norma —el art. 820.3— no consagra concretamente la cláusula Socini, pues no se refiere al caso de existir en un testamento una cláusula de esta índole, pero hace más: admite e impone el juego específico de la cláusula Socini, aún sin el empleo de tal cláusula. En virtud de dicho precepto, entra *ex lege* en funciones aquella doble vocación alternativa que constituye la base o presupuesto de la cautela Socini, y precisamente ante el caso de que el gravamen consista en usufructo, cuyo valor exceda de la parte de libre disposición de la herencia y que por tanto podrá ser un usufructo universal». En el mismo sentido, SALAS MARTÍNEZ, F. (1947), El usufructo vidual universal en el Derecho Civil español, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 431-493.

[19] *Op. cit.*, Cfr. RIVERA FERNÁNDEZ, M. (1991), *La Herencia de los viudos: Usufructo Universal y legítima de los hijos,* Madrid, Tecnos.

[20] RIVERA FERNÁNDEZ, M., *op. cit*.

[21] *Op. cit*.

[22] A juicio de la doctrina existe una cautela Socini en sentido estricto, cuando el testador impone a los legitimarios la obligación de soportar el usufructo universal y si no percibirá únicamente la legítima corta, y una cláusula en sentido amplio que tiene lugar cuando, por ejemplo, el testador prohíbe a los herederos la intervención judicial en su testamentaría, y en caso de no aceptarlo, serán sancionados con percibir solo lo que por legítima estricta le corresponda. Cfr. RIVERA FERNÁNDEZ, M., *op. cit*.

[23] RIVERA FERNÁNDEZ, M., *op. cit*.

[24] RIVERA FERNÁNDEZ, M., *op. cit*.

[25] (2013). Algunas reflexiones en torno al usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil, en M. Cuena Casas, L. A. Anguita Villanueva, J. Ortega Doménech (Coords.) *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa,* Madrid, Dykinson (pp. 1385-1404).

[26] En este sentido, ROMERO COLOMA, A. M. (2013), El usufructo universal del cónyuge viudo en el derecho sucesorio español: problemática sobre su admisibilidad, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 58, 303-308. RIVERA FERNÁNDEZ, M. (1991), *La herencia de los viudos: usufructo universal y legítima de los hijos,* Madrid, Tecnos.

[27] Cfr. BARRIO GALLARDO, A. (2007), Atemperar la rigidez de la legítima, *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil,* núm. 21.

[28] Cfr. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *op. cit*.

[29] Cfr. VALLADARES RASCÓN, E. (2004), Por una reforma del sistema sucesorio del Código Civil, en J. M. González Porras y F. P. Méndez González, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García,* Tomo II, Murcia, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pp. 4893-4902.

[30] VALLADARES RASCÓN, E., *op. cit.*, MAGARIÑOS BLANCO, V. (2005), La libertad de testar, *Revista de Derecho Privado,* núm. 9, 1-38.

[31] Cfr. VALLADARES RASCÓN, E. *op. cit.;* MAGARIÑOS BLANCO, V., *op. cit*.

[32] Cfr. REAL PÉREZ, A., *op. cit.*, y ROMERO COLOMA, A. M. (1997), Análisis y valoración del usufructo universal vidual y la cláusula de opción compensatoria de la legítima, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 642, 1777-1790.

[33] *Obs. últ. cit*.

[34] VALLET MAS, (1972). La protección contra gravámenes cualitativos de la legítima y la cautela Socini en la Compilación catalana, *Revista Jurídica de Cataluña,* núm. 2, citado por A. REAL PÉREZ

[35] *Op. cit*.

[36] Cfr. REAL PÉREZ, A, *op. cit.*, y ROMERO COLOMA, A. M., Análisis y valoración del usufructo…, *op. cit*. Cfr. REAL PÉREZ, A., *op. cit.*, y ROMERO COLOMA, A. M. (1997), Análisis y valoración del usufructo universal vidual y la cláusula de opción compensatoria de la legítima, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 642, 1777-1790. *Obs. ult. cit*. VALLET MAS, (1972). La protección contra gravámenes cualitativos de la legítima y la cautela Socini en la Compilación catalana, *Revista Jurídica de Cataluña,* núm. 2, citado por REAL PÉREZ, A. *Op. cit*. Cfr. REAL PÉREZ, A, *Op. cit*.

[37] El artículo 33 LAU dispone «En caso de fallecimiento del arrendatario, cuando en el local se ejerza una actividad empresarial o profesional, el heredero o legatario que continúe el ejercicio de la actividad podrá subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendatario hasta la extinción del contrato. La subrogación deberá notificarse por escrito al arrendador dentro de los dos meses siguientes a la fecha del fallecimiento del arrendatario».

[38] Recuérdese que se trata de un testamento abierto notarial, y el notario, redactor del testamento como profesional del Derecho que es, debe asesorar a sus clientes o, al menos, aclararle determinados extremos que, a juicio de un profesional especialmente cualificado como un notario, debería hacerle saber al testador el error en el que estaba incurriendo, o preguntar si lo que estaba transmitiendo el testador era realmente lo que él quería, pues aquí, presumiblemente se ha transmitido indebidamente la voluntad del testador, consecuencia

de lo cual resulta perjudicado un legitimario a quien nuestro más Alto Tribunal (excepción hecha del TC) le impone sin ninguna razón aparente la obligación de aceptar su legítima gravada violando claramente la normativa que al respecto contiene el Código Civil. Tal vez deberíamos plantearnos la responsabilidad del notario, lo que no vamos a hacer por razones evidentes de espacio y por no ser el tema central del trabajo realizado. Para ello remitimos al trabajo de MORETÓN SANZ, M.ª F. (2012) Responsabilidad notarial, en D. Jiménez Liébana (coord.), *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor José González García*, Pamplona Aranzadi, pp. 603-618.

[39] Se desconoce cuándo ha fallecido el testador, pero a juzgar porque los artículos aplicados y que el demandado considera vulnerados son los del Código Civil, nos inclinamos a pensar que falleció antes de la entrada en vigor de la Ley de 2006 que modifica esta materia en cuanto a la cuantía de las legítimas.

[40] O sea, la normativa gallega que en aquel momento se remitía en materia de legítimas al Código Civil.

[41] *Vid.*, MORETÓN SANZ, M.ª F., (2009), «Determinación de la ley personal del causante: notas sobre la recuperación de la vecindad civil por residencia y el alcance de la inconstitucionalidad sobrevenida del principio de unidad familiar», *RCDI*, 719, pp. 1282 y sigs.

[42] El artículo 675.1 dispone: «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme con la voluntad del testador según el tenor del mismo testamento…».

1.5. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

La prosperabilidad de la acción frustrada, criterio delimitador del daño y de su cuantificación en la responsabilidad contractual del abogado

The frustrated prosperabilidad of action criteria boundary of damage and its quantification contractual liability of attorney

por

GLORIA ORTEGA REINOSO
Profesora Contratada Doctora
Dpto. Derecho mercantil. Universidad de Granada

RESUMEN: La reparación del daño derivado del incumplimiento por el abogado de alguna de las obligaciones que conforman el contrato de prestación de servicios celebrado con el cliente presenta algunas dificultades, en la medida en que ese daño no se presenta en forma de lesión física al cliente, y ni siquiera en un quebranto económico conforme al concepto clásico de daños y perjuicios del artículo 1101 del Código Civil. Se trata de un aspecto que ha sido objeto de consideración por el Tribunal Supremo, además de por abundante Doctrina, en cada vez un mayor número de sentencias, si bien, en algunas se aprecian contradicciones y mezclas de conceptos y criterios, y en las más recientes un discurso que, con motivo de recoger lo ya declarado en sentencias anteriores sobre la responsabilidad civil del abogado como punto de partida, a veces ajeno al concreto supuesto que es objeto de análisis, pierde la claridad expositiva a que debe responder. Con este trabajo se pretende aportar algo de luz acerca del concepto de daño reparable, su calificación como daño moral o material, según los casos, y la forma y criterios para la valoración de uno y otro y la cuantificación de la indemnización con la que repararlos.

ABSTRACT: Repair damage resulting from breach by counsel for one of the obligations that form the contract of service concluded with the client presents some difficulties, to the extent that such damage is not presented in the form of physical injury to the customer, and even in a financial loss as the classic concept of damages rule 1101 of the Civil Code. This is an aspect that has been under consideration by the Supreme Court, in addition to abundant Doctrine, in an increasing number of Judgments, although in some contradictions and mixtures concepts and criteria are appreciated, and more recently a speech on the occasion of collecting what is already stated in previous Judgments on civil liability Attorney as a starting point, sometimes oblivious to the circumstances of the case is analyzed, loses clarity of exposition to be satisfied. This paper aims to shed some light on the concept of repairable damage for qualification as moral or material damage, as appropriate, and the form and criteria for the assessment of both and quantification of compensation to be repaired.

PALABRAS CLAVE: Abogado. Responsabilidad contractual. Responsabilidad civil del abogado. Daño reparable. Pérdida de oportunidad. Juicio dentro del juicio.

KEY WORDS: Attorney. Contractual liability. Attorney liability. Repairable damage. Loss of opportunity. Trial within a trial.

SUMARIO: I. DAÑO CIERTO: 1. El daño y su prueba. 2. Calificación del daño: *A. Daño moral. B. Daño patrimonial. C. Apreciación.*—II. NEXO DE CAUSALIDAD.—III. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO: 1. Daño moral. 2. Daño moral y daño material. 3. Criterio de prosperabilidad de la acción frustrada. 4. Importe de la indemnización.—IV. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. —V. CONCLUSIONES

I. DAÑO CIERTO

1. El daño y su prueba

Para que haya responsabilidad contractual es necesario que el incumplimiento culpable por el abogado de alguna de sus obligaciones profesionales produzca un daño al cliente, puesto que del mero incumplimiento no surge la obligación de indemnizar[1].

Daño que en el ámbito de la prestación de servicios del abogado presenta una dificultad, ya que ese incumplimiento no se concreta en una lesión física al cliente, y ni siquiera en un quebranto económico al socaire del concepto clásico de daños y perjuicios del artículo 1101 del Código Civil[2].

Efectivamente, en el ejercicio profesional de la Abogacía hay daño reparable cuando la conducta negligente del abogado impide o disminuye la posibilidad de que el cliente obtenga el resultado esperado, lo que se ha expresado diciendo que el daño que deriva del incumplimiento contractual del abogado consiste en una «pérdida de oportunidad» para el cliente a ver satisfecha la pretensión que en su nombre debió ejercitar de forma correcta su abogado, se tratara de un ejercicio judicial o extrajudical.

Hay «pérdida de oportunidad» cuando la acción u omisión del abogado impide que se dicte una resolución judicial, lo que ocurre si no formula la demanda o lo hace cuando se ha producido la caducidad o la prescripción de la acción, no interpone el recurso o lo presenta fuera de plazo… supuestos en los que por la actuación de su abogado el cliente pierde la posibilidad de que su pretensión sea siquiera considerada por el órgano judicial, de ahí que el daño reparable se identifique con la «pérdida de oportunidad de obtener una resolución judicial».

Pero también hay daño cuando la acción u omisión del abogado impide o disminuye la posibilidad de que la resolución judicial estime la pretensión del cliente, es decir, cuando la negligente intervención del abogado provoca una resolución judicial desfavorable en todo o parte a los intereses del cliente, lo que puede ocurrir por un incompleto contenido del suplico de la demanda, defectuosa proposición de la prueba, no asistencia a la vista… supuestos en los que, por la actuación de su abogado, el cliente pierde la oportunidad de que la resolución judicial le dé la razón, identificándose entonces el daño reparable con la «pérdida de oportunidad de obtener una resolución judicial favorable».

Ambos supuestos se entienden comprendidos en la expresión «pérdida de oportunidad procesal», pero que hay que entender reproducibles en el ámbito extraprocesal, en el sentido de consistir el daño reparable en una pérdida de

oportunidad de alcanzar un acuerdo o de que el alcanzado sea favorable, en ambos casos por la negligente actuación extraprocesal del abogado.

Por el contrario, no hay daño reparable cuando, pese al incumplimiento de alguna obligación profesional por parte del abogado, el cliente, por la razón que sea, no pierde su oportunidad y ve atendida e incluso estimada su pretensión, esto es, cuando la conducta negligente del abogado deviene intrascendente en el resultado (así, por ejemplo, cuando, habiéndosele pasado el plazo para interponer la demanda, la parte contraria no opone la prescripción de la acción y el Juez estima la demanda), sin perjuicio de las demás consecuencias jurídicas que puede acarrear el incumplimiento contractual (así, por ejemplo, en materia de honorarios, que es la principal obligación que asume el cliente en el contrato de servicios); e irrelevancia de la conducta negligente del abogado en el resultado obtenido que, de hecho, constituye uno de los argumentos que los abogados utilizan en su defensa en un intento de exoneración de responsabilidad. Así, dice la STS de 14 de diciembre de 2005 que, «*En cualquier caso, el posible quebrantamiento de normas deontológicas es intrascendente a los efectos de engendrar responsabilidad del Letrado, Don Cristóbal, cuando su actuación no ha producido un daño apreciable derivado de una posible actuación coordinada con el compañero de despacho para procurar un resultado distinto, lo que de haberse acreditado situaría el problema en otro ámbito resolutorio*».

Y tampoco hay daño reparable cuando la pretensión no ejercitada por el abogado no tenía ninguna posibilidad de éxito. La «pérdida de oportunidad» no puede considerarse en abstracto —no hay daño por el hecho de presentar una demanda fuera de plazo, por ejemplo, pese a que pueda haber incumplimiento contractual culpable—, sino que es necesario comprobar que en el caso en cuestión el cliente tenía al menos una oportunidad de ver estimada su pretensión que pierde por la negligente actuación de su abogado —en el anterior ejemplo, la demanda había de tener alguna posibilidad de ser estimada, que ya no podrá apreciar el órgano judicial por la mala actuación del abogado, pero posibilidad que no existía si la acción había prescrito antes de que el cliente encomendara su ejercicio al abogado—. De no existir una posibilidad de éxito, no puede perderse y, por tanto, es imposible que haya daño —el daño podría producirse en el caso contrario, de interponerla pese a su evidente inviabilidad, con su consecuente imposición de costas—; el daño reparable se presenta, pues, como la «pérdida de una oportunidad cierta».

En este sentido, dice el Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de julio de 2008, que «*En el caso examinado la afirmación de la sentencia recurrida…, conduce a la conclusión de que la acción tenía, en palabras de la propia sentencia, «escasas y, a nuestro juicio, nulas posibilidades de éxito». Se advierte, en suma, la falta del requisito de una razonable certidumbre sobre la existencia de oportunidades de obtener buen éxito en el ejercicio de la acción, necesario para que pueda apreciarse la existencia de un daño resarcible ligado a la frustración de la acción ejercitada*»; en sentencia de 27 de julio de 2006, que «*La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas. En otro caso no puede considerarse que exista perjuicio alguno, ni frustración de la acción procesal, sino más bien un beneficio al supuesto perjudicado al apartarlo de una acción inútil, y ningún daño moral puede existir en esta privación, al menos en circunstancias normales*»[3]; en sentencias de 27 de mayo y 14 de julio de 2010 y 22 de abril (núm. 283) y 5 de junio (núm. 374) de 2013, que «*No puede, sin embargo, reconocerse la existencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación por parte*

del abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de la acción»; en sentencia de 23 de febrero de 2010, que «*debe llegarse a la conclusión de que los razonamientos de la sentencia recurrida sobre la inexistencia de negligencia por parte del abogado en la defensa de sus clientes carece de relevancia frente a la afirmación, fundada en datos fácticos que la sentencia obtiene de una valoración de los diversos elementos de prueba, de la inexistencia de oportunidades frustradas de obtener éxito en el proceso*»; y, en sentencia de 1 de diciembre de 2008, que «*La jurisprudencia viene exigiendo que para la apreciación de la responsabilidad civil del abogado el resultado dañoso se concrete, al menos, en una pérdida de oportunidades de buen éxito de la acción suficientemente justificada, la cual no concurre cuando existe la posibilidad de enmendar el daño mediante recursos o acciones posteriores…*».

Sentencia, la última, que hace referencia al otro requisito, además de la viabilidad de la pretensión frustrada por la negligencia del abogado, que es necesario para que el daño pueda calificarse de cierto, cual es que no exista la posibilidad de enmendarlo mediante recursos o acciones posteriores, porque, de existir, aún no se habría perdido la oportunidad.

Por último, corresponde al cliente probar que ha sufrido la «pérdida de una oportunidad cierta» si quiere reclamar su reparación a su abogado; prueba del daño para la que sirve cualquier medio de los admitidos en Derecho y, entre ellos, las presunciones, y que ni siquiera es necesaria cuando el daño resulta evidente habida cuenta el tipo de incumplimiento.

Así, indica el Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de mayo de 2003, que «*Los daños y perjuicios han de ser probados y derivados del incumplimiento, aunque cabe establecerlos por presunciones, si el enlace es lógico (sentencias de 5 de junio de 1985 y 17 de septiembre de 1987). No es necesaria la prueba de los daños cuando de los hechos demostrados o reconocidos por las partes en el pleito se deduzca necesaria y fatalmente la existencia de un daño. La afirmación de que los daños y perjuicios no son consecuencia forzosa del incumplimiento ha de matizarse en el sentido de entender que «no siempre» o de que hay casos en los que sí ocurre (sentencia de 15 de junio de 1992)*»; y, en sentencia de 25 de marzo de 1998, que, «*acreditado un incumplimiento, si el daño es patente, no es preciso probar su existencia sino su cuantía…*», lo que definitivamente simplifica su prueba.

2. Calificación del daño

A. Daño moral

En una primera etapa —mayoría de sentencias dictadas hasta el año 2003, aunque algunas con posterioridad—, se entendió que el daño a reparar fruto del incumplimiento contractual culpable del abogado era el perjuicio espiritual que sufre el cliente que, por la conducta negligente de su abogado, pierde la oportunidad de ver estimada su pretensión —estimación de la que, con o sin fundamento jurídico, parte el cliente—, y no el perjuicio económico por la pérdida de esa pretensión; daño, por tanto, de naturaleza extrapatrimonial o moral, por el impacto, desazón o quebranto psicológico que soporta una persona ante un resultado adverso[4].

Esa calificación de daño moral respondió a la imposibilidad, según se razonaba, de determinar cuál habría sido el resultado del asunto si el abogado hubiera

desplegado su actuación conforme a las exigencias de la *lex artis* y, por tanto, qué intereses del cliente quedaron perjudicados por el incumplimiento contractual de su abogado —qué resultado habría tenido el recurso que el abogado interpuso fuera de plazo, si lo hubiera presentado en plazo—.

No es factible, se decía, que en el actual procedimiento de responsabilidad civil iniciado contra el abogado se llegue a una certeza sobre el resultado que habría tenido el procedimiento en el que de forma negligente intervino ese abogado si su actuación hubiera sido diligente, y aún más incierto se presenta ese resultado si la negligencia del abogado consistió en no iniciar siquiera el procedimiento, puesto que ni puede aventurarse cuál habría sido la oposición formulada por la parte contraria, también con su abogado, ni cuál el resultado de la prueba de haberse practicado a solicitud de una u otra parte, ni, finalmente, la decisión del órgano judicial. Carece, por tanto, de sentido que en el pleito seguido contra el abogado en exigencia de responsabilidad se reproduzca, aunque de forma hipotética, el pleito en el que él intervino en «defensa» de los intereses de su cliente para intentar adivinar su resultado, esto es, para determinar el nivel de éxito que tenía la acción del cliente luego perdida por la actuación negligente de su abogado —el «juicio dentro del juicio»—, lo que no es más que moverse en el ámbito de las conjeturas; ni aún imaginando una intervención diligente del abogado se puede concluir sobre el contenido de la sentencia, que en absoluto depende solo de su diligencia, al entrar en juego la diligencia del abogado contrario y la decisión de un tercero, el órgano judicial.

La imposibilidad de valorar si la pretensión del cliente habría sido estimada si su abogado hubiera actuado con la diligencia debida o, al menos, qué probabilidad de estimación tenía, llevó a los Tribunales a prescindir de esa valoración y a indemnizar la frustración psicológica que sufre el cliente ante la «pérdida de oportunidad procesal» por culpa de su abogado, aunque la pretensión no tuviera ninguna posibilidad de éxito, puesto que lo que se indemnizaba era la expectativa procesal que se había creado el cliente sobre el éxito de su pretensión, ya desaparecida.

Y «pérdida de oportunidad procesal» que además se entendió que suponía una vulneración del derecho del cliente a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución, habida cuenta que la negligencia del abogado bien le priva del derecho a acceder a los órganos judiciales bien produce una disminución de sus posibilidades de defensa, lo que ratificaba su calificación de daño moral, al afectar directamente a un derecho fundamental[5].

Desde este planteamiento, la no interposición por culpa del abogado de una demanda carente de fundamento jurídico, y por tanto sin posibilidad de éxito, también vulnera el derecho de todo ciudadano a que sus pretensiones litigiosas sean examinadas por los órganos jurisdiccionales, concretándose esa pérdida de oportunidad en un daño moral reparable, incluso si las pretensiones tenían carácter económico (cuando el daño moral no debe incluir la lesión a bienes económicos).

Así, dijo el Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de junio de 1998, con cita de la sentencia de 11 de noviembre de 1997, que, «*con independencia de cuál hubiera sido el resultado final si es que su «facere» hubiera sido diligente, lo cierto es, que se privó a la parte actora de ese posibilismo actuatorio tanto frente al TS como a la jurisdicción penal, y ello supone, sin lugar a dudas, una especie de quebranto o sensación de frustración, que, sin duda, pueden, en puridad técnica, subsumirse en el haz vaporoso, de lo que la doctrina considera, el daño moral*»[6]; en sentencia de 7 de abril de 2003, que «*De todo lo que antecede se deriva que*

se produce un incumplimiento de las obligaciones de los profesionales cuando, con su actuación, se impide al perjudicado la obtención de un derecho; es decir, no tanto se causa un perjuicio material directo, como se hace imposible obtener un beneficio; o lo que es lo mismo, ha impedido (como dice la sentencia de 28 de enero de 1998) la posibilidad de conseguirlo, a través de un acto procesal, con lo que se vulnera el derecho del perjudicado a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución Española. Siempre y en todo caso que aquella actuación y este acto procesal corresponda a la obligación del profesional, sea el abogado o sea el procurador»[7]; y, en sentencia de 12 de diciembre de 2003[8], que, «*una vez acreditado el nexo causal entre la conducta del letrado y la realidad del daño, emergerá la responsabilidad de aquel y su obligación de repararlo, sin que, por lo general, ese daño equivalga a la no obtención del resultado de la pretensión confiada o reclamación judicial: evento de futuro que, por su devenir aleatorio, dependerá al margen de una diligente conducta del profesional, del acierto en la correspondencia del objetivo o respuesta judicial estimatoria o, en otras palabras, la estimación de la pretensión solo provendrá de la exclusiva e intransferible integración de la convicción del juzgador… parece más indicado tener en cuenta la que la doctrina denomina «pérdida de oportunidad» que se ha ocasionado al causante de los recurrentes, quien por la impericia o la falta de diligencia del abogado cuyos servicios profesionales había solicitado no ha podido acceder a los Tribunales en las condiciones imprescindibles para demandar la tutela de sus intereses ante los mismos… Se define, pues, en tales términos el inferido a los actores como auténtico daño moral…»*[9].

Con posterioridad al año 2003, también se encuentran ejemplos de sentencias que indemnizan el daño moral, así, la de 28 de abril de 2005, «*el daño moral del actor deriva de la clara insatisfacción producida por la negligente inactividad del Letrado don Rodrigo en la defensa de los intereses que le fueron encomendados, que ha frustrado los derechos de defensa de aquel en el referido juicio en su contra deducido sobre resolución del contrato de arrendamiento rústico, así como provocado la pérdida de las correspondientes expectativas procesales, por lo que esta Sala, tras ponderar los datos demostrativos obrantes en las actuaciones, acuerda señalar la cantidad de… como la correspondiente a la indemnización por dicho concepto*»[10]; y la sentencia de 30 de marzo de 2006, «*es procedente examinar, dado el carácter de las obligaciones profesionales que ante los tribunales deben cumplir los Abogados en defensa de sus clientes, si, como consecuencia de la negligencia profesional, que debe resultar probada, se ha producido una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficientes para ser configuradas como una vulneración objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva susceptible de ser traducida en existencia de un daño moral efectivo y por ello resarcible por sí mismo en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 del Código Civil*»[11].

B. Daño patrimonial

A partir del año 2003 se aprecia un cambio en la calificación del daño reparable producido por el actuar negligente del abogado, ya anunciado por algunos pronunciamientos, pues se comparte la necesidad de analizar en el procedimiento seguido contra el abogado cuál habría sido el resultado del pleito en el que él intervino de forma negligente de haber actuado con la diligencia debida, de plantearse, pese a las dificultades, «el juicio dentro del juicio», para fijar el grado de

probabilidad de éxito de la acción del cliente y de repercusión del incumplimiento del abogado en su pérdida, teniendo presente que, en principio y por lo general, no podrá alcanzarse una certeza absoluta sobre ese resultado.

El juez que conoce del pleito de responsabilidad civil iniciado contra el abogado ha de llevar a cabo una operación intelectual consistente en determinar, con criterios de mera verosimilitud o probabilidad, qué grado de prosperabilidad tenía la acción perdida por la actuación negligente del abogado si este la hubiera defendido con sujeción a las exigencias de la *lex artis*[12]; ha de revisar un conflicto para valorar el grado de éxito de la pretensión del cliente del abogado ahora demandado sin la contradicción que le es propia, pero valoración que realiza un experto en Derecho, de forma que si el cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada es alto, si no hay prácticamente duda que el resultado habría sido favorable al cliente de haber actuado su abogado con la diligencia debida, es posible identificar el daño con la pérdida de los intereses en litigio, pudiendo incluso coincidir el daño con la totalidad del interés si el órgano judicial llega a la convicción que, de no haber sido por la negligencia del abogado, la pretensión del cliente se habría estimado en su totalidad[13].

Se concluye entonces que si la consecución del resultado perdido por la actuación del abogado se presenta con un alto grado de certidumbre (porque, por ejemplo, ante el mismo asunto y en el mismo proceso, o en otro, otros ciudadanos con otros abogados han visto estimadas sus pretensiones), no se pierde la oportunidad de obtener una sentencia estimatoria, sino que se pierde lo que la sentencia iba a estimar (el derecho que iba a reconocer), y, de ser la pretensión de naturaleza económica, no se pierde la posibilidad de obtener unas ganancias, sino que se pierden las ganancias que la sentencia habría reconocido; la «pérdida de oportunidad procesal» se traduce entonces en una disminución del patrimonio igual a la cantidad no percibida. El daño consiste, pues, en la frustración de la ganancia que se esperaba, en un lucro cesante, lo que permite su calificación de daño material o patrimonial; términos a los que en general se añade el adjetivo «incierto», por considerarse que no es posible concretar el importe del perjuicio con referencia a hechos objetivos, por depender de acontecimientos futuros.

Sin embargo, a veces el daño patrimonial se presenta «cierto», como ocurre, por ejemplo, cuando al abogado se le pasa el plazo para reclamar al FOGASA una vez declarada la insolvencia de la empresa-demandada, al haber absoluta certeza que, de presentar la reclamación en plazo, dicho organismo pagará al cliente-trabajador el crédito salarial reconocido en sentencia. No hay, por tanto, «pérdida de oportunidad» en el sentido de frustración psicológica por no haber tenido el cliente-trabajador la posibilidad de que el FOGASA se pronuncie sobre su reclamación (daño moral), sino que hay pérdida de la cantidad reconocida al cliente-trabajador por sentencia, al existir certeza de éxito: daño patrimonial, pues, que además es «cierto».

Si, por el contrario, realizado el «juicio dentro del juicio», el grado de éxito de la pretensión ejercitada de forma incorrecta por el abogado era mínimo aún ejercitada debidamente, no puede hablarse de daño material, basado en el alto grado de buen éxito de la acción frustrada (y la naturaleza económica de la pretensión), sino solo de daño moral, por el quebranto psíquico que sufre el cliente al verse privado de la expectativa de obtener una resolución favorable —siempre que efectivamente hubiera alguna oportunidad de éxito, puesto que, en otro caso, de nula oportunidad, no habrá siquiera daño reparable—.

En definitiva, de la actuación negligente de un abogado pueden derivarse dos tipos de daños: moral por la pérdida de una oportunidad procesal cierta y patrimonial en la modalidad de lucro cesante cuando esa pérdida de oportunidad procesal se concreta, por la naturaleza económica de la pretensión y su alto nivel de prosperabilidad, en la pérdida de una ganancia segura (o casi segura).

Así, dijo el Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de julio de 2003, que «*—"no se reclama la indemnización correspondiente a la estimación valorativa de la zozobra, inquietud anímica, o desazón psíquica, como expresión de daños morales, que le causara el cierre a la casación de la tercería sostenida, sino la valoración económica de las fincas reivindicadas en la tercería dominical"—… El ámbito del debate queda reducido, por consiguiente, en exclusiva, al daño material… Y ocurre que, cuando de la aplicación de este criterio, y consiguiente examen racional y ponderado de las circunstancias, resultan ser prácticamente nulas las posibilidades de éxito del recurso frustrado, aun obrando dentro de un margen de aproximación pero siempre con base en un fundado juicio de probabilidad cualificado, no cabe entender que existió daño material, por lo que no procede estimar la existencia de responsabilidad civil por tal concepto, dado su carácter resarcitorio, y no punitivo*»[14].

En sentencia de 28 de enero de 2005, con cita de la anterior sentencia, que «*la jurisprudencia ha reconocido la indemnización del daño moral (sentencia de…), así como la del daño material (sentencias…) permitiendo tener en cuenta para su fijación la doctrina de la posibilidad de éxito del recurso frustrado*»[15]; en la de 27 de octubre de 2011, que «*la controversia aquí suscitada debe resolverse en los términos en que lo hizo en un caso semejante la antes invocada sentencia de 9 de marzo de 2011. En efecto, ahora, como entonces, resultaría atendible en abstracto la afirmación del recurrente en el sentido de que la sentencia de apelación limita —indebidamente— la indemnización por la negligencia profesional del abogado al daño moral cuando la jurisprudencia reconoce la indemnización del daño moral —solo cuando este resulta acreditado de modo específico, y no por la simple frustración de una acción judicial— y del daño material con base en la doctrina de la posibilidad de éxito de la acción frustrada…*»[16].

En sentencia de 28 de junio de 2012, que, «*Cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades: Sentencias de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006)*»[17]; y, en sentencia de 19 de noviembre de 2013, que, «*estando en juego una pretensión de contenido económico (la indemnización por las lesiones sufridas), el daño que ha de concurrir para apreciar la responsabilidad civil contractual del letrado es el perjuicio patrimonial por pérdida de oportunidad…*».

La fórmula «pérdida de oportunidad procesal» sigue sirviendo para describir el daño reparable derivado del actuar negligente del abogado, cuya existencia ha de probarse antes de dar el paso siguiente de su calificación, siendo entonces cuando habrá de tenerse en cuenta la naturaleza de la prestación frustrada y su grado de prosperabilidad para concluir que se trata de un daño material o, por el contrario, de un daño moral.

C. Apreciación

De todo lo expuesto, resulta, en primer lugar, que el «juicio dentro del juicio» es necesario en todo procedimiento de responsabilidad contractual del abogado, puesto que solo si había alguna probabilidad —aunque fuera mínima— de éxito, luego frustrada por la negligencia del abogado, cabe hablar de daño reparable. Se trata de una primera valoración que ha de ajustarse a esta finalidad, de apreciar la existencia de daño reparable, sin necesidad, por tanto, de concretar en este momento el nivel de prosperabilidad de la pretensión ejercitada de forma incorrecta por el abogado, sino solo que existía alguna posibilidad de éxito.

Por eso, zanjaba el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de noviembre de 2007, respecto incluso del daño moral, que, «*tratándose de la responsabilidad profesional de un abogado, el daño moral en que se traduce la pérdida de oportunidades procesales ha de tener como necesario presupuesto la existencia de tales oportunidades y de las expectativas frustradas, así como la efectiva afectación del derecho a la tutela judicial que le sirve de fundamento, lo que en modo alguno cabe admitir en el presente caso, en el que la misma parte demandante, aquí recurrente, reconoció el hecho que motivó el despido disciplinario del que fue objeto, admisión que incide negativamente en el resultado del juicio probabilístico que ha de preceder a la determinación de los daños morales por semejante causa*»; y, en el mismo sentido, en la reciente sentencia de 19 de noviembre de 2013, que, «*Por tanto, más allá de que los criterios para valorar cada clase de daños sean distintos, lo esencial de la doctrina expuesta es que dicha valoración es un paso posterior, que precisa de la imprescindible acreditación de la existencia del daño por la parte demandante perjudicada, ya se trate de daño patrimonial por pérdida de oportunidad respecto de una pretensión de contenido económico, ya de daño moral. En consecuencia, si, como ha sido el caso, el juicio sobre las posibilidades de éxito de la acción frustrada, cuando esta presenta un contenido económico, en orden a valorar también desde este punto de vista el daño patrimonial ocasionado por pérdida de oportunidad, arroja un resultado negativo, procederá el rechazo de la indemnización de ese daño material…*».

En segundo lugar, que, una vez apreciada la existencia de daño reparable, y pasándose al momento de su calificación, la de daño material en su modalidad de lucro cesante solo es posible si la pretensión del cliente era económica, si buscaba una ventaja de contenido patrimonial mediante el reconocimiento de un derecho o la anulación de una obligación de esta naturaleza, de forma que el daño se identifica con el incremento patrimonial que, de haber actuado diligentemente su abogado, se tiene la certeza, o un alto grado de seguridad, que habría obtenido el cliente, ya que no debe confundirse un derecho de este con una mera expectativa de derecho (art. 1107 del CC), lo que, en definitiva, obliga a un «juicio dentro del juicio» más riguroso que el anterior de determinación de la existencia de daño reparable: ahora sí es necesario fijar el nivel de prosperabilidad de la pretensión ejercitada de forma incorrecta por el abogado, ya que, de faltar alguno de esos dos elementos —naturaleza económica de la pretensión y alto grado de certeza sobre un resultado favorable—, el daño a reparar será de carácter moral por la frustración que produce la «pérdida de oportunidad procesal».

Y, por último, y como se verá, que, se trate de daño patrimonial en la modalidad de lucro cesante, por ser económica la pretensión del cliente, o de daño moral, por ser de otra naturaleza (acción de filiación, divorcio…), el «juicio dentro del juicio» va a volver a ser necesario, y con un mayor grado de precisión que cuando se realizó para apreciar la existencia de daño, o de daño material en su

caso, a fin de valor uno u otro y cuantificar el importe de la indemnización a reclamar al abogado en concepto de reparación.

II. NEXO DE CAUSALIDAD

La declaración de responsabilidad contractual pasa por acreditar que existe una relación de causalidad entre el incumplimiento contractual culpable del abogado y el daño ocasionado al cliente, de forma que pueda afirmarse que ese incumplimiento es la causa, o una de las causas, de este daño.

La afirmación del nexo de causalidad presenta cierta dificultad en materia de responsabilidad contractual del abogado, puesto que se trata de averiguar si su conducta negligente ha sido la causa de la desestimación de la pretensión, o de la estimación solo parcial, cuando una y otra proceden de un tercero, el órgano judicial, que además la formula tras conocer el posicionamiento de la parte contraria[18].

Efectivamente, en materia de negligencia profesional del abogado, la apreciación del nexo de causalidad se desenvuelve en el plano, no de la causalidad física, o no tanto, sino de la llamada «imputación objetiva» o causalidad jurídica, que consiste en un proceso de valoración jurídica para determinar si, advertida una negligencia, el daño producido pude atribuirse a esa negligencia con arreglo a los criterios de imputabilidad derivados de las circunstancias que rodean el ejercicio de la profesión, desde el punto de vista de su regulación y de la previsibilidad del daño con sujeción a las reglas de la experiencia, así, señaló el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de enero de 1998 que «*hay una clara imputación objetiva en el sentido de que dicho abogado causó un daño a los actores, recurridos en casación, con su actuación profesional consistente en presentar la reclamación de indemnización más allá del plazo de prescripción. A ello hay que sumar la imputación subjetiva a título de culpa…*».

Criterio de «imputación objetiva» que reiteran y explican la sentencia de 1 de diciembre de 2008, «*Para que la conducta dañosa sea determinante de la responsabilidad civil del agente no es suficiente que exista una relación de causalidad física o fenomenológica entre su acción y el resultado producido, sino que es necesario que con arreglo a los mandatos positivos del legislador y a los principios extraídos del ordenamiento jurídico pueda inferirse la existencia de un criterio en virtud del cual ese resultado le sea objetivamente imputable, frente a otros factores concurrentes, por razones de proximidad, relevancia, frecuencia y aptitud de la conducta para originar el resultado dañoso en relación con las circunstancias y con el fin o bien jurídico protegido por la norma con arreglo a la cual aquella es exigible…*»; y la sentencia de 14 de julio de 2010, «*El nexo de causalidad debe existir entre el incumplimiento de los deberes profesionales y el daño producido, y solo se da si este último es imputable objetivamente, con arreglo a los principios que pueden extraerse del ordenamiento jurídico, al abogado. El juicio de imputabilidad en que se funda la responsabilidad del abogado exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios…*».

Por su parte, hablan de una «relación de certeza objetiva» entre la negligencia profesional y el resultado desfavorable las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2008, 28 de junio de 2012 y 22 de abril de 2013, todas con cita de la sentencia de 14 de diciembre de 2005, y en las que además se afirma que existe esa relación cuando la negligencia consiste en una omisión, en un dejar de hacer, «*Es menester, en suma, que exista una relación de certeza objetiva entre el*

incumplimiento de su obligación por parte del profesional jurídico y la inadmisión o desestimación de las pretensiones formuladas en defensa de su cliente, como ocurre de forma señalada, entre otros, en los supuestos de falta de presentación de escritos en los plazos establecidos o de omisión de trámites exigidos por la ley como carga para hacer valer las respectivas pretensiones o —cuando se trata de solicitar el abono de una indemnización por daños y perjuicios— la omisión de algún concepto indemnizable con arreglo a la jurisprudencia consolidada de los tribunales…».

Ahora bien, en otras sentencias, el propio Tribunal Supremo aclara que una «relación de certeza absoluta» resulta imposible habida cuenta el tipo de daño —«pérdida de oportunidad procesal»— y que basta con probar que la actuación negligente del abogado ha producido una disminución de las oportunidades de éxito de la acción, o ha contribuido a su disminución en aquellos casos en que esa negligencia no sea la única causa del daño, debiendo establecerse entonces una equivalencia entre el grado de disminución/contribución y el de responsabilidad. Así lo explica en las sentencias de 23 de febrero, 27 de mayo y 14 de julio de 2010 y 22 de abril (núm. 283) y 5 de junio (núm. 374) de 2013, «*No es necesario que se demuestre la existencia de una relación de certeza absoluta sobre la influencia causal en el resultado del proceso del incumplimiento de sus obligaciones por parte del abogado. No puede, sin embargo, reconocerse la existencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación por parte del abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de la acción*».

En este sentido, los autores ponen de relieve que la teoría de la «pérdida de oportunidad» se aplica a supuestos de falta de prueba del nexo causal, a fin de distribuir el peso de la incertidumbre entre las dos partes implicadas y dar una solución equilibrada que pretende acomodarse a una «sensibilidad justicial a la que repugna que se exonere al agente dañoso por las dificultades probatorias, pero también que se le obligue a reparar la totalidad de un daño que pudo no haber causado». Doctrina que, por tanto, no se aplica cuando la probabilidad es nula o insignificante, puesto que puede descartarse con práctica seguridad que haya nexo causal —no habiendo derecho a indemnización—, ni cuando es alta o suficiente, puesto que entonces puede tenerse por cierto el nexo causal, reconociéndose al dañado el derecho a la reparación total[19].

Si, pese a la actuación negligente del abogado, el resultado adverso no es consecuencia de esa negligencia profesional, sino, por ejemplo, de la falta de colaboración del cliente o del descabellado criterio del órgano judicial, no existirá relación de causalidad entre el incumplimiento contractual del abogado y el resultado desfavorable, puesto que este también se habría producido de haber actuado el abogado con la diligencia debida, y, en consecuencia, no se generará responsabilidad contractual para el abogado incumplidor, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas que ese incumplimiento pueda conllevar (en materia de honorarios, por ejemplo, y de posible responsabilidad disciplinaria).

Así, dice el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de julio de 2010 que «*Este criterio impone descartar la responsabilidad civil del abogado cuando concurren elementos ajenos suficientes para desvirtuar la influencia de su conducta en el resultado dañoso, como la dejadez de la parte, la dificultad objetiva de la posición defendida, la intervención de terceros o la falta de acierto no susceptible de ser corregida por medios procesales de la actuación judicial*», lo que de forma similar ya estaba en la Sentencia de 22 de octubre de 2008 y reiteran las Sentencias de 23 de febrero, 31 de marzo y 27 de mayo de 2010, 28 de junio de 2012 y 22 de abril y 5 de junio (núm. 374) de 2013.

Efectivamente, señalaba la sentencia de 22 de octubre de 2008 que, «*Finalmente, desde la perspectiva de la concurrencia de elementos ajenos suficientes para desvirtuar su influencia en el resultado dañoso, se observa que la procedencia o no del juicio de menor cuantía constituye una cuestión de orden público que debe ser resuelta de oficio por el juez, de no existir acuerdo de las partes sobre la valoración del proceso… Se pone así de relieve que la falta de acuerdo en la comparecencia, la intervención del perito para la valoración de los bienes y la dilación del momento de resolución a la sentencia implican la concurrencia de elementos ajenos suficientes para desvirtuar la influencia en el resultado dañoso de la conducta del Abogado en el plano de la imputación objetiva, pues son circunstancias que abren un margen de indeterminación relacionado con las dificultades de la defensa o el devenir del proceso y, por ende, el mero fracaso de la vía procesal elegida no es suficiente para considerar existente la responsabilidad por la que se reclama*»; supuesto en el que, sin embargo, se considera que, no es que falte el nexo de causalidad, sino que no hay siquiera incumplimiento de las reglas de la *lex artis*, y desde luego no lo hay a título de dolo o culpa, desde el momento en que existe un «*margen de indeterminación relacionado con las dificultades de la defensa o el devenir del proceso*»[20].

Las sentencias de 15 de febrero, 18 de julio y 22 de octubre de 2008, 23 de febrero, 31 de marzo, 27 de mayo y 14 de julio de 2010, 28 de junio de 2012 y 22 de abril y 5 de junio (núm. 374) de 2013 declaran que no puede apreciarse la existencia de nexo causal «*en aquellos supuestos en los cuales la producción del resultado desfavorable para las pretensiones del presunto dañado por la negligencia de su abogado debe entenderse como razonablemente aceptable en el ámbito del debate jurídico procesal y no atribuible directamente*», si bien, no todas concluyen que existe «*negligencia de su abogado*», ya que en algunas se argumenta que no hay negligencia cuando la actuación del abogado debe entenderse como razonablemente aceptable en el ámbito del debate jurídico procesal cualquiera que sea el resultado[21], sin perjuicio de que en otro caso, de actuación contraria a ese estándar, sí habrá negligencia[22], pero puede que no haya responsabilidad si el resultado desfavorable debe entenderse como razonablemente aceptable en ese ámbito, dado que entonces, o no habrá daño —si no había posibilidad de éxito—[23] o, de haberlo, no podrá apreciarse una relación de causalidad en su vertiente jurídica de imputación objetiva.

La sentencia de 18 de julio de 2008 alude a un caso en el que, de existir encargo profesional —lo que se discute—, pudo haber incumplimiento contractual del abogado, pero, en todo caso, no hubo relación de causalidad, al derivar el resultado desfavorable de la actuación del cliente, «*En este caso no puede establecerse la imputabilidad objetiva del resultado dañoso a los profesionales demandados, ya que el perjuicio irrogado al actor se deriva directamente de su contumaz conducta omisiva y de su empeño en desoír los diversos requerimientos de pago efectuados por el juzgado antes de culminar el procedimiento en la subasta del inmueble… Por tanto, aun aceptando la tesis de que los letrados no actuasen pese a habérseles encargado la defensa de sus intereses, tal y como asegura la parte actora, de la eventual conducta omisiva de los abogados no se deriva una relación de causa-efecto para la producción del daño, cuando el actor era conocedor en todo momento de la situación procesal en que se encontraba el asunto, bien personalmente, bien a través de edictos, y sabía que debía pagar la deuda que en todo momento reconoce tener con el Banco de Galicia. A mayor abundamiento… la intervención de los letrados no habría impedido la celebración de las subastas, sino exclusivamente el pago, la consignación de la deuda o la satisfacción extraprocesal por acuerdo con el ejecutante, lo cual ni siquiera intentó el actor*»; por lo que, como también concluye la sentencia, debió apreciarse la no existencia siquiera de daño reparable, ya que la

posibilidad de éxito de la pretensión era nula y el resultado habría sido el mismo aún con una actuación profesional diligente (un acto no puede considerarse causa de un determinado evento si este hubiera ocurrido igualmente sin ese acto[24]).

La sentencia de 14 de julio de 2010 se refiere a un supuesto en el que hay actuación negligente —defectuosa identificación del acusado— y daño —resultado desfavorable— pero tampoco hay relación de causalidad habida cuenta la intervención de un tercero —Informe de la Inspección de Trabajo—, «*las consecuencias negativas derivadas del hecho de haber dirigido la acusación penal contra el propietario de la grúa y no contra su hijo, que efectivamente la manejaba, no puede imputarse al abogado, pues se aprecia la existencia de una dificultad objetiva en la determinación de contra quién debía dirigirse la demanda derivada de la intervención de un tercero dotado de especial autoridad, la Inspección de Trabajo, al elaborar el correspondiente informe en el que se identificaba al propietario como persona que manejaba la grúa. De esto se sigue que era razonable, en el marco de la discusión procesal, la posición procesal que adoptó el Abogado, confirmada por el hecho de que también fue seguida por el Ministerio Fiscal al ejercitar la acusación, como recoge la sentencia recurrida, y que el hecho de que hubiera fracasado la acción penal por defectuosa identificación del acusado, como expresión de un resultado negativo, no es suficiente para apreciar la existencia de responsabilidad*»; supuesto que también puede analizarse desde la perspectiva de no haber culpa del Abogado (o como mucho culpa leve), ya que su actuación se guio por «*la intervención de un tercero dotado de especial autoridad, la Inspección de Trabajo*», que no era previsible que fuera erróneo.

Otro ejemplo lo constituye la sentencia de 27 de mayo de 2010, en la que también hay negligencia —extemporánea interposición de recurso— y daño —resultado desfavorable—, el cual tampoco puede imputarse objetivamente al abogado, también por la intervención de un elemento extraño —distinta interpretación de la Sala que no era previsible—, «*La extemporánea interposición del recurso de reforma obedece, según la sentencia recurrida, en una argumentación que no ha sido desmentida por la parte recurrente, a la existencia de una nueva interpretación por parte de la Sala a quien el recurso se dirigía, por lo cual debe entenderse que la no-admisión no resulta inaceptable en el seno de las incidencias propias de un debate procesal…*»[25]. Ahora bien, en relación con otras dos actuaciones del abogado que también son objeto de esta sentencia, no parece que se trate de una ausencia de nexo causal, pese a que la sentencia insista en la falta de imputación objetiva, sino de inexistencia de incumplimiento contractual (o incluso de daño en el primero), así, continúa que, «*una vez desestimada la demanda en primera instancia, resultaba razonable agotar todas las posibilidades en la segunda alegando también la responsabilidad de los médicos, aunque fueran escasas las posibilidades de lograr su condena. En suma, la falta de imputabilidad objetiva del resultado producido al abogado, demostrado en este caso por el hecho de que dicho resultado es aceptable en el marco de las incidencias propias del debate procesal, determina la desestimación del motivo de casación en este punto*», y que «*la no-presentación de la cinta magnetofónica en el proceso civil resulta aceptable en el marco de la orientación de la defensa y de las incidencias del debate procesal y esta circunstancia determina la desestimación del motivo de casación en este punto*».

III. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

La distinta naturaleza del daño, moral o patrimonial, conlleva una distinta valoración del mismo y cuantificación de la indemnización reparadora[26].

1. DAÑO MORAL

En una primera etapa, cuando se consideró que el daño ocasionado por la negligencia del abogado —«pérdida de oportunidad procesal»— era en todo caso de naturaleza moral —pérdida de expectativa creada por el cliente sobre el éxito de su pretensión—, la indemnización para su reparación había de calcularla el Juez de manera discrecional como un tanto alzado que no tenía, ni debía, coincidir con la cuantía del asunto o procedimiento iniciado para su defensa, luego perdido por el actuar negligente del abogado, puesto que el resultado de ese asunto o procedimiento se presentaba incierto, careciendo de sentido, como se ha visto, que en el procedimiento de responsabilidad del abogado se entrara en «el juicio dentro del juicio» para conocer el grado de prosperabilidad de la pretensión del cliente de haberse defendido correctamente y lo que este había dejado de ganar por culpa de su abogado[27].

Con la indemnización, se decía, no se puede pretender sustituir lo que el cliente podría haber conseguido si su Abogado hubiera defendido su asunto con la diligencia debida, puesto que acertar su resultado es algo imposible; con la declaración de responsabilidad lo único que se persigue es reparar el quebranto o perjuicio moral que sufre el cliente que pierde una oportunidad procesal y ve vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva por la conducta de su abogado, que bien puede calcular el Juez sin necesidad de articular un juicio de probabilidad de buen éxito de la acción frustrada, y aunque esta tuviera carácter económico, dado que, al fin y al cabo, lo que se indemniza es la pérdida procesal en sí misma, la frustración de una expectativa que se había creado el cliente sobre su asunto, que siempre es de éxito, independientemente de cuál hubiera podido ser el resultado, y aunque este se presentara adverso.

Falta de certeza propia del daño moral que justifica el amplio margen de discrecionalidad que se concede al órgano judicial a la hora de valorar su importancia y la cuantía de la indemnización, teniendo en cuenta, además, que, salvo exclusión legal, todo daño moral cierto debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima[28], lo que conlleva, como ventaja, que siempre hay indemnización, y, como inconveniente, que su importe puede resultar muy desajustado, puesto que, ante la inexistencia de pautas para su cálculo, queda a la muy subjetiva apreciación, primero del cliente, cuando lo cuantifica en su demanda, y luego del órgano judicial, cuando de forma discrecional lo establece en su sentencia. Valoración «libre y razonable» de los Jueces[29], al margen del valor de la pretensión, que se ha calificado de arbitraria, sobre todo cuando la pretensión ha tenido naturaleza económica, y en los numerosos casos en los que las sentencias no han especificado los criterios utilizados para calcular la indemnización, que por ello se ha entendido realizada a «ojo de buen cubero», so pretexto de la discrecionalidad y equidad judicial (con infracción, también, de la exigencia de motivación de los fallos judiciales)[30].

Dice el Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de julio de 2005, que «*Resulta así que la indemnización procedente no puede cifrarse, como inicialmente postula el recurrente, en la valoración del hipotético daño sufrido al no llegar a obtener sentencia favorable a sus intereses por la resolución de fondo del recurso —resultado incierto en cuanto pendería de la estimación o desestimación final del mismo, fuera de los casos de notorio error en la resolución recurrida— sino en el perjuicio o daño moral sufrido por la pérdida de la oportunidad procesal que comporta la posibilidad legal de acudir a una instancia superior para mantener determinadas pretensiones que se consideran de justicia; perjuicio que en el caso presente la Sala*

valora prudencialmente por todos los conceptos en la cantidad de doce mil euros, a cuyo pago ha de ser condenado el demandado»[31].

Y, en sentencia de 28 de enero de 2005, ante la queja de la parte recurrente de no haber aplicado el Tribunal de instancia el criterio de valoración de las posibilidades de éxito de la pretensión para cuantificar el daño moral, que su aplicación no es necesaria, «*Se dice en el motivo que dichas sentencias han venido a establecer unas bases, que permiten valorar o cuantificar la exactitud y realidad de tales daños, consistentes en valorar las posibilidades de éxito, valoración que se dice por la recurrente ser necesaria y a la que no ha procedido el Tribunal de instancia… Reclamada la indemnización pedida en la demanda en concepto de reparación del daño moral, la misma procede sin necesidad de acudir a realizar un juicio sobre la prosperabilidad del recurso de casación que no llegó a formalizarse*»; innecesariedad en la que insiste al final de ese año, en la sentencia de 14 de diciembre de 2005[32].

2. Daño moral y daño material

En una segunda etapa, cuando para calificar el daño reparable —«pérdida de oportunidad procesal»— se avanzó en el sentido de atender a la naturaleza de la pretensión en juego —económica o no— y a su grado de probabilidad de éxito —alto o bajo—, fue posible distinguir un daño material en la modalidad de lucro cesante de un daño moral. El material, identificado con los intereses económicos dejados de ganar por la conducta negligente del abogado, solo puede admitirse cuando la pretensión es económica y contaba con un alto índice de probabilidad de éxito en el caso de haberse ejercitado correctamente, mientras que, en otro caso, de pretensión no económica, o económica pero con pocas probabilidades de éxito, el daño reparable seguirá siendo moral —sin perder de vista que no hay daño reparable, ni siquiera moral, cuando no existe una oportunidad procesal cierta—.

El daño moral continuó valorándose por el Juez de forma discrecional sin necesidad de un juicio de prosperabilidad de la acción frustrada, puesto que, como dice la STS de 27 de julio de 2006, aquel «*no puede calcularse directa ni indirectamente mediante referencias pecuniarias, únicamente puede ser evaluado con criterios amplios de discrecionalidad judicial, según la jurisprudencia inveteradamente viene poniendo de manifiesto. Esta circunstancia diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio de la mayor o menor probabilidad del resultado impedido por la acción dañosa, en los casos de frustración de derechos, intereses o expectativas*»; y ausencia de juicio de prosperabilidad que se justificaba incluso si la pretensión era económica, puesto que lo que se reparaba era la desazón del cliente por perder o ver disminuidas sus personales y muy subjetivas expectativas de éxito, aunque en realidad estas fueran mínimas o inexistentes.

Sin embargo, la valoración del daño material como lucro cesante exige determinar el grado de prosperabilidad de la acción frustrada, si bien, va a servir «el juicio dentro del juicio» ya realizado para afirmar que se trata de un daño material, basado en «*la doctrina de la posibilidad de éxito del recurso frustrado*», pudiendo llegar a coincidir el importe de la indemnización de ese daño material con el de la pretensión malograda si el órgano judicial llega a la convicción que, de no haber sido por la negligencia del abogado, la pretensión habría sido estimada en su totalidad, y debiendo, en otro caso, reducir prudencialmente su

importe en función del grado de prosperabilidad de éxito de la pretensión y de los intereses realmente afectados. Se trata, en definitiva, de resarcir al cliente por la totalidad de la prestación perdida por culpa de su abogado (art. 1106 del CC), pero con la posibilidad de moderación del *quantum* indemnizatorio que se concede al órgano judicial (art. 1103 del CC).

Así, dice el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de marzo de 2006, que, «*en supuestos de daños materiales, como son los aquí reclamados, esta Sala ha fijado el quantum indemnizatorio en lo dejado de percibir o que pudiera haberse obtenido, de no mediar la conducta negligente del abogado o procurador, así en sentencias, entre otras, de 17 de noviembre de 1995, 28 de enero y 3 de octubre de 1998, pero siempre cuando la existencia del daño, atendidas las circunstancias, se revelaba de forma patente e indiscutible*»; en sentencia de 27 de julio de 2006, que «*El daño patrimonial, sin embargo, aun cuando sea incierto por no ser posible concretar su importe con referencia a hechos objetivos, por depender de acontecimientos futuros, sí admite referencias pecuniarias, y por ello no debe ser apreciado con los criterios de discrecionalidad propios de los criterios de compensación aplicables al daño moral, como si de este se tratase, sino mediante una valoración prospectiva fundada en la previsión razonable de acontecimientos futuros y, en ocasiones, mediante una valoración probabilística de las posibilidades de alcanzar un determinado resultado económico que se presenta como incierto*»; y, en sentencia de 21 de junio (núm. 728) de 2007, que «*procede dictar el pronunciamiento que corresponda, fijando la cuantía de la indemnización en función del concreto quebranto económico experimentado por el actor a resultas de la conducta incumplidora del demandado, valorado con arreglo a una prudente previsión probabilística acerca de las posibilidades del buen éxito de las actuaciones ejecutivas emprendidas para el cobro del crédito del actor…*».

La sentencia de 29 de mayo de 2003 parte de distinguir los dos tipos de daños y de indicar el criterio de valoración que es propio de cada uno, para a continuación calificar el daño en cuestión de moral —se responde negativamente a la pregunta que la propia sentencia se hace—, lo que impide que la indemnización coincida con el importe de la pretensión del cliente no ejercitada por su abogado y que aquella haya de establecerse de forma discrecional —según se razona de forma coherente, por el momento—, «*cuando el órgano judicial enjuicia la posible responsabilidad del abogado, ¿puede o no —o tiene o no— que realizar ese órgano judicial una «operación intelectual» consistente en determinar (con criterios de pura verosimilitud o probabilidad) cuál habría sido el desenlace del asunto si la demanda se hubiese interpuesto o el recurso se hubiese formulado a tiempo? Si contestamos afirmativamente a esta pregunta, el juzgador podrá condenar al abogado a satisfacer a su cliente una indemnización equivalente al interés que se hallaba en juego, o bien reducirla prudencialmente en función de la mayor o menor dosis de probabilidad de éxito (prosperabilidad que suelen decir los Tribunales) que el propio juzgador estime que habría tenido la demanda o el recurso intempestivos. Si la respuesta es negativa, el Juez deberá establecer una indemnización en favor del cliente basada en una muy subjetiva apreciación de lo que para este ha supuesto verse privado de la posibilidad de éxito en un juicio no entablado o en un recurso no promovido*»[33].

Si bien, también se aprecia en estas primeras etapas una mezcla de conceptos y de criterios de valoración:

Ejemplo es la sentencia de 28 de enero de 1998, «*nadie puede prever con absoluta seguridad que aquella reclamación va a ser obtenida, pero el profesional, con el incumplimiento culpable de su obligación, ha impedido la posibilidad de conseguirla, con lo que, además, ha vulnerado el derecho del perjudicado a obtener*

la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 CE, *al quedarle coartada por la prescripción o caducidad. Como indemnización del daño es correcta la condena a aquella prestación que, con su conducta culpable, ha impedido incluso la posibilidad de obtener*»[34]. La descripción del daño que hace la sentencia responde al concepto de daño moral, aunque no lo califica así, y tampoco de daño material. Pero la indemnización que establece, coincidente con el valor de la prestación perdida, se adivina consecuencia de haber aplicado el criterio de prosperabilidad propio del daño material, al que, sin embargo, no se refiere la sentencia, que, de hecho, no alude a ningún criterio o motivo para la fijación de su importe, y cuando —como ya se ha argumentado—, en el caso analizado por esa sentencia se estaba ante un daño material cierto, dada la naturaleza económica de la pretensión y la seguridad de un resultado favorable, ya que el incumplimiento del abogado consistió en presentar fuera de plazo ante el FOGASA la solicitud de pago de las indemnizaciones reconocidas a los trabajadores por sentencia firme, organismo que con seguridad las habría pagado[35].

Otro ejemplo lo constituyen las sentencias del Supremo que ponen de relieve la práctica habitual de los Tribunales de instancia de calificar como daños morales auténticos daños patrimoniales en su modalidad de lucros cesantes acreditados para indemnizarlos conforme al criterio de la libre discrecionalidad judicial, que corrigen en el sentido de aplicar a los daños materiales el criterio de la prosperabilidad de la acción frustrada (aunque en su aplicación también se aprecia cierto margen de discrecionalidad), así, dice la STS de 27 de julio de 2006 que «*la sentencia de instancia aplica el criterio de la libre discrecionalidad del juzgador, propia de los daños morales, a un daño que, aun teniendo relación en su origen con la privación del ejercicio de un derecho fundamental, no tiene naturaleza moral, sino patrimonial, por más que lo incierto de su cálculo obligue a un juicio de valoración consistente en una previsión probabilística, formulada con la debida prudencia, acerca de la pérdida de oportunidades padecida en función de las posibilidades de buen éxito del recurso interpuesto en relación con el interés económico objeto de la reclamación… Para la fijación del importe de la indemnización debe efectuarse una previsión en relación con las posibilidades de éxito de la acción impugnatoria… Desde esta perspectiva, la naturaleza del asunto, las características limitadas del recurso de casación en el ámbito Contencioso-Administrativo, y el examen del dictamen del Colegio de Abogados, conducen a la conclusión de que el recurso, aunque ni siquiera con el carácter presuntivo con que necesariamente debe realizarse esta valoración puede afirmarse que fuera a ser desestimado, tenía escasas posibilidades de éxito… Atendidos estos antecedentes y consideraciones, esta Sala estima procedente conceder una indemnización similar a la otorgada en supuestos similares de escasas posibilidades de procedibilidad del recurso y por ello la fija en la cuantía de 12.000 euros*».

Corrección y aclaración de conceptos y criterios en las que insisten las sentencias de 27 de octubre de 2011, 28 de junio de 2012 y 22 de abril, 5 de junio (núm. 373) y 19 de noviembre de 2013, «*No puede, en este supuesto, confundirse la valoración discrecional de la compensación (que corresponde al daño moral) con el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción (que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, que puede ser el originado por la frustración de acciones procesales…)…*».

Ahora bien, añaden todas esas sentencias, y algunas más, que, «*Mientras todo daño moral efectivo, siempre que deba imputarse jurídicamente a su causante, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima, la valoración de la pérdida de oportunidades de carácter pecuniario abre un abanico que abarca*

desde la fijación de una indemnización equivalente al importe económico del bien o derecho reclamado, en el caso de que hubiera sido razonablemente segura la estimación de la acción, hasta la negación de toda indemnización en el caso de que un juicio razonable incline a pensar que la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad, pues en este caso el daño patrimonial debe considerarse inexistente»[36].

Declaraciones que admiten alguna matización. De un lado, todo daño cierto, cualquiera que sea su naturaleza —moral o patrimonial—, ha de ser indemnizado aunque sea en una cuantía mínima, abriéndose en ambos tipos un abanico de posibles cuantías, cuya determinación derivará de la aplicación a cada tipo de daño del criterio de valoración que le es propio por su naturaleza, de discrecionalidad judicial en el daño moral y de prosperabilidad de la acción frustrada en el daño material (con esta incompatibilidad al menos por el momento), y pudiendo coincidir, en el caso de daño material, el importe de la indemnización con el de la pretensión económica perdida si hay certeza sobre su resultado favorable. Y, de otro, si, como indican todas esas sentencias, «*la acción era manifiestamente infundada o presentaba obstáculos imposibles de superar y, en consecuencia, nunca hubiera podido prosperar en condiciones de normal previsibilidad*», no es que, como concluyen, «*el daño patrimonial debe considerarse inexistente*», sino que no hay daño reparable, que exige la existencia de alguna posibilidad de éxito.

La apreciación de la existencia de daño reparable debe ser previa a su calificación como moral o material, lo que, por otro lado, quedaba muy claro en la STS de 27 de julio de 2006, «*El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando hay una razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado*», y recogen, incluso, algunas de las antedichas sentencias en otro momento de su redacción, así, afirman las de 22 de abril (núm. 283) y 5 de junio (núm. 374) de 2013 que «*No puede, sin embargo, reconocerse la existencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación por parte del abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de la acción*».

3. Criterio de prosperabilidad de la acción frustrada

El desajuste que puede existir en la reparación del daño moral, y la necesidad de dar respuesta al principio *restitutio in integrum* que constituye el pilar del Derecho de daños ante cualquier daño reparable, han impulsado una nueva orientación que afecta a los dos tipos de daños.

En cuanto al daño moral, se defiende la necesidad de realizar un cálculo prospectivo de oportunidad de buen éxito de la acción —propio hasta ahora del daño material—, ya que la dificultad de ese juicio de valor —«juicio dentro del juicio»— no debe jugar en contra del cliente perjudicado por la negligencia de su abogado, que precisamente ha sido la que ha impedido determinar el grado de prosperabilidad de la acción frustrada, de forma que: de ser económica la pretensión y tener pocas probabilidades de éxito —puesto que de ser altas el daño sería material—, la cuantía de la indemnización por daño moral debe aproximarse al valor económico de la pretensión frustrada en función del grado de prosperabilidad que esta presente; grado de probabilidad de éxito que también se tendrá en cuenta cuando la pretensión no tenga carácter económico, pese a que no haya referencia pecuniaria sobre la que aplicarlo; solo cuando no se acierte a

determinar el grado de probabilidad de éxito de la pretensión —por encima de un mínimo que justifica la existencia de daño reparable—, el importe de la indemnización quedará al muy prudente arbitrio del órgano judicial, que, en cualquier caso —también en los dos primeros—, habrá de tener en cuenta todos los aspectos que sirvan para acordar una indemnización justa, tales como la naturaleza de la pretensión, su importancia económica, la gravedad del incumplimiento y su influencia en el resultado, el propio resultado..., los cuales además habrá de indicar en la sentencia a fin de dar cumplimiento a la exigencia de motivación.

Criterio de prosperabilidad de la acción frustrada para valorar el daño moral que ya estaba en la temprana STS de 16 de diciembre de 1996, «*si bien esa indemnización no puede consistir en lo que los actores hubieran podido percibir como indemnización de los daños y perjuicios derivados del fallecimiento del esposo y padre de los actores en el procedimiento en que se dio la actuación negligente a que se contrae este litigio, trasponiendo a este pleito aquella indemnización como hace la Sala «a quo» mediante un estudio de la acción que no llegó a prosperar al ser estimada la excepción de prescripción, sí pueden ser examinadas las posibilidades de que la acción, caso de haber sido temporáneamente ejercitada, hubiese prosperado y partiendo de ello y atendida la cuantía litigiosa así como la causa de que la demanda no llegase a ser examinada en cuanto al fondo del asunto, fijar la indemnización procedente*»[37].

Y en el que insisten las sentencias de 9 de marzo y 27 de octubre de 2011, «*En aplicación de esta doctrina, resultaría atendible en abstracto la afirmación del recurrente en el sentido de que la sentencia de apelación limita la indemnización por la negligencia profesional del abogado al daño moral cuando la jurisprudencia reconoce la indemnización del daño moral y del daño material en base a la doctrina de la posibilidad de éxito del recurso frustrado. Sin embargo, aunque la sentencia de apelación califica como daño moral el perjuicio padecido no puede afirmarse que no haya tenido en cuenta la pérdida de oportunidades de obtener un beneficio patrimonial. Antes bien, la sentencia de apelación sigue los criterios de la sentencia de primera instancia, en la cual se valoran, entre otros extremos, la "gravedad de los hechos enjuiciados» y «la imposibilidad del principal perjudicado de sostener la acusación contra el responsable"»;* y, de forma más general, las sentencias de 23 de febrero, 27 de mayo y 14 de julio de 2010 y 22 de abril (núm. 283) y 5 de junio (núm. 374) de 2013, «*No puede, sin embargo, reconocerse la existencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defectuosa actuación por parte del abogado al menos disminuyó en un grado apreciable las oportunidades de éxito de la acción*», pero «*En caso de concurrir esta disminución podrá graduarse su responsabilidad según la proporción en que pueda fijarse la probabilidad de contribución causal de la conducta del abogado al fracaso de la acción*».

En cuanto a los daños materiales, también se advierte una mayor exigencia a la hora de cuantificar la indemnización, en el sentido de tener que determinar el órgano judicial, no solo un grado, sino un porcentaje concreto de prosperabilidad de la acción frustrada tras realizar «el juicio dentro del juicio», que será el que se aplique sobre el valor pecuniario de esa pretensión para calcular la indemnización, hasta el punto que, de no haberse calculado por el Tribunal de instancia ese porcentaje, el Tribunal Supremo ha establecido el importe de la indemnización en la mitad del importe del asunto en cuestión, por considerar que, al no haberse razonado de otra forma, no puede afirmarse que el porcentaje de posibilidades de fracaso fuera superior al de posibilidades de éxito.

Así, dice en su sentencia de 5 de junio (núm. 373) de 2013 que, «*De lo expuesto, resulta que el daño consistió en la frustración de la acción judicial. Tras*

constatar la pérdida de oportunidad procesal, deben analizarse las posibilidades de éxito de la demanda de retracto. En el supuesto de autos no puede desconocerse que la acción de retracto era perfectamente viable como reconoció la sentencia recurrida, pero la AP no fijó un porcentaje concreto de posibilidades de éxito de la acción de retracto. Tan solo hizo referencia a los hipotéticos motivos de oposición que hubieran podido formular los demandados, no obstante, redujo el importe de la indemnización concedida por la sentencia de 1.ª Instancia de 200.199,08 euros a 50.000 euros. De lo expuesto resulta que, al no fijarse por la AP un porcentaje de posibilidades y aludir genéricamente a la incertidumbre del proceso, después de haber afirmado la viabilidad de la acción, esta Sala considera procedente la revisión de la cuantía de la indemnización concedida por la pérdida de oportunidad derivada de la actuación negligente del abogado demandado, valorando el perjuicio causado en la suma de 100.099,54 euros, es decir, el 50% de la cifra concedida por el Juzgado de 1.ª Instancia, a tenor de la apreciación de las posibilidades del éxito de la acción, pues, respetando la valoración fáctica hecha por la Audiencia Provincial no puede afirmarse que el porcentaje de posibilidades de fracaso sea superior al de posibilidades de éxito de la acción en el supuesto de que hubiera sido entablada»; como ya lo había hecho en la sentencia de 22 de abril de 2013[38].

4. Importe de la indemnización

El abogado responde del daño causado al cliente que sea consecuencia de su ejercicio profesional.

En ese daño va a estar incluida, como primera partida, manifestación de un daño material en su modalidad de daño emergente, el importe de las costas y demás gastos en los que haya incurrido el cliente como consecuencia de la falta o mala actuación de su abogado, siendo habitual que también se incluyan los honorarios pagados a este, que, sin embargo, son ajenos a la responsabilidad contractual, al pertenecer a la teoría general del contrato —incumplimiento de obligaciones y resolución del mismo—, ya que, frente a la obligación principal del abogado de ejecutar el asunto encomendado conforme a las exigencias de la *lex artis*, está la obligación, también principal, del cliente de pagar al abogado los honorarios generados por esa actividad, no habiendo derecho a honorarios si aquel no cumplió su obligación, y habiendo de disminuirse su importe si la cumplió de forma defectuosa.

A continuación habrá de calificarse el daño por «pérdida de oportunidad procesal» como un daño material o moral y cuantificarse la indemnización conforme a los criterios que le son propios.

Si la calificación es de daño moral, hay que tener en cuenta que el artículo 1101 del Código Civil se refiere a cualesquiera daños derivados del incumplimiento contractual y que, aunque el artículo 1106 del mismo texto parece limitar el alcance del daño indemnizable a «*la pérdida que haya sufrido*» —daño emergente— y a «*la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor*» —lucro cesante—, es decir, a los daños patrimoniales, no prohíbe que se indemnice el daño moral derivado de un incumplimiento contractual[39], encontrándose en el artículo 1107, también del Código Civil, las condiciones que ha de reunir cualquier daño, también el moral, para ser indemnizable.

Así, el daño indemnizable por incumplimiento contractual ha de ser imputable objetivamente al deudor —el artículo 1107 dice que sea «*consecuencia necesaria*» de su incumplimiento—[40] y previsible «*al tiempo de constituirse la obligación*»

si el deudor incumple «de buena fe», puesto que el incumplidor «doloso» también responde de los no previsibles, pero requisito que se viene entendiendo en el sentido de que también es indemnizable el daño que se previó o se pudo prever después de constituirse la obligación pero antes de producirse el incumplimiento.

Ahora bien ¿se pueden reclamar ambos daños, moral por la pérdida de una oportunidad procesal y material por la pérdida de una ganancia segura?

No parece que se pueda hacer de manera conjunta o acumulativa. Ambos tienen su origen en la «pérdida de una oportunidad procesal», pero en el caso del daño material esa pérdida se concreta en un lucro cesante, que es lo indemnizable —«*perjuicio patrimonial por pérdida de oportunidad*» dice el Supremo en sus recientes sentencias— y que absorbe al daño moral consistente en la pérdida de una mera expectativa procesal —en el material, no solo se ha perdido la oportunidad de obtener una ganancia, sino que se ha perdido esa ganancia—.

Pero sí se puede, y debe, hacerse de forma subsidiaria cuando se crea estar ante un daño material, reclamado entonces como principal y como subsidiario el daño moral, ante el temor que el Juez no estime segura (o casi segura) la pérdida de la ganancia, ante la posibilidad de que, a lo largo del juicio de responsabilidad contra el abogado, el éxito de la acción frustrada de carácter económico presente un bajo nivel de prosperabilidad, lo que impedirá apreciar la existencia de un daño material, no así de uno moral.

Reclamación subsidiaria, con todas sus exigencias, de alegación y prueba, que a veces se olvida, pero que se puede entender incluida si se realiza una petición genérica de indemnización por daño, no cuando haya referencia solo al daño material (art. 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Así, dijo la STS de 28 de julio de 2003 que «*La delimitación conceptual y cuantitativa de la demanda resulta trascendente para la determinación del objeto del proceso y los términos del debate. Así lo entendió el juzgado de primera instancia —«no se reclama la indemnización correspondiente a la estimación valorativa de la zozobra, inquietud anímica, o desazón psíquica, como expresión de daños morales, que le causara el cierre a la casación de la tercería sostenida, sino la valoración económica de las fincas reivindicadas en la tercería dominical»— y así lo acepta la resolución recurrida —«es claro que la acción entablada no persigue, como acertadamente se dice en la sentencia apelada de esta litis, una indemnización por la privación de la expectativa de una eventual resolución favorable del recurso de casación, a modo de resarcimiento de un daño moral, sino la obtención por esta vía de lo que se estaba perdiendo por la de las tercerías interpuestas»—. En el recurso no se ataca adecuadamente esta argumentación, que es «ratio decidendi», y se razona que la indemnización por daño moral es procedente en supuestos como los que se enjuician, alegación que no resulta contraria a la apreciación de las sentencias de instancia, las cuales —con cabal acierto— no dicen que no quepa la indemnización del daño moral, sino que no cabe examinarla en el caso porque no se ha pedido…»;* en lo que insiste la sentencia de 22 de abril de 2013, «*Y, por último, se confirma la denegación de la indemnización correspondiente al daño moral, pues no fue acreditado en el momento procesal oportuno*».

Y tampoco hay inconveniente en reclamar ambos de forma acumulativa, el daño material, por tener naturaleza económica la pretensión y un alto grado de probabilidad de éxito si se hubiera ejercitado de forma correcta, y el daño moral en su originaria acepción, por cualquier otro perjuicio psíquico que haya sufrido, y pueda acreditar, el cliente por el incumplimiento contractual de su abogado —no ya por la pérdida de oportunidad procesal, embebida en el daño material—, siempre que, conforme a la teoría general del daño moral, este sea relevante,

suponga un perjuicio adicional más allá de las frustraciones o molestias que sufre todo acreedor al ver insatisfecho su interés por el incumplimiento del deudor, puesto que el riesgo de que se produzca el incumplimiento de la obligación y se generen esas consecuencias va implícito en toda relación contractual y así lo asume el acreedor, que por eso no puede reclamar una indemnización, y una vez que, por regla general, el contrato contempla intereses de naturaleza fundamentalmente económica, lo que conlleva que la indemnización por incumplimiento se limite a los daños de naturaleza patrimonial[41]; y daño moral independiente al que podría estar refiriéndose la STS de 19 de noviembre de 2013, «*…procederá el rechazo de la indemnización de ese daño material, decisión que, sin embargo, no excluirá la indemnización del daño moral que se demuestre existente como tal y que pueda vincularse causalmente con el acto negligente del abogado demandado… No alega el demandante, ni ha probado, haber sufrido un daño moral inherente a la mera privación de acceso a los recursos en sí misma considerada… estando en juego una pretensión de contenido económico (la indemnización por las lesiones sufridas), el daño que ha de concurrir para apreciar la responsabilidad civil contractual del letrado es el perjuicio patrimonial por pérdida de oportunidad, cuya fijación como cierto exige examinar en este caso —como consta que hizo el tribunal de apelación— la viabilidad de la acción frustrada en vía de recurso, puesto que no se ha probado la realidad de un daño moral independiente de esa pérdida de oportunidad procesal*».

IV. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Cuando el abogado incumple, o cumple de forma defectuosa, alguna de las obligaciones que conforman el contenido obligacional del contrato celebrado con el cliente incurre en un supuesto de responsabilidad contractual que el Código Civil regula en sus artículos 1101 y sigs., lo que recuerda el artículo 546.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, «*Los abogados y procuradores están sujetos en el ejercicio de su profesión a responsabilidad civil, penal y disciplinaria, según proceda*», y el artículo 78.2 del Estatuto General de la Abogacía Española[42], pese a lo innecesario de esta declaración, puesto que esta norma no puede modificar el régimen legal de responsabilidad civil, «*Los abogados en su ejercicio profesional, están sujetos a responsabilidad civil cuando por dolo o negligencia dañen los intereses cuya defensa les hubiere sido confiada, responsabilidad que será exigible conforme a la legislación ordinaria ante los Tribunales de Justicia…*».

Es unánime la consideración de que el daño que sufre el cliente es de naturaleza contractual, ya que contractual es la relación jurídica que le une con su abogado en cuyo seno se produce el daño. Dice la STS de 23 de julio de 2008 que «*El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias. En la relación del abogado con su cliente, si el primero de ellos incumple las obligaciones contratadas, o las que son consecuencia necesaria de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual*», calificación que llega, entre otras, a la sentencia de 5 de junio (núm. 374) de 2013, que además añade que «*Este criterio impone examinar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio, que debe resultar probada, se ha producido… una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficientes para ser configuradas como una vulneración objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva*

y por ello un daño resarcible en el marco de la responsabilidad contractual que consagra el artículo 1101 del Código Civil».

Pese a la naturaleza contractual del daño, ha habido demandas de responsabilidad del abogado que se han formulado por vía de la responsabilidad extracontractual (art. 1902 del CC), lo que, sin embargo, y hasta la entrada en vigor de la LEC 1/2000, no ha impedido su conocimiento por los órganos judiciales conforme a la doctrina de la «unidad de la culpa civil», como ocurrió en el supuesto analizado por la STS de 27 de febrero de 2006, en el que el actor citó el artículo 1902 del Código Civil, «*con lo que parece querer derivarse al ámbito de la responsabilidad extracontractual o «aquiliana» una reclamación que claramente se sitúa en el ámbito de la responsabilidad contractual por incumplimiento de obligaciones derivadas de la relación de arrendamiento de servicios que existe entre abogado y cliente*».

Efectivamente, conforme a esa doctrina, el Juez determinaba el tipo de responsabilidad de que se trataba sin estar vinculado por la calificación indicada en la demanda, o incluso si no aparecía ninguna, sin que esto supusiera incongruencia por alteración de la *causa petendi*, limitada únicamente a los hechos de la demanda, que necesariamente había de respetar el órgano judicial. Pero ese planteamiento ha cambiado con la vigente LEC, puesto que el Juez está ahora vinculado, no solo por los hechos, sino también por los fundamentos de derecho de la demanda, aunque puede aplicar normas jurídicas que no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes (arts. 218.1 y 400).

Distinto es que el abogado incurra en responsabilidad extracontractual con motivo de su ejercicio profesional —posibilidad que olvida el artículo 78 del EGAE—, lo que ocurrirá cuando actuando en defensa de los intereses de su cliente lesione los de un tercero, sea la parte contraria, su abogado, el órgano judicial, un perito, un testigo…, con los que por tanto no mantiene una relación jurídica de naturaleza profesional (así, por ejemplo, el abogado que con motivo de las expresiones contenidas en la demanda que formula en nombre de su cliente vulnera el derecho a la imagen profesional del abogado de la parte contraria), siendo también posible que con su conducta cause dos daños, uno al cliente, de naturaleza contractual, y otro a terceros, de naturaleza extracontractual (así, por ejemplo, el abogado que incumple su obligación de secreto profesional y con la revelación lesiona los intereses de su cliente y de los familiares de este).

En alguna ocasión se ha calificado de extracontractual la responsabilidad que surge para el abogado que causa un daño a su defendido cuando entre ellos no media un contrato oneroso, porque su actuación responda, por ejemplo, a relaciones de amistad o parentesco sin contraprestación[43].

Sin embargo, no parece que la falta de precio saque el daño causado al defendido de la órbita contractual, puesto que entre el Abogado y el defendido existe una relación jurídica de carácter profesional; el defendido no es un tercero ajeno a la prestación de servicios del abogado, ni el daño deriva del incumplimiento del genérico deber de *neminem laedere*, sino que el daño deriva de un incumplimiento de su obligación de ejercicio de la Abogacía conforme a las exigencias de la *lex artis*, ejercicio que siempre es de parte, en defensa de los intereses del patrocinado —y en este sentido cliente—, entre los que por tanto existe una relación jurídica previa de la que surge la obligación para el abogado de actuar en su interés, de forma que el daño ocasionado a aquel por incumplimiento de esta obligación mantiene su calificación de daño contractual pese a que el abogado no reciba una contraprestación; y ausencia de precio que puede entenderse como una renuncia al mismo, lo que no desnaturaliza la relación jurídica contractual.

Y relación jurídica de carácter profesional que también existe cuando el defendido se asigna al abogado a través del servicio del Turno de Oficio de su Colegio de Abogados, esto es, cuando el encargo profesional de defensa proviene, no del sujeto a defender, sino de la Administración, que será la que retribuya sus servicios profesionales, porque tampoco en este caso el daño que pueda causar a su patrocinado deriva del incumplimiento del genérico deber de *neminem laedere*, sino del incumplimiento de sus obligaciones profesionales para con el justiciable —y en este sentido también cliente—[44]; las obligaciones del abogado para con su defendido son siempre las mismas, haya aquel contratado sus servicios o haya sido asignado por Turno de Oficio, y su incumplimiento genera en ambos casos una responsabilidad de tipo contractual. En este sentido, las SSTS de 12 de diciembre de 2003 y 19 de noviembre de 2013 revisan la actuación profesional de sendos abogados designados en Turno de Oficio desde la perspectiva de la responsabilidad contractual, con cita expresa del artículo 1101 del Código Civil.

V. CONCLUSIONES

I. El daño reparable derivado del incumplimiento contractual culpable del abogado, siempre que le sea imputable objetivamente, se identifica con la «pérdida de una oportunidad cierta».

II. El «juicio dentro del juicio» como procedimiento para valorar el grado de prosperabilidad de la acción no ejercitada por el abogado, o ejercitada de forma no ajustada a la *lex artis*, se presenta ineludible para apreciar la existencia de daño reparable en los términos del artículo 1101 del Código Civil, puesto que solo habrá daño reparable si la pretensión no ejercitada o ejercitada mal tenía alguna, aunque mínima, posibilidad de éxito de haberse ejercitado correctamente.

III. Cuando la pretensión es de contenido económico, el «juicio dentro del juicio» como procedimiento para determinar el grado de prosperabilidad de la acción no ejercitada, o ejercitada de forma incorrecta por el abogado, vuelve a ser necesario para apreciar la existencia de un daño patrimonial en la modalidad de lucro cesante, puesto que solo lo habrá cuando la probabilidad de éxito sea alta, cuando se llegue a la certeza, o a un alto grado de convicción, que la acción, de haberse ejercitado conforme a las exigencias de la *lex artis*, habría sido estimada. A falta de alguno de esos dos elementos, carácter económico de la pretensión y alto grado de prosperabilidad, el daño a reparar será de naturaleza moral.

IV. De la actuación negligente de un abogado pueden derivar dos tipos de daños: moral por la pérdida de una oportunidad procesal cierta y patrimonial en la modalidad de lucro cesante cuando esa pérdida de oportunidad procesal se concreta, por la naturaleza económica de la pretensión y el alto nivel de prosperabilidad de la acción frustrada, en la pérdida de una ganancia segura (o casi segura). De apreciarse la existencia de daño material, este absorbe al daño moral.

V. Todo daño cierto, sea de naturaleza moral o patrimonial, ha de ser indemnizado aunque sea en una cuantía mínima, abriéndose en ambos tipos un abanico de posibles cuantías, cuya determinación derivará de la aplicación a cada tipo de daño del criterio de valoración que en principio le es propio por su naturaleza, de discrecionalidad judicial en el daño moral y de prosperabilidad de la acción frustrada en el daño material.

VI. En cuanto sea posible, en el criterio de «discrecionalidad judicial» propio del daño moral ha de integrase el «criterio del grado de prosperabilidad de la acción frustrada» propio del daño material, a través del «juicio dentro del

juicio», a fin de evitar la arbitrariedad judicial en la valoración del daño moral y cuantificación de la indemnización; en todo caso, la sentencia habrá de indicar los motivos y aspectos tenidos en cuenta para determinar el importe de la indemnización.

VII. Para valorar el daño patrimonial y cuantificar la indemnización se aplicará el «criterio del grado de prosperabilidad de la acción frustrada», a través del «juicio dentro del juicio», con una mayor rigurosidad, puesto que habrá de fijarse un porcentaje concreto de prosperabilidad de la acción, que será el que se aplique sobre el valor económico de la pretensión para calcular la indemnización, sin perjuicio de la facultad judicial de moderación del *quantum* indemnizatorio.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 25 de junio de 1984
- STS de 5 de junio de 1985
- STS de 17 de septiembre de 1987
- STS de 15 de junio de 1992
- STS de de 17 de noviembre de 1995
- STS de 20 de mayo de 1996
- STS de 21 de octubre de 1996
- STS de 16 de diciembre de 1996
- STS de 11 de noviembre de 1997
- STS de 28 de enero de 1998
- STS de 25 de marzo de 1998
- STS de 25 de junio de 1998
- STS de 3 de octubre de 1998
- STS de 26 de enero de 1999
- STS de 14 de mayo de 1999
- STS de 8 de febrero de 2000
- STS de 23 de mayo de 2001
- STS de 30 de diciembre de 2002
- STS de 29 de mayo de 2003
- STS de 7 de abril de 2003
- STS de 8 de abril de 2003
- STS de 28 de julio de 2003
- STS de 12 de diciembre de 2003
- STS de 28 de enero de 2005
- STS de 28 de abril de 2005
- STS de 14 de julio de 2005
- STS de 14 de diciembre de 2005
- STS de 27 de febrero de 2006
- STS de 21 de marzo de 2006
- STS de 30 de marzo de 2006
- STS de 30 de mayo de 2006
- STS de 27 de julio de 2006
- STS de 26 de febrero de 2007
- STS de 21 de junio (núm. 728) de 2007
- STS de 15 de noviembre de 2007
- STS de 15 de febrero de 2008
- STS de 18 de julio de 2008

- STS de 23 de julio de 2008
- STS de 22 de octubre de 2008
- STS de 1 de diciembre de 2008
- STS de 23 de febrero de 2010
- STS de 31 de marzo de 2010
- STS de 27 de mayo de 2010
- STS de 14 de julio de 2010
- STS de 9 de marzo de 2011
- STS de 27 de octubre de 2011
- STS de 28 de junio de 2012
- STS de 22 de abril de 2013
- STS de 22 de abril (núm. 283) de 2013
- STS de 5 de junio (núm. 374) de 2013
- STS de 5 de junio (núm. 373) de 2013
- STS de 19 de noviembre de 2013

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1997). Responsabilidad de Abogados y Procuradores. *Aranzadi Civil,* Vol. III, 20-21.

CRESPO MORA, M. C. (2005). *La responsabilidad del abogado en el Derecho civil.* Madrid: Cívitas.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (2008). La responsabilidad civil del abogado. Indret: *Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 1, 1-54, disponible en http://www.indret.com/pdf/521_es.pdf.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2008a). *El escándalo del daño moral.* Madrid: Cívitas.

— (2008b). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. II. Las relaciones obligatorias.* Madrid: Cívitas.

GARNICA MARTÍN, J. F. (2007). La prueba del lucro cesante. Práctica de tribunales. *Revista de Derecho procesal civil y mercantil,* núm. 37, 5-24.

GÓMEZ POMAR, F. (2000). Daño moral. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 1, 1-14, disponible en http://www.indret.com/pdf/006_es.pdf.

— (2003). Pleitos tengas: pérdida de un litigio, responsabilidad del Abogado y daño moral (Comentario a la STS de 8 de abril de 2003). *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 3, 1-9, disponible en http://www.indret.com/pdf/154_es.pdf.

MEDINA ALCOZ, L. (2009). Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades. *Revista de responsabilidad civil y seguros,* núm. 30, 31-74.

PANIZA FULLANA, A. (2012). Responsabilidad profesional del abogado por la pérdida de oportunidad procesal: la problemática determinación del quantum indemnizatorio. *Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 11, 1-12.

REGLERO CAMPOS, L. F. (2004). *Tratado de responsabilidad civil.* Pamplona: Aranzadi.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M. (2006). Indemnización del daño moral contractual. Comentario a la STS 28 de marzo de 2006. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial,* núm. 16, 277-285.

SERRA RODRÍGUEZ, A. (1998). Responsabilidad civil del abogado (Comentario a la STS de 28 enero de 1998). *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial,* núm. 1, 301-308.
— (2001). *La Responsabilidad Civil del Abogado.* Pamplona: Aranzadi.
— (2004). Sobre la identificación y valoración del daño en la responsabilidad civil de procuradores y abogados. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2003. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial,* núm. 13.
SOLÉ FELIU, J. (2009). El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho,* núm. 1, 1-42, disponible en http://www.indret.com/pdf/607_es.pdf.
TEJEDOR MUÑOZ, L. (2004). Responsabilidad civil profesional: responsabilidad civil de los abogados demandados. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 681, 373-380.
YZQUIERDO TOLSADA, M. (1998). Negligencia profesional del Abogado que deja prescribir la acción. Determinación del daño resarcible. Ámbito temporal de la cobertura del seguro de responsabilidad civil profesional para Abogados. *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 47, 673-688.

NOTAS

[1] Dice la STS de 21 de junio, núm. 729, de 2007 que «*es doctrina consolidada que la acción para exigir responsabilidad al abogado se construye en torno a los tradicionales elementos que caracterizan la responsabilidad subjetiva, daño, culpa y nexo causal, lo que hace necesario conocer las obligaciones propias del letrado cuyo incumplimiento negligente puede dar lugar a tal reclamación de responsabilidad, recayendo por supuesto en el cliente demandante la carga de probar, tanto la existencia de un daño indemnizable…, como la falta de diligencia del letrado y, finalmente, el vínculo causal entre aquel menoscabo y el comportamiento negligente, contrario a los deberes profesionales…*».

[2] Sobre la responsabilidad civil del abogado, *vid*., en general, SERRA (2001) y CRESPO (2005).

[3] En la misma línea, la STS de 26 de febrero de 2007, «*El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando hay una razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado. La responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas*»; declaración que también recogen las Sentencias de 21 de junio (núm. 728) de 2007, 15 de febrero, 23 de julio y 22 de octubre de 2008, 31 de marzo, 27 de mayo y 14 de julio de 2010, 9 de marzo y 27 de octubre de 2011, 28 de junio de 2012 y 22 de abril y 5 de junio (núm. 373 y 374) de 2013.

[4] La STS de 25 de junio de 1984 indicó que «*la construcción del referido daño (moral) como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad peca hoy de anticuada… actualmente predomina la idea de «daño moral» representado por el impacto o sufrimiento psicológico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o incluso resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad*».

[5] En contra se manifestó DÍEZ-PICAZO (2008a, 25 y sigs.), puesto que suponer que toda víctima de una lesión del derecho reconocido en el artículo 24 sufre un daño moral indemnizable es algo «difícilmente sostenible», además de no poder proceder la vulneración de ese derecho de quien no pertenece al Poder Judicial; sobre las posiciones a favor y en contra de indemnizar el daño moral derivado de un incumplimiento contractual, *vid*., RODRÍGUEZ GUITIÁN (2006).

[6] *Vid*., también, la STS de 8 de febrero de 2000, «*A igual decisión desestimatoria lleva el sexto y último motivo… que considera infringido el artículo 1101, entendiendo que no se ha producido un mal real y efectivo, en relación directa de causa a efecto, al recurrido,*

cuando consta perfectamente acreditado el evidente incumplimiento de sus obligaciones como profesional del demandado y recurrente, incumplimiento que al impedir el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para conocer de la acción, por despido laboral, ha originado la pérdida indebida de oportunidades procesales, con la consiguiente generación de perjuicios que deben ser indemnizados»; y la STS de 30 de diciembre de 2002, *«emergerá la responsabilidad de aquel y su obligación de repararlo, sin que, por lo general, ese daño equivalga a la no obtención del resultado de la pretensión confiada o reclamación judicial: evento de futuro que, por su devenir aleatorio, dependerá al margen de una diligente conducta del profesional, del acierto en la correspondencia del objetivo o respuesta judicial estimatoria o, en otras palabras, la estimación de la pretensión solo provendrá de la exclusiva e intransferible integración de la convicción del juzgador»*.

[7] *Vid*., también, la STS de 29 de mayo de 2003, que casó y anuló la dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres —que confirmó la de primera instancia que absolvió a la abogada demandada—, porque el Tribunal de instancia *«ha basado la desestimación de las pretensiones de los actores en la imposibilidad, lo que es razonable, de estimar que el recurso hubiera prosperado con las consecuencias indemnizatorias descritas por los actores, que son las que hubieran tenido que figurar en la resolución favorable del recurso. Pero hay que insistir en que por el contrario no ha tenido en cuenta la obligada consecuencia de la conducta negligente, que no se discute, de la abogada de los actores, que ha privado a estos de la oportunidad del examen por el Tribunal Supremo del recurso que, precisamente la abogada creía necesario y estimable. Ello tiene que comprenderse como un daño moral infligido a los demandantes, que esta Sala al asumir la instancia por estimar este motivo de casación, valora libre y razonablemente en…»*; y la STS de 8 de abril de 2003, *«más que tratar de determinar cual podría haber sido el desenlace de la contienda judicial precedente si el abogado que en ella actuaba hubiese propuesto una prueba pericial plenamente ajustada a las normas procesales vigentes…, parece más indicado tener en cuenta la que la doctrina denomina "pérdida de oportunidad" que se ha ocasionado al causante de los recurrentes, quien por la impericia o la falta de diligencia del abogado cuyos servicios profesionales había solicitado no ha podido acceder a los Tribunales en las condiciones imprescindibles para demandar la tutela de sus intereses ante los mismos»*.

[8] Con cita y transcripción en parte de las SSTS de 11 de noviembre de 1997 y 25 de junio de 1998, y cita también de las SSTS de 14 de mayo de 1999, 30 de diciembre de 2002 y 8 de abril de 2003.

[9] Sobre esta Sentencia, *vid*., GÓMEZ (2003) y TEJEDOR (2005).

[10] También de ese año, la STS de 14 de diciembre de 2005, *«teniendo en cuenta, sobre la existencia y realidad del daño o menoscabo, que con su comportamiento negligente privó al actor de la oportunidad de someter a la consideración judicial una determinada pretensión y de que si bien nadie puede prever con absoluta seguridad lo que hubiera ocurrido de haberla formulado o de plantear el correspondiente recurso de apelación, con su conducta no solo impidió a su cliente la posibilidad de conseguirlo, sino que vulneró su derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución Española, pues, indudablemente, el derecho de acceso a los recursos establecidos (como integrante de la tutela judicial efectiva) forma parte del patrimonio jurídico del actor. En este sentido, y sin necesidad de acudir a un juicio sobre la prosperabilidad de la pretensión omitida y del recurso que no se llegó a presentar, se fija en un millón y medio de pesetas la indemnización que deberá abonar al actor, en concepto de reparación por el daño moral infligido»*.

[11] También de ese año, la STS de 27 de julio de 2006, *«Desde esta perspectiva u otra análoga, —defendida por buena parte de la doctrina— no es inexacto calificar como daño moral el que tiene relación con la imposibilidad del ejercicio de los derechos fundamentales, integrados en el ámbito de la personalidad, como es el derecho a la tutela judicial efectiva. Esta Sala no ha rehuido en ocasiones, en un contexto descriptivo de su implicación con ese derecho fundamental, aplicar esta calificación a supuestos de frustración de acciones procesales, como pone de relieve la parte recurrida en su escrito de impugnación (especialmente, SSTS de 20 de mayo de 1996, 11 de noviembre de 1997, 25 de junio de 1998, 14 de mayo de 1999, 23 de mayo de 2001, 29 de mayo de 2003 y 14 de julio de 2005)»*.

[12] Definición del «juicio dentro del juicio» que se extrae de la STS de 29 de mayo de 2003.

[13] Se muestran a favor de este «juicio dentro del juicio» BERCOVITZ (1997) y DE ÁNGEL (2008, 40). Afirma el segundo que «No veo inconveniente en que un órgano judicial, practicando el «juicio dentro del juicio», determine qué resultado habrían podido tener la demanda presentada fuera de plazo o el recurso cuyo plazo ha vencido también. Y esto, incluso tratándose de acciones o recursos de un orden jurisdiccional no civil. Téngase presente que no pocas veces un tribunal tiene que resolver también sobre la base de lo que habría ocurrido, pero no en relación con una «incógnita jurídica», que para un órgano judicial es, por así decirlo, menos incógnita, sino sobre acontecimientos ajenos al mundo del Derecho… En este punto, es preciso tener en cuenta que en los últimos años se ha abierto paso con cierta frecuencia, en la doctrina del TS, la idea de la probabilidad cualificada sobre tal o cuál extremo».

[14] *Vid*., SERRA (2004).

[15] Dice el párrafo completo de la STS de 28 de enero de 2005 «*que el espinoso problema de la fijación de la indemnización de daños y perjuicios en sede de responsabilidad civil de abogados y procuradores han venido siendo examinados en diversas sentencias de este Tribunal, en las cuales se han contemplado los diversos conceptos indemnizables y los variados criterios que se pueden tomar en cuenta para cuantificarlos. La variedad de situaciones que se pueden producir determina que tenga una especial relevancia el aspecto casuístico. Por regla general, la jurisprudencia ha reconocido la indemnización del daño moral (sentencia de 20 de mayo de 1996 —por privación del derecho al recurso que tenía a su favor la parte demandante—; 11 de noviembre de 1997 —por verse privado del derecho a que las demandas fueran estudiadas por el Tribunal de Apelación y, en su caso, por el Tribunal Supremo—; 25 de junio de 1998 —derivado del derecho a acceder a los recursos, o a la tutela judicial efectiva—; 14 de mayo de 1999; y 29 de mayo de 2003, entre otras), así como la del daño material (sentencias, entre otras, 17 de noviembre de 1995, 20 de mayo y 16 de diciembre de 1996, 28 de enero, 24 de septiembre y 3 de octubre de 1998) permitiendo tener en cuenta para su fijación la doctrina de la posibilidad de éxito del recurso frustrado*»; *vid*., también, la STS de 30 de noviembre de 2005.

[16] *Vid*., el comentario que hace (PANIZA, 2012).

[17] Declaración que ya se encontraba, entre otras, en las sentencias de 26 de febrero y 21 de junio (núm. 728) de 2007, 15 de febrero y 23 de julio de 2008, 31 de marzo, 27 de mayo y 14 de julio de 2010, 9 de marzo y 27 de octubre de 2011, y llega a las de 22 de abril, 5 de junio, núm. 373 y 374, y 19 de noviembre de 2013.

[18] *Vid*., sobre este aspecto, SERRA, 2001, pp. 205-273.

[19] MEDINA, 2009, pp. 51-52, quien añade que esta doctrina de la «pérdida de oportunidad» se traduce «en un mecanismo de responsabilidad proporcional en virtud del cual se reconoce al perjudicado una indemnización de la que se descuenta una parte proporcional al grado de incertidumbre constituida por la probabilidad de que el agente dañoso no fuera, en verdad, causante del padecimiento… el agente dañoso indemniza, no por el daño que ha causado, sino, simplemente, por el daño que posiblemente causó. Se trata, en definitiva, de una redefinición del concepto clásico de causalidad que da entrada a las ideas de «causalidad sospechosa», «causalidad probabilística…», y que la doctrina del «juicio dentro del juicio» no es más que «una forma plástica de expresar la exigencia fundamental de que se aprecie el nexo causal a través de un juicio probabilístico en una concreta serie de casos de responsabilidad civil»; por su parte, DE ÁNGEL: «La responsabilidad civil del abogado», *op. cit.*, también recuerda que «La teoría de la "parte de chance" es uno de los instrumentos técnicos a que acude la jurisprudencia francesa para resolver problemas de relación de causalidad en los que no es fácil llegar a una conclusión segura. Por medio de esa idea, algunas sentencias del país vecino llegan a indemnizaciones "parciales" de las víctimas (es decir, no a la reparación "íntegra") cuando la causalidad entre la culpa médica y el daño sufrido por el paciente no se puede establecer con total certeza… Verdad es que la condena a indemnizar "parte del daño", propia de la doctrina de la "pérdida de oportunidad", suscita los reparos del juicio salomónico, a la vez que crea aprensiones de atentado a la seguridad jurídica por la considerable participación de la subjetiva apreciación de cada juez. Pero este razonamiento no me parece concluyente por sí mismo, puesto que también existe una gran dosis de apreciación subjetiva cuando el juez declara que una causa es o no "adecuada"; o

cuando un juez considera que el demandado creó culposamente un riesgo, como punto de partida para presumir la relación de causalidad».

[20] *Vid*., también, la antes citada STS de 1 de diciembre de 2008, «*La Audiencia Provincial explica con detalle las circunstancias que, a juicio de la sentencia recurrida, justifican que la parte ejecutada no propusiera prueba… Dichas circunstancias revelan que, aparte de la conducta procesal del Abogado demandado en defensa de su cliente, han existido factores externos de suficiente relevancia para considerar que la omisión en que pudo incurrir no le resulta imputable, pues existieron factores procesales cifrados en el retraso de los autos, en la confianza suscitada por la admisión por parte del juzgador de instancia de los títulos afirmando que parecían corresponder al mismo negocio subyacente, en la imposibilidad de retrotraer las actuaciones, en la no-admisión de la prueba solicitada en segunda instancia, y en el carácter sumario del proceso seguido, los cuales, en su conjunto, reflejan que la producción del resultado producido está condicionada por los avatares experimentados en el curso del procedimiento*».

[21] Como ocurre en las SSTS de 15 de febrero y 22 de octubre de 2008, 31 de marzo de 2010 y 22 de abril y 5 de junio (núm. 374) de 2013.

[22] Como ocurre en la STS de 28 de junio de 2012.

[23] Como ocurre en la STS de 23 de febrero de 2010.

[24] *Vid*., REGLERO (2004, 300), que desarrolla el criterio del «incremento del riesgo».

[25] Añade esta Sentencia que «*La parte recurrente mantiene que la simple frustración del recurso de reforma, independientemente de sus consecuencias, comporta la existencia de un daño moral, pero esta afirmación no se compadece con la doctrina anteriormente recogida. En suma, los criterios de falta de imputabilidad objetiva del daño a la conducta del abogado y de falta de oportunidades procesales de obtener éxito en el ejercicio de la acción impiden la estimación del motivo en este punto*».

[26] Declara la STS de 27 de julio de 2006 que «*cabe la revisión en casación cuando en la fijación de las bases para determinar la indemnización se incurre, como aquí sucede, en la infracción de un criterio jurisprudencial en la aplicación de las normas legales invocadas como fundamento de los motivos de casación*»; y la STS de 5 de junio (núm. 373) de 2013 que la cuantía de la indemnización es «*susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación del quantum*».

[27] GARNICA (2007, 5), señala que «El concepto de daño moral sirve con frecuencia en la jurisprudencia como un simple comodín que permite dar solución a problemas que no son atinentes a la clasificación de los daños sino a su prueba y valoración, porque, como es bien conocido, el daño moral tiene unas reglas de enjuiciamiento tan laxas que deja en manos del tribunal tanto su existencia como su valoración».

[28] Declaración contenida en la STS de 27 de julio de 2006, que llega, entre otras, a las de 9 de marzo y 27 de octubre de 2011, 28 de junio de 2012 y 5 de junio (núm. 373) y 19 de noviembre de 2013, «*…todo daño moral efectivo, siempre que deba imputarse jurídicamente a su causante, debe ser objeto de compensación, aunque sea en una cuantía mínima…*».

[29] En términos de la STS de 29 de mayo de 2003, como se verá.

[30] GÓMEZ (2000, 11) pone de relieve que, bajo la calificación de daño moral, se han indemnizado perjuicios patrimoniales, pero evitando explicitar los criterios de valoración económica del daño.

[31] En similar forma, dice la STS de 28 de abril de 2005 que, «*en este caso, en atención a la relación contractual de servicios entre Abogado y cliente, el daño moral del actor deriva de la clara insatisfacción producida por la negligente inactividad del Letrado don Rodrigo en la defensa de los intereses que le fueron encomendados, que ha frustrado los derechos de defensa de aquel en el referido juicio en su contra deducido sobre resolución del contrato de arrendamiento rústico, así como provocado la pérdida de las correspondientes expectativas procesales, por lo que esta Sala, tras ponderar los datos demostrativos obrantes en las actuaciones, acuerda señalar la cantidad de doce mil veinte euros con veinticuatro céntimos (12.020,24 euros), como la correspondiente a la indemnización por dicho concepto*».

[32] STS de 14 de diciembre de 2005, «*teniendo en cuenta, sobre la existencia y realidad del daño o menoscabo, que con su comportamiento negligente privó al actor de la oportunidad de*

someter a la consideración judicial una determinada pretensión y de que si bien nadie puede prever con absoluta seguridad lo que hubiera ocurrido de haberla formulado o de plantear el correspondiente recurso de apelación, con su conducta no solo impidió a su cliente la posibilidad de conseguirlo, sino que vulneró su derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución Española, pues, indudablemente, el derecho de acceso a los recursos establecidos (como integrante de la tutela judicial efectiva) forma parte del patrimonio jurídico del actor. En este sentido, y sin necesidad de acudir a un juicio sobre la prosperabilidad de la pretensión omitida y del recurso que no se llegó a presentar, se fija en un millón y medio de pesetas la indemnización que deberá abonar al actor, en concepto de reparación por el daño moral infligido».

[33] Concluye la Sentencia, después de analizar un amplio número de Sentencias del Tribunal Supremo, que el Tribunal de instancia «*no ha tenido en cuenta la obligada consecuencia de la conducta negligente, que no se discute, de la abogada de los actores, que ha privado a estos de la oportunidad del examen por el Tribunal Supremo del recurso que, precisamente la Abogada creía necesario y estimable. Ello tiene que comprenderse como un daño moral infligido a los demandantes, que esta Sala al asumir la instancia por estimar este motivo de casación, valora libre y razonablemente en dos millones de pesetas (2.000.000 de pesetas) para cada uno de los afectados*».

[34] *Vid*., también, la STS de 24 de febrero de 2005, «*el perjuicio no puede ser otro que el valor de las acciones, es decir, la cantidad 13.350.000 pesetas, ya que con independencia que nadie puede prever que con la reclamación judicial se va a obtener lo que se pretende, en este caso concreto, la pasividad durante 8 años impidió al recurrente el ejercicio de otras para el control de la sociedad y/o venta de sus participaciones…*».

[35] *Vid*., los comentarios sobre esta Sentencia de YZQUIERDO y SERRA (1998).

[36] *Vid*., también, la STS de 28 de junio de 2012, que destaca que la Sentencia recurrida «*oscila, a la vista de la jurisprudencia a la sazón existente, entre calificar como daño moral o como pérdida de oportunidades el perjuicio padecido, pero fija la indemnización en proporción al daño económico que es susceptible de ser apreciado según las posibilidades reales de éxito de la acción. La indemnización se fija en un porcentaje sobre la suma que las demandantes podían obtener según sus expectativas, pues en las demandas que fueron desestimadas al apreciar la excepción de prescripción… Y estas cantidades deben ser confirmadas, pues no se advierte que se haya incurrido en una notoria desproporción entre el daño patrimonial sufrido por los recurridos y la indemnización fijada con arreglo a las circunstancias del caso, integradas, entre otros extremos, por las posibilidades de éxito de las actuaciones frustradas por la negligencia del abogado y teniendo en cuenta que las cantidades recibidas como consecuencia del éxito obtenido por el abogado demandado en el procedimiento de recargo de las prestaciones…*».

[37] *Vid*., también, la STS de 26 de enero de 1999, «*según se ha razonado la frustración de las expectativas generadas en el recurrente por las posibilidades de éxito del recurso de revisión "nonato", cuya dirección técnica asumió aquel sin que, finalmente, llegase a confeccionarlo y, definitivamente, a presentarlo, supuso la pérdida de una oportunidad procesal que, en atención a la cantidad total reclamada y discutible prosperabilidad del mismo se fija prudentemente en la suma de…*»; y la antes comentada STS de 29 de mayo de 2003.

[38] STS de 22 de abril de 2013, «*la pérdida de la oportunidad procesal se ha traducido finalmente en la disminución de su patrimonio en la parte del precio de la compraventa no percibido… debe tenerse en cuenta que como el daño consistió en la frustración de una acción judicial debe realizarse un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción (que corresponde al daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades, que puede ser el originado por la frustración de acciones procesales) y esta Sala considera que es acertada la cuantía de la indemnización concedida por la AP, pues no se advierte que se haya incurrido en una notoria desproporción entre el daño patrimonial sufrido por el recurrente y la indemnización fijada con arreglo a las circunstancias del caso, integradas, entre otros extremos, por las posibilidades de éxito de las actuaciones frustradas por la negligencia del abogado. Y, en todo caso, el recurrente no alega en su escrito de interposición del recurso de casación hecho alguno, entre los admitidos como probados por la sentencia de apelación y susceptibles de ser tomados en consideración por esta Sala, del cual pueda deducirse una mayor probabilidad de éxito en sus pretensiones que pudiera justificar la procedencia de aplicar un porcentaje*

superior sobre la parte del precio de la compraventa dejada de percibir. En consecuencia, se confirma la indemnización de 46.077,60 euros que devengará el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda…».

[39] STS de 21 de octubre de 1996, «*Si bien es cierto que el referido precepto civil 1106 establece de forma normativa para regular los daños y perjuicios de condición exclusivamente material, no lo es menos ante la concurrencia de efectivos daños de no apreciación tangible —los llamados daños morales—, cuya valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, habiendo resuelto la jurisprudencia de esta Sala… que su cuantificación puede ser establecida por los Tribunales teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes*».

[40] Señala DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 785, que para saber si los daños son o no consecuencia necesaria del incumplimiento se ha de analizar «si, de acuerdo con las previsiones y con los pactos contractuales, correspondía al deudor contractual dejar indemne al acreedor de tales eventuales daños, según la distribución de los riesgos que el contrato entrañara».

[41] Como pone de relieve SOLÉ, 2009, p. 17, que además recuerda que la literatura sobre el análisis económico del Derecho se pronuncia en contra de indemnizar el daño moral contractual, puesto que esto supondría una suerte de sobre-compensación, ya que equivaldría a garantizar a su perceptor un seguro, cuyo precio (las primas) prácticamente en ningún caso estaría dispuesto a pagar antes del incumplimiento.

[42] Aprobado el vigente por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio.

[43] *Vid*., STS de 16 de diciembre de 1996.

[44] No opina así, SERRA (2001, p. 155).

1.7. CONCURSAL CIVIL

El concurso de la herencia

Insolvency proceedings over a deceased's estate

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: En el presente trabajo la autora postula una interpretación del artículo 1.2 LC, relativo al presupuesto subjetivo para la declaración de concurso de una herencia, en función del artículo 182 LC, lo que le permitirá concluir que la Ley Concursal no excluye de forma absoluta el concurso de la herencia en caso de haber sido aceptada pura y simplemente. Por ello postula la declaración conjunta de herencia y heredero que aceptó pura y simplemente, al amparo del artículo 25.2 LC, la declaración de concurso de la herencia indivisa aceptada pura y simplemente por los varios llamados, así como el tratamiento de la herencia como herencia beneficiaria, en caso de que unos herederos hubiesen aceptado pura y simplemente y otros a beneficio de inventario.

ABSTRACT: In this work the author proposes an interpretation of article 1.2 of the Insolvency Law, in relation to the subjective requirement for a declaration of insolvency proceedings over a deceased's estate, in accordance with article 182 of the said Law, which would allow the conclusion that the Insolvency Law does not exclude in absolute terms insolvency proceedings over a deceased's estate in the event that it has been accepted purely and simply [i.e. where the heirs are liable for the deceased's debts beyond the value of the estate]. As such, she proposes a joint declaration of insolvency proceedings over a deceased's estate and heir who accepts purely and simply, in accordance with the provisions of article 25.2 of the Insolvency Law, a declaration of insolvency proceedings over a deceased's undivided estate accepted purely and simply by the various parties, as well as treating the inheritance as one where the heirs do not accept liability for debts beyond the value of the estate in the event that some heirs have accepted purely and simply and others have accepted under benefit of inventory that exempts them from liability to pay the deceased's debts beyond the value of the estate.

PALABRAS CLAVE: Concurso de la herencia. Herencia yacente. Herencia beneficiaria. Herencia aceptada pura y simplemente.

KEY WORDS: Insolvency proceedings over a deceased's estate. Unsettled estate. Inheritance in which the heirs do not accept liability for the deceased's debts beyond the value of the estate. Inheritance in which the heirs accept purely and simply. With liability for the deceased's debts beyond the value of the estate.

SUMARIO: I. CONCURSO DE ACREEDORES Y FENÓMENO SUCESORIO. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS. EL SISTEMA DE LA LEY

CONCURSAL.—II. EL JUEZ COMPETENTE PARA EL CONOCIMIENTO DEL CONCURSO DE LA HERENCIA.—III. LOS EFECTOS DEL CONCURSO DE LA HERENCIA SOBRE LAS FACULTADES PATRIMONIALES DEL HEREDERO. —IV. LAS SOLUCIONES DEL CONCURSO DE LA HERENCIA.—V. EL CONCURSO DE UNA HERENCIA YACENTE: 1. EFECTOS QUE CABE DEDUCIR PRODUCE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE LA HERENCIA YACENTE.—VI. LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE UNA HERENCIA YA ACEPTADA A BENEFICIO DE INVENTARIO POR EL HEREDERO ÚNICO: 1. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO Y SU TRAMITACIÓN.—VII. DECLARACIÓN DE CONCURSO DEL HEREDERO ÚNICO QUE HUBIESE ACEPTADO LA HERENCIA PURA Y SIMPLEMENTE: 1. POSICIÓN DE LOS LEGITIMARIOS. 2. CONFLICTO ENTRE LOS ACREEDORES DEL HEREDERO Y LOS ACREEDORES DEL CAUSANTE.—VIII. PLURALIDAD DE HEREDEROS LLAMADOS A HERENCIA INSOLVENTE: 1. LOS VARIOS HEREDEROS HAN ACEPTADO A BENEFICIO DE INVENTARIO. 2. LOS VARIOS HEREDEROS HAN ACEPTADO PURA Y SIMPLEMENTE.—IX. CONCLUSIONES. —X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONCURSO DE ACREEDORES Y FENÓMENO SUCESORIO. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS. EL SISTEMA DE LA LEY CONCURSAL

En el Derecho anterior a la vigente Ley Concursal, el artículo 1053 de la LEC de 1881 señalaba que «las testamentarías podrán ser declaradas en concurso de acreedores o en quiebra, en los casos en que así proceda respecto a los particulares; y si lo fueren, se sujetarán a los procedimientos de estos juicios». Aunque el precepto, literalmente, se refiriese a la quiebra de la testamentaría, también un abintestato podía ser declarado en quiebra[1].

En el Anteproyecto de LC de 1983, los artículos 5 y 6 hacían referencia al concurso de la herencia. Así, el artículo 5 indicaba:

> «*Fallecido el deudor y en tanto no conste fehacientemente la aceptación pura y simple de la herencia, podrá declararse el concurso de esta*.
>
> *La muerte o la declaración de fallecimiento del concursado no será causa de conclusión del concurso, el cual proseguirá respecto de la herencia*. Cualquier acreedor podrá requerir ante el Juez del concurso a los herederos para que acepten o repudien la herencia. El ejercicio del derecho a deliberar por parte de los herederos no suspenderá la tramitación del concurso de la herencia.
>
> *La representación de la herencia en el procedimiento corresponderá a quien ostente su representación conforme a Derecho*. De no existir administrador, el Juez adoptará las medidas cautelares que estime convenientes para la conservación del patrimonio y dará cuenta al Ministerio Fiscal para que inste el nombramiento de administrador ante el Juez competente y por el procedimiento que corresponda. En tanto no se produzca el nombramiento, la representación de la herencia en el procedimiento de concurso será asumida por el Ministerio Fiscal.

Y el artículo 6, por su parte, preceptuaba:

> «*Aceptada la herencia antes de que se haya producido la declaración de concurso, el Juez deberá oír a los herederos aceptantes*.

Si la aceptación ha sido pura y simple, declarará, en su caso, a los herederos aceptantes en concurso, que se tramitará en procedimiento único con formación de masas separadas.

Si la aceptación ha sido a beneficio de inventario o con beneficio de inventario o con beneficio de separación de patrimonios se declarará el concurso de la herencia.

Cuando la aceptación pura y simple, se produzca después de declarado el concurso del causante o de la herencia, el Juez, previa audiencia de los herederos aceptantes, del síndico y del Ministerio Fiscal, declarará en concurso a los herederos o acordará la conclusión del procedimiento si resultase que la situación de crisis económica ha desaparecido a consecuencia de la sucesión. El Juez podrá condicionar la conclusión del procedimiento a la prestación por los herederos aceptantes de caución bastante para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que integren el pasivo del concurso.

Cuando todos los herederos acepten la herencia a beneficio de inventario o con beneficio de separación, después de declarado el concurso del causante o de la herencia, el concurso continuará respecto de la herencia». Hay doctrina que indica que la regulación de la vigente LC se inspiraría en este Anteproyecto de 1983.

En la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, se dedicaba todo un Título (el Título XII) al concurso de la herencia. Destacamos su artículo 252, relativo a la *Declaración de concurso de la herencia:* «*1. La declaración judicial de concurso de la herencia del deudor procederá en los siguientes casos: 1.º.- Cuando, fallecido el deudor antes de la declaración judicial de concurso, no hubiera sido aceptada la herencia pura y simplemente. 2.º.- Cuando, declarado en concurso el deudor, hubiere fallecido este durante la tramitación del procedimiento.* 2. En el caso a que se refiere el número segundo del apartado anterior, el Juez declarará de oficio la continuación del concurso del deudor como concurso de la herencia, sin retrotraer las actuaciones». Igualmente, el artículo 256, relativo a la *aceptación de la herencia declarada en concurso:* «1. Una vez declarado el concurso de la herencia, cualquier acreedor podrá requerir a los herederos ante el Juez que lo hubiera declarado para que acepten o repudien la herencia. El ejercicio del derecho a deliberar por parte de los herederos no suspenderá la tramitación del concurso. 2. *Una vez declarado el concurso de la herencia, la aceptación por los herederos se considerará realizada a beneficio de inventario salvo que manifiesten de modo expreso que aceptan pura y simplemente o que hubieran sustraído u ocultado bienes o derechos de la masa activa*». Y el artículo 257, sobre *efectos de la aceptación de la herencia:* «1. Si la herencia fuera aceptada a beneficio de inventario, el concurso de acreedores continuará respecto de esta. Una vez concluido el procedimiento, si subsistiesen bienes, se entregarán al heredero o herederos aceptantes. 2. *Si la herencia fuera aceptada pura y simplemente, el concurso de acreedores continuará respecto de esta, pero el Juez declarará también en concurso a los herederos cuando, transcurrido un mes desde la aceptación, no hubieran acreditado la íntegra satisfacción de los acreedores.* 3. *El concurso de la herencia y de los herederos que hubieran aceptado pura y simplemente se tramitará en procedimiento único, con nombramiento de síndicos comunes y formación de masas separadas*» [2]. Este Anteproyecto partía de los mismos presupuestos subjetivos para la declaración de concurso de la herencia que el APL 1983, dando, sin embargo, una solución diversa para el caso de que la aceptación pura y simple se

produjese tras la declaración de concurso (lo que evidenciaría que unos mismos presupuestos subjetivos admitirían ambas soluciones).

Durante la tramitación del Proyecto de LC, el Grupo Parlamentario Socialista propuso dos enmiendas (que no fueron aceptadas), la núm. 231 y la 381 *(BOCG,* Congreso de los Diputados, VII Legislatura, 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15). En la núm. 231 se proponía la supresión del apartado 2 del artículo 1, por considerar «preferible que todas las normas sobre concurso de la herencia dispersas a lo largo del articulado pasen a integrar un título propio, como sucede en la *Insolvenzordnung* alemana de 5 de octubre de 1994. Desde un punto de vista sistemático, no parece correcto que en el primer artículo de la futura Ley se trate de un supuesto tan marginal como el concurso de la herencia. Además, las especialidades de esta clase de concurso deberían ser objeto de un tratamiento legislativo unitario, facilitando al intérprete la consideración conjunta de todas ellas. Por esa razón, se propone la supresión de este apartado que se regulará en un nuevo título X bis», Título redactado en la enmienda núm. 381[3], cuya peculiaridad más sobresaliente consistía en entender que, aceptada la herencia a beneficio de inventario antes de la declaración de concurso, ya no procedía declarar el concurso de la herencia sino el del heredero beneficiario[4], lo cual no fue juzgado apropiado por la doctrina que consideraba que «una norma que sometiera a concurso a los herederos, aunque hubiesen aceptado a beneficio de inventario, tendría un efecto negativo puesto que motivaría que en la mayoría de los casos las herencias quedasen yacentes», considerándose más razonable que la separación patrimonial fruto de tal clase de aceptación se extendiera a todos los efectos «incluso formales y procedimentales, de manera que los herederos, en estos casos, quedaran al margen de la declaración de concurso, sin perjuicio de sus derechos sobre el patrimonio remanente al término del procedimiento concursal …»[5].

La LC 22/2003, de 9 de julio, contiene referencias dispersas al concurso de la herencia y del causante en los artículos 1.2, 3.4, 6.2.2.º, 40.5 y 6 y 182[6]. Los dos problemas principales que plantea la interpretación de dichos preceptos son, por un lado, si la LC parte de que la aceptación pura y simple de la herencia implica una confusión del patrimonio hereditario con el patrimonio personal del heredero aceptante, de manera que, en tal caso, los que hipotéticamente deberían ser declarados en concurso serían el heredero o herederos aceptantes, en caso de resultar deudores insolventes, estando integrada la masa activa del concurso del heredero que aceptó pura y simplemente por todos sus bienes (procedentes de la herencia y del patrimonio personal del heredero) y la masa pasiva por todos los acreedores (hereditarios y del heredero), *estableciéndose una única graduación y prelación entre ellos, conforme al artículo 90 y sigs. LC.* Por otro lado, si los preceptos anteriormente indicados, relativos al concurso de la herencia y del causante, deben ser interpretados de una forma sistemática e integradora, interpretando el artículo 182 LC en función del artículo 1.2 LC y el artículo 1.2 LC en función del artículo 182 LC. Esto es, si los efectos del concurso sobrevenido de la herencia, previstos en el artículo 182 LC, se han de aplicar también al concurso inicial de la herencia, y si el silencio del artículo 182 LC en cuanto a la repercusión de la aceptación de la herencia en el concurso del causante, debe ser integrado con la regla (imperativa) del artículo 1.2 LC que excluye el concurso de la herencia en caso de aceptación pura y simple[7].

En este sentido coincidimos con ESPEJO LERDO DE TEJADA cuando indica, en relación con el concurso del causante (art. 182 LC), que en este caso «la Ley se desentiende de la forma de aceptación de la herencia y toma una decisión sin

duda alguna práctica: que el concurso continúe como concurso de la herencia *a los efectos de mantener indivisos los bienes de los que conste. Pensamos que ello demuestra que lo importante en esta materia es ofrecer a los acreedores una solución adecuada y ágil a sus legítimas expectativas; no obstante llama la atención que, pese a la aceptación pura y simple que pudiera existir en este caso, se siga hablando de concurso de la herencia. Quizá de ello se pueda sacar la conclusión de que las fronteras de las instituciones no se deben interpretar con rigidez; lo importante en cada caso sería adecuar la resolución del concurso a las normas sustantivas que gobiernan los avatares de la responsabilidad por las deudas hereditarias»*[8]. Es decir, el silencio del artículo 182 LC en cuanto a las consecuencias de la aceptación pura y simple en caso de continuación del concurso del causante fallecido como concurso de la herencia sería un argumento que mostraría que la LC no rechaza de plano el concurso de la herencia aceptada pura y simplemente, pues lo admitiría en este caso, impidiendo la división del patrimonio hereditario (art. 182.3 LC) y exceptuando lo dispuesto en los artículos 1052 y 1082 del Código Civil[9]. De manera que cabría deducir que el nuevo sistema legal de concurso de la herencia *no es incompatible con la tesis de la separación* ex lege *de los patrimonios o con la tesis de la confusión solo en daño del heredero*[10], y que el artículo 1.2 LC podría ser interpretado en el sentido de que no procede la *sola* declaración de concurso de la herencia aceptada pura y simplemente, *pero sí la declaración conjunta de herencia y heredero o herederos aceptantes pura y simplemente, como se deduciría del artículo 182 LC, y del artículo 1.1. LC, (en un sistema semejante al del Anteproyecto de 1995). Siendo, pues, el artículo 182 LC el que condicionaría la interpretación del artículo 1.2 LC y no a la inversa*. En este sentido señala ESPEJO LERDO DE TEJADA que «aunque no sea posible la declaración de concurso de una herencia aceptada pura y simplemente, lo que procede hacer no es declarar en concurso, sin más a los herederos, sino que la declaración de concurso *debe ser conjunta de los patrimonios personales de los herederos y de la herencia. Esto implica que no se deben confundir por completo las masas patrimoniales en presencia, sino que se las debe distinguir en todo aquello que jurídicamente las separe.* Y en ese sentido, como la aceptación pura y simple lo que supone es la confusión del patrimonio hereditario con el del heredero, *en perjuicio de este,* no se debería admitir que la confusión *actúe también en perjuicio de los acreedores de la herencia. A nuestro juicio eso es… lo que procede en el sistema de la LC». Entender que lo único que cabe, en caso de aceptación pura y simple, es el concurso de los herederos sería un error «porque esa solución no permitiría hacer justicia al sistema sucesorio relativo a las deudas de la herencia. La única solución razonable para conjugar ambos requerimientos es la de admitir que estamos ante una hipótesis de concurso conjunto de varias masas patrimoniales, a ciertos efectos confundidas, [en daño del heredero], pero, a otros efectos separadas [en beneficio de los acreedores hereditarios]»*[11].

Si bien entendemos que esta posición doctrinal es la más correcta, pueden plantearse problemas a la hora de su articulación práctica, en la medida en que el artículo 25 LC, relativo a la declaración conjunta de concurso de varios deudores no contempla expresamente el supuesto de declaración conjunta de concurso del patrimonio hereditario y de los herederos que hubiesen aceptado pura y simplemente. Sería precisa toda una construcción doctrinal y jurisprudencial al respecto sobre la base de la analogía con otros supuestos. De ahí que ante tal dificultad, que no puede ser abordada convenientemente en este breve estudio, procedamos a explicar el sistema de la LC desde el punto de vista de la imposibilidad de la declaración de concurso de la herencia aceptada pura y

simplemente y desde el punto de vista de una interpretación del artículo 182 LC autónoma del artículo 1.2 LC[12].

Como señala YÁÑEZ VIVERO, «el problema que en la práctica plantea este doble concurso es el de una adecuada articulación práctica. Los «concursos conexos» presentan en la actual regulación concursal unos moldes en los que, difícilmente, encaja la eventualidad de la que estamos hablando, porque parten aquellos de una coordinación que no se detalla, cuando es, en realidad, la subordinación del concurso del heredero puro respecto al de la herencia lo que mejor equilibraría los diferentes intereses en juego»[13].

II. EL JUEZ COMPETENTE PARA EL CONOCIMIENTO DEL CONCURSO DE LA HERENCIA

Supuesta la insolvencia actual o inminente de la herencia, (AJM de Santander de 28 de abril de 2006)[14], de acuerdo con el artículo 10.1 LC, «la competencia para declarar y tramitar el concurso corresponde al Juez de lo Mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales. *Si el deudor tuviese además en España su domicilio, y el lugar de este no coincidiese con el centro de sus intereses principales, será también competente, a elección del acreedor solicitante, el Juez de lo Mercantil en cuyo territorio radique aquel*.

Por centro de los intereses principales se entenderá el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses. En caso de deudor persona jurídica, se presume que el centro de sus intereses principales se halla en el lugar del domicilio social…». Si para el caso del deudor persona jurídica el centro de sus intereses principales se considera que radica en el lugar de su domicilio social, cabe considerar, siguiendo el criterio tradicional establecido en el orden sucesorio, que el juez competente para conocer del concurso de la herencia es el juez de lo mercantil del lugar en que el causante tuviera el domicilio en el momento de su fallecimiento, por presumirse que en dicho lugar tenía el centro de sus intereses principales[15]. Presunción que también cabe extraer del artículo 10.1.1.º en su segunda parte, cuando se afirma que «si el deudor tuviese además en España su domicilio *y el lugar de este no coincidiese con el centro de sus intereses principales…*». De lo que se deduce que teniendo el deudor (persona física), un domicilio en España, la Ley entiende que coincide con el centro de sus intereses principales.

III. EFECTOS DEL CONCURSO DE LA HERENCIA SOBRE LAS FACULTADES PATRIMONIALES DEL HEREDERO

La ley equipara el supuesto del concurso de la herencia con lo previsto para el concurso necesario, de manera que los administradores concursales ejercerán todas las facultades de administración y disposición del caudal relicto, quedando los herederos (o el administrador de la herencia) desprovistos de sus facultades patrimoniales sin solución de continuidad, siendo sustituidos por los administradores concursales (art. 40.5 y 182.1 LC). Ahora bien, las facultades de la administración concursal se refieren a la gestión y disposición del caudal relicto. Los herederos pueden testar (art. 40.6 LC), pueden gestionar y disponer de su patrimonio personal y ejercer su actividad profesional. Pueden actuar procesalmente en el procedimiento concursal y en todas las actuaciones que la ley permite,

no solo en el ámbito de representación de la herencia, sino en actuaciones de colaboración requerida por el juez del concurso (art. 42 LC). Pueden presentar convenio (art. 99), propuesta anticipada de convenio (art. 104.1 LC), así como solicitar en cualquier momento la liquidación (art. 142.1 LC)[16].

IV. LAS SOLUCIONES DEL CONCURSO DE LA HERENCIA

En principio, las dos soluciones que la Ley establece respecto del concurso de acreedores pueden ser de aplicación en el concurso de la herencia, si bien la solución natural del concurso de la herencia parece ser la liquidación, «salvo aquellos supuestos en donde la opción del convenio resulte de interés para los herederos o acreedores ya por la complejidad que presente la liquidación del patrimonio hereditario o porque este venga configurado principalmente por una empresa o explotación de carácter familiar que resulte conveniente mantener»[17]. Esta última circunstancia podría justificar también que el heredero, a quien el testador adjudicó en partición hecha por acto *inter vivos* o *mortis causa* una explotación económica para preservarla indivisa, en atención a la conservación de la empresa o en interés de la familia, solicitase un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 231 y sigs. LC en relación con el art. 1056 CC[18]), teniendo presente, en todo caso, que el derecho a la legítima es un límite a la autonomía de la voluntad del testador, y por ende, al convenio y al acuerdo extrajudicial de pagos, *que deberán ser aceptados expresamente por el heredero forzoso para que puedan afectarle* (*arg. ex* 806, 813, 815, 816, 817, 841, 843 CC y artículo 1056.2 CC que señala que para el pago de la legítima «podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones», en relación con el art. 1156.3.º CC).

En caso de convenio, el patrimonio hereditario debe continuar indiviso y separado de los patrimonios personales de los herederos hasta el cumplimiento íntegro de aquel (art. 176.1.2.º y 182.3.º LC).

En caso de liquidación de la masa activa, los créditos insatisfechos no serán remitidos, aunque se diesen las circunstancias del artículo 178.2 LC Por un lado, porque ello anularía la eficacia en el Derecho español de la aceptación de la herencia pura y simplemente (que es además la regla general en materia de aceptación de la herencia), aceptación pura y simple que podría haberse producido tras la declaración de concurso de una herencia yacente (lo que no impide la tramitación de tal concurso) o tras el fallecimiento del deudor concursado (art. 182 LC) y por otro lado, porque la figura del *fresh start* está pensada para dar una segunda oportunidad al deudor infortunado de buena fe y reincorporarle a la vida económica, lo que parece implicar por definición que el deudor esté vivo, y en el caso del concurso de la herencia, los créditos vigentes nacieron frente a un deudor que ha fallecido. Por otro lado, el heredero ya cuenta con el remedio de la aceptación a beneficio de inventario para la limitación de su responsabilidad por las deudas del causante (caso en el que con la conclusión del concurso desaparecería esta).

En el concurso de la herencia cabe también el supuesto de reapertura del concurso, si bien en este caso dicha reapertura se limitará a la fase de liquidación, artículo 179.2 por analogía, que señala: «La reapertura del concurso del deudor persona jurídica concluido por liquidación o insuficiencia de masa será declarada por el mismo juzgado que conoció de este, se tramitará en el mismo procedimiento y se limitará a la fase de liquidación de los bienes y derechos

aparecidos con posterioridad. A dicha reapertura se le dará la publicidad prevista en los artículos 23 y 24,…»[19].

V. EL CONCURSO DE UNA HERENCIA YACENTE

La Ley Concursal en su artículo 1.2 señala que «el concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente». Parecería que la LC parte de la tesis de que la aceptación de la herencia pura y simplemente por el heredero único genera una confusión de patrimonios entre el suyo propio, y el patrimonio hereditario, diluyéndose como entidad diferenciada la herencia que estaba yacente, dejando de poder ser considerada como una unidad patrimonial, susceptible de un tratamiento autónomo, pues se integraría en la nueva unidad resultante de la confusión de ambos patrimonios en el heredero, de manera que conceptualmente sería imposible declarar el concurso de una herencia aceptada pura y simplemente (pudiendo, sin embargo, ser declarado en concurso un deudor común que hubiese recibido una herencia que acepta pura y simplemente)[20]. Pero ya explicamos en el epígrafe I cómo podía entenderse el artículo 1.2 en interpretación sistemática e integradora con el artículo 182 LC, condicionando este precepto la explicación de aquel. En todo caso, tomado literalmente y *a sensu contrario*, el artículo 1.2 LC admitiría que una herencia yacente o una herencia aceptada a beneficio de inventario, puede ser declarada en concurso. La herencia yacente es una verdadera unidad patrimonial que responde de las obligaciones del fallecido subsistentes tras su muerte. La herencia yacente viene a ser considerada un patrimonio de destino, en el que su unidad actual se basa en la destinación común (al titular futuro) de todas las relaciones jurídicas integradas en el mismo. Por ello la LEC articula soluciones para que se atienda a su conservación o a su administración con la finalidad de asegurar el resultado de que el heredero que acepte la herencia, la reciba como si su adquisición hubiese tenido lugar en el momento del fallecimiento del causante (arts. 661, 440, 989, 991, 1016 CC). La cohesión funcional, pues, del activo de dicho patrimonio respecto del pasivo justifica, pese a la falta actual de un sujeto titular desde la apertura de la sucesión hasta la aceptación, que se pueda valorar la solvencia o insolvencia, actual o inminente, de dicha unidad patrimonial. Pueden pedir la declaración de concurso de una herencia yacente, de acuerdo con el artículo 3.4 LC, los acreedores del deudor fallecido [incluida la sindicatura de la quiebra, de acuerdo con el Auto de 21 de julio de 2005, del Juzgado de lo Mercantil de Madrid][21], el llamado a la herencia y el administrador de la herencia (nombrado por el testador, atribuyéndole una posición intermedia entre la suya al fallecer, y la correspondiente al llamado a la herencia; el albacea, incluso designado en términos generales (art. 902 CC), el contador-partidor nombrado por el testador (art. 1056 y 1057 CC) y el administrador de la herencia nombrado por el tribunal competente para decidir acerca de la intervención y administración del caudal hereditario (art. 790 y sigs. LEC). Si el llamado a la herencia solicita el concurso de la herencia yacente, de acuerdo con el artículo 3.4 *in fine* «la solicitud formulada por un heredero [léase, llamado] producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario». En efecto, si el juez declara el concurso de la herencia yacente solicitada por el llamado a la misma, «quedarán satisfechos suficientemente los requisitos y garantías previstas en la ley civil para el buen resultado de la separación de patrimonios, de manera que el heredero no quede obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia, sino hasta donde

alcancen los bienes de la misma, conserve contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviere contra el difunto y no se confundan para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia (*cfr*. art. 1023 CC)[22].

Declarado el concurso, se producen determinados efectos sobre la herencia yacente, expresamente previstos en la LC (art. 40.5), correspondiendo el ejercicio de las facultades de administración y disposición del caudal relicto a la administración concursal, sin que pueda cambiarse esta situación, y al heredero o al administrador de la herencia que no fuera heredero, el ejercicio de las posibilidades de actuación atribuidas en general al concursado al que se hubiese suspendido el ejercicio de sus facultades patrimoniales. Otros efectos de la declaración de concurso de la herencia yacente deben deducirse por el intérprete ante el silencio del legislador[23].

1. Efectos que cabe deducir produce la declaración de concurso de la herencia yacente

En el procedimiento concursal concurrirían las circunstancias definitorias del beneficio de inventario: formación de masa activa, normas sobre administración y disposición, determinación de la masa pasiva, pagos a los acreedores con debido orden, luego a los legitimarios, seguidamente a los legatarios y asimilados, etc. Se hace preciso, pues, integrar las normas civiles, singularmente las relativas al beneficio de inventario, con las concursales. De acuerdo con aquellas normas, el pago a los acreedores del causante (Acreedores hereditarios) es preferente al de los legados, que solo pueden ser pagados por su orden (art. 887 CC) después de satisfechos aquellos (art. 1027 CC). Pero el pago a los legatarios está subordinado al previo pago de los legitimarios. La enajenación de bienes de la herencia debe respetar lo previsto en los artículos 1024 y 1030 del Código Civil [art. 803.3 LEC]. El caudal queda sujeto a administración, en beneficio del buen fin del inventario (art. 1026 CC). El caudal relicto líquido, después del pago a los acreedores del causante y de la herencia se destina al pago de la legítima a los herederos forzosos o al cumplimiento de las disposiciones testamentarias a favor de los herederos forzosos hasta dejar cubierto su derecho a la legítima corta o a la larga, por el importe resultante de su fijación (art. 818 CC) y una vez deducidas las imputaciones procedentes (art. 819 CC), y luego al pago de los legados y cargas y modos impuestos por el causante, por el orden establecido (art. 887 CC), si bien previa su reducción a prorrata si fuera necesario para satisfacer las legítimas (art. 820 CC). Los acreedores particulares del heredero no pueden mezclarse en las operaciones propias del beneficio de inventario hasta que sean pagados los acreedores y los legatarios, si bien pueden pedir retención o embargo del remanente que pudiera resultar a favor del heredero (art. 1034 CC)[24]. *La fase de liquidación concursal es la hipótesis más parecida al régimen establecido en la ley civil para la realización del beneficio de inventario*. Los trámites del Código Civil para el beneficio de inventario han sido calificados como un procedimiento de liquidación judicial de la herencia, que podría ser extrajudicial. Conforme a las normas de procedimiento de concurso, en la fase de liquidación, se procederá, por su orden, al pago de los acreedores concursales con privilegio especial (con cargo a los bienes afectos hasta donde alcance su valor), al pago de los acreedores contra la masa o a la deducción de bienes bastantes para su pago. Después, al pago de los acreedores concursales con privilegio general, seguido del pago a los acreedores ordinarios

y subordinados. Pagados los créditos contra la masa y los acreedores del deudor común fallecido, que son acreedores concursales, según el orden de prelación explicado (arts. 90 y sigs. LC), se procedería, si quedasen bienes, al pago de los legitimarios, legatarios y beneficiarios de otras disposiciones asimiladas al legado, entregándose en último lugar el remanente al heredero, si lo hubiera, sin perjuicio de sujetar la entrega del remanente al heredero a las restituciones o entregas de futuro establecidas por el testador a favor de sucesivos beneficiarios por razón de fideicomisos, o bien que fuesen procedentes por razón de reservas[25]. En el concurso de la herencia yacente se generarían, pues, diversos escalones: acreedores contra la masa, acreedores concursales (por deudas contraídas por el causante antes de su fallecimiento), ambos escalones sometidos a las normas específicas del concurso de acreedores, y por detrás, el escalón de los acreedores por causa de la sucesión sobre el líquido hereditario (legitimarios), y luego el escalón de los acreedores por disposición de última voluntad del fallecido, *regidos estos últimos por las normas civiles sucesorias aplicables a la sucesión del causante*. *Debería procederse de este modo si, declarado el concurso solicitado por un acreedor o por el administrador, el llamado a la herencia no hubiese aceptado la herencia declarada en concurso*. También si el heredero hubiese aceptado a beneficio de inventario y a continuación hubiese solicitado la declaración de concurso o si hubiese aceptado la herencia de forma simultánea a su solicitud de incorporación a un procedimiento concursal ya iniciado (BLANQUER UBEROS)[26]. Igualmente, en nuestra opinión, si declarado el concurso de la herencia yacente, el llamado hubiese aceptado pura y simplemente, pues se habría cumplido el presupuesto subjetivo del artículo 1.2 LC para la declaración de concurso, por lo que por analogía con lo previsto para la continuación del concurso del causante como concurso de la herencia, el concurso habría continuado tramitándose, haciéndose patentes los efectos de la aceptación pura y simple, una vez concluido este sin satisfacción de los acreedores.

Concluido el concurso por el pago de todos los acreedores, los del causante y los que lo fueran por causa de la sucesión, el remanente que pudiese quedar se entregaría al heredero aceptante. Si el concurso concluye por liquidación sin satisfacción de todos los acreedores, el heredero que hubiese aceptado pura y simplemente quedará responsable del pago de los créditos restantes (art. 178.2 LC *a contrario sensu*), pero esta regla no sería aplicable ni al llamado que hubiese solicitado la declaración de concurso (art. 3.4 LC), ni tampoco al llamado que se hubiese considerado aceptante por haber solicitado su incorporación al procedimiento de concurso de la herencia yacente de su causante, pues se darían los efectos de la aceptación a beneficio de inventario y por lo tanto, la insensibilidad de su patrimonio personal en relación con las consecuencias dañosas de la sucesión[27].

No hay que excluir, aunque es menos probable, que se abra la fase de convenio en el concurso de una herencia yacente. Esta situación podría plantearse siempre que se incorpore al procedimiento el llamado a la herencia asumiendo la posición de heredero y a la vez la de deudor concursado (dentro del marco de la aceptación a beneficio de inventario de la herencia en concurso). No parece que vaya a ser aprobado un convenio en el marco de una aceptación de la herencia de forma pura y simple. El contenido del convenio vincularía al deudor y a los acreedores concursales (acreedores del causante), en los términos previstos por la legislación concursal, permaneciendo separado el patrimonio personal del heredero, hasta el cumplimiento del convenio y conclusión del concurso (art. 176.1.2.º LC). La cuestión radica en precisar ahora la posición de legiti-

marios y legatarios. El derecho del legitimario a recibir una porción de bienes y derechos hereditarios (deducidas las deudas y cargas de la herencia), no le faculta para ejercitar un derecho de separación (art. 80 LC), que está previsto para separar bienes de propiedad ajena al concursado. Pero según BLANQUER UBEROS podría considerarse que el heredero forzoso tiene una posición análoga a la de un acreedor privilegiado, «que le permitirá solicitar y obtener el pago de su legítima mediante la entrega de bienes hereditarios, supuesta la subsistencia de alguno de estos después de pagados los acreedores de la masa y los del causante; la defensa de esta posibilidad se apoya, no obstante la tasa legal de los créditos privilegiados (art. 89.2 final LC), en la peculiar naturaleza de la liquidación practicada en el seno de la operación sucesoria, que se realiza *una vez cumplido el convenio conforme a lo previsto en sus términos y al margen de las previsiones establecidas en la legislación concursal*»[28]. Como acreedor privilegiado (con derecho a recibir una parte de los bienes del causante, incluso contra la voluntad del testador), no quedará sometido a los efectos del convenio que resulte aprobado, salvo voto favorable expreso (art. 123.1 y 2 LC). Desde la eficacia del convenio cesan todos los efectos de la declaración de concurso, salvo los que se establezcan en el convenio (art. 133 LC). A partir de ese momento «se normaliza la titularidad patrimonial del concursado, con significado equivalente a la que resulta del pago de los acreedores y legatarios en trámites de beneficio de inventario (cfr. art. 1032 CC)», siempre que el convenio sea cumplido. Es decir, el heredero convenido en el concurso de la herencia pasaría a ser titular de un patrimonio único, en el que se integraría el suyo propio anterior al concurso de la herencia y el patrimonio hereditario que quedase liberado de los efectos del concurso por *el cumplimiento del convenio*[29].

VI. LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DE UNA HERENCIA YA ACEPTADA A BENEFICIO DE INVENTARIO POR EL HEREDERO ÚNICO

De acuerdo con el artículo 1.2 LC, procede no solo la declaración de una herencia yacente, sino también, la de una herencia previamente aceptada a beneficio de inventario. En este caso, pueden solicitar la declaración de concurso de la herencia, el heredero que aceptó a beneficio de inventario, los acreedores del deudor fallecido y el administrador de la herencia que no sea el mismo heredero (art. 1026 CC). En el trámite de inventario, con arreglo a lo preceptuado en el Código Civil, y en las actuaciones para atender el pago ordenado de los acreedores, legitimarios y legatarios, el heredero o el administrador de la herencia pueden conocer la solvencia o insolvencia actual o inminente de la herencia. Al resultar colocados en el lugar del deudor común causante de la sucesión, en el trámite de la liquidación que tiene lugar en el curso de la aceptación a beneficio de inventario, quedarían sujetos a las normas legales referentes al deber de solicitar la declaración de concurso de la herencia aceptada a beneficio de inventario (art. 1031 CC y arts. 2, 5 y 5 bis LC). «En la memoria que el heredero o el administrador debe acompañar a la solicitud no bastará indicar los datos del causante, sino que en este caso será apropiada la aportación del inventario del activo, la de la relación de los «acreedores y legatarios», la especificación de los pagos ya realizados y de los bienes o derechos ya vendidos en los trámites del beneficio de inventario, aportaciones complementarias de los otros extremos que deben constar en la memoria (art. 6.2, 2.º, párrafo último, 3.º y 4.º LC). No es una novedad la exigencia de un deber de diligencia en el caso de que los bie-

nes hereditarios no alcanzasen para el pago de las deudas y legados; el Código Civil (art. 1031) impone, en tal caso, al administrador, sea el heredero o sea otra persona, el deber de dar cuenta de dicha situación «a los acreedores y legatarios que no hubieren cobrado», se supone que para que puedan adoptar las medidas oportunas; la LC precisa la diligencia debida al hacer obligatoria, en el plazo establecido, la solicitud de la declaración de concurso»[30].

Señala NAVARRO CASTRO que es preferible que pueda declararse el concurso de la herencia, al menos cuando todos los herederos aceptan a beneficio de inventario, «pues es un procedimiento [el concursal] con mayores garantías para los acreedores que el que tiene lugar en un mero beneficio de inventario. Sin embargo, no es solo un problema de procedimiento: la insuficiencia de bienes puede resolverse de forma diferente en uno y otro caso, pues no debemos olvidar que el orden de preferencias de la LC [arts. 90 y sigs.] no coincide con el del Código Civil [arts. 1921 y sigs. y 1028 CC]»[31].

1. Efectos de la declaración de concurso y su tramitación

Resulta aplicable lo expuesto acerca de la declaración de concurso de la herencia yacente. Por efecto del beneficio de inventario quiebra el principio de universalidad de la masa activa (art. 76.1 LC). Como lo que es insolvente es el patrimonio separado (herencia beneficiaria), únicamente constituye la masa activa del concurso los bienes y derechos procedentes de esa herencia. Si se hubiese realizado algún pago o venta durante la tramitación del beneficio de inventario por quien ostentase la administración de la herencia, que fuese perjudicial para la masa activa, el acto sería asimilable a los realizados por el deudor (en cuya posición y lugar se sitúa el administrador de la herencia, en cuanto representante del heredero), por lo que podría ser susceptible de ser impugnado mediante el ejercicio de la correspondiente acción rescisoria o de reintegración de la masa activa del concurso (arts. 71 a 73 LC)[32].

VII. DECLARACIÓN DE CONCURSO DEL HEREDERO ÚNICO QUE HUBIESE ACEPTADO LA HERENCIA PURA Y SIMPLEMENTE

Para la tesis que considera que la LC parte de la idea de la confusión de patrimonios en caso de aceptación de la herencia por el heredero único pura y simplemente, al asumir en tal caso el heredero todas las deudas del causante, si ello le llevase a la insolvencia, podría ser declarado en concurso, no procediendo en estos casos la declaración de concurso de la herencia[33].

La confusión de patrimonios que resultaría de la aceptación pura y simple produciría el resultado de la integración en la masa activa del concurso del heredero, de los bienes y derechos que formaban su patrimonio personal antes de adquirir la herencia, y de los que hubiese adquirido por título propio después de heredar, junto con los bienes y derechos integrantes del patrimonio heredado. Igualmente produciría el resultado de la constitución de la masa pasiva por las deudas contraídas por el heredero antes de adquirir la herencia y por las contraídas a título personal después, junto con las deudas del causante no extinguidas por su fallecimiento, cargas de la herencia y acreedores de la sucesión (legitimarios y legatarios), formándose una sola lista de acreedores, sin tener preferencia para su cobro, sobre los bienes procedentes del caudal relicto, los

acreedores hereditarios. En este contexto se hace preciso determinar la posición de los legitimarios y dar solución al posible conflicto entre acreedores del causante y acreedores del heredero[34].

1. Posición de los legitimarios

El legitimario tiene derecho a recibir la porción de bienes de la herencia que le corresponda por legítima, *en el caso de que el valor de los bienes relictos fuese superior a las deudas y cargas de la herencia (excluidas las cargas impuestas en el testamento)*. Puede pensarse que el legitimario tiene un derecho de separación de algunos de los bienes integrados en la masa activa, procedentes del caudal relicto, y cuyo valor corresponda al valor de su legítima. El problema es que el derecho de separación del artículo 80 LC piensa en los legítimos propietarios de bienes integrados en la masa activa del concurso indebidamente, por ser bienes de propiedad ajena, circunstancias estas que no concurren en un legitimario. Pero en opinión de BLANQUER UBEROS, podría sostenerse con éxito que los legitimarios, por analogía con lo dispuesto para los créditos contra la masa (prededucibles), tendrían derecho a que en el plan de liquidación se señalasen y *dedujesen bienes del remanente del caudal relicto* (activo que resultase de deducir del valor de los bienes relictos las deudas y cargas de la herencia no impuestas por el testador) que fuesen necesarios para el pago de la legítima[35].

2. Conflicto entre los acreedores del heredero y los acreedores del causante

La confusión de patrimonios propia de la aceptación pura y simple, integrando elementos del activo y pasivo sin diferenciar por causa de procedencia, no plantea especiales problemas en caso de solvencia suficiente del causante de la sucesión y del heredero. Pero en caso de insolvencia de uno, de otro, o de ambos, «se plantea la conveniencia, o la necesidad, de introducir modificaciones en la solución de principio; el camino que ofrecen las tradiciones jurídicas es el reconocimiento del derecho de separación en favor de los acreedores que se consideren perjudicados por la confusión de patrimonios». Si se hubiese aceptado una herencia *damnosa,* los acreedores personales del heredero podrían instar el ejercicio por la administración concursal de una acción rescisoria concursal, solicitando la declaración de ineficacia de la aceptación pura y simple, probando el perjuicio patrimonial causado a la masa activa total por la confusión de patrimonios. La estimación de esta acción, debería provocar la *separación de ambos patrimonios,* debiendo ir acompañado el ejercicio de la acción de la solicitud de la declaración de concurso de la herencia, «*entendiéndose a estos efectos subsistente la adquisición de la herencia, pero sometida, en beneficio de la masa activa del concurso [del heredero], a los efectos de la aceptada a beneficio de inventario*». Si concluido el concurso del heredero resultase un remanente activo, los acreedores de la herencia que hubiesen quedado insatisfechos en el concurso de esta podrían dirigirse contra dicho remanente. A cada grupo de acreedores les correspondería la cualidad de terceros respecto de los del otro grupo. *Por su parte, los acreedores hereditarios, legitimarios y legatarios, si fuesen perjudicados por la aceptación pura y simple hecha por un heredero insolvente, podrían instar de la administración concursal el ejercicio de una acción rescisoria concursal para obtener la declaración de ineficacia de la aceptación pura y simple, en cuanto perjudicial para la masa*

activa. Se trataría pues, de que uno y otro grupo de acreedores solicitasen la declaración de concurso de su deudor común (el heredero), para luego, dentro del procedimiento concursal, instar el ejercicio de la acción rescisoria, probando el perjuicio causado a la masa activa por consecuencia de la aceptación pura y simple. Según BLANQUER UBEROS «*el camino del concurso es el único posible en el derecho vigente,…», para lograr una separación de patrimonios en beneficio de los acreedores del causante y del heredero*[36].

La solución propuesta por BLANQUER UBEROS trata de hacer justicia a la garantía patrimonial universal con que cuentan acreedores del causante y acreedores del heredero a los que la confusión de patrimonios puede perjudicar como ya explicamos en otro trabajo[37]. No es, sin embargo, la única solución posible. Para ESPEJO LERDO DE TEJADA, que sigue a LACRUZ BERDEJO, lo que cabe, habiendo aceptación pura, es el concurso conjunto de la herencia y del heredero o herederos. «La denominación que utiliza LACRUZ, de «quiebra conjunta» parece inspirar el actual artículo 3.5 de la LC: «el acreedor podrá instar la declaración conjunta de concurso de varios de sus deudores cuando exista confusión de patrimonios entre estos…». Está claro que en sentido jurídico es imposible que pueda existir confusión de los patrimonios de personas diferentes, por lo que la Ley se debe estar refiriendo a esta hipótesis en la que no hay, en realidad, personalidades diferentes, puesto que la herencia carece de ella, aunque se la mantenga temporalmente unificada a los efectos de una mejor resolución de los problemas que la sucesión comporta». Aunque no sea posible la declaración de concurso de una herencia aceptada pura y simplemente, lo que procede hacer no es declarar en concurso sin más a los herederos, sino declarar conjuntamente en concurso a la herencia y a los herederos. «Esto implica que no se deben confundir por completo las masas patrimoniales en presencia, sino que se las debe distinguir en todo aquello que jurídicamente las separe. Y en este sentido, como la aceptación pura y simple lo que supone es la confusión del patrimonio hereditario con el del heredero, *en perjuicio de este,* no se debería admitir que la confusión actúe también en perjuicio de los acreedores de la herencia. A nuestro juicio, eso es lo que defiende la tesis de LACRUZ y eso es también lo que procede en el sistema de la LC… Sería un error entender que lo único que cabe es el concurso de los herederos, *porque esa solución no permitiría hacer justicia al sistema sucesorio relativo a las deudas de la herencia*»[38].

VIII. PLURALIDAD DE HEREDEROS LLAMADOS A HERENCIA INSOLVENTE

1. Los varios herederos han aceptado a beneficio de inventario.

Según la opinión común si fuesen varios los llamados a una herencia y alguno de ellos aceptase a beneficio de inventario, aunque los otros aceptasen pura y simplemente, procede el cumplimiento de los trámites del beneficio de inventario respecto de la totalidad de la herencia. Por ello, el aceptante a beneficio de inventario podría, e incluso debería, solicitar la declaración de concurso de la herencia. *El caudal hereditario íntegro quedaría sometido al procedimiento de concurso, dado el principio de universalidad que preside la formación de la masa activa y la integración de acreedores en la pasiva.* Los herederos que hubiesen aceptado pura y simplemente no podrían pedir la división de la herencia mientras se tramita el procedimiento de concurso de la herencia (art. 182.3 LC). A la

conclusión del concurso si hubiese remanente se dividiría entre los herederos, y si hubiese acreedores insatisfechos, aquellos tendrían que hacer frente a las consecuencias de su aceptación pura y simple[39]. Podría calificarse la posición de estos coherederos como codeudores y permitirse que pudieran concurrir al procedimiento concursal para realizar pago a los acreedores, y concluir el concurso con el resultado de su íntegra satisfacción. Como consecuencia de las características del procedimiento concursal, de la participación en el mismo de los acreedores, de la posposición de la entrega de la herencia a los herederos puros y simples hasta la conclusión del procedimiento (art. 1082 CC) y de la equivalencia entre el procedimiento de concurso y los trámites de la aceptación a beneficio de inventario (art. 1084 CC), debe darse a los coherederos que aceptaron pura y simplemente, según BLANQUER UBEROS, el trato de obligados mancomunados[40]. No parece, sin embargo, que sea este el sentido del artículo 1084 y 1085 del Código Civil, según los cuales, la responsabilidad del heredero es solidaria antes y después de la partición.

2. Los varios herederos han aceptado pura y simplemente

Como sabemos, ningún heredero puede ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, salvo que el testador prohíba expresamente la división (art. 1051 CC). Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes podrá pedir en cualquier tiempo la división de la herencia (art. 1052 CC). Los coherederos mayores de edad que tuvieren la libre administración de sus bienes podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente (art. 1058 CC). La partición legalmente hecha confiera a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados (art. 1068 CC). Pero el Código Civil, dentro del capítulo en que se ocupa de la partición, dedica la sección 5.ª (Sección 5.ª, Capítulo IV, Título III, Libro III) al pago de las deudas hereditarias, y establece límites a la autonomía de la voluntad de los coherederos en beneficio de los acreedores de la herencia y de los acreedores personales de cada coheredero. Aquellos, siempre que estén reconocidos como tales, pueden oponerse a que se haga la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de los créditos (art. 1082 CC). A estos se les faculta para intervenir a su costa en la partición para evitar que esta se haga en fraude o en perjuicio de sus derechos (art. 1083 CC). «En esta regulación se aprecia la aplicación de criterios o principios propios de una operación de liquidación». La herencia queda como patrimonio relativamente separado cuando es objeto de operaciones de significado liquidatorio en beneficio de los acreedores hereditarios que hubiesen reclamado el pago o aseguramiento de sus créditos. Ello se prueba porque los acreedores particulares de los coherederos no pueden reclamar contra la herencia indivisa y solo después de la partición podrían dirigirse contra los bienes que hubiesen sido adjudicados a su deudor. Si las operaciones provocadas por los acreedores hereditarios al oponerse a la partición, hasta ser pagados o asegurados, *evidenciasen la insolvencia de la herencia*, según BLANQUER UBEROS, la LC excluiría en su artículo 1.2 la declaración de concurso. Si se agotase el activo por el pago o aseguramiento de los créditos de los acreedores hereditarios, resultaría imposible la división, pero los acreedores insatisfechos, (por analogía con el art. 1084 CC), podrían exigir el pago por entero de sus deudas de cualquiera de los herederos, o de todos ellos, pudiendo el heredero demandado hacer citar y emplazar a los coherederos, salvo pacto particional en contrario. La

cuestión se trasladaría a la situación de solvencia o de insolvencia de cada heredero aceptante pura y simplemente, añadiendo la solidaridad entre los deudores (art. 1084 CC), *pudiendo declararse el concurso simultáneo de deudores solidarios*[41]. Sin embargo, podría pensarse como señala MORENO SÁNCHEZ-MOLAREDA[42] que en el caso de pluralidad de herederos que acepten pura y simplemente, no habría confusión de patrimonios en tanto se verificase la partición, por lo que podría ser declarada la herencia en concurso. Postura tradicionalmente admitida en la doctrina (LÓPEZ JACOISTE, ROBLES GARZÓN), según la cual en esa hipótesis, el mantenimiento de la comunidad hereditaria permitiría que esta fuese declarada en concurso. Incluso, solicitada la partición, si los acreedores hicieren uso del artículo 1082 del Código Civil y solicitasen el concurso de la herencia, o lo solicitase un heredero, también procedería la declaración de concurso de la herencia indivisa (*arg. ex* art. 182.1 y 3 LC).

IX. CONCLUSIONES

1. Del estudio realizado puede concluirse que la LC no excluye de forma absoluta el concurso de la herencia en caso de haber sido aceptada pura y simplemente. La herencia yacente concursada puede ser aceptada pura y simplemente y ello no excluye su concurso. El concurso del causante puede continuar como concurso de la herencia aunque los llamados acepten luego pura y simplemente. Si todos los herederos aceptan pura y simplemente, la herencia puede ser declarada en concurso mientras permanezca indivisa. Si unos herederos aceptan a beneficio de inventario y otros pura y simplemente, cabe sostener que debe operarse como si todos hubieran aceptado a beneficio de inventario, pudiendo y debiendo el heredero beneficiario, solicitar el concurso de la herencia beneficiaria, siendo los créditos insatisfechos en el concurso, hechos valer por los acreedores frente a los herederos que aceptaron pura y simplemente sobre su patrimonio personal.

2. Resulta evidente el perjuicio que la confusión de patrimonios ocasiona a los acreedores del causante y a los del heredero. De ahí que se arbitren mecanismos doctrinales para evitarla como la rescisión de la aceptación de la herencia pura y simplemente cuando la herencia es *damnosa*, instada por los acreedores del heredero en el concurso de este, acompañada de la solicitud de concurso de la herencia (que se entendería aceptada a beneficio de inventario). O la acción rescisoria concursal instada por los acreedores hereditarios, legitimarios y legatarios, en el concurso del heredero, si fuesen perjudicados por la aceptación pura y simple hecha por el heredero insolvente, para obtener la declaración de ineficacia de tal aceptación, en cuanto perjudicial para la masa activa. O bien, la posición que entendemos más acertada doctrinalmente, consistente en el concurso conjunto de la herencia y del heredero aceptante pura y simplemente, con separación de masas y de listas de acreedores.

3. Es el artículo 182 LC el que debe condicionar la interpretación del artículo 1.2 y 3.4 LC y no viceversa.

X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- ATS, Sala 1.ª, de 25 de septiembre de 2012
- AAP de Valencia (Sección 6.ª), de 4 de octubre de 2001
- AAP de La Coruña (Sección 4.ª), de 26 de marzo de 2009

- AAP de Pontevedra (Sección 1.ª), de 29 de abril de 2009
- AJM de Madrid, de 21 de julio de 2005
- AJM de Santander, de 28 de abril de 2006
- AJM de Málaga, de 23 de junio de 2008

XI. BIBLIOGRAFÍA

BLANQUER UBEROS, R. (2005). Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones. *Cuadernos de Derecho y Comercio,* núm. 43, 37-192.

BOLÁS ALFONSO, J. (2005). El concurso del causante, de la herencia y del heredero. En *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia.* Tomo II. Madrid: Marcial Pons. Pp. 1789-1803.

CÁMARA ÁGUILA, M.ª P. (2004). Comentario del artículo 182 LC. En Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley Concursal.* Madrid: Tecnos.

CAZORLA GONZÁLEZ, M.ª J. (2007). *El concurso de la herencia.* Madrid: Reus.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2005). Presupuestos dogmático-sucesorios del concurso de la herencia: una aproximación civilística a la Ley Concursal. En *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia,* Vol. II, pp. 1909-1930.

GARCÍA BAÑÓN, A. (1962). *El beneficio de separación.* Editorial Rialp.

GONZÁLEZ GARCÍA (1989). *Responsabilidad del heredero y derechos de los acreedores sobre el patrimonio hereditario.* Editorial Montecorvo.

JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2014). La muerte del concursado y la responsabilidad del heredero. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 746.

LEFEBVRE, F. (2011). *Memento Práctico Concursal, 2012.* Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, S. A.

MILLÁN SALAS, F. (2003). La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056-2 del Código Civil. *Actualidad Civil,* núm. 45-46, 1179-1197.

MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA. (2003). *La preferencia creditual de los acreedores hereditarios antes de la partición, trabajo de investigación inédito.*

NAVARRO CASTRO, M. (2009). *La responsabilidad por las deudas hereditarias.* Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

ORDUÑA MORENO, J. (2004). Comentario al artículo 182 LC En Ángel Rojo y Emilio Beltrán (Dir.). *Comentario de la Ley Concursal.* Tomo II. Madrid: Thomson-Civitas.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1967). *La herencia y las deudas del causante.* Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

PÉREZ DE VARGAS, J. (2004). El concurso de la herencia. *Revista de Derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación,* núm. 1, pp. 53-72.

RIVAS MARTÍNEZ, J. J. (1997). *Derecho de sucesiones.* Dykinson: Madrid.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1994). *Derecho de sucesiones.* Bosch: Barcelona.

ROJO, A. y ORDUÑA, J. (2004). Comentario al artículo 1.2 de la Ley Concursal. En Ángel Rojo y Emilio Beltrán (Dir.). *Comentario de la Ley Concursal.* Tomo I. Madrid: Thomson-Civitas.

ROMERO HERRERO, H. (2003). La responsabilidad del heredero y del legatario. *Anales de la Academia Matritense del Notariado.* Tomo XLI.

YÁÑEZ VIVERO, F. (2012). Las deudas de una herencia concursada y su proyección en la práctica judicial. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 734, pp. 3546-3560.
— (2012). *El fallecimiento del concursado.* Pamplona: Civitas.

NOTAS

[1] BOLÁS ALFONSO, 2005, 1793. En relación con el Derecho anterior a la LC, señalaba el autor que «dentro de los casos de quiebra de la herencia podrían incluirse tanto el caso de la herencia yacente como el de la herencia aceptada a beneficio de inventario, pues en ambos casos no hay herederos que respondan de las deudas dejadas por el causante, bien sea porque ningún heredero aceptó la herencia, bien sea porque la aceptación fue a beneficio de inventario». No obstante, a su juicio, debían distinguirse los dos casos, pues su régimen consideraba que no era exactamente el mismo. «Así: 1. En el caso de herencia yacente, por hipótesis, los únicos que pueden solicitar la declaración de quiebra son los acreedores, o el administrador de la herencia, puesto que la actuación en tal sentido de un heredero merecerá la consideración de aceptación tácita, y donde hay herencia aceptada no hay herencia yacente. A los acreedores se les reconocerá el beneficio de separación. 2. Si los herederos han aceptado la herencia a beneficio de inventario pueden solicitar la declaración de quiebra en su condición de tales resultando de aplicación en este segundo caso tanto el beneficio de separación de los acreedores como el beneficio de inventario de los herederos». En el caso de aceptación a beneficio de inventario (de herencia ya declarada en concurso o bien que se declara en concurso después) se planteaba la colisión de las normas del Código Civil en materia de aceptación de herencia a beneficio de inventario, con las de la quiebra. Conforme al régimen del Código Civil, la eficacia de tal aceptación quedaba supeditada a la realización de un inventario, en plazo muy breve, con citación de acreedores y legatarios (arts. 1014-1022), estando la herencia en administración hasta que resultasen pagados todos los acreedores conocidos y los legatarios (arts. 1023-1034). Estas y otras normas tenían difícil encaje en el caso de quiebra de la herencia, ya que en este caso, se aplicarían las normas específicas de la quiebra en orden a confección del inventario de bienes, relación de acreedores, administración y disposición de bienes y pago de deudas, tareas que correspondían con carácter exclusivo y excluyente a los órganos de la quiebra, de manera que *en el caso de quiebra de la herencia las normas del Código Civil debían entenderse desplazadas por la aplicación preferente de las normas de la quiebra*. De manera que si en el momento de aceptar el heredero a beneficio de inventario no está todavía declarada la quiebra de la herencia, se aplicarían inicialmente las normas del Código Civil sobre aceptación a beneficio de inventario, las cuales cederían ante las de la quiebra *a posteriori*, una vez declarada la quiebra de la herencia. Si en el momento de aceptar a beneficio de inventario la quiebra de la herencia ya hubiese sido declarada, manifestada en legal forma la voluntad de aceptar a beneficio de inventario, había que aplicar las normas especiales de la quiebra. En todo caso, los efectos de la quiebra de la herencia eran estrictamente patrimoniales. Se tratase de herencia yacente o herencia beneficiaria, como consecuencia de la declaración de quiebra de la herencia, el patrimonio del causante integraba la masa activa y sus acreedores la masa pasiva, y eran los síndicos quienes tenían la administración, disposición y representación de los bienes. Concluida la quiebra, si quedaban bienes, correspondían a los herederos y, en su caso, los acreedores particulares de estos podían accionar contra los mismos conforme a las reglas generales (BOLÁS ALFONSO, 2005, pp. 1793-1794).

[2] Este Anteproyecto de 1995 dedicaba el Título XII al Concurso de la herencia. Artículo 253. *Legitimación para solicitar la declaración de concurso de la herencia.* Para solicitar la declaración de concurso de la herencia están legitimados el administrador de la herencia, los herederos, los legatarios y cualquiera de los acreedores. Artículo 254. *Competencia para declarar el concurso de la herencia.* 1. Será competente para declarar el concurso de la herencia el Juez de Primera Instancia de la capital de provincia donde el deudor fallecido hubiera tenido su domicilio o hubiera radicado el centro efectivo de sus actividades.- 2. El Juez competente para declarar el concurso de la herencia lo será también para declarar el

de sus herederos. Artículo 255. *Provisión sobre solicitud.* 1. Si el Juez se estima competente para conocer de la solicitud presentada por el administrador de la herencia o por el único heredero dictará sentencia declarando el concurso de la herencia. 2. Si el Juez se estima competente para conocer de la solicitud presentada por cualquier otro legitimado, dictará providencia admitiendo a trámite la solicitud y ordenará el emplazamiento del administrador de la herencia y de todos los herederos conocidos para que comparezcan en la Secretaría del Juzgado a fin de que se les pongan de manifiesto los autos por el plazo de 3 días, dentro del cual podrán formular oposición a la solicitud.

[3] Título X bis, del concurso de la herencia. Artículo 200 bis. *Declaración de concurso de la herencia.* 1. La declaración judicial de concurso de la herencia del deudor procederá en los siguientes casos: 1.º. Cuando, fallecido el deudor antes de la declaración judicial de concurso, *no hubiera sido aceptada la herencia*.- 2.º. Cuando, declarado en concurso el deudor, hubiere fallecido este durante la tramitación del procedimiento.- En el caso a que se refiere el punto 2.º, el Juez declarará de oficio la continuación del concurso del deudor como concurso de la herencia sin retrotraer las actuaciones.—2. La herencia se mantendrá indivisa durante la tramitación del concurso de acreedores.-—3. La representación de la herencia en el procedimiento corresponderá a quien la ostente conforme a derecho. Artículo 200 ter. *Legitimación para solicitar la declaración de concurso de la herencia.* Para solicitar la declaración de concurso de la herencia están legitimados el administrador de la herencia, los herederos, los legatarios y cualquiera de los acreedores. Artículo 200 quater. *Competencia para declarar el concurso de la herencia.* 1. Será competente para declarar el concurso de la herencia el Juez que lo hubiera sido para declarar el concurso del fallecido.—2. Si el juez se estima competente para conocer de la solicitud presentada por el administrador de la herencia o por el único heredero, dictará auto declarando el concurso de la herencia.—3. Si el juez se estima competente para conocer de la solicitud presentada por cualquier otro legitimado, dictará providencia admitiendo a trámite la solicitud y ordenará el emplazamiento del administrador de la herencia y de todos los herederos conocidos para que comparezcan en la Secretaría del Juzgado a fin de que se les pongan de manifiesto los autos por el plazo de cuatro días, dentro del cual podrán formular oposición a la solicitud.- Artículo 200 quinquies. *Aceptación de la herencia declarada en concurso.* 1. Una vez declarado el concurso de la herencia, cualquier acreedor podrá requerir a los herederos ante el Juez que lo hubiera declarado para que acepten o repudien la herencia. El ejercicio del derecho a deliberar por parte de los herederos no suspenderá la tramitación del concurso.- 2. Si la herencia fuera aceptada a beneficio de inventario, el concurso de acreedores continuará respecto de esta. Una vez concluido el procedimiento, si subsistieran bienes, se entregarán al heredero o herederos aceptantes.- 3. *Si la herencia fuera aceptada pura y simplemente, el concurso de acreedores continuará respecto de esta, pero el Juez declarará también en concurso a los herederos, cuando transcurrido un mes desde la aceptación, no hubieran acreditado la íntegra satisfacción de los acreedores*.- *4. El concurso de la herencia y de los herederos que hubieran aceptado pura y simplemente se tramitará en procedimiento único con nombramiento de administradores judiciales y formación de masas separadas*». Este Título X parecía inspirarse, por lo menos en parte, en el Anteproyecto de LC de 1995.

[4] En la motivación de la enmienda se indicaba: «El problema más arduo es el de determinar si, en caso de aceptación de la herencia a beneficio de inventario antes de la declaración de concurso, el sujeto pasivo del procedimiento es la herencia o el heredero. El apartado 2 del artículo 1 del Proyecto de Ley señala que el concurso de la herencia solo puede declararse en tanto no haya tenido lugar la aceptación pura y simple de la misma. Significa ello que, según el Proyecto, la aceptación a beneficio de inventario (arts. 1010 y sigs. CC) no impide la declaración judicial del concurso de la herencia. Y en el caso de que se mantuviera el texto del Proyecto y la herencia fuera aceptada a beneficio de inventario, el concurso de acreedores tendría como único sujeto pasivo a la propia herencia, a pesar de que ya no existiría propiamente herencia yacente. Esta solución implica desconocer cuáles son los efectos de toda aceptación. En efecto, por virtud de la aceptación, desaparece la situación de herencia yacente, sea aceptación pura y simple, sea aceptación a beneficio de inventario. La aceptación a beneficio de inventario es esencialmente una aceptación en sentido técnico jurídico. No sucede lo que con el denominado derecho de deliberar, en el que

tan solo se establece en favor del heredero la facultad de proceder al examen de los aspectos económicos del caudal hereditario para poder decidirse, con mejor conocimiento, por la aceptación o por la renuncia. Con la aceptación de la herencia a beneficio de inventario el heredero adquiere los bienes y derechos que integran esa herencia y asume también las deudas del causante. La única diferencia esencial con la aceptación pura y simple es que esa aceptación a beneficio de inventario determina la separación de los patrimonios del causante y del heredero, quien tan solo responde del pasivo de los bienes de la herencia con los bienes que por ella adquiere (art. 1023.1.º CC). Se trata de una responsabilidad *cum viribus,* es decir, que el heredero responde de las deudas del causante con los bienes hereditarios, y no con los bienes propios (SSTS de 28 de septiembre de 1864) y 12 de febrero de 1909). De otro lado, la norma contenida en el Proyecto de Ley no ha tenido en cuenta la posibilidad de que existan varios herederos y de que unos acepten pura y simplemente y otros a beneficio de inventario (caso previsto en el art. 1084 CC). Por estas razones, al redactar el número 1 del apartado primero del artículo 200 bis, se han tenido en cuenta estas consideraciones. *Con la solución contenida en esta enmienda, en los casos de aceptación a beneficio de inventario, procede declarar en concurso de acreedores al heredero aceptante, aunque incluyendo única y exclusivamente en la masa activa los bienes y derechos procedentes del patrimonio del causante y en la masa pasiva las deudas de dicho causante. Esta es la solución más correcta, sobre todo si se tiene en cuenta que la declaración de quiebra del heredero, limitada patrimonialmente en los términos antes señalados, puede tener lugar muchos años después de la aceptación a beneficio de inventario*».

[5] BOLÁS ALFONSO, 2005, 1800.

[6] Artículo 1.2 LC: «El concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente». Artículo 3.4 LC: «Los acreedores del deudor fallecido, los herederos de este y el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá los efectos de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario». Artículo 6.2.2.º LC: «A la solicitud se acompañarán los documentos siguientes: … La memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, de la actividad o actividades a que se haya dedicado durante los tres últimos años y de los establecimientos, oficinas y explotaciones de que sea titular, de las causas del estado en que se encuentre y de las valoraciones y propuestas sobre la viabilidad patrimonial… *Si se tratase de una herencia, se indicarán en la memoria los datos del causante*». Artículo 40.5 LC: «En caso de concurso de la herencia, corresponderá a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición sobre el caudal relicto, sin que pueda cambiarse esta situación». Artículo 40.6.2.º: «El deudor conservará la facultad de testar, sin perjuicio de los efectos del concurso sobre la herencia». Artículo 182 LC: «1. La muerte o declaración de fallecimiento del concursado no será causa de conclusión del concurso, que continuará su tramitación como concurso de la herencia, correspondiendo a la administración concursal el ejercicio de las facultades patrimoniales de administración y disposición del caudal relicto. 2. La representación de la herencia en el procedimiento corresponderá a quien la ostente conforme a Derecho y, en su caso, a quien designen los herederos. 3. La herencia se mantendrá indivisa durante la tramitación del concurso». De acuerdo con el AAP de Valencia (Sección 6.ª), de 4 de octubre de 2001, el fallecimiento del quebrado no provocaba ni la conclusión ni la paralización del juicio de quiebra, como expresamente reconoce hoy el artículo 182 LC. *Vid*., también ATS de 25 de septiembre de 2012.

[7] BOLÁS ALFONSO considera que la nueva Ley «tiende a la equiparación de este supuesto [el del concurso de la herencia] con el del fallecimiento del deudor declarado en concurso», opinión que compartimos (pero en sentido diferente), si bien dicho autor entiende inexacta tal equiparación pues «en la hipótesis de concurso de la herencia, no existe una declaración de concurso al fallecimiento del deudor. En este último caso se plantean problemas específicos, tales como determinar en qué casos procede declarar el concurso de la herencia; quiénes están legitimados para solicitar la declaración de concurso de la herencia; qué Juez es el competente; y qué efectos produce la aceptación de la herencia, en sus distintas modalidades, cuando se ha solicitado la declaración de concurso del caudal hereditario. Por el contrario, en la hipótesis de fallecimiento del concursado, se parte ya del

hecho de la existencia de la declaración de concurso y de un procedimiento en marcha, por lo que la cuestión se reduce a regular la continuación de la quiebra en este caso». *Considerando que la regulación sería común en cuanto a «los efectos de la declaración de concurso sobre la masa patrimonial que integra la herencia del causante y sobre los herederos, según acepten pura y simplemente o a beneficio de inventario»* (BOLÁS ALFONSO, 2005, 1799). Una interpretación integradora de los artículos 1.2 y 182 LC puede conducir a entender, en efecto, que existe esa regulación común, como trataremos de demostrar. Son partidarios de una interpretación integradora del artículo 1.2 y 182 LC el AAP de Pontevedra (Sección 1.ª), de 29 de abril de 2009 y el AJM de Málaga de 23 de junio de 2008.

[8] ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2005, 1912. Teniendo presente que la doctrina no es unánime en la consideración de que la aceptación pura y simple de la herencia produzca la confusión del patrimonio hereditario con el patrimonio personal del heredero.

[9] Artículo 1052 del Código Civil: «Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia. Por los incapacitados y por los ausentes deberán pedirla sus representantes legítimos». Artículo 1082 del Código Civil: «Los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos». (*Vid*., también artículos 782.4 y 788.3 LEC, en sede del procedimiento judicial contencioso para la división de la herencia). La indivisibilidad de la herencia es un presupuesto del concurso de la herencia, que responde a la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal en la medida en que el caudal hereditario está afecto al pago de las deudas del causante. La indivisibilidad responde también a la aplicación del principio de igualdad de condición de todos los acreedores concurrentes (*par conditio creditorum*). Todos los acreedores son, por regla general, de igual condición frente a la totalidad del patrimonio del deudor, y deben recibir el mismo trato. Esta regla requiere del principio de universalidad o de indivisibilidad para llegar a ser plenamente efectiva. Por último, la indivisibilidad responde a la misma exigencia conceptual de la herencia como unidad patrimonial «concursable», en la medida en que el Derecho español permite someter dicha masa de bienes a un régimen específico de cobro, con independencia de la posible configuración de su titularidad (ORDUÑA, 2004, 2708).

[10] *Vid.* JIMÉNEZ PARÍS, 2014.

[11] ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2005, pp. 1914-1920.

[12] Como ya señalamos en un estudio anterior, la letra del artículo 182.1 LC y del artículo 1.2 LC no son del todo coincidentes. Para el artículo 182 LC parece absolutamente irrelevante para la conversión del concurso del deudor fallecido en concurso de la herencia, que la herencia haya sido aceptada pura y simplemente, lo que entraría en contradicción con los artículos 1.2 y 3.4 LC que excluyen el concurso de la herencia aceptada pura y simplemente. Señala YÁÑEZ VIVERO que «la interpretación que hacen en líneas generales, tanto los tribunales como la doctrina, de los artículos 1.2 y 182 LC es una interpretación que podríamos llamar complementaria e integradora [en la que el sentido del artículo 182 LC viene condicionada por el artículo 1.2 LC]. De un lado los efectos del concurso «sobrevenido» previstos en el artículo 182, se aplican también al concurso de la herencia propio, es decir, al inicialmente declarado tras la muerte del deudor insolvente. Y de otro lado, *el silencio del artículo 182 respecto a la repercusión de la aceptación de la herencia en el concurso «continuador» de la herencia es integrado con la regla imperativa del artículo 1.2 que excluye … el concurso de la herencia cuando la aceptación es pura y simple*» (YÁÑEZ VIVERO (1), 2012, 3558). De ahí que se haya señalado que «si el concursado fallece durante la tramitación del procedimiento concursal, el concurso continúa como concurso de la herencia, *salvo que los herederos acepten la herencia pura y simplemente, en cuyo caso termina*. En este caso se ha de aplicar lo dispuesto en la normativa procesal civil (LEC art. 16), en cuanto a la comunicación de este hecho al órgano judicial» (LEFEBVRE, 2011, 75). No obstante, algunos autores afirman que el alcance y efectos de la aceptación pura y simple en caso de fallecimiento del concursado es *intrascendente respecto del procedimiento de concurso, que continuaría su tramitación como concurso de herencia, situándose los efectos de la aceptación en un tiempo posterior a la conclusión del concurso.* Esto es, el heredero, aun aceptando pura y simplemente, *no podría interrumpir la tramitación del procedimiento de concurso ni participar*

más allá de ostentar la «representación de la herencia», pero una vez concluido el concurso debería atender el pago de los acreedores insatisfechos (art. 178.2 LC a sensu contrario), *hasta su completa satisfacción (en igualdad de trato con sus acreedores personales),* [opinión esta que se basaría en una interpretación autónoma del artículo 182 LC, respecto de los arts. 1.2 y 3.4]. No obstante, podría sostenerse que el heredero, al aceptar en esta modalidad y quedar responsable de las deudas y cargas de la herencia con sus bienes propios «podría solicitar la incorporación al procedimiento concursal para realizar, según lo procedente conforme a la situación de su tramitación el pago y consignación de todos los créditos reconocidos y la íntegra satisfacción de los acreedores, incluidos los demás beneficiarios en la sucesión, *incluso con bienes propios no comprendidos en la masa activa, y así poder promover la conclusión del concurso*» (BLANQUER UBEROS, 2005, 161), opiniones estas últimas que compartíamos, optando por una interpretación del artículo 182 LC, autónoma del artículo 1.2 LC, en la medida en que permitía aproximarse a la solución postulada como más perfecta en el cuerpo de nuestro trabajo. En esta línea, señalaba CÁMARA ÁGUILA que «*la sucesión afecta a la titularidad del patrimonio del causante, pero no supone la desaparición de la individualización del patrimonio.* El patrimonio del causante continúa diferenciado,… ya acepte el heredero pura y simplemente o a beneficio de inventario. Las deudas no cambian de patrimonio, es el patrimonio el que cambia de titular. Entre otras, la independencia del patrimonio hereditario se manifiesta en la posibilidad de que este pueda ser declarado en concurso con independencia del patrimonio del heredero. Pero ello, creo, en contra de lo que afirman algunos autores y aparece ahora consagrado en el artículo 1.2 LC, con independencia de si el heredero ha aceptado o no a beneficio de inventario… Los acreedores conservan todas las posibilidades de acción contra el patrimonio hereditario; lo que sucede es que si los herederos no gozan del beneficio de inventario, entonces se refuerza su posición, pudiendo pasar a agredir los bienes de los herederos,… El efecto del beneficio de inventario es *solo* el de limitar la responsabilidad del heredero. Como puede desprenderse del artículo 1023 del Código Civil, la pérdida del beneficio de inventario no afecta *en daño de los acreedores* a la subsistencia del patrimonio. *Ciertamente, podría decirse que la discusión es más teórica que real, en la medida que parece inimaginable que alguien quiera aceptar la herencia de alguien declarado en concurso, sin acogerse al beneficio de inventario. Aunque es más posible que los herederos pierdan el beneficio de inventario, al sustraer u ocultar algunos efectos de la herencia [art. 1002 CC]… Y así, si el heredero aceptara pura y simplemente, la separación automática de patrimonios que en todo caso se produce conllevaría a que sobre el patrimonio del causante tendrían preferencia para cobrar sus acreedores —y después de estos los legatarios— sobre los acreedores [personales] del heredero. … Si uno o varios herederos no gozaran del beneficio de inventario, entonces habría que ver si los propios bienes de la herencia sirven para satisfacer a los acreedores hereditarios. Si es así, creo que no se ha de plantear ningún problema. El problema se planteará si los bienes no fueran suficientes, en cuyo caso procederá dirigirse contra el patrimonio del/los herederos, mediante ejecuciones singulares —hay que tener en cuenta que ahí concurrirán con los propios acreedores del heredero, y habrá que estar al régimen general de la prelación de créditos [arts. 1921 y sigs. CC]— lo que a su vez puede desembocar en un nuevo concurso —ahora sí, el del heredero.* En el caso que venimos analizando— concurso declarado a la muerte del deudor y en fase de tramitación—, los acreedores podrán instar judicialmente a los llamados a la herencia —artículo 1004 del Código Civil— para que acepten o repudien, debiendo señalar el Juez un plazo no superior a 30 días para que declare si acepte o repudia el llamamiento, entendiéndose aceptado si no hacen ninguna declaración» (CÁMARA ÁGUILA, 2004, pp. 1856-1858).

[13] YÁÑEZ VIVERO, 200, pp. 3553-3554.

[14] Según el AAP de La Coruña (Sección 4.ª), de 26 de marzo de 2009, el concurso de la herencia debía inadmitirse en caso de inexistencia de masa activa. El auto es anterior a la reforma operada en la LC por la Ley 38/2011, que introdujo el artículo 176.bis.4.

[15] ORDUÑA, 2004, pp. 2708-2709.

[16] *Cfr.:* ORDUÑA, 2004, p. 2716.

[17] ORDUÑA, 2004, p. 2719.

[18] Sobre el artículo 1056 del Código Civil, *vid*.: MILLÁN SALAS, F. (2003). La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056-2 del Código Civil. *Actualidad*

Civil, núm. 45-46, pp. 1179-1197. Artículo 231.1 LC: «El empresario persona natural que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que aportando el correspondiente balance, justifique que su pasivo no supera los cinco millones de euros. A los efectos de este Título [Título X, El acuerdo extrajudicial de pagos] se considerarán empresarios personas naturales no solamente aquellos que tuvieran tal condición de acuerdo con la legislación mercantil, sino aquellos que ejerzan actividades profesionales o tengan aquella consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos». Artículo 236 LC: «1. Tan pronto como sea posible, y en cualquier caso con una antelación mínima de veinte días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión [de acreedores], el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, un plan de pagos de los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud, en el que la espera o moratoria no podrá superar los tres años y en el que la quita o condonación no podrá superar el 25 por ciento del importe de los créditos. El plan de pagos se acompañará de un plan de viabilidad y contendrá una propuesta de cumplimiento regular de las nuevas obligaciones, incluyendo, en su caso, la fijación de una cantidad en concepto de alimentos para el deudor y su familia, y de un plan de continuación de la actividad profesional o empresarial que desarrollara. El plan de pagos incluirá necesariamente una propuesta de negociación de las condiciones de los préstamos y créditos así como copia del acuerdo o solicitud de aplazamiento de los créditos de derecho público o, al menos, de las fechas de pago de los mismos, si no va a satisfacerse en sus plazos de vencimiento. 2. La propuesta podrá consistir también en la cesión de bienes a los acreedores en pago de las deudas…». Artículo 238: 1. Para que el plan de pagos se considere aceptado, será necesario que voten a favor del mismo, acreedores que sean titulares, al menos, del 60 por ciento del pasivo. En el caso de que el plan de pagos consista en la cesión de bienes del deudor en pago de deudas, dicho plan deberá contar con la aprobación de acreedores que representen el 75 por ciento del pasivo y del acreedor o acreedores que, en su caso, tengan constituida a su favor una garantía real sobre estos bienes. En ambos supuestos, para la formación de estas mayorías se tendrá en cuenta exclusivamente el pasivo que vaya a verse afectado por el acuerdo y a los acreedores del mismo. 2. Si el plan fuera aceptado por los acreedores, el acuerdo se elevará inmediatamente a escritura pública, que cerrará el expediente que el notario hubiera abierto. Para los abiertos por el registrador mercantil, se presentará ante el Registro Mercantil copia de la escritura para que el registrador pueda cerrar el expediente. Por el notario o el registrador se comunicará el cierre del expediente al juzgado que hubiera de tramitar el concurso…3. Si el plan no fuera aceptado, y el deudor continuara incurso en insolvencia, el mediador concursal solicitará inmediatamente del juez competente la declaración de concurso, que el juez acordará también de forma inmediata. En su caso, instará también del juez la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis de esta Ley». Artículo 240 LC: «1. Ningún acreedor afectado por el acuerdo podrá iniciar o continuar ejecuciones contra el deudor por deudas anteriores a la publicación de la apertura del expediente. El deudor podrá solicitar la cancelación de los correspondientes embargos del juez que los hubiera ordenado. 2. Por virtud del acuerdo extrajudicial, los créditos quedarán aplazados y remitidos conforme a lo pactado. En caso de cesión de bienes a los acreedores, los créditos se considerarán extinguidos en todo o en parte, según lo acordado. 3. Los acreedores conservarán las acciones que les correspondan por la totalidad de los créditos contra los obligados solidarios y los garantes personales del deudor». Artículo 241 LC: «1. El mediador concursal deberá supervisar el cumplimiento del acuerdo. 2. Si el plan de pagos fuera íntegramente cumplido, el mediador concursal lo hará constar en acta notarial que se publicará en el *BOE* y en el Registro Público Concursal. 2. Si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera incumplido, el mediador concursal deberá instar el concurso, considerándose que el deudor incumplidor se encuentra en estado de insolvencia».

[19] *Cfr*., ORDUÑA, 2004, 2719.

[20] BLANQUER UBEROS, 2005, 164.

[21] Si el deudor ha fallecido en una situación material de insolvencia, no habrá alicientes o interés económico para que los herederos acepten. Por ello, los intereses de los acreedores justifican que proceda la declaración de concurso de la herencia yacente (BOLÁS ALFONSO, 2005, 1800).

[22] BLANQUER UBEROS, 2005, pp. 165-169. La LC «introduce así en el Derecho español un supuesto excepcional de aceptación a beneficio de inventario *ministerio legis*. Mientras que, según regla general, la aceptación de la herencia a beneficio de inventario debe hacerse mediante declaración ante notario o por escrito ante cualquiera de los jueces que sean competentes para conocer del juicio de testamentaría o abintestato (art. 1110 CC) o, si el heredero se hallare en país extranjero, ante agente diplomático o consular de España habilitado para ejercer las funciones notariales en el lugar del otorgamiento (art. 1012 CC), en el caso que nos ocupa el beneficio de inventario se produce sin necesidad de esa declaración… Aunque el heredero desista con posterioridad de la solicitud de concurso, como la aceptación es irrevocable (art. 997 CC), ese desistimiento no afecta a esa peculiar aceptación producida *ministerio legis*» (ROJO, 2004, 219). El legatario de parte alícuota (instituido en una cuota del activo o en una parte alícuota del remanente o saldo de la herencia una vez pagadas las deudas), como cotitular del activo hereditario y partícipe en la comunidad hereditaria y con derecho a participar en las operaciones particionales en la medida en que pueden afectarle, con legitimación para interponer el juicio de división de la herencia (art. 782 LEC) y con posibilidad de obtener la anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad (arts. 146 y 152 RH), está legitimado para solicitar la declaración de concurso, ya que como cotitular del activo hereditario se ve afectado por el procedimiento concursal, en la medida en que este incide en las operaciones de liquidación y por lo tanto, en la posible efectividad de su cuota hereditaria. En cuanto al heredero instituido en cosa cierta, como está excluido de la comunidad hereditaria y del derecho de acrecer (art. 982.1 CC), en principio no estaría legitimado para solicitar la declaración de concurso, en la medida en que de acuerdo con el artículo 768 del Código Civil se le presume legatario, al haberse utilizado por el testador una fórmula de institución que no implica institución en una cuota. Ahora bien, si de acuerdo con el principio preferente de la *voluntas testandi* pudiera demostrar que fue querido como heredero, habiendo hecho el testador una disposición particional que concretaba en una cosa, el pago de su porción hereditaria, en cuanto heredero y responsable de las deudas del causante, estaría legitimado para solicitar la declaración de concurso de la herencia. Si toda la herencia se hubiese distribuido en legados (art. 891 CC), los legatarios podrían solicitar el concurso de la herencia, pues si bien su responsabilidad viene limitada por el valor de lo legado, lo que no es sino una aplicación de la regla general sobre responsabilidad del legatario (art. 858.2 CC), asumen la liquidación del haber hereditario por la parte que proporcionalmente se derive de sus cuotas, determinadas, a su vez, por el alcance de la asignación dispuesta en los respectivos legados (ORDUÑA, 2004, 2713).

[23] BLANQUER UBEROS, 2005, p. 169.

[24] BLANQUER UBEROS, 2005, pp. 169-170.

[25] BLANQUER UBEROS, 2005, pp. 170-171.

[26] BLANQUER UBEROS, 2005, p. 171.

[27] BLANQUER UBEROS, 2005, p. 172.

[28] BLANQUER UBEROS, 2005, pp. 172-173.

[29] BLANQUER UBEROS, 2005, p. 173.

[30] BLANQUER UBEROS, 2005, pp. 173-175.

[31] NAVARRO CASTRO, 2009, p. 57.

[32] BLANQUER UBEROS, 2005, p. 176.

[33] PÉREZ DE VARGAS deduce del artículo 1.2 LC que procederá la declaración de concurso de una herencia yacente o que haya sido aceptada a beneficio de inventario. Señala que «frecuentemente sucede que, entre el momento de la apertura de la sucesión y el de la aceptación, transcurre un período de tiempo —a veces largo— en el que la herencia carece de titular. Se dice que entonces la herencia se encuentra en situación de yacencia. Durante esta fase, la masa hereditaria podría sufrir graves quebrantos económicos, si permaneciera absolutamente desatendida. Por eso, es el propio ordenamiento jurídico el

que, teniendo gran interés en la conservación y administración del caudal relicto, toma cartas en el asunto, dotándole de la unidad, homogeneidad y autonomía suficientes como para que pueda permanecer indemne mientras carezca de un titular definitivo. La herencia yacente… [es]... un patrimonio de destino… Durante ese tiempo, resulta fundamental atender a su conservación y administración en interés de los herederos, legatarios y acreedores del causante». *Habiendo heredero que haya aceptado pura y simplemente o una situación que haya producido la imposibilidad de utilizar el beneficio de inventario e imponga la aceptación pura y simple (1002, 1018,1019, 1024 CC), «no procederá la declaración de concurso de la herencia, ya que aunque esta no pasa a refundirse automáticamente con el patrimonio personal de aquel, el heredero responderá de las deudas del causante, y no solo con el insuficiente activo hereditario, sino también con el suyo propio …», respondiendo de las deudas como si fuesen propias*, por lo que los acreedores deberán reclamar al heredero *y solo cuando el patrimonio de este (del que forma parte «separadamente» la herencia del causante), resulte insuficiente, podrán solicitar el concurso del heredero. En este caso no puede haber, pues, concurso de la herencia. Procede, en todo caso, que el heredero solicite su propio concurso. Si hubiera más de un llamado a la herencia, decidiendo aceptarla pura y simplemente alguno o algunos de los llamados, tampoco procederá declararla en concurso» [posición esta última de la que se separa con acierto BLANQUER UBEROS, considerando que siempre que algún heredero haya aceptado a beneficio de inventario, procederá aplicar el régimen jurídico previsto para el beneficio de inventario].* (PÉREZ DE VARGAS, 2004, pp. 61-66). «Si la herencia es aceptada pura y simplemente, bien de forma expresa o tácita (art. 999 - I a III CC; STS [1.ª] 27 de junio de 2000) —supuesto a los que se asimilan los de aceptación *ex lege* (art. 1000 CC)—, se produce una extensión de la responsabilidad del heredero, el cual pasa a responder de todas las deudas del causante y de todas las cargas de la herencia no solo con los bienes y derechos que la integran, sino también con los suyos propios (art. 1003 CC). Como la responsabilidad del heredero que hubiere aceptado pura y simplemente es *ultra vires hereditatis, tras la aceptación ya no procede la declaración judicial de concurso de la herencia*. Si el heredero es solvente, satisfará las deudas del causante y hará frente a las cargas de la herencia (entendiendo por tales cargas las deudas originadas por la muerte o fallecimiento del causante, por la apertura de la sucesión y por el cumplimiento de la voluntad del fallecido) y, una vez satisfechas estas deudas (y entregados los legados a los legatarios), «quedará el heredero en el pleno goce del remanente de la herencia» (art. 1032.I CC); *y si fuera insolvente, procederá la declaración judicial del concurso de este, bien a solicitud del propio heredero, bien a solicitud de los acreedores del deudor fallecido o [de los acreedores] del propio heredero. En el concurso de acreedores del heredero existirá una única masa activa, integrada por los bienes y derechos antes del causante y ahora del heredero y por los bienes y derechos del heredero, y una única masa pasiva, integrada por los créditos de quienes hubieran sido, hasta la aceptación pura y simple, acreedores del causante y de quienes sean acreedores del heredero. En estos supuestos, la LC no establece mecanismo alguno de separación interna de la masa activa por razón de la procedencia de los bienes y derechos que la integran»* (ROJO-ORDUÑA, 2004, p. 156), *por lo que se articularía una sola lista de acreedores con arreglo a los artículos 90 y sigs. del Código Civil, sin existir preferencia alguna de cobro para los acreedores hereditarios sobre los bienes procedentes del caudal relicto. «Si fueren varios los herederos que hubieran aceptado pura y simplemente, los acreedores del causante (y los de la herencia) pueden solicitar la declaración judicial del concurso de todos aquellos que sean insolventes. Si unos herederos hubieran aceptado pura y simplemente y otros a beneficio de inventario, los acreedores del causante (y los de la herencia) pueden solicitar la declaración judicial de concurso de los primeros, siempre que sean insolventes, así como el concurso de la herencia: el hecho de que sea posible demandar a los herederos que hubieran aceptado pura y simplemente (art. 1003 CC) o, incluso, si fueran insolventes, solicitar la declaración judicial de concurso de estos, no impide que el acreedor solicite la declaración judicial de concurso de la herencia (arg. ex art. 1.2 LC)»* (ROJO-ORDUÑA, 2004, pp. 157-158). «El artículo 1 [LC] introduce como condición para declarar el concurso que ningún heredero haya aceptado de forma pura. La justificación de este precepto parece en principio clara: si alguno de los herederos acepta de forma pura, responde con todo su patrimonio por todas las deudas del causante [frente a los acreedores], por lo que lo rele-

vante pasa a ser la solvencia del o los herederos que hayan utilizado esta modalidad de aceptación. Siendo el patrimonio del heredero suficiente para hacer frente a todas las deudas del causante… deja de ser relevante que el patrimonio del causante no sea suficiente para hacer frente a todas las deudas. A partir de ese momento, la declaración de concurso que, en su caso, procedería, sería la del heredero o herederos que hubiesen aceptado de forma pura [«se trata de una regla que está en consonancia con la opinión de la doctrina mercantilista previa a la ley» (ROBLES GARZÓN, GARCÍA VILLAVERDE)]». «… en el caso de que se produzca la declaración de concurso del heredero, en ella no se distinguirá entre acreedores del causante y del heredero, ya que todos habrán pasado a ser desde la aceptación de la herencia acreedores de este, por lo que la jerarquización entre ellos vendrá marcada por las normas concursales, sin ninguna diferenciación en cuanto a su origen» (NAVARRO CASTRO, 2009, pp. 58-61). «… los acreedores del causante (y también los legatarios) tendrán una acción contra el concursado aceptante de forma pura por el importe de la totalidad de su deuda y en la que tendrán la misma posición que cualquier otro acreedor del concursado (que dependerá del tipo de crédito, conforme a la legislación concursal) y una acción contra cada uno de los codeudores que hayan aceptado a beneficio de inventario también por la totalidad de su deuda, pero con el límite, en concurrencia con otros acreedores del causante que se hayan podido dirigir contra ese mismo heredero, del importe de los bienes que le hayan podido corresponder a este». (NAVARRO CASTRO, 2009, 63). En el caso de fallecimiento del concursado, la aceptación de forma pura de alguno de los herederos, pondría fin al proceso. Solo cabría continuar el concurso del causante como concurso de la herencia mientras la herencia se encuentre yacente o se produzcan aceptaciones a beneficio de inventario. La posibilidad de que el heredero del concursado fallecido acepte de forma pura no está prevista expresamente en la Ley, pero «teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.2 y lo que ya hemos indicado acerca de su justificación, parece que ello conllevaría la finalización del concurso…» Podría ocurrir que si el heredero que acepta es un insolvente, dicha aceptación agravara la situación de insolvencia inicial del concursado causante (y de sus acreedores). Por ello indica NAVARRO CASTRO que «hubiera sido deseable que el legislador hubiera establecido la manera de producirse la conclusión del concurso causada por este motivo y, sobre todo, las garantías para que los acreedores del concursado no se vieran perjudicados por la aceptación en forma pura de un insolvente». En este sentido baraja como posibilidad que continúe el concurso del causante como concurso de la herencia, acumulando al mismo el concurso de los herederos aceptantes en forma pura, manteniendo las masas parcialmente separadas con objeto de atender a la concurrencia de acreedores hereditarios y acreedores personales de cada uno de los coherederos, o bien que para evitar rehacer trámites ya realizados en el concurso del causante, en lugar de dar por extinguido el procedimiento inicial y proceder a declarar en concurso a los herederos, dando lugar así a la iniciación de un nuevo procedimiento, al amparo del artículo 184.7 LC, entender que estamos ante un caso de sucesión procesal en la que «la posición del causante vendría a ser ocupada por los herederos que hubieran aceptado de forma pura», lo que llevaría a una completa revisión de la masa activa del concurso y de la masa pasiva, debiendo integrarse la totalidad de los bienes y deudas personales del heredero (posición defendida por DÍEZ SOTO). La previsión del artículo 182.3 LC, «disposición que aunque se refiera a los supuestos de concursado fallecido, parece que debería hacerse extensible a aquellos casos en que el concurso del causante es sustituido por el del heredero aceptante de forma pura», permitiría que aunque los concursos se acumulasen o el del fallecido fuese sustituido por el del heredero aceptante de forma pura, los acreedores del causante pudiesen seguir cobrando sobre los bienes relictos, sin que tengan que entrar en concurrencia con los acreedores del heredero (NAVARRO CASTRO, 2009, pp. 65-68).

[34] BLANQUER UBEROS, 2005, pp. 178-179.

[35] BLANQUER UBEROS, 2005, p. 180.

[36] BLANQUER UBEROS, 2004, pp. 180-182.

[37] JIMÉNEZ PARÍS, 2014.

[38] ESPEJO LERDO DE TEJADA, 2004, pp. 1919-1920. El artículo 3.5 fue derogado por la Ley 38/2011, siendo sustituido por el artículo 25.2 LC: «El acreedor podrá solici-

tar la declaración judicial conjunta de concurso de varios de sus deudores, cuando sean cónyuges, exista entre ellos confusión de patrimonios o formen parte del mismo grupo de sociedades». De acuerdo con el artículo 25.4 LC «será juez competente para la declaración conjunta de concurso el del lugar donde tenga el centro de sus intereses principales el deudor con mayor pasivo…», indicando el artículo 25 ter que «los concursos declarados conjuntamente y acumulados se tramitarán de forma coordinada, sin consolidación de las masas».

[39] No opinan así otros autores (ya lo indicamos *ut supra*).

[40] BLANQUER UBEROS, 2005, pp. 182-183.

[41] BLANQUER UBEROS, 2005, pp. 183-185.

[42] MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, 2003, pp. 127-128.

2. DERECHO MERCANTIL

El ejercicio de los derechos de socio en los casos de participaciones sociales gananciales

The Exercise of Shareholder's Rights in Cases of Shares that Are Community Property

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO
Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: En la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de julio de 2014 se admite que el cónyuge del socio casado en gananciales se encuentra legitimado para solicitar del Registro Mercantil el nombramiento de un auditor, sin que se haya analizado la cuestión desde la general y natural ajenidad que para la correspondiente sociedad supone el carácter privativo o ganancial de la participación social.

ABSTRACT: The Decision of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs of 25 July 2014 admits that, when a shareholder is married under a community property regime, the shareholder's spouse is entitled to apply to the Business Registry to have an auditor appointed. The decision does not look at the question in terms of the fact that, for the company, whether the shares are owned as community property or not is generally (and naturally) a non-issue.

PALABRAS CLAVE: Derecho de sociedades. Ejercicio de derechos de socio. Sociedad de gananciales

KEY WORDS: Corporate law. Exercise of shareholder's rights. Community property regime

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CARÁCTER GANANCIAL O PRIVATIVO DE LA POSICIÓN DE SOCIO EN LAS SOCIEDADES CERRADAS.—III. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE SOCIO.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de julio de 2014 trata un supuesto en que el cónyuge casado en gananciales solicita al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular de más del 5% del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada, el nombramiento

de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes a un ejercicio social. Con carácter previo al pronunciamiento que da lugar a dicha cuestión de fondo, el Centro Directivo llega a la conclusión de que el hecho de que las participaciones sociales fueran adquiridas en estado de casado (en régimen de gananciales) por el socio correspondiente, supone sin más discusión la ganancialidad de las mismas. Por otro lado y en relación con la cuestión de fondo, la referida Resolución —tras afirmar el carácter de comunidad germánica de la sociedad de gananciales— entiende que la solicitud del nombramiento del auditor por parte del cónyuge del socio es un acto de administración y gestión de bienes gananciales que no queda excluido a favor de cualquiera de los cónyuges, sin que ello resulte contrario al artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital ni a la normativa reguladora de la sociedad de gananciales.

Pues bien[1] la cuestión ha sido objeto de un rico debate en el blog del Profesor ALFARO en varias entradas, lo que ha provocado el tratamiento de la misma por nuestra parte, sin que tras ello podamos justificar la solución adoptada por el Centro Directivo.

II. EL CARÁCTER GANANCIAL O PRIVATIVO DE LA POSICIÓN DE SOCIO EN LAS SOCIEDADES CERRADAS

El tema, lejos de tener una respuesta clara en la doctrina, ha sido objeto de numerosas opiniones y matices, de ahí que sea difícil mantener —más allá de la postura que se adopte— como lo hace la Dirección General de los Registros y del Notariado y con tanta rotundidad el carácter ganancial de las participaciones sociales en cuestión.

Con carácter general[2], el elenco de los diferentes criterios a tener en cuenta en cuanto a la determinación de la ganancialidad o no de la participación social son los siguientes: a) el criterio temporal de la adquisición (serán privativos los bienes y derechos que pertenezcan a cada cónyuge en el momento de constitución de la sociedad de gananciales, *ex* art. 1346.1 del CC); b) el criterio de la onerosidad de la participación (serán privativos los bienes y derechos adquiridos por cada cónyuge después de comenzar la sociedad de gananciales, *ex* art. 1346.2 del CC); c) el criterio de la subrogación real (serán privativos los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos, *ex* art. 1346.3 del CC y serán gananciales los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los cónyuges, *ex* art. 1347.3 del CC, aplicándose el art. 1354 del CC en cuanto al predicamento del pro indiviso ordinario, en caso de adquisiciones mixtas con bienes privativos y gananciales); d) el criterio que atiende a la previa titularidad en casos de derecho de suscripción preferente o de asignación gratuita (serán las nuevas acciones, participaciones sociales u otros títulos suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos, *ex* art. 1352 del CC[3]); y, f) la voluntaria atribución de ganancialidad (*ex* art. 1355 del CC).

Ahora bien, como decíamos, la naturaleza privativa o ganancial de la participación social ha sido objeto de un arduo debate doctrinal, siendo efectivamente el supuesto de acciones o participaciones sociales que consten a nombre de uno solo de los cónyuges frente a la sociedad en cuestión, el que mayor interés ofrece[4].

Para unos autores, con base en el artículo 1346.5 del Código Civil (carácter privativo de los bienes y derechos inherentes a la persona y no los transmisibles

inter vivos), se defiende el carácter privativo o exclusivo de la participación social en las sociedades personalistas y en las sociedades capitalistas de las que se han conocido como sociedades cerradas[5].

En este sentido, LACRUZ BERDEJO[6] razonaba lo siguiente: «d) El carácter exclusivo de la participación en una sociedad de personas es compatible con el ingreso del *emolumentum* de la misma en la comunidad. Tal carácter exclusivo significa que ni el consorte ni sus sucesores podrán inmiscuirse en la gestión de la sociedad. Por el contrario, los derechos pecuniarios atribuidos a la participación —derecho a los beneficios mientras dura la sociedad, derecho a una parte del fondo social a la disolución— pueden ingresar en el activo consorcial»[7].

SERRANO GARCÍA (*vid. op. cit.*) considera al respecto que «La reforma del Código Civil de 1981, inspirándose en el Derecho civil aragonés, ha incluido en la enumeración de bienes privativos de cada uno de los cónyuges (los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles «inter vivos») (art. 1.346. 5.º).

En este artículo tienen cabida no solo los bienes que se relacionan directamente con la personalidad humana de uno de los cónyuges o cuya intransmisibilidad deriva de la misma naturaleza del acto o del bien atribuido, sino también otros bienes en los que la relación con la persona de su titular se ha establecido desde fuera, legal o convencionalmente. Supuesto de hecho en el que, a semejanza de lo que sucede con las participaciones en sociedades personalistas puras y de responsabilidad limitada, hay que incluir también a las acciones de sociedades anónimas cerradas en las que las limitaciones impuestas a la libre transmisión de las acciones confieren un marcado carácter personal a la condición de socio, y ello aunque se hayan adquirido con cargo al patrimonio común y con la conformidad de ambos consortes. Como dice DE LA CÁMARA, las restricciones a la libre transmisibilidad de las participaciones sociales no se explican por sí mismas, sino que constituyen solamente la aplicación concreta de un principio general más amplio: la infungibilidad de la cualidad de socio».

PERDICES HUETOS[8] considera que «las participaciones sociales vinculadas en cualquier modo a la persona del cónyuge adquirente tienen carácter privativo (art. 1346.5.º CC), salvo que la sociedad haya consentido la adquisición a favor de ambos cónyuges, y por tanto, la inherencia personal a que se refiere tal artículo se pueda predicar de ambos. En consecuencia, si se ha verificado la adquisición de una participación social privativa con cargo a bienes gananciales, el consentimiento de un cónyuge a la adquisición adquiere una relevancia societaria, en el sentido de constituir una participación integral en la economía de la parte de socio; es decir, una subparticipación (art. 1699 CC). Eso permite, por un lado, preservar ante cualquier evento —muerte, disolución de la comunidad conyugal, etc.— la titularidad exclusiva de la participación y de la condición de socio en el adquirente —como es interés y deseo de la sociedad—; y, por otro, facilita la comunicación del contenido patrimonial de la participación al cónyuge subpartícipe —como creen y legítimamente esperan los cónyuges—. El cónyuge subpartícipe tiene así un derecho privativo frente al cónyuge socio a la mitad del resultado económico de esa sociedad interna (art. 1696 CC). Ese derecho se hará efectivo en el momento de la disolución de la subparticipación, que será el mismo de la sociedad de gananciales, salvo que la subparticipación se disuelva antes por transmisión de la participación vinculada o disolución total o parcial de la sociedad ganancial. Resulta, en fin, significativo que las opiniones doctrinales más recientes, aun de diverso signo, acaban convergiendo sobre soluciones que se afirman similares o análogas a la subparticipación»[9].

Por otro lado, otros autores se decantan por la ganancialidad de las participaciones sociales[10] por el hecho de su transmisibilidad, pese a las restricciones a la libre transmisibilidad que pudieran existir. Uno de los argumentos de mayor calado al efecto, viene por lo dispuesto en el artículo 469 del Código Civil, que niega la posibilidad de que se constituya un usufructo sobre derechos personalísimos e intransmisibles, naturaleza de la que no podrían gozar las participaciones sociales si efectivamente se permite el usufructo de las mismas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital. De igual forma, se argumenta la posibilidad de que los artículos 1696 y 1699 del Código Civil prevén la posibilidad de transmisión de las cuotas sociales de la sociedad civil aunque con carácter limitado si no es con el consentimiento de la sociedad.

GIMÉNEZ DUART[11], defiende la tesis de la ganancialidad desde la perspectiva de que la titularidad material es ganancial, mientras que la formal (ejercicio de los derechos de socio) es privativa, al expresar que: «En cambio, en una pequeña sociedad la acción como valor puede ser lo de menos, ya que prevalece el aspecto obligacional o relación personal entre los socios (indiferente en la gran sociedad anónima). En tal supuesto, la acción ya no es objeto directo de la comunidad: en caso de divorcio ya no tiene sentido considerar la acción en comunidad y adjudicarla, por ejemplo, al consorte (lo que en el caso de las acciones de la Telefónica hubiera resultado indiferente). La acción en una pequeña compañía implica un entramado de obligaciones derivadas del contrato social, por lo que, aun habiendo sido suscrita con fondos gananciales, su titularidad plena (formal y material) corresponde al socio y al consorte el derecho a exigir la correspondiente compensación en la liquidación. Ello tampoco significa que la acción tenga carácter privativo, si así fuera y el precio de suscripción hubiera sido 100, el cónyuge suscriptor debería reembolsar a la masa al tiempo de la liquidación los 100 (actualizados), independientemente de que el valor del título fuera entonces de 10 o de 1000. En cambio, en nuestro caso, la acción en sí tiene carácter ganancial, y su valor de realización también lo es, por lo que la sociedad de gananciales sufrirá o se aprovechará de las disminuciones o aumentos de valor, a diferencia de lo que ocurriría siendo privativa. Lo cual, insisto, no es obstáculo a que el titular pleno de las acciones sea el suscriptor (hay aquí una disociación entre ganancialidad y titularidad), y que la adjudicación al otro cónyuge en la liquidación de los gananciales tenga carácter traslativo, lo que justificará, en su caso, el ejercicio del derecho de adquisición preferente por los consocios, caso de haber algún pacto de sindicación».

BEAUS CODES[12], opinaba que: «la ganancialidad de determinadas participaciones sociales cuando la aportación del socio sea ganancial resulta de lo dispuesto por el artículo 1347 del Código Civil, que considera gananciales los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, si bien el artículo 1352 excluye de la ganancialidad determinados títulos sociales adquiridos como consecuencia de la titularidad de otros privativos, sin perjuicio de determinados abonos. La cuestión es saber cuáles son las consecuencias de tal calificación.

Dada esta regulación legal, no creemos viable, en nuestro Derecho, el distinguir entre una parte privativa en la participación —la cualidad de socio— y otra ganancial, su contenido económico, pero tampoco el que, la ganancialidad implique que, forzosamente, sean socios siempre ambos cónyuges».

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS[13], se expresa sobre la ganancialidad de las acciones y las participaciones sociales del siguiente modo, al comentar el artículo 1346.5 del Código Civil: «No hay duda de que este artículo no entra en juego cuando la propia ley prevea la transmisibilidad, más o menos condicionada:

arrendamiento de local de negocio (puesto que cabe el traspaso: STS 26-II-81 y STC 159/89, 6-X); acciones de sociedades anónimas, y participaciones de sociedades limitadas; concesiones administrativas (que, porque son, en principio, transmisibles, son también hipotecables: art. 107.6 LH). Pero, en cambio, sí hay cuestión cuando la ley no prevé la transmisibilidad, sino que, por el contrario, aparece impedida la transmisión; esto es lo que, en principio, ocurre con toda posición contractual que comporte conjuntamente derechos y obligaciones (cfr. art. 1205). Mas ha de observarse que el impedimento no es absoluto: cabe la transmisión con el consentimiento de la otra parte. Como —según hemos dicho— procede una interpretación restrictiva del artículo 1346.5.º, nos inclinamos por considerar que tienen ganancial —cuando así proceda por las demás reglas— el derecho del arrendatario o del socio que aporta solo capital, aunque uno u otro derecho aparezcan constituidos únicamente a nombre de uno de los cónyuges (cfr. art. 1385)».

GARDAEZÁBAL DEL RÍO[14], también se decanta por la ganancialidad, al afirmar lo siguiente: «Este último es nuestro parecer. Pero, en todo caso, es preciso deslindar una cuestión: afirmar la ganancialidad de la participación social no significa que se equipare a todos los efectos a cualquier otro bien ganancial que exista en el matrimonio, lo que llevaría a aplicar de manera estricta el régimen de cogestión y a reconocer a ambos cónyuges la condición de socios».

En nuestra opinión, tanto las participaciones sociales como las acciones de una sociedad anónima que hayan sido adquiridas por uno de los cónyuges casado en régimen de gananciales pueden tener cabida excepcionalmente en el supuesto de hecho del artículo 1346.5 del Código Civil, cuando exista una especial consideración de la cualidad de socio respecto del cónyuge correspondiente, lo cual no ha de venir dado por la sola existencia legal o convencional de restricciones a la libre transmisibilidad, sino que se necesitará normalmente y de forma conjunta a dichas restricciones a la libre intransmisibilidad, una intransmisibilidad especial derivada de la vinculación de la acción o participación social a la persona, lo cual no será frecuente en la práctica. Así, si el primer supuesto de hecho del artículo 1346.5 del Código Civil es diferente, ya que trata efectivamente de bienes y derechos inherentes a la persona (vgr. derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual), no es menos cierto que la norma se destina también a los bienes y derechos no transmisibles *inter vivos*, y es en este segundo caso, donde podría entenderse la ubicación propuesta, siempre y cuando exista dicha especial vinculación o carácter *intuitu personae* en la voluntad de la formación del contrato social con el cónyuge titular frente a la sociedad de las acciones o participaciones sociales[15] y según creemos, como requisito esencial y adicional a la posible existencia de restricciones a la libre transmisibilidad de acciones, que aunque ayudan a configurar esa especial vinculación, no las consideramos por sí solas suficientes. En este sentido[16], coincidimos en que puede sostenerse que el mero pacto de intransmisibilidad no conlleva una sustracción absoluta a la transmisibilidad de la acción o participación social, si efectivamente, no existe oposición del resto de consocios al fenómeno transmisivo, es decir, que pese al pacto existente *ex* artículo 1112 del Código Civil, ello no impide su posterior transmisión en el referido caso.

Siendo así y siempre teniendo presente en que la interpretación de este artículo 1346.5 del Código Civil ha de tener un carácter restrictivo, dado que como efectivamente se ha sostenido, supone una excepción a uno de los principios rectores del régimen económico matrimonial ganancial como es el principio de subrogación real, no podemos concluir que el pacto de intransmisibilidad de la

acción o participación social suponga por sí solo una vinculación de tal grado que configure el carácter de «*no transmisible inter vivos*» a los efectos de aplicación del meritado artículo 1346.5 del Código Civil, ya que entendemos que para la misma se requiere un adicional reforzamiento del carácter *intuitu personae* de las mismas cuando de por sí normalmente ya exista el pacto de intransmisibilidad citado, lo cual ha de verificarse en la voluntad de la formación del contrato social con el cónyuge titular frente a la sociedad de las acciones o participaciones sociales. Un ejemplo, de dicho reforzamiento sería el establecimiento de prestaciones accesorias a realizar por el cónyuge titular de dichas acciones que supusieran la necesaria práctica de las mismas en función de las características personalísimas del cónyuge titular de las acciones o participaciones sociales (ej. prestaciones efectuadas por la condición estrictamente profesional del socio).

Esta conclusión supone cohonestar la mercantilidad del problema considerando el carácter *intuitu personae* de las sociedades cerradas con pactos de intransmisibilidad con el aspecto económico matrimonial de la cuestión que requiere —como hemos dicho— que la misma sea interpretada de forma restrictiva, dado el carácter no absoluto de los efectos del pacto de intransmisibilidad que se podría enervar en casos de no oposición de sus beneficiarios en el momento transmisivo.

Para el alcance de la anterior conclusión, entendemos que puede coadyuvar —*a sensu contrario*— el entendimiento de la validez de las cláusulas de libre transmisibilidad de las cuotas sociales, en sociedades eminentemente cerradas como son las sociedades mercantiles personalistas y las sociedades civiles. Es decir, si pese al inicial rechazo legal a dicha libre transmisibilidad en los referidos casos puede sostenerse que el mismo es susceptible de ser objeto de modificación en función de la aplicación al caso de la autonomía de la voluntad de las partes, ello ha de suponer por tanto que esa intransmisibilidad *inter vivos* que requiere el artículo 1346.5 del Código Civil haya de tener el carácter reforzado que anteriormente propugnábamos y no descansar su aplicación meramente en la existencia del pacto de intransmisibilidad.

De esta forma, ya nos manifestábamos sobre la validez de las cláusulas de libre transmisibilidad de las cuotas sociales, en sociedades eminentemente cerradas como son las sociedades mercantiles personalistas y las sociedades civiles, cuando en su día abordamos el tratamiento de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2007 *(RJ* 2007, 9046)[17]. En el ámbito de la sociedad colectiva el principio general es el contrario a la transmisibilidad de la condición de socio, salvo consentimiento del resto de los socios, de conformidad con lo previsto en el artículo 143 del Código de Comercio[18].

Con cautelas sobre la admisión de la referida cláusula, GIRÓN TENA[19] abordó el problema del siguiente modo: «…La dificultad se había venido reduciendo a la validez de una cláusula de transmisibilidad libre. Y el problema se ha planteado en un doble aspecto: como de incompatibilidad con la configuración legal del tipo —aspecto político-jurídico— y como —aspecto dogmático— de necesidad de una oportunidad de examen de las condiciones personales del que adquiere, que permita dar por existente un convenio de ingreso de nuevo socio, que forma parte de la compleja figura que es la transmisión. Ha habido una corta y reciente evolución doctrinal-susceptible, por lo general de su argumentación, de recepción en nuestro país, en el sentido de superación de las objeciones, sobre la base de que lo único que escapa a la libertad contractual es la protección de terceros y, por tanto, respetándose la responsabilidad frente a estos, en lo demás, no hay por qué restringir la libertad negocial de los socios, ya que, en ese marco el «in-

tuitu personae» viene dado en el interés de los mismos. Ahora bien, conviene dar toda su importancia aquí, como en el caso de ingreso de nuevo socio, al deber de fidelidad del eventual transmitente, que debe obligar a ceñir la transmisión a persona adecuada a la Sociedad».

Por el contrario, con absoluta flexibilidad para la sociedad colectiva, se pronuncia PAZ-ARES[20] al respecto diciendo que: «El requisito del consentimiento unánime, por otra parte, está a disposición de las partes. En efecto, el contrato social puede regular a su antojo esta materia, estableciendo cláusulas mayoritarias, cláusulas de aprobación por los administradores, cláusulas de libre transmisibilidad entre determinado círculo de personas (por ejemplo, entre descendientes y ascendientes) e incluso, abiertamente, consagrando la más absoluta libertad de transmisión, aunque sobre esta última posibilidad la doctrina manifiesta ciertas dudas (v. STS de 8 de octubre de 1968). Las dudas suelen fundarse en la incompatibilidad de la libre transmisibilidad con la estructura personalista del tipo. Pero el *intuitu personae,* en la medida en que opera para la protección de las partes, no puede elevarse a la categoría de derecho necesario. Mientras se garantice la debida protección de los terceros, el principio de autonomía privada no tiene por qué sufrir limitaciones». A idéntica conclusión llega también PAZ-ARES para la sociedad civil, admitiendo pues la validez de la cláusula de libre transmisibilidad, aunque añadiendo —de forma muy interesante— como límite a la misma el deber de fidelidad del socio, al expresar que: «…Otra cosa es que no pueda abusarse de la posibilidad de la libre transmisibilidad reconocida contractualmente para perjudicar a la sociedad. El deber de fidelidad lo impide. De ahí no puede deducirse, sin embargo, que el deber de fidelidad obliga a «ceñir la transmisión a la persona adecuada a la sociedad (GIRÓN, 1976, 602)»[21].

Por otra parte y en el campo de la sociedad civil, destaca la opinión de CAPILLA RONCERO[22] cuando dice que: «…Desde mi punto de vista la respuesta adecuada a la admisibilidad de pactos de libre transmisibilidad de las participaciones sociales, precisa distinguir dos órdenes de cuestiones. De una parte, procede analizar la admisibilidad de semejantes pactos desde el punto de vista de su legalidad o ilegalidad en sentido estricto. De otra, conviene analizarlos desde la óptica de su adecuación a la estructura legal de la relación social, recogida en el Código Civil. Así, a la pregunta de si sería ilegal un pacto semejante, la respuesta, con bastante seguridad, ha de ser negativa. En primer lugar, porque ninguna norma prohíbe la validez de esos pactos de manera expresa. En segundo lugar, porque el *intuitu personae,* carácter de la relación social, protege en realidad el interés de los consocios, permitiéndoles liberarse de los vínculos sociales cuando se produce una alteración personal; pero al tratarse de la protección de intereses privados, no parece que pueda aducirse nada en contra de la renuncia anticipada de los propios interesados o, mejor, a que esa situación, prevista como normal en la relación social, no se corresponda, sin embargo, en algún caso concreto con los intereses de las partes, pudiendo estas en consecuencia alterar el diseño legislativo. Finalmente, el propio legislador contempla la posibilidad de excepciones a la rigidez del juego de las consecuencias del *intuitu personae,* en la medida en que consiente pactos de continuación de la sociedad, con los herederos del difunto en el artículo 1704. Por ello, la opinión dominante se inclina por afirmar la validez de los pactos tendentes a autorizar a cada socio para transmitir su participación social a extraños, sin necesidad del consentimiento de los consocios. Diferente es, sin embargo, el enfoque del tema, si se analiza desde la perspectiva de la acomodación de un pacto semejante a la estructura de la sociedad civil, tal y como se encuentra legalmente configurada. En efecto, la presencia de un pacto de libre

transmisibilidad de la participación social presupone la total relajación del *intuitu personae,* siendo harto problemático que pueda afirmarse la coexistencia de semejante relajación puntual con el conjunto de preceptos que presuponen dicho *intuitu personae* entre los socios. Por ello, en presencia de un pacto semejante, ha de partirse de la base del carácter general de la regla contraria a los mismos en las sociedades civiles y habrá de armonizarse con la vigencia de los preceptos que tienen por presupuesto la preexistencia de esa particular relevancia de las condiciones personales de los socios. En la duda, como consecuencia del choque con la configuración legal de la relación social, parece, en consecuencia, preferible restringir la admisibilidad de semejantes pactos de libre transmisibilidad de las participaciones sociales, recabando, si es posible, algún medio de control de la idoneidad del nuevo socio. Ahora, si se pacta claramente, tampoco parece haber argumento basado en normas imperativas que impida la validez de semejante pacto. Pacto que, por otra parte, en la práctica es difícilmente imaginable, cuando una sociedad civil se trata, puesto que el ordenamiento jurídico ofrece figuras sociales que incorporan esa libre transmisibilidad, junto a otras ventajas más adecuadas para el desempeño de actividades de cierta envergadura».

Tanto para sociedades capitalistas como para sociedades personalistas, admitiendo la regulación convencional del supuesto por parte de los socios se pronuncia PERDICES HUETOS[23] al mantener lo siguiente: «… c) El extremo más superior, que deroga absolutamente la noción de *intuitu* es la libre transmisibilidad de los derechos de participación social. De algún modo, cabría decir que en ciertos tipos sociales, la Ley presume la irrelevancia de los sujetos y determina que, salvo que otra cosa se diga, ni la sociedad ni los socios ni ningún otro sujeto tiene interés alguno en impedir la libre sustitución de socios. Presunción típica en las sociedades de capital, es igualmente posible su establecimiento convencional en las sociedades de personas (art. 1255 CC). Como se puede apreciar, la diversidad de las reglas típicas de transmisión entre las sociedades de personas y las de capital solo presentan la ya repetida inversión de la relación regla-excepción, que no pasa de ser una mera anticipación legal de la razonable voluntad de las partes. En consecuencia, como ya se indicó, estas podrán, de acuerdo con su conveniencia, modificar en mayor o menor medida esa relación, acercando a moldes capitalistas las sociedades de personas y viceversa, verificando una regresión de las sociedades corporativas hacia moldes basados en la gestión estrecha y el *intuitu personae*».

En nuestra opinión y en términos genéricos también aceptamos la validez de la cláusula estatutaria de libre transmisibilidad de las cuotas sociales en la sociedad colectiva y en la sociedad civil, con la cautela no de tener una obligatoria consideración de las circunstancias subjetivas del adquirente, sino de ponderar que pese a dicha autorización estatutaria la transmisión no suponga un perjuicio para la sociedad y por tanto una infracción del deber de fidelidad por parte del socio transmitente. Por ello, como premisa general, entendemos válida la referida cláusula estatutaria atendiendo a la naturaleza jurídica de la posición de socio y del cambio de la posición de socio en las sociedades de personas, no debiendo suponer el *intuitu personae* una merma de dicho pacto contractual.

III. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE SOCIO

Si bien el carácter ganancial o privativo de las acciones o participaciones sociales en los términos antes expuestos, no deja de ser una cuestión controvertida

y susceptible de diversas opiniones, no ocurre lo mismo con el tema concerniente al ejercicio de los derechos de socio, aún en el caso, en que la acción, participación o cuota social merezca la calificación ganancial y para el caso problemático consistente en que solo uno de los cónyuges aparece como cónyuge suscriptor de dichas acciones o participaciones sociales.

SERRANO MONFORTE opinaba que «la calificación de un bien dentro de la economía del matrimonio no puede tener un valor absoluto. Y no puede tenerlo porque la situación jurídica o derecho calificado esta tan en íntima relación con la persona del titular que no puede disociarse la titularidad y el derecho sin afectar profundamente al régimen jurídico del derecho calificado. En estos casos, la calificación del derecho en el régimen económico del matrimonio solo tiene un valor relativo, como lo tiene la calificación ganancial de la participación de un socio en una sociedad colectiva o de responsabilidad limitada. El valor económico de la acción será ganancial a todos los efectos; pero la cualidad de socio que la acción incorpora, solo puede predicarse de su titular»[24].

BLANQUER UBEROS[25], pensaba en relación con el ejercicio de los derechos de socio en la sociedad de responsabilidad limitada que: «Hay que reconocer que es discutible que sea preferible esta construcción a la que explica el fenómeno de la SRL partiendo de la anónima. Pero es, al menos en la misma medida, razonable admitir que es una explicación válida. En cualquier caso parece defendible la conclusión de que el partícipe es socio en cuanto a su individualidad personal, y de que la calificación de las partes sociales como gananciales no puede obligar a los otros socios a reconocer como socio al cónyuge no partícipe, aunque este puede exigir la efectividad de todas las consecuencias de la calificación». A la misma conclusión, llegaría para la sociedad anónima cerrada, cuando decía lo siguiente: «Podría alegarse que el hecho de calificarse las acciones como gananciales determina que son del marido y de la mujer, en comunidad, y como consecuencia que son accionistas los dos. A mi juicio esta afirmación no se ha demostrado y lo que parece más demostrable, según me he esforzado en exponer, es la construcción contraria. Una vez más hay que afirmar que así sería adquiriendo marido y mujer conjuntamente, lo que pueden hacer si quieren, pero que, por hipótesis, no han hecho. Volvamos al caso: la mujer es accionista, y el marido pretende ejercitar los derechos políticos asistiendo a la Junta General, invocando para ello que las acciones están suscritas a nombre de su mujer, que son gananciales, que él es administrador de la sociedad de gananciales, que como tal desea realizar el acto de administración de ejercitar el correspondiente derecho de voto. A mi juicio sería impecable una contestación del órgano correspondiente del siguiente tenor: Que el socio es la mujer, que solo ella puede ejercer el derecho de voto, que de no desear ejercerlo personalmente puede usar el mecanismo del apoderamiento».

SERRANO GARCÍA[26], en relación con el supuesto más problemático de acciones gananciales a nombre de uno de los cónyuges, razona lo siguiente: «Supongamos que las acciones nominativas son gananciales y que figuran a nombre de uno de los cónyuges. Pese a su condición de bienes gananciales, la administración corresponde al cónyuge adquirente y, si se trata de títulos valores, también su disposición. Si no son títulos valores, la administración es del cónyuge titular, pero para la disposición necesitará el consentimiento del otro (…).

El cónyuge que haya suscrito las acciones tiene la administración, el carácter de socio y a él corresponderán los derechos políticos (RRDGRN de 16 de marzo de 1959, 4 de noviembre de 1969 y 5 de julio 1982), aunque las acciones tengan la condición de gananciales. La validez y eficacia de los actos de administración y, en su caso, disposición, realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren

las acciones es meramente externa, pues internamente procederá el oportuno reembolso si la operación no contó con el consenso del cónyuge no socio. Es una norma de protección de terceros, que no establece facultades absolutas en el cónyuge titular, sino que, en la relación interna, está en conexión con el principio de gestión conjunta de los bienes gananciales. Por ello, serán de aplicación, en su caso, los artículos 1390, 1391 y 1393.2.°; además el otro cónyuge podrá solicitar judicialmente se ponga fin a la administración separada, instando su comunicación al amparo de los artículos 1375 y 1376. Por supuesto, la administración y disposición de las acciones se transferirá, por ministerio de la ley o por decisión judicial, al otro cónyuge cuando se den los supuestos previstos en los artículos 1387 y 1388 del Código Civil».

BEAUS CODES[27], entendía que «La cualidad de socio que es —como dice Girón Tena siguiendo a De Castro—, una relación jurídica de carácter corporativo, aunque con una parte fundamental de índole patrimonial en las sociedades de capital y que carece de carácter corporativo, siendo una simple manera de expresar la relación contractual originaria que subsiste durante la vida social, sin perjuicio de su aspecto organizador, en las sociedades de personas, la tiene, a nuestro juicio, siempre el cónyuge que se asocia; así lo ha reconocido nuestra Dirección General, entre otras en su última Resolución de 5 de julio de 1982, en que, tratando una cuestión anterior a la reforma, afirma que «no aparece alterado el régimen de gananciales por el hecho de que la esposa ostente la cualidad de socio y pueda ejercer los derechos derivados de esta condición».

GARDEAZÁBAL DEL RÍO[28], opinaba que «…afirmar la ganancialidad de la participación no significa que se equipare a todos los efectos a cualquier otro bien ganancial que exista en el matrimonio, lo que llevaría a aplicar de manera estricta el régimen de cogestión y reconocer a ambos cónyuges la condición de socios. La ganancialidad de la participación tiene relevancia en el ámbito puramente interconyugal, entre los cónyuges, y en el externo, lo que justifica la posibilidad de agresión por terceros, de conformidad con las reglas generales sobre responsabilidad de los bienes gananciales —esto pone de relieve la diferencia con el régimen de participación en las ganancias, en el que, si bien existe un derecho a participar en las ganancias obtenidas por el consorte durante la vigencia del régimen, no existe posibilidad de agredir los bienes del cónyuge deudor, y entre ellos, las participaciones sociales—. En cambio, frente a la sociedad, es indiferente la naturaleza ganancial o privativa de la participación social: esto lo demuestra el que solo cuando estatutariamente se ha tenido en cuenta el carácter de la participación adquiere relevancia; por ejemplo, cuando se ha establecido la aplicación de la cláusula restrictiva en los casos de liquidación de la sociedad de gananciales; pero cuando falta esa previsión el cónyuge debe ser considerado como un extraño».

De nuevo entendemos acertado el criterio de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS[29], cuando ubica la respuesta al problema del ejercicio de los derechos de socios de acciones o participaciones gananciales en sede de aplicación del artículo 1385 del Código Civil, que expresamente prevé lo siguiente: «*Los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, serán ejercitados por aquel de los cónyuges a cuyo nombre aparezcan constituidos. Cualquiera de los cónyuges podrá ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción o de excepción*». Así dicho autor cuando interpreta el párrafo primero del artículo 1385 del Código Civil y trata sobre los actos que puede realizar el cónyuge a cuyo nombre están constituidos los créditos, afirma lo siguiente: «…Según el tipo de crédito, puede haber, además, facultades específicas (derechos políticos y económicos del socio,

derecho de retracto del arrendatario, etc.) cuyo ejercicio corresponde al mismo cónyuge; así, pues, corresponde al cónyuge socio el derecho de voto, aunque el acto social sea dispositivo».

No podríamos compartir que a la ubicación de la referida respuesta pudiera oponerse la literalidad del artículo 1385.1 del Código Civil cuando se refiere a «*derechos de crédito*» en función de la naturaleza jurídica de las acciones o participaciones sociales, como relación jurídica de cooperación.

Así, en relación con la naturaleza jurídica de las acciones y participaciones sociales, recordamos que la doctrina clásica como GIRÓN TENA[30] ha caracterizado la relación socio-sociedad en las sociedades de personas no como un simple derecho subjetivo sino como una relación jurídica «de cooperación», según la terminología de FEDERICO DE CASTRO[31], ya que las sociedades están configuradas como organizaciones destinadas a la consecución de un fin común, por lo que el contenido de dicha relación jurídica de cooperación no solo viene conformado por un derecho subjetivo, sino por un conjunto de derechos, obligaciones, facultades y poderes de muy variada naturaleza, consistiendo la transmisión de la condición de socio en una verdadera transmisión de una relación jurídica, tanto en su lado activo, como en su lado pasivo, más que la transmisión de un singular derecho subjetivado y autónomo[32].

Es decir, la literalidad del artículo 1385.1 del Código Civil *(«derechos de crédito»)* nos haría conceptualizarlo dogmáticamente como derechos subjetivos relativos, que como no podemos olvidar son una tipología de la categoría general de los derechos subjetivos en función con la relación jurídica básica de la que derivan, como por ejemplo, el caracterizado en el artículo 1696 del Código Civil en cuanto a la posibilidad que tiene el socio de la sociedad civil un tercero en su cuota social, aunque este tercero no ingresará en la sociedad civil sin el consentimiento unánime de los socios.

Ahora bien, si hemos de interpretar el artículo 1385.1 de Código Civil no es menos cierto que hemos de hacerlo conforme al espíritu y finalidad del mismo, que no puede ser otro que entender que la existencia de un derecho de crédito subjetivo no puede desligarse de la relación jurídica básica de la que deriva, sino que está mediatizado por su existencia, así y por el hecho de que la relación jurídica se estipuló con un tercero, el carácter ganancial del crédito no puede impedir su ejercicio individualizado por parte del cónyuge titular del mismo.

De esta forma, en la relación jurídica socio-sociedad no solo hay derechos subjetivos (por ejemplo, derechos de crédito), sino facultades (posibilidad de actuación del socio) que forman parte del contenido general de dicha relación jurídica e incluso poderes jurídicos (posibilidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica). Es dentro de las facultades donde consideramos que puede encontrarse la posibilidad del accionista o socio minoritario de solicitar el nombramiento del auditor al Registro Mercantil, en los términos y condiciones que al efecto prevé la Ley de Sociedades de Capital y a los que hace referencia la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado que ahora nos ocupa.

Si como decía DE CASTRO[33] las facultades carecen de independencia por estar siempre basadas y unidas a una situación jurídica principal al igual que el derecho subjetivo del socio sobre su cuota[34], no podemos por menos que concluir que dicho grado de caracterización de influencia o dependencia que imprime el contrato de sociedad al derecho subjetivo de socio (en su vertiente de derecho de crédito) ha de ser igualmente predicable en cuanto a las facultades de las que

cuenta el socio. Por ello, a si dicha relación jurídica creada por el contrato de sociedad le es ajena el ejercicio del derecho subjetivo («de crédito») por parte del cónyuge del socio, igualmente le ha de ser ajena el ejercicio de la facultad (nombramiento del auditor por socio) que pretendiese ejercitar el cónyuge del socio, en función de la aplicación al caso del artículo 1385.1 del Código Civil[35].

Pues bien, en el plano interno de las relaciones entre los cónyuges puede por tanto afirmarse que por mor de la aplicación del artículo 1385.1 del Código Civil no puede sino sostenerse que el ejercicio de los derechos de socio correspondientes a las acciones o participaciones sociales de carácter ganancial ha de predicarse solo del cónyuge a cuyo nombre se encuentre dichas acciones o participaciones sociales, es decir y generalmente, a favor del cónyuge inscrito como accionista o socio en el libro registro correspondiente, ya que la sociedad solo reputará accionista o socio a quien se halle inscrito en el mismo (arts. 104.2 y 116.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

No está de más recordar que durante la sociedad de gananciales, existe el principio de cogestión previsto en el artículo 1375 del Código Civil por el cual «*la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes*», y precisamente es la regulación del artículo 1385.1 del Código Civil a la que antes habíamos acudido, una de las referidas excepciones al principio de cogestión establecido en el artículo 1375 del Código Civil.

Por tanto, en los casos en que se haya procedido a la inscripción en el libro registro de acciones o participaciones sociales en favor de uno solo de los cónyuges casados en gananciales o en el título de adquisición de las mismas se verifique que ha tenido lugar solo por uno de los cónyuges expresando o no la ganancialidad de las acciones o participaciones sociales adquiridas, es decir, adquiriendo para su sociedad de gananciales, el ejercicio de los derechos de socio con todas las facultades inherentes a los mismos ha de recaer exclusivamente en el citado titular y no el cónyuge del mismo, por aplicación de lo previsto en el artículo 1385.1 del Código Civil.

Ahora bien, la cuestión puede tornarse diferente en aquellos supuestos en que la adquisición de las acciones o participaciones sociales gananciales se haya efectuado por ambos cónyuges conjuntamente o la inscripción de las mismas se hubiera realizado en el libro registro de acciones o participaciones sociales en favor de ambos cónyuges, casos, en que deberíamos observar lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, al igual que para las situaciones conocidas como de comunidad postganancial, que expresamente prevé lo siguiente: «*En caso de copropiedad sobre una o varias participaciones o acciones, los copropietarios habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de esta condición. La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones*».

Sin embargo, la Resolución del Centro Directivo que tratamos, aún sin plantearse las anteriores consideraciones, no encuentra justificación tampoco al debate propuesto mediante la aplicación del referido artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, explicando a su juicio que dado el carácter de comunidad germánica de la sociedad de gananciales, esta tiene una naturaleza diferente a la copropiedad romana a la que —a juicio del Centro Directivo— se refiere el mencionado artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital.

La anterior reflexión de la Dirección General de los Registros y del Notariado vuelve a ser errónea, incluso por volver a dar por sentado cuestiones

que han sido objeto de debate doctrinal, como es el carácter de la sociedad de gananciales como comunidad germánica, aunque parece ser esta la línea dominante en la actualidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia[36], frente a aquella postura que efectivamente ha mantenido el acercamiento de la misma al contrato de sociedad civil. No es este el lugar para detenernos sobre dicha polémica, aunque baste decir que para ambas opiniones —como no podía ser de otra forma— surge una titularidad conjunta o cotitularidad del acervo ganancial para ambos cónyuges, por lo que en su correspondiente plano resulta por tanto igualmente aplicable al caso el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital[37]. Por otro lado (de nuevo en relación con el derogado art. 66 de la Ley de Sociedades Anónimas, coincidente con el vigente art. 126 de la Ley de Sociedades de Capital), también para otro caso de cotitularidad como es el de la comunidad hereditaria se ha defendido también con carácter jurisprudencial la obligatoria designación de representante para el ejercicio de los derechos de socio, por mayoría de cuotas o intereses, por aplicación de lo previsto en el artículo 398 del Código Civil[38], aunque dicho sistema de elección de representante no resulte aplicable a nuestro juicio a la sociedad de gananciales vigente en los citados casos de adquisición o inscripción efectuada por o en favor de uno solo de los cónyuges, por la facultad de actuación unilateral del cónyuge a cuyo nombre se encuentren las acciones o participaciones sociales, en función de la aplicación del artículo 1385.1 del Código Civil; es decir, dicho representante ha de ser el cónyuge titular quien será aquel a cuyo nombre se haya realizado la inscripción de su titularidad en el correspondiente Libro Registro, supliéndose dicha inscripción por la presentación del título de adquisición del cónyuge correspondiente (otro problema sería la eficacia probatoria o no de dicho título adquisitivo, generalmente, en función de su naturaleza pública o privada, o de su oponibilidad de hecho), y debiendo quedar reservada pues la designación del representante de la sociedad de gananciales en los supuestos que decíamos, es decir, para los casos de adquisición conjunta o inscripción en el libro registro en favor de ambos cónyuges, así como en los supuestos de comunidad postganancial.

No obstante lo anterior y para los referidos casos donde hemos defendido la necesariedad de designación del representante conyugal, restaría valorar lo que podría ocurrir en aquellos supuestos donde se ha venido consintiendo por parte de la sociedad una falta de designación de representante por parte de los cónyuges, a los efectos del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, es decir, ¿podría en estos supuestos negarse la legitimación de uno de los cónyuges para el ejercicio de las facultades inherentes a la condición de socio de las mismas, tales como la solicitud de designación de auditor por parte del Registro Mercantil? Este interesante supuesto, nos viene analizado por la sentencia de la Audiencia Provincial La Coruña (Sección 4.ª) núm. 111/2010 de 11 de marzo *(JUR* 2010, 196533), que razona al respecto lo siguiente:

«*Pues bien, en el presente caso, concurren las particularidades siguientes, que lo hacen singular. Los cónyuges se encuentran primero judicialmente separados, y posteriormente divorciados. Por imperativo legal del artículo 102 del Código Civil quedan legalmente revocados los poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera conferido al otro una vez admitida la demanda de separación o divorcio. Igualmente, por mor del artículo 1392.1.º y 3.º del referido Código, la sociedad legal de gananciales concluyó «ope legis» cuando se disuelva el matrimonio o se decrete judicialmente la separación. Las mercantiles no pueden lealmente alegar el desconocimiento de las revocaciones de los poderes cuando el marido ocupa cargos*

representativos en las mentadas personas jurídicas. No consta que los comuneros hubieran procedido a la designación de representante a los efectos de los artículos 66 LSA y 35 LSRL después de la admisión a trámite y dictado de las sentencias matrimoniales firmes, ni tampoco a tal efecto fueron requeridos por la sociedad. No se han explicitado, la única prueba propuesta fue la documental, ni acreditado actos concluyentes de la promovente, de los que quepa deducir un apoderamiento de tal clase a favor del que fue su marido tras las sentencias matrimoniales, es más en tal tesitura la atribución de dicha representación no cabe inferirla sin significativos elementos de juicio que la avalen y que desde luego no nos constan. En este caso, subyace un conflicto entre la doble condición del Sr. Remigio como representante de la sociedad y litigante en la liquidación de su sociedad legal de gananciales, en el que el conocimiento de la situación patrimonial de la entidad es trascendente.

Por este conjunto de argumentos reputamos que la oposición de la sociedad, que toleró una situación de conocimiento de la falta de designación de representante, no le legitima para impedir el nombramiento de auditor. Es más en caso de conflicto entre los comuneros sobre cuál de ellos ostentaría la representación o discrepancias sobre un acto de administración, cabría, al ser ambos cotitulares por partes iguales, una decisión judicial al respecto por la vía del artículo 398 III del Código Civil, y, en el supuesto litigioso analizado, no vemos en definitiva argumentos susceptibles de ser acogidos para considerar ilegítima la actuación del Registro Mercantil, hallándose justificada la pretensión de la apelada de estar informada de la situación patrimonial real de las sociedades de cuyas acciones y participaciones sociales es condueña, resultando difícilmente justificado que el otro cotitular de tales títulos valores tenga privilegiada información al respecto, dados los cargos sociales que ostenta, y que la demandada carezca de medios legales para obtenerla. El artículo 7 del Código Civil también tiene algo que decir al respecto».

A nuestro juicio, la solución que ofrece la antedicha sentencia de la Audiencia Provincial nos parece correcta, siempre que partamos efectivamente de la peculiaridad de su supuesto de hecho, a saber, sociedad que se opone a que el cónyuge cotitular en situación de comunidad postganancial puede efectuar la designación de auditor al Registro Mercantil, evidentemente, en los casos autorizados por la Ley.

Entendemos que en el anterior caso analizado por la referida sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, existen dos argumentos importantes para sostener la solución ofrecida: el primero, en la situación de comunidad postganancial (donde ya no pueden resultar aplicables las normas de la sociedad de gananciales, vgr. el art. 1385.1 del CC), la cotitularidad de nuevo supone la cogestión y ante la falta de acuerdo la autoridad judicial puede decidir al respecto, en función de la aplicación del artículo 398.3 del Código Civil; el segundo, el propio principio general de la buena fe *ex* artículo 7 del Código Civil, cuando efectivamente la sociedad ha resultado condescendiente con la falta de designación de representante en este caso.

En cierto modo, una conducta tal y contraria por parte de la sociedad ignorado la obligatoriedad de nombramiento de representante conyugal en los casos en que así fuera necesario, impediría a nuestro juicio el rechazo social a la legitimación que propugnare uno de los cónyuges so pena de incurrir en una conducta vedada por la regla del «Tu quoque», es decir, aquella que impide la invocación de una regla jurídica por quien la despreció, lo que significaría una actuación vedada por el artículo 7 del Código Civil[39].

IV. BIBLIOGRAFÍA

BLANQUER UBEROS (1985). Acerca de la sociedad de gananciales, la responsabilidad patrimonial y la relación obligatoria. *Anales de la Academia Matritense y del Notariado,* T. XIX. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense y del Notariado el día 14 de marzo de 1970.

BEAUS CODES (1985). Sociedad de gananciales y sociedades mercantiles. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense y del Notariado el día 25 de noviembre de 1982. *Anales de la Academia Matritense y del Notariado,* Tomo XXVI.

CADARSO PALAU (1993). *Sociedad de gananciales y participaciones sociales,* Ed. Tecnos.

CAPILLA RONCERO (1986). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales.* Tomo XXI, Vol. 1.º. Artículos 1.665 a 1.708. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.

DE CASTRO Y BRAVO (1985). *Derecho Civil de España.* Editorial Civitas.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (1969). La mujer casada y el derecho de sociedades, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* núm. 227.

— (1989). Actos de disposición sobre bienes gananciales. *Estudios en Homenaje a J. B Vallet de Goytisolo,* Tomo II.

DÍEZ-PICAZO (1981). *Estudios sobre jurisprudencia civil,* Editorial Tecnos, Vol. III.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (1996). *La Sociedad de Responsabilidad Limitada en el sistema español de sociedades de capital. Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995,* Tomo I. Madrid.

GARDEAZÁBAL DEL RÍO (2002). *Instituciones de Derecho Privado, Tomo IV, Familia,* Vol. 2.º, Consejo General del Notariado, Civitas.

GIMÉNEZ DUART (1987). La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge. *Anales de la Academia Matritense y del Notariado,* Tomo XXVIII.

GIRÓN TENA (1976). *Derecho de Sociedades.* Tomo I. Parte General. Sociedades colectivas y comanditarias. Madrid.

LACRUZ BERDEJO (1984). *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia,* Bosch.

MASSAGUER (1994). La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada. *Revista General del Derecho,* diciembre.

MIQUEL GONZÁLEZ (1993). *Comentarios del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Tomo II. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones.

MONJE BALMASEDA (2008). *Sociedad de gananciales y participaciones sociales. Derecho de Sociedades.* Congreso Unijés, 2007, Tomo II.

PAZ-ARES (1993). *La responsabilidad del socio colectivo,* Ed. Civitas, Madrid.

— (1993). *Comentarios del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones.

— (1999). *Curso de Derecho Mercantil, I.* Civitas.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1993). *Comentarios del Código Civil.* Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones.

PERDICES HUETOS (1997). *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones.* Civitas.

POLO DÍEZ (1992), *La concurrencia y selección de los tipos sociales en la reforma de las sociedades de capital, ¿Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada? La cuestión tipológica,* Madrid.

RAMS ALBESA (1992). *La sociedad de gananciales,* Ed. Tecnos.
REDONDO TRIGO (2008). Transmisión de cuotas sociales en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2007. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 709.
SERRANO GARCÍA. Acciones de sociedad anónima cerrada y sociedad de gananciales. (En torno a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de julio de 1988). *Anuario de Derecho Civil,* 1989, Vol. III.
SERRANO MONFORTE (1967). Comentario a la sentencia de 17 de abril de 1967. *Revista de Derecho Mercantil,* núms. 105-106.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 17 de abril de 1967 *(RJ* 1967\1871)
- STS de 8 de octubre de 1968
- STS de 24 de marzo de 2003 *(RJ* 2003/2917)
- STS de 19 de diciembre de 2007 *(RJ* 2007/9046)
- STS de 4 de julio de 1988 *(RJ* 1988/5555)
- SAP de Badajoz (Sección 2.ª) núm. 346/2010 de 8 noviembre de 2010 *(JUR* 2011, 35350)
- SAP de La Coruña (Sección 4.ª) núm. 111/2010 de 11 de marzo *(JUR* 2010, 196533)
- SAP de Madrid (Sección 28.ª) núm. 88/2012 de 13 marzo de 2012 *(AC* 2012, 763)
- RDGRN de 25 de julio de 2014

NOTAS

[1] ÁLFARO AGUILA-REAL: http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/04/sociedad-de-gananciales-y-ejercicio-de.html; http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/09/mas-sobre-el-ejercicio-de-derechos-de.html; http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/09/mas-sobre-sociedad-de-gananciales-y.html.

[2] *Vid.* MONJE BALMASEDA (2008). «Sociedad de gananciales y participaciones sociales», en *Derecho de Sociedades. Congreso Unijés, 2007,* Tomo II, pp. 225-237.

[3] Sobre este particular, cabe destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2003 *(RJ* 2003, 2917).

[4] SERRANO GARCÍA. Acciones de sociedad anónima cerrada y sociedad de gananciales. (En torno a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de julio de 1988). *Anuario de Derecho Civil,* 1989, Vol. III, p. 1033 opina lo siguiente: «Lo decisivo para determinar el sistema de administración y disposición de las acciones de persona casada, el régimen de los derechos de adquisición preferente, la responsabilidad de las acciones frente a acreedores del cónyuge titular y del consorcio, así como para decidir cómo deben computarse en la liquidación de la sociedad de gananciales, es su calificación como bienes exclusivamente privativos del cónyuge titular, como bienes exclusivamente comunes pese a ser administrados individualmente por el cónyuge socio o, por último, como bienes privativos en cuanto a la condición personal de socio, pero comunes en cuanto a su valor económico».

[5] No obstante, en cuanto a la clásica distinción entre sociedades abiertas y cerradas, cabe recordar que la Exposición de Motivos del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, donde puede observarse solo como una de las diferencias tradicionalmente esgrimidas por la doctrina para distinguir a la sociedad anónima de la sociedad de responsabilidad limitada, es decir, el carácter abierto de aquella frente al carácter cerrado de esta, lo es solo en el «plano teórico». El propio legislador reconoce que esa distinción

tipológica entre sociedades abiertas y cerradas no es absoluta y que el modelo legal no se corresponde con la realidad ya que la gran mayoría de las sociedades anónimas españolas (salvo, obviamente las cotizadas), contienen cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de las acciones. Además, el legislador conviene en expresar que más que establecer una diferencia tipológica en cuanto a sociedad anónima vs. sociedad de responsabilidad limitada, la contraposición de formas sociales ha de realizarse desde el carácter cotizado o no de la sociedad, ya que en ellas, en función de la propia esencia de los mercados de capitales es donde realmente puede defenderse una intervención pública en la vida económica para garantizar entre otras cosas, la protección del inversor. Ha existido acuerdo en permitir la utilización de la sociedad anónima configurada con las características de una sociedad de responsabilidad limitada cerrada. *Vid.* por ejemplo, MASSAGUER, La autonomía privada y la configuración del régimen jurídico de la sociedad de responsabilidad limitada». *Revista General del Derecho*, diciembre, 1994, 12963; POLO DÍEZ, *La concurrencia y selección de los tipos sociales en la reforma de las sociedades de capital, ¿Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada? La cuestión tipológica*, Madrid, 1992, p. 160; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, La Sociedad de Responsabilidad Limitada en el sistema español de sociedades de capital». *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, tomo I. Madrid, 1996, p. 7).

[6] LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia,* Bosch, 1984, pp. 415 y 416. *Vid.,* asimismo, RAMS ALBESA. *La sociedad de gananciales,* Ed. Tecnos, 1992, p. 94; PAZ-ARES. *La responsabilidad del socio colectivo,* Ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 78 y sigs.

[7] GARDEAZÁBAL DEL RÍO, se refiere esta postura de la siguiente forma: «En general, la tesis que se expone resulta criticada por artificial en cuanto supone la disgregación del contenido de la posición de socio en una parte no patrimonial y otra patrimonial, siendo difícil precisar el contenido de la primera. Además, no explica suficientemente la transmisibilidad de la condición de socio, en los casos en que la muerte del socio no determina la extinción de la sociedad (arts. 1.704 CC y 222.1 CCom.)», en *Instituciones de Derecho Privado, Tomo IV, Familia, Volumen 2.º,* Consejo General del Notariado, Civitas, 2002, pp. 58 y 59.

[8] PERDICES HUETOS. *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones.* Civitas, 1997, p. 290.

[9] GARDEAZÁBAL DEL RÍO {*vid., op. cit.*, pp. 58 y 59, nota (59)} se hace eco de la postura de PERDICES HUETOS, mostrando su crítica al decir que: «Pensamos que este dato no es del todo exacto, pues la constitución de la sociedad mediante la aportación en metálico puede realizarse sin que el cónyuge del socio tenga siquiera conocimiento de aquel hecho —la práctica así lo acredita—, y el consentimiento exigido para las aportaciones *in natura* se explica más como un requisito necesario para la validez del acto dispositivo que como una voluntad de formar parte del negocio jurídico (asentimiento). El socio que se limita a prestar su consentimiento para que el cónyuge entre en una sociedad no tiene voluntad expresa ni implícita de admitir el estatuto ni, por tanto, quedar afectado por el mismo».

[10] En este sentido, *vid.,* BLANQUER UBEROS. «Acerca de la sociedad de gananciales, la responsabilidad patrimonial y la relación obligatoria», *Anales de la Academia Matritense y del Notariado, T. XIX,* 1985, pp. 242 y sigs. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense y del Notariado el día 14 de marzo de 1970; CADARSO PALAU. *Sociedad de gananciales y participaciones sociales,* Ed. Tecnos, 1993, pp. 48 y sigs.; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ. Actos de disposición sobre bienes gananciales, en *Estudios en Homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo,* Tomo II, pp. 180-181.

[11] GIMÉNEZ DUART. La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge. *Anales de la Academia Matritense y del Notariado,* Tomo XXVIII, 1987.

[12] BEAUS CODES. Sociedad de gananciales y sociedades mercantiles. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense y del Notariado el día 25 de noviembre de 1982. *Anales de la Academia Matritense y del Notariado,* Tomo XXVI, 1985.

[13] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS. *Comentarios del Código Civil.* Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993, p. 642.

[14] *Vid. op. cit.,* p. 60.

[15] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (*op. cit.,* p. 641) afirmó con acierto que: «Creo que este segundo término del precepto debe ser objeto, conforme a su ratio y por excepcionar,

en su caso, el principio de subrogación real, de una interpretación restrictiva. No se refiere la Ley a cualquier restricción de la transmisibilidad de los derechos (p. ej., géneros estancados, o la establecida en el art. 1494, o la prohibición de disponer inserta en una compra de bienes muebles a plazos), sino solo a la intransmisibilidad determinada por la especial vinculación del bien o derecho con la persona. Tal es el caso, de aquellos bienes o derechos subjetivos que surgen, durante la vigencia de la sociedad de gananciales, en virtud de contratos, concesiones u otros actos otorgados en razón de las circunstancias personalísimas que concurren en un sujeto y que confieran situaciones de poder intransferibles (contrata del artista, fichaje del futbolista, derechos del socio industrial, etc.). (…). La doctrina incluye en el artículo 1346.5.º los diferentes derechos patrimoniales que un cónyuge puede adquirir con carácter de no transmisible, sin hacer excepción, en favor del principio de subrogación real, con los que, habiéndose adquirido a costa del caudal común, si tienen carácter de no transmisible es por la voluntad directa del cónyuge favorecido (sería otra la cuestión si ambos cónyuges hubieran atribuido al derecho carácter privativo: v. com. art. 1355): derechos de uso y habitación comprados con dinero ganancial (art. 525) y que pudieron configurarse como transmisibles (art. 523); servidumbres personales configuradas como personalísimas (art. 594); adquisición, por precio, de pensiones en beneficio solo de la propia persona del constituyente (art. 336); constitución de cualquier crédito con el carácter de intransmisible (art. 1112) etc.».

[16] PERDICES HUETOS, (*op. cit.,* pp. 43 y 44 pese a decantarse por el carácter privativo de las participaciones vinculadas —*vid. op. cit.* p. 290—) trata el pacto de intransmisibilidad razonando lo siguiente: «El extremo inferior lo constituye la prohibición de transmisión de las participaciones sociales. Aunque tiene una sede específica en este trabajo (v. infra 17 III), no estará de más en este lugar una breve referencia a lo que significa la intransmisibilidad negocial. Con la misma, las partes no convierten el derecho en un bien fuera del comercio, aunque se cree un derecho de crédito intransmisible, el titular del mismo podrá transmitirlo contando para ello con el consentimiento del deudor. Precisamente por tener un origen negocial, esa intransmisibilidad es perfectamente removible, puntual o permanente. En consecuencia, el caso de una participación intransmisible en una sociedad limitada (art. 30.3 LSRL) no será diverso del caso de una participación en una sociedad colectiva o civil (arts. 143 CCom y 1696 CC); esa participación podrá siempre transmitirse con el consentimiento de todos los socios (v., la significativa RDGRN 14-III-1957, Ar. 1514, que afirmó que una cláusula de autorización a favor de todos los socios suponía la intransmisibilidad de la participación). La intransmisibilidad negocial de un derecho de participación es solo el grado máximo de vinculación que el ordenamiento puede reconocer a los particulares; a saber, una cláusula de autorización a favor del resto de socios individualmente considerados. Se trata, pues, del supuesto clásico del artículo 1.112 del Código Civil: aunque las partes establezcan la intransmisibilidad del derecho, si uno desea transmitir y el otro u otros no se oponen, no hay razón para impedirlo; es más, ese es precisamente el contenido de esa intransmisibilidad negocial».

[17] REDONDO TRIGO. «Transmisión de cuotas sociales en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2007». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 709, 2008, 2201-2226.

[18] Así, la tradicional Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1968 dispuso que: «*Para que los derechos adquiridos a virtud de una obligación, sean transmisibles con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1112 del Código Civil, es menester no solo que pertenezcan privativamente a su titular, sino también que la modificación subjetiva que esta figura jurídica supone no esté prohibida por ningún precepto legal, como los artículos 151, 525, 1458 y 1459 del expresado Código, o por una estipulación expresamente pactada por los contratantes, o se oponga a la propia naturaleza del derecho discutido, cual sucede, por ejemplo, con los derivados de la patria potestad, filiación, derecho al nombre y, en general, con los de índole meramente personal, entre los que deben incluirse los relativos a la cualidad de socio de las entidades comprendidas en el título VIII del libro IV del texto legal citado, dado que en ellas, a diferencia de lo que ocurre con las de tipo capitalista, juega el principio «intuitu personae» respecto a sus componentes, de tal suerte que sus condiciones morales, sicológicas y patrimoniales, constituyen un requisito diferencial y característico de estas sociedades, al extremo de*

no poder ingresarse en ellas ni subrogarse en los derechos que de las mismas dimanan sin el consentimiento de los otros contratantes como se infiere de los artículos 1680, 1696 y 1700, núm. 3 de la repetida Ley sustantiva y declaran las sentencias de esta Sala de 5 de noviembre de 1915 y 18 de noviembre de 1927…».

[19] GIRÓN TENA. *Derecho de Sociedades*. Tomo I. Parte General. Sociedades colectivas y comanditarias. Madrid, 1976, pp. 601 y 602.

[20] PAZ-ARES. *Curso de Derecho Mercantil*, I. Civitas, 1999, p. 648.

[21] PAZ-ARES. *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993, p. 1472.

[22] CAPILLA RONCERO. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXI, Vol. 1.º. Artículos 1.665 a 1.708. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1986, pp. 494 y 495.

[23] *Vid. op. cit.,* p. 45.

De gran interés resulta la nota número 53 de la p. 45 de la citada obra realizada por PERDICES HUETOS al respecto: *«(53) Se admite entre nosotros la cláusula de libre transmisibilidad de las participaciones en sociedades de personas por PAZ-ARES, Com. Cod. Civ., t. II, artículo 1.669, p. 1472: A. OLAVARIA TÉLLEZ, «Singularidad negocial de las propiedades especiales y de los derechos de crédito y de participación social no representados documentalmente», en Negocios sobre derechos no incorporados a títulos valores y sobre relaciones jurídicas especiales [G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coord.], Madrid, 1992, pp. 19 y sigs., pp. 40-42; con dudas sobre la admisibilidad de un consentimiento previo e incondicionado a alteraciones subjetivas de la sociedad, v., GIRÓN, en Estudios Garrigues, t. I, pp. 152-153; íd. Derecho de Sociedades, pp. 601 y 602; por su lado, Capilla, Comentarios al Código Civil, t. XXI, pp. 494-495, no lo considera ilegal pero sí incompatible con el tipo de la sociedad civil. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Atipicidad, pp. 365-366, indica cómo este pacto resulta desde los planteamientos tradicionales contrario a la estructura jurídica del tipo de las sociedades de personas, si bien en pp. 381 y sigs., afirma que es razonable no fundamentar la invalidez de la cláusula de libre transmisibilidad en atención al juego del intuitus…».*

[24] SERRANO MONFORTE. Comentario a la sentencia de 17 de abril de 1967. *Revista de Derecho Mercantil,* 1967, núms. 105-106, 212-216.

[25] *Vid. op. cit.,*

[26] *Vid. op. cit.,* pp. 1035 y 1036.

[27] *Vid. op. cit.,*

[28] *Vid. op. cit.,* p. 60.

[29] *Vid. op. cit.,* p. 741.

[30] GIRÓN TENA. *Op. cit.,* pp. 283 y sigs.

[31] DE CASTRO Y BRAVO. *Derecho Civil de España.* Editorial Civitas, 1985, pp. 556 y 560, definía el concepto de relación jurídica y ejemplificaba la que ejercitan los socios de una persona jurídica del siguiente modo: «Puede decirse conforme a lo indicado, que relación jurídica es la "situación jurídica en que se encuentran las personas, organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico" (…) c) Relaciones jurídicas de cooperación social; dentro de ellas, se pueden distinguir las sociales o relaciones resultantes de la situación de las personas como miembros de una persona jurídica…».

[32] En contra, PAZ-ARES. *Comentarios del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Tomo II. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993, p. 1471.

[33] *Vid. op. cit.,* p. 602.

[34] *Vid. op. cit.,* p. 578.

[35] Sin embargo, cabe apreciar el criterio contrario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1967 *(RJ* 1967, 1871) y en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1988 *(RJ* 1988, 5555), donde se rechazó la aplicación de la cláusula restrictiva a la libre transmisibilidad en los casos de liquidación de la sociedad de gananciales al considerarse que como ambos cónyuges eran copropietarios frente a la sociedad, la liquidación de la sociedad de gananciales no suponía un acto de enajenación sino de adjudicación específica. Para las críticas a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1967, *vid.* DE LA CÁMARA ÁLVAREZ. La mujer casada y el derecho de sociedades, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* núm. 227, 1969,

pp. 192 y sigs.; y, DÍEZ-PICAZO. *Estudios sobre jurisprudencia civil*, Editorial Tecnos, 1981, Vol. III, pp. 104 y sigs.

[36] *Vid.* para un mayor detalle al respecto, GARDEAZÁBAL DEL RÍO, *op. cit.*, pp. 25 y sigs.

[37] Así y pese a no plantearse las relaciones jurídicas antes expuestas para la aplicación del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital (aunque en relación con el derogado artículo 66 de la Ley de Sociedades Anónimas) puede citarse, como ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2.ª) núm. 346/2010 de 8 noviembre de 2010 *(JUR* 2011, 35350), razonando al respecto lo siguiente: «*Dicho lo anterior debe decirse también que, conforme al artículo 66 de la LSA,* (RCL *1989, 2737 y* RCL *1990, 206). En los supuestos de copropiedad o de otras cotitularidades, los copropietarios habrán de designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, porque las acciones son indivisibles. En el estado de cosas que concurre, el Tribunal entiende que esta regla es aplicable al caso de que la titularidad corresponda a la sociedad legal de gananciales, y que en el presente supuesto, que así ocurre, el ejercicio de los derechos de socio han venido siendo ejercitados, al menos de facto, por el esposo. Así pues, conforme a todo ello, a la demandante, a la esposa, no le corresponde ejercitar los derechos que le puedan corresponder en la calidad de miembro de la Sociedad Ganancial. Ello no supone dejarla huérfana de protección por cuanto que a través de la propia sociedad de gananciales, y el marido a la postre podría verse obligado a la reparación de los perjuicios ocasionados como consecuencia de las irregularidades en el hacer social que hubiera consentido o facilitado*».

[38] Sumamente descriptivo resulta al respecto, lo dispuesto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª) núm. 88/2012 de 13 marzo *(AC* 2012, 763), que razona lo siguiente: «*Al hilo de lo anterior, la herencia yacente o comunidad hereditaria es un todo (herencia germana). De este modo, todos los herederos son dueños, con titularidad indivisa de todos los bienes existentes en la herencia yacente, y este es el fundamento esencial para que no se le pueda negar la condición de accionista a la comunidad hereditaria. En este sentido, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de noviembre de 2004* (RJ *2004, 6780) , que declaró: "La comunidad, que en el presente caso era la accionista de la sociedad anónima demandada, era una comunidad hereditaria formada por los coherederos, del primitivo accionista, en que no se ha practicado la partición. Cuya comunidad implica que cada sucesor, miembro de la misma, tiene derecho al conjunto que integra el contenido de la herencia, pero no sobre los bienes hereditarios concretos; es decir, en el presente caso, cada coheredero, como el demandante, no es titular de acciones, sino titular junto con los demás coherederos, del patrimonio del que forma parte el conjunto de acciones; así, el accionista no es el coheredero, sino la comunidad. Cuya comunidad no da lugar a una copropiedad de cada una de las cosas, sino que estas forman parte de la misma (sentencia de 25 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4378)* [RJ *1992, 4378])"*». *Siguiendo esta línea jurisprudencial, también cabe citar, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de febrero de 2011, que dispuso lo siguiente: «Por lo tanto, en supuestos como el que nos ocupa la cualidad de socio no concurre en ninguno de los miembros de la comunidad hereditaria sino en la comunidad misma». En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 15 de marzo de 2007* (JUR *2007, 264557) , que manifestó: «Precisamente por lo señalado, procede finalmente desestimar el último de los motivos impugnatorios defendidos por la parte apelante ya que sin duda quien debe comparecer en calidad de socio es quien ostenta esa calidad y ella le corresponden en la situación transitoria de que se trata a la herencia yacente y no a cada uno de los herederos que vierten sus expectativas sobre ese patrimonio*».

(…) Ahora bien, a los efectos aquí debatidos, ello se traduce en un determinado y específico régimen de copropiedad, en el que, a efectos de representación en una Junta de la sociedad, o para que pueda ejercer los derechos propios del socio, esa comunidad hereditaria deberá nombrar un representante legal porque así lo exige el artículo 66.2 LSA (RCL *1989, 2737 y* RCL *1990, 206), que dispone:*

«2. Los copropietarios de una acción habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuántas obligaciones se deriven de la condición de accionista».

Con anterioridad hemos dicho que, aunque la comunidad hereditaria posee características propias de la comunidad germana, la doctrina también admite, en el ejercicio de determinados

derechos de los comuneros relacionados con la masa hereditaria, que se apliquen las normas propias de la comunidad de bienes, previstas en el artículo 392 del Código Civil y siguientes. De este modo, la comunidad hereditaria también adquiere características propias de una comunidad romana, tal y como comprobaremos inmediatamente. En este sentido, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 1973, que dispuso lo siguiente: «con su natural repercusión en orden a la legalidad de los acuerdos adoptados con base en la representación de tales acciones, criterio que no puede por menos de ser compartido por esta Sala, porque según el artículo 40 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL *1989, 2737 y* RCL *1990, 206) EDL 1989/15265, que aunque se refiere al caso de pertenecer una acción a varias personas es igualmente aplicable cuando la indivisión se da no en una, sino en cualquier otro número de acciones, la copropiedad cesa un especial supuesto de separación entre titularidad de las acciones y legitimidad, para el ejercicio de los derechos de socio y en la citada acta notarial se dice con nítida claridad, que, se atribuye la representación de las acciones,»en orden al ejercicio del derecho de voto en Juntas generales de accionistas, así ordinarias como extraordinarias, y para asistencia a las demás» todo lo cual está poniendo de manifiesto que la distribución operada no es un acto de dominio, sino de administración, para cuya validez no se precisa de la unanimidad, siendo suficiente el acuerdo de los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyen el objeto de la comunidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 del Código Civil EDL 1889/1, y esa circunstancia es la que aquí concurre, toda vez que la distribución de las acciones de que se trata fue llevada a cabo por tres partícipes que representan un 60 por 100 del valor de las mismas, razones, las expuestas, que determinan la desestimación del segundo motivo».*

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1982 (RJ *1982, 3415) , que declaró: «Que en los motivos 9.º y 10, a través siempre del núm. 1.º del artículo 1692 de la LECiv* (RCL *2000, 34, 962 y* RCL *2001, 1892), se acusa respectivamente la infracción por violación de los artículos 661 y 398, párr. 1.º, ambos del Código Civil, volviendo a incidir los recurrentes en supuestos defectos de la representación que fue designada para las acciones relictas al fallecer don Severiano, y tratando de desviar el caso contemplado, que se halla previsto especialmente en la Ley de Sociedades Anónimas (art. 40), a la regulación de otros casos distintos concebidos de forma general por el legislador, como los referidos en los artículos 1020 del Código Civil y 1068 de la LECiv, y sin tener en cuenta, por un lado, que nada obsta a que los recurrentes como herederos de su padre fallecido le sucedan en todos sus derechos y obligaciones, conforme al invocado artículo 661 del Código Civil, y que, por otro lado, la representación que haya de ejercitar los derechos de socio en las acciones de sociedad anónima que formaron parte del caudal relicto se manifieste conforme a la ley, tal como resulta se efectuó, para evitar, como declaró la sentencia de esta Sala de 19 de abril de 1960* (RJ *1960, 1682)* (RJ *1960, 1682), que la comunidad societaria quedará inerte y paralizada su actividad en hipótesis, como la que aconteció entre los litigantes, de disconformidad o desacuerdo de los que la forman; habiendo de regir entonces el artículo 398, párr. 1.º, del citado Código Civil, que no fue infringido en la sentencia recurrida y cuya pertinente aplicación en defecto de alcance de las normas especiales, es causa de la desestimación de los motivos expresados, últimos del recurso, con lo que decae totalmente el mismo».*

Esta corriente doctrinal ha sido seguida por esta Sala, en la mencionada Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de febrero de 2011 (JUR *2011, 144564) , que manifestó: «Pues bien, en ausencia de normas específicas de las que los integrantes de la comunidad hereditaria pudieran haberse dotado voluntariamente para la designación de la persona que hubiera de ejercitar los derechos de socio inherentes a las participaciones incluidas en el caudal relicto, es admitido desde antaño por la jurisprudencia que tal designación debe de efectuarse por mayoría de cuotas o intereses de acuerdo con el criterio al efecto establecido por el artículo 398 del Código Civil «En el mismo sentido, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 9 de diciembre de 2010, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 13 de mayo de 2010* (JUR *2010, 252410) , la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 12 de marzo de 2010, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 14 de mayo de 2009* (AC *2009, 1083) .*

Entre los derechos que posee el comunero hereditario, se enumeran los actos de administración o gestión, que en algunos casos, pueden exigir la unanimidad por parte de los herederos,

como la designación de un administrador del caudal hereditario. Sin embargo, para los meros actos de administración, gestión y mero disfrute de la comunidad hereditaria, tales como la designación de un representante con un cometido específico, como la representación de los copropietarios en una Junta General de socios, regirá lo establecido en el artículo 398 del Código Civil, en virtud del cual, se necesitará el acuerdo de la mayoría. Tal y como aclara el precepto, no se trata de una mayoría por persona, sino una mayoría de intereses económicos o de capital. En este sentido, lo decidido por la mayoría de intereses será obligatorio para todos los restantes miembros de la comunidad hereditaria. En este sentido es altamente ilustrativa la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 9 de diciembre de 2010 (JUR *2011, 54549) , que sostuvo: «En línea con lo razonado en la sentencia de esta misma Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña de 11/3/2010, cabe que tal representación resulte por virtud de la ley o por decisión judicial o negocio jurídico, pero en otro caso su designación deberá de efectuarse por mayoría de cuotas o intereses, como resulta de la aplicación del artículo 398 del Código Civil (STS de 19/4/1960 y 14/5/1973), o como señala la RDGRN de 17/3/1986, «esta designación queda sujeta a las reglas de la comunidad respectiva, sin que haya razón para entender que la LSA se interfiere, a tales efectos, en el régimen interno de tal comunidad, pues normalmente serán los copropietarios los que, conforme al régimen de la copropiedad, harán la designación de la persona que ha de ejercitar los derechos sociales, pero las reglas ordinarias de la copropiedad deben dejar paso, tratándose de otros tipos de comunidad, a sus disposiciones especiales». En definitiva, el representante será designado por los comuneros según el régimen interno de su comunidad, y, en su defecto, resulta de aplicación el citado artículo 398, en materia de comunidad de bienes, que determina la adopción de acuerdos por mayoría de los partícipes según su cuota o participación de intereses en la comunidad. Es indiscutible el interés de cualquier comunero en participar en la designación del representante común, con la posibilidad incluso de acudir a tales efectos a la vía judicial por aplicación del artículo 398 en su apartado tercero. El representante así designado habrá de estar debidamente apoderado para el ejercicio de los derechos que los socios ostenten frente a la sociedad, que no requiera unanimidad de los poderdantes. Lo que se pretende es que, en las relaciones externas, todo funcione, en interés de la sociedad, como sí de un solo socio se tratase». En idéntico sentido, caben citar las ya mencionadas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de febrero de 2011* (JUR *2011, 252410), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 14 de mayo de 2009* (AC *2009, 1083), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 15 de marzo de 2007 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 17 de octubre de 1995*».

[39] MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Tomo II. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993, p. 55, explica del siguiente modo la regla del «tu quoque»: «la regla conocida con las palabras «*tu quoque*» está emparentada con el aforismo «*nemo auditur sua turpitudinens allegans*». Significa la imposibilidad de invocar las reglas jurídicas por el mismo que las despreció. Existe una contradicción, como en la prohibición del *nemo venire contra factum propium,* pero no consiste tanto en la conducta, como en los criterios valorativos de la misma que utiliza el sujeto que actúa para juzgarse y juzgar a los demás. Un caso significativo en nuestra jurisprudencia es de la STS de 6 de febrero de 1987 en el que el socio nombra, para la junta de accionistas, un representante que no reúne la condición exigida por los estatutos de ser socio; posteriormente el socio representado invoca la norma estatutaria para demandar la nulidad de los acuerdos. También parece un caso semejante el de quien niega a su socio legitimación para la participación en la sociedad alegando que este le ha transmitido fiduciariamente a él todas sus acciones (STS de 24 de septiembre de 1987)…».

4. DERECHO BANCARIO

La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en los contratos bancarios y su interpretación por la STS de 29 de octubre de 2013 y la jurisprudencia menor

The application of the rebus sic stantibus *principle in banking contracts and its interpretation by the judgment of the Supreme Court issued on October 29th, 2013 and the judgments of the Audiencias Provinciales*

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS
Doctor en Derecho
Profesor colaborador de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE)
Abogado colegiado en Madrid y en Nueva York
LLM por la University of California Berkeley

RESUMEN: La conocida como cláusula *rebus sic stantibus* siempre ha tenido una aplicación de excepción. Para ello se requiere que se produzca un cambio radical en las circunstancias, que no fuera previsible ni imputable a las partes, que haya originado un gran desequilibrio en las obligaciones recíprocas. Esta doctrina no era alegada frecuentemente en los litigios. Sin embargo, la larga y profunda crisis económica que se viene padeciendo desde el año 2008, ha hecho que se pretenda su aplicación en diferentes tipos de pleitos como los de compraventa de inmuebles o los de contratación bancaria. Esta nueva situación ha hecho que tanto los tribunales como los autores se planteen que deba producirse una flexibilización en la aplicación de esta figura. En este último ámbito se ha dictado la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2013. Conforme a la misma y la jurisprudencia menor que ha recaído en contratación bancaria, parece que puede sostenerse que en los casos en los que el desequilibrio relevante viene motivado por la materialización de un riesgo inherente al contrato, que está contemplado en el mismo, no puede estimarse su aplicación. Lo cual no obsta para que pueda proceder su aplicación en pleitos sobre contratos bancarios. Para ello, según los últimos pronunciamientos del Alto Tribunal parece que podrían tenerse en consideración otros aspectos además de la actual crisis, como la condición de profesional del sector en quien sostiene su aplicación o el carácter de inversión del producto bancario.

ABSTRACT: The so called rebus sic stantibus provision has always had an exceptional application. In order to be applied it is required to have an extreme change of the circumstances which was neither foreseeable nor attributable to the parties. Besides it is required that the referred change provokes a relevant unbalance among the reciprocal obligations. This doctrine was not alleged frequently. But, due to the long and deep economical crisis whose effects started in the year 2008, it has increased the number of actions that pretend its application in different kind of lawsuits, such as the ones related to purchases of real estate or banking contracts. This new situation has caused the idea among courts and scholars that a new flexible approach has to been taken. Thus, in the area of banking contracts a new judgment has been issued by the Supreme Court on October, 29th 2013. According to

this judgment and others from the Audiencias Provinciales, it seems that the rebus sic stantibus clause will not be applied in a case where the unbalance is caused by the appearance of a risk which is inherent to the contract and is contemplated in the contractual provisions. But it has to be noted that it may be applied in other banking contract cases. In this vein, in accordance with the last judgments of the Supreme Court, it seems that other features besides the current crisis have to be taken into account, such as the professional character of the party who pretends its application or the purpose of the investment.

PALABRAS CLAVE: *Rebus sic stantibus.* Contratación bancaria. *Swap,* permuta financiera

KEY WORDS: Rebus sic stantibus. Banking contracts. Swap

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO *REBUS SIC STANTIBUS:* 1. Naturaleza, definición y origen. 2. Requisitos y efectos de esta doctrina. 3. Figuras alternativas a la cláusula *rebus sic stantibus*.—III. APLICACIÓN GENERAL DE LA REGLA EN OTROS ÁMBITOS.—IV. LA INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA: 1. STS de 29 de octubre de 2013. 2. Jurisprudencia menor. 3. Reflexión sobre su aplicación.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

I. INTRODUCCIÓN

Como bien es sabido, la conocida como cláusula *rebus sic stantibus*[1], es una regla[2], institución[3] o principio[4] que no está regulado en nuestro ordenamiento jurídico, (aunque sí en otros como el alemán[5], el italiano[6], el portugués[7], el Fuero Nuevo de Navarra[8] o incluso en los textos armonizadores, como los Principios UNIDROIT[9] y los Principios de Derecho Europeo de Contratos)[10, 11], según el cual una imprevista y extraordinaria mutación de las circunstancias que altera de forma relevante la base del negocio en perjuicio de una de las partes puede habilitar de forma excepcional la corrección del referido desequilibrio[12].

Esta figura jurídica ampliamente reconocida en nuestra jurisprudencia[13] está siendo de especial actualidad últimamente en relación con los contratos de compraventa y arrendamiento de inmuebles[14], las ejecuciones hipotecarias[15] y con los contratos bancarios[16]. Y ello, como señala parte de la doctrina[17], se debe fundamentalmente a la crisis económica que todavía se padece en España. Así se ha llegado a comentar que la «actual crisis económica ha ubicado a esta figura en primera fila de actualidad»[18]. Y es que, como consecuencia de la referida crisis, esta institución ha pasado de considerarse una *rara avis* por lo infrecuente de su alegación ante los tribunales[19], a ser recurrentemente planteada. Incluso con la pretensión de resolver o extinguir el correspondiente contrato, debido a las dificultades sobrevenidas de cumplimiento[20].

En consonancia con lo anterior, el objeto del presente artículo es el análisis de la aplicación de la mencionada cláusula a los contratos bancarios a la luz del último pronunciamiento del Alto Tribunal de 29 de octubre de 2013 (y de

la correlativa jurisprudencia menor), que se pronuncia precisamente sobre esta cuestión en un caso relativo a una permuta financiera.

II. CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO *REBUS SIC STANTIBUS*

1. Naturaleza, definición y origen

Como señala reiteradamente la doctrina[21], esta figura jurídica no está regulada en nuestro ordenamiento. Aunque tanto los autores[22] como la jurisprudencia[23] tienen en consideración la propuesta de regulación de la Comisión General de Codificación contenida en el artículo 1213[24]. Consecuentemente, nos encontramos ante una institución de construcción jurisprudencial cuyo inicio en nuestro ordenamiento suele vincularse con la posguerra española del siglo XX y con la finalidad de paliar los terribles efectos que tuvo dicho conflicto armado dentro de las relaciones contractuales[25].

A esta regla se le ha considerado generalmente como una condición implícita del contrato[26] o un principio general[27], entendiéndose que su aplicación al contrato concreto deriva[28], bien de la buena fe objetiva contemplada en el artículo 1258 del Código Civil[29] cuando se rompe la base del negocio por el desequilibrio sobrevenido e imprevisible de las prestaciones recíprocas[30], bien de la continua influencia de la causa en la fase de ejecución del contrato (puesto que el contrato podría durante su cumplimiento carecer de la misma o verse esta modificada por unas circunstancias ajenas y excepcionales)[31], bien por la frustración de la base del negocio[32]. En cualquier caso, se suele asociar su aplicación con la equidad[33].

Siguiendo a la doctrina[34] y la jurisprudencia[35], esta institución podría definirse como el mecanismo jurídico excepcional y subsidiario[36] en virtud del cual pueden modificarse las condiciones contractuales, o incluso resolverse el negocio jurídico, cuando durante la ejecución de un contrato de tracto sucesivo de cierta duración, o de tracto único, pero con una consumación posterior distanciada en el tiempo[37], concurre una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes en el momento de la celebración que origina un desequilibrio exorbitante, imprevisible e inimputable a las partes del negocio jurídico. Como podrá comprobarse en el siguiente apartado, el concepto de esta figura parece ceñirse a la lista de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para su aplicación.

Sin perjuicio de lo anterior, con carácter previo conviene destacar que la configuración de la cláusula *rebus sic stantibus* es claramente excepcional[38], interpretándose de una manera cautelosa debido a su potencial conflicto con el principio de seguridad jurídica contemplado en el artículo 9.3 de la Constitución y su concreta manifestación dentro del derecho de los contratos en el principio *pacta sunt servanda*[39]. De hecho esta institución ha sido calificada como peligrosa por la jurisprudencia por dichos motivos[40]. En este sentido, resulta pertinente traer a colación la vital relevancia que tiene para el sistema desde una perspectiva jurídica, económica y social que los contratos y compromisos se cumplan según lo pactado, aunque su ejecución resulte complicada o no beneficiosa[41].

La aludida excepcionalidad en su aplicación trae causa según algún autor[42] en su creación jurisprudencial, en la concurrencia de unos requisitos de difícil apreciación y en la reiterada aplicación restrictiva por parte del Tribunal Supremo. En todo caso, con independencia de cuál sea el motivo, lo cierto es que unánimemente se reconoce que son muy escasos los asuntos en los que finalmente

prospera su alegación en el pleito[43]. Lo cual ha sido objeto de cierta crítica, al sostenerse que, además de poder ser excesivamente estricta su aplicación[44], esta doctrina jurisprudencial con una vinculación a una época como la posguerra y a un tiempo tan lejano (más de 50 años), debería haber tenido algún tipo de adaptación a la nueva situación de la sociedad[45].

No obstante la comentada asociación de la cláusula *rebus sic stantibus* con la posguerra española, tenemos que señalar que no hay un consenso sobre el origen de esta institución, puesto que unos autores lo relacionan con el Derecho romano[46] mientras que otros lo vinculan con los pandectistas alemanes[47] o el Derecho canónico[48].

2. Requisitos y efectos de esta doctrina

Tanto a nivel doctrinal[49] como jurisprudencial[50], e incluso en laudos arbitrales[51], puede indicarse que hay un gran consenso al estimar que los elementos que deben de concurrir conjuntamente para aplicar la regla *rebus sic stantibus* son (además de la subsidiariedad previamente comentada[52]):

a) Una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las existentes al tiempo de su suscripción[53].
b) Una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, que destruya completamente el equilibrio entre las prestaciones de las partes contratantes[54].
c) Que la alteración traiga causa en unas circunstancias sobrevenidas radicalmente imprevisibles[55]. En este sentido se ha precisado que la participación en la entidad que finalmente genera el desequilibrio en las condiciones del negocio motiva que las alteraciones no puedan ser consideradas como imprevisibles[56].

En el supuesto de que tales requisitos sean acreditados el efecto tradicional, y al que tiende la jurisprudencia en virtud del principio de conservación de los negocios jurídicos, es la modificación del contrato para restablecer el referido equilibrio en las prestaciones[57]. A este respecto es interesante resaltar que debido a los principios dispositivo y de justicia rogada que rigen el proceso civil en virtud del artículo 216 de la LEC[58], para que prospere esta acción debería especificarse en el suplico la modificación que se pretende[59].

No obstante lo anterior, empieza a reconocerse paulatinamente tanto a nivel doctrinal[60] como jurisprudencial[61] la posibilidad de declarar la resolución del negocio jurídico en virtud del principio *rebus sic stantibus*. Tal tendencia seguramente se deba a que actualmente dicho efecto es el pretendido principalmente mediante la aplicación de esta cláusula porque, al menos en algunos casos[62], no hay modificación posible que pueda restablecer el equilibrio de las prestaciones.

3. Figuras alternativas a la cláusula *rebus sic stantibus*

Como han comentado algunos autores[63], la regla *rebus sic stantibus* parece que se ha convertido en la fórmula estándar para intentar desvincularse o modificar un contrato por circunstancias sobrevenidas. Sin embargo, la jurisprudencia ha estimado la aplicación de otras instituciones a supuestos de hecho relativamente similares[64]. A estos efectos podemos destacar:

a) Institución de la desaparición de la base del negocio. Este parece a su vez ser un argumento para aplicar la cláusula *rebus*[65]. Para su estimación se requiere que se acredite que la alteración posterior ha causado que la finalidad del negocio sea inalcanzable y que la equivalencia entre las prestaciones se ha destruido[66]. Esta doctrina ha sido aplicada por la STS de 6 de noviembre de 1992 en un caso de un contrato de explotación de una discoteca, en el que de forma sobrevenida e imprevisible, se resolvió el arrendamiento del local de la discoteca que se iba a explotar.
b) Figura de la frustración del contrato, que se entiende aplicable cuando las alteraciones de las circunstancias provocan la imposibilidad de satisfacer el fin incorporado al contrato. Su consecuencia jurídica debe ser la resolución del contrato[67]. Esta institución ha sido aplicada a casos de arrendamiento de finca para explotarla como una guijera (STS de 20 de abril de 1994) y de un contrato de opción de compra de fincas dependiente de la obtención de una licencia (STS de 21 de julio de 2010). A estos efectos puede resultar interesante el contraste que ofrece con las referidas sentencias la STS de 23 de abril de 2012, que para un supuesto relativo a la imposibilidad sobrevenida de explotar una mina por falta de carbón, estima que no procede aplicar el principio *rebus*. De la misma forma puede resaltarse la jurisprudencia relativa a la irrelevancia de los cambios urbanísticos para aplicar la regla *rebus*[68].
c) La doctrina de la presuposición o condición tácita. A estos efectos no conviene olvidar que este fundamento también sirve de motivo según algunos autores para aplicar la doctrina *rebus sic stantibus*[69]. Esta institución ha sido aplicada por la STS de 25 de mayo de 1990 en un supuesto de compra de un inmueble, donde el cumplimiento devino imposible por la falta de obtención de la correspondiente licencia.

Estas vías alternativas parece que, en tanto en cuanto se cumplan los requisitos establecidos en la jurisprudencia citada en este apartado, también podrían ser aplicables a pleitos sobre productos bancarios y de inversión. Sin perjuicio de lo anterior, no conviene olvidar que la alegación de una batería de argumentos podría resultar perjudicial para el demandante, ya que podría dificultar la apreciación del requisito de la subsidiariedad de la regla *rebus sic stantibus*[70].

III. APLICACIÓN GENERAL DE LA REGLA EN OTROS ÁMBITOS

Como previamente se ha comentado, actualmente esta institución se está alegando especialmente en litigios sobre compraventas y arrendamientos de inmuebles. Dentro de esos supuestos las Sentencias más comentadas del Alto Tribunal son las SSTS de 27 de abril de 2012[71], de 8 de noviembre de 2012[72] y de 17 de enero de 2013[73]. Otra resolución de especial interés que se va a utilizar para sintetizar la nueva tendencia de los tribunales es la STS de 30 de junio de 2014, relativa a un contrato de explotación de publicidad de 4 años de duración, en la que se estima que procede la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. Esta jurisprudencia ha empezado a formar lo que se ha calificado como una nueva tendencia más receptiva a poder aplicar esta doctrina debido a la crisis[74]. Según esta nueva corriente jurisprudencial, la aplicación del principio *rebus sic stantibus* se centra en el fundamento causal, la base del negocio y la asignación

contractual del riesgo derivado[75]. Una vez esclarecida la relación causal y la tipicidad contractual de la cláusula, la valoración de la incidencia que determina la mutación o el cambio de circunstancias se realiza de un modo objetivado mediante dos criterios de concreción de dicha tipicidad. Con el primero, utilizando la doctrina de la base del negocio, se compara principalmente el alcance de dicha mutación o cambio respecto del sentido o finalidad del contrato y de la conmutatividad o equilibrio prestacional del mismo. De esta manera, el contraste de la denominada base objetiva del negocio nos permite concluir que la mutación o cambio de circunstancias determina la desaparición de la base del negocio cuando[76]:

«—La finalidad económica primordial del contrato, ya expresamente prevista, o bien derivada de la naturaleza o sentido del mismo, se frustra o se torna inalcanzable.

— La conmutatividad del contrato, expresada en la equivalencia o proporción entre las prestaciones, desaparece prácticamente o se destruye, de suerte que no puede hablarse ya del juego entre prestación y contraprestación.

Complementariamente, el contraste de la denominada base subjetiva del negocio nos permite llegar a idéntica conclusión en aquellos supuestos en donde la finalidad económica del negocio para una de las partes, no expresamente reflejada, pero conocida y no rechazada por la otra, se frustra o deviene inalcanzable tras la mutación o cambio operado».

Por otra parte, el segundo criterio «viene representado por el aleas o marco de riesgo establecido o derivado del negocio, el denominado «riesgo normal del contrato». En este sentido, el contraste se realiza entre la mutación o cambio de circunstancias y su imbricación o adscripción con los riesgos asignados al cumplimiento del contrato ya por su expresa previsión, o bien por su vinculación con los riesgos propios que se deriven de la naturaleza y sentido de la relación obligatoria contemplada en el contrato, de forma que para la aplicación de la figura el cambio o mutación, configurado como riesgo, debe quedar excluido del «riesgo normal» inherente o derivado del contrato»[77].

En este sentido, la existencia de una excesiva onerosidad debe ser relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado. Tal excesiva onerosidad tiene que resultar determinante tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato (viabilidad del mismo), como cuando representa una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones (conmutatividad del contrato). Desde esta nueva fundamentación objetiva y de tipicidad contractual del referido principio, se establecen las siguientes consideraciones de carácter general[78]:

«A) La base económica del contrato, como parámetro de la relevancia del cambio, esto es, de la excesiva onerosidad, permite que en el tratamiento de la relación de equivalencia sea tenida en cuenta la actividad económica o de explotación de la sociedad o empresario que deba realizar la prestación comprometida.

B) Desde esta perspectiva parece razonable apreciar la excesiva onerosidad en el incremento de los costes de preparación y ejecución de la prestación en aquellos supuestos en donde la actividad económica o de explotación, por el cambio operado de las circunstancias, lleve a un resultado reiterado de pérdidas (imposibilidad económica) o a la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta del carácter retributivo de la prestación).

C) En ambos casos, por mor de la tipicidad contractual de la figura, el resultado negativo debe desprenderse de la relación económica que se derive del

contrato en cuestión, sin que quepa su configuración respecto de otros parámetros más amplios de valoración económica: balance general o de cierre de cada ejercicio de la empresa, relación de grupos empresariales, actividades económicas diversas, etc.».

Por su parte, algunos autores[79] siguiendo los requisitos tradicionales sugieren una flexibilización en su aplicación de forma que:

a) La alteración extraordinaria de las circunstancias se interprete como un cambio inusual y no excepcional, que tenga una duración significativa en el tiempo. Tal modificación debe producir una perturbación sustancial y prolongada en la economía del contrato.
b) La desproporción exorbitante entre las prestaciones se considere como un desequilibrio excesivo, manifiesto e impredecible que sea causado por el cambio de las circunstancias. A este respecto se precisa que las nuevas circunstancias deben ser meramente imprevistas e impredecibles en el momento en que se concluyeron los contratos, así como ajenas a la esfera de influencia de la parte perjudicada. Por lo tanto, no sería necesario que la alteración sea radicalmente imprevisible.
c) Se entienda que concurre el carácter subsidiario de la cláusula *rebus sic stantibus* cuando se aprecia que el remedio principal es manifiestamente más perjudicial para la supervivencia del contrato y los intereses económicos que guiaron su celebración.

Conforme a dicha jurisprudencia y doctrina, además de la tradicional que había ido dictándose a lo largo de los años, podemos extraer las siguientes reflexiones sobre la cláusula *rebus sic stantibus* cuando se ha pretendido su aplicación en pleitos no relacionados con productos bancarios:

- La aplicación de la figura *rebus sic stantibus* sigue siendo excepcional y cautelosa, siendo contados los pronunciamientos favorables a este tipo de pretensiones[80]. No obstante, algunas sentencias como la STS de 30 de junio de 2014, postulan una «normal aplicación de la figura sin más obstáculos que los impuestos por su debida diferenciación y el marco establecido de sus presupuestos y requisitos de aplicación que, de por si, ya garantizan una prudente aplicación de la figura»[81].
- La crisis global o de un sector en particular, así como las consecuentes oscilaciones de los precios[82] no tienen por sí mismas entidad suficiente como para justificar su aplicación[83]. En este sentido, la STS de 27 de abril de 2012 ilustrativamente indicaba:

  «La transformación económica de un país, producida, entre otros motivos, por dicho devenir, no puede servir de fundamento para el cumplimiento de los requisitos requeridos por la jurisprudencia para llegar a la existencia de un desequilibrio desproporcionado entre las prestaciones fundado en circunstancias imprevisibles, pues las circunstancias referidas no pueden tener esa calificación».

  En consonancia con lo apuntado por esta resolución, hay que señalar que algunos autores también entienden que las crisis por regla general no son imprevisibles, porque la burbuja inmobiliaria se vaticinó hace años y el funcionamiento de la economía es cíclico[84]. Aunque un sector doctrinal parece abogar hacia una mayor flexibilización respecto a esta crisis

por la entidad y duración que esta está teniendo[85]. En esa línea se han pronunciado algunas sentencias como la STS de 30 de junio de 2014[86]. En cualquier caso, parece que hay consenso de que además de la crisis se requiere un conjunto de circunstancias que evidencien la necesidad de aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*[87]. Generalmente no se precisan tales circunstancias ni cómo deben operar las mismas[88], aunque en la STS de 17 de enero de 2013 para un caso de compraventa de inmuebles se enumeran ejemplificativamente[89] los siguientes elementos necesitados de prueba, que han sido considerados como acertados por la doctrina[90]:

a) El destino de la casa comprada como vivienda habitual, segunda vivienda o para su posterior venta intentando obtener una ganancia. En este sentido, la citada resolución parece ser más proclive a aplicar la comentada regla cuando se trata de una vivienda habitual.
b) La asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para conseguirla, diferenciando entre contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean. Así, el hecho de que el actor sea un profesional del sector inmobiliario es tomado en especial consideración[91].
c) La situación económica del comprador al tiempo de concluir el contrato y en el momento de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar. Las alteraciones en su situación económica tienen que ser imprevisibles cuando se contrata además de ser relevantes y ajenas.
d) El grado real de imposibilidad de obtener financiación, así como las causas particulares además de la crisis global. En este sentido se valoran las condiciones impuestas por las entidades de crédito al tiempo de conceder la financiación, de tal manera que si en ese momento no se hubiera obtenido la financiación, la alteración puede ser irrelevante.
e) Las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor para poder mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia.

Como después se comentará[92], estos aspectos parece que pueden ser plenamente aplicables a los casos de contratación bancaria con la consecuente adaptación.

- Las dificultades económicas o personales del comprador, o incluso su insolvencia no es motivo suficiente para la aplicación de la referida institución[93]. Así, para el último caso parece que simplemente procedería aplicar los mecanismos concursales o de realización del patrimonio del deudor.
- Si la modificación sustancial proviene de un riesgo del propio contrato[94] o está regulado en el mismo[95], tampoco procede la estimación del principio *rebus sic stantibus*. Este criterio también ha sido seguido por los tribunales en casos de contratación bancaria[96].
- Los cambios urbanísticos tampoco constituyen una causa suficiente para aplicar la regla *rebus sic stantibus*[97].

IV. LA INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN BANCARIA

Tradicionalmente la aplicación de esta institución no se asociaba con la contratación bancaria[98]. No obstante, como indicaba la doctrina[99], debido a la recurrente alegación de la figura *rebus sic stantibus* en pleitos de los más diferentes ámbitos como consecuencia de la crisis, se esperaba que el Tribunal Supremo se pronunciara sobre esta institución en relación con otros contratos distintos de los de compraventa de inmuebles.

De hecho, ante la relativa frecuencia con que se pretendía su aplicación en litigios sobre *swaps*[100], aunque en muchos casos no se llegaba a resolver esta cuestión puesto que habitualmente se planteaba como una pretensión subsidiaria[101], ya algún autor había estudiado la posible aplicación de esta figura respecto a los contratos de permuta financiera[102].

Hasta la fecha el único pronunciamiento en la materia por parte del Tribunal Supremo ha sido precisamente la sentencia que es objeto de análisis en este artículo en el siguiente apartado.

1. STS de 29 de octubre de 2013

Esta sentencia ha sido comentada por los autores[103] y la jurisprudencia menor[104] debido a su relevancia, aunque el análisis efectuado de la misma se ha centrado más en la doctrina contenida en la resolución respecto a los vicios en el consentimiento.

Los antecedentes de esta controversia podrían resumirse[105] en que una mercantil había suscrito con un banco el 28 de noviembre de 2006 un *swap* de tipo de interés con un nominal de 4.000.000 euros.

El cliente solicitaba en su demanda de 31 de marzo de 2010 que se declarara la nulidad del *swap,* y subsidiariamente que se dictase la anulación de algunas de sus cláusulas. Estas pretensiones se fundaban en la concurrencia de un error o dolo en la contratación.

Como petición subsidiaria a las anteriores, se reclamaba la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, ya que se entendía que se había producido una alteración extraordinaria del equilibrio en las prestaciones.

En síntesis en la demanda se alegaba[106] que se había contratado la permuta financiera bajo la creencia de que era un seguro de cobertura frente al alza de los tipos de interés. Se sostenía que el contrato se firmó sin que el representante de la sociedad actora hubiera sido debidamente informado, celebrándose el *swap* en gran medida por la relación de confianza que había entre las partes. El cliente según la demanda desconocía el producto que había contratado por la falta de información y su inexperiencia en este tipo de productos.

Por su parte, la entidad financiera en la contestación a la demanda sostuvo que[107]:

- Que la demandante tenía una gran facturación y una cierta experiencia en contratación bancaria, lo cual motivaba que la mercantil actora no pudiera ser considerada una consumidora media.
- Que no concurría vicio alguno en el consentimiento.
- Que las explicaciones del producto tuvieron lugar durante varios meses con el director financiero de la mercantil demandante, por lo que de existir un error, este sería en todo caso inexcusable.

- Se opuso a la nulidad de las concretas cláusulas denunciadas, rebatiendo los motivos alegados en la demanda.
- Se señaló que no era aplicable la cláusula *rebus sic stantibus*.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mahón estimó íntegramente la demanda mediante su sentencia de 25 de enero de 2011.

La entidad demandada interpuso recurso de apelación frente a la comentada resolución, que fue posteriormente desestimado por la sentencia de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 20 de junio de 2011.

En ambas sentencias[108] los juzgadores entendieron que el representante de la actora se había formado una creencia inexacta sobre los riesgos de la aplicación de los tipos de interés al importe nominal fijado en el contrato, sin pronunciarse sobre las pretensiones subsidiarias previamente comentadas. Es decir, como se indicaba en el apartado anterior respecto a lo que suele suceder en estos casos, a pesar de haberse alegado y rebatido en la instancia la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, ninguna de las resoluciones se pronunciaba sobre esta cuestión.

Contra dicha sentencia el banco interpuso los recursos extraordinarios de casación y por infracción procesal. Así, en el primer recurso mencionado se denunciaban las siguientes infracciones al amparo del artículo 477.2.2 de la LEC:

i. Del artículo 1266 del Código Civil.
ii. De los preceptos 1309, 1311 y 1313 del Código Civil.
iii. De los artículos 1281, 1282 y 1283 del Código Civil.
iv. Incorrecta aplicación de la normativa reguladora del mercado de valores.
v. Del artículo 7 y 1258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio.

Como puede observarse ninguna de ellas aludía al principio *rebus sic stantibus*. Lo mismo sucedía en el caso del recurso extraordinario por infracción procesal, en el cual se sostenía que concurrían las siguientes vulneraciones:

1. Del artículo 216 de la LEC. En este motivo, la entidad financiera mantuvo que la materia objeto del error decretado en la sentencia de segunda instancia era distinta de la que se había denunciado en el escrito de demanda.
2. Del precepto 217 de la LEC. A este respecto se sostuvo que el Tribunal de apelación no tuvo en consideración la ausencia de prueba sobre la concurrencia del error.
3. Del artículo 218 de la LEC. Se argumentaba una incongruencia omisiva en relación con determinada valoración de la prueba. En concreto el motivo se centraba en la supuesta infracción cometida por el Tribunal de apelación al no haber destacado las contradicciones en que pretendidamente incurrieron los testigos y al no haber tomado en consideración las características específicas de la contratación, ni el comportamiento del cliente, ni las resoluciones de los organismos supervisores.

Básicamente puede decirse que todos los motivos de los recursos fueron desestimados excepto el relacionado con la concurrencia del error en la contratación, al aplicar la doctrina contenida en la STS de 21 de noviembre de 2012[109].

Sin embargo, lo relevante a efectos de este artículo es su posicionamiento sobre la regla *rebus sic stantibus*. A este respecto lo primero que habría que indicar es que a pesar de tratarse en principio de un pronunciamiento que integra

la *ratio decidendi* (puesto que desestima una pretensión subsidiaria de la controversia), tanto el análisis como la resolución del tema es mucho menos extensa y elaborada que la contenida en otras sentencias del Alto Tribunal sobre otros contratos, como los de compraventa de inmuebles[110].

En este sentido, el Tribunal Supremo al igual que hiciera en resoluciones anteriores, tras reconocer la vigencia de la mencionada doctrina, tanto en nuestro ordenamiento[111] como en otros sistemas, desestima su aplicación en este caso relativo a la contratación de una permuta financiera porque se requiere «que la alteración de las circunstancias resulte imprevisible, lo que no acontece cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual»[112].

Por consiguiente, el Alto Tribunal directamente rechaza su aplicación porque entiende que no concurre el elemento de la imprevisibilidad de las circunstancias, puesto que dicha imprevisibilidad es precisamente el motivo de la contratación del producto y se encuentra regulada dentro del negocio jurídico[113]. Así, en función de la cotización del Euribor las partes tendrán que abonar una u otra cantidad[114].

A este respecto también podría señalarse que, aunque el Tribunal Supremo no lo indica expresamente a la hora de pronunciarse sobre la cláusula *rebus sic stantibus*[115], puede que dentro de los motivos para desestimar esta alegación se encuentre el hecho declarado probado que la actora era una mercantil cuyo representante tenía una cierta experiencia en contratación bancaria[116]. Aspecto que sí tiene en cuenta expresamente a la hora de resolver la pretensión relativa a la concurrencia del vicio en el consentimiento[117]. Y es que conviene recordar que este criterio, al igual que el carácter especulativo del contrato, sí ha sido analizado por el Alto Tribunal y las Audiencias Provinciales en otros asuntos para rechazar la aplicación del principio *rebus sic stantibus*[118].

En consecuencia, el Tribunal Supremo en esta resolución no hace más que aplicar el criterio mantenido en otros ámbitos, como el de las compras de inmuebles[119], sobre el requisito de la imprevisibilidad y la regulación de la misma en el propio contrato.

Asimismo, se tiene que indicar que ese era precisamente el posicionamiento que anteriormente habían sostenido las escasas resoluciones judiciales que habían abordado el tema en materia de contratación bancaria[120]. Por consiguiente, esta sentencia parece confirmar el criterio que las Audiencias Provinciales habían seguido al respecto sobre esta clase de contratos.

Aunque esta sentencia invita a una reflexión más: ¿hasta qué punto su doctrina es únicamente aplicable a litigios sobre *swaps*? Esta es una cuestión no resuelta por la propia resolución. Evidentemente, las permutas financieras tienen unas peculiaridades que no concurren en otro tipo de productos bancarios o de inversión como las participaciones preferentes, la deuda subordinada, los *hedge funds*, etc. Por lo tanto, parece que este pronunciamiento del Alto Tribunal no debe interpretarse como la inviabilidad absoluta de la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* a toda clase de contrato bancario. Máxime cuando según cierta doctrina[121] que comenta determinada jurisprudencia reciente, parece que el Tribunal Supremo está flexibilizando su concepto, considerando que es posible que la crisis económica junto con ciertos factores puedan ser causa suficiente para la aplicación de la referida cláusula. No obstante, según los postulados de la STS de 29 de octubre de 2013, parece que en los casos en los que la imprevisibilidad del resultado económico sea inherente al producto (como puede suceder usualmente con las inversiones), o cuando la consecuencia que ha provocado el desequilibrio esté expresamente prevista en el clausulado del concreto contrato, esta pretensión no tendrá viabilidad.

2. Jurisprudencia menor

Como previamente se ha anticipado, a pesar de la relativa frecuencia en la alegación del principio *rebus sic stantibus* en pleitos sobre productos bancarios y de inversión, son escasas las sentencias que resuelven esta cuestión. Las pocas que se encuentran están ligadas de momento a las permutas financieras[122] y desestiman la referida pretensión. Sin perjuicio de otras resoluciones que haya podido comentar la doctrina[123], a este respecto podemos resaltar las siguientes resoluciones de Audiencias Provinciales:

- SAP de Madrid, Sec. 11.ª, de 10 de diciembre de 2012, que indica sin una mayor explicación:

  «(…) haciendo suyos el tribunal los razonamientos que la sentencia contiene para rechazar asimismo la alegación de desequilibrio entre las partes o aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus,* pues la misma naturaleza del producto contempla la posibilidad de perdidas o beneficios en función de la fluctuación de los tipos de interés, y la sentencia es precisa respecto de estas alegaciones»[124].

  Consecuentemente, puede verse cómo la doctrina anteriormente expuesta sobre este principio es aplicada de igual manera por esta sentencia. Aunque a estos efectos puede resultar de interés tener en cuenta que según los hechos declarados probados el representante de la mercantil actora era un presidente de una SICAV acostumbrado a realizar inversiones. Nuevamente, aunque este hecho no parece estar directamente relacionado con los elementos de la regla *rebus sic stantibus* y no se menciona expresamente para resolver esta cuestión, sí parece que ha podido ser relevante en la resolución del tema.

- SAP de Madrid, Sec. 8.ª, de 22 de abril de 2013, en la que con más motivación se señala:

  «De forma subsidiaria y como segundo motivo de recurso, la demandante-apelante mantiene, como ya hiciera en la instancia, que al presente supuesto le es de aplicación la cláusula *rebus sic stantibus.* Considera la recurrente que los tres requisitos que viene exigiendo la Jurisprudencia para que se considere de aplicación la citada doctrina se dan en el caso que nos ocupa: 1) Una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, 2) Una desproporción fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes y 3) Que todo ello acontezca por circunstancias sobrevenidas totalmente imprevisibles y añade que el Juzgador de instancia aunque no aprecia los dos primeros presupuestos sí considera que es de apreciar el tercero y último de los mismos.

  La Sala, sin embargo, considera que la sentencia de instancia no alude abiertamente a la concurrencia del último de tales requisitos; es cierto que mantiene que en el momento de la contratación de los productos bursátiles a los que se refiere la litis «no resultaba ciertamente previsible una bajada del Euribor como la que se produjo a raíz de la quiebra de la entidad LEHMAN BROTHERS a partir del mes de septiembre de 2008», pero no cabe duda que a continuación apostilla que esa «posibilidad de bajada de tipos existía y fue expresamente analizada por las partes en el momento de suscribir tales negocios jurídicos»; esto es, podríamos decir que en ese momento esa circunstancia no se manejó como probable pero sí como posible.

La cautela con que la Jurisprudencia ha venido manteniendo que ha de aplicarse la doctrina de la cláusula referida, por contraponerse al principio *pacta sunt servanda* o de conservación de los contratos, hace que en el supuesto que se somete a debate no pueda ser de aplicación; debemos tener en cuenta que la naturaleza del producto contempla la posibilidad de pérdidas o beneficios en función de la fluctuación de los tipos de interés, y nada distinto a lo contratado se aplicó al efectuar las liquidaciones, que al fin y al cabo es lo atacado por la recurrente, dado que estaba expresamente pactado un tipo máximo a abonar por la recurrente cuando los tipos bajaran más allá del rango inferior establecido, lo que llevan a mantener lo que el Juzgado de instancia refiere en cuanto a la no concurrencia de los dos primeros presupuestos que la recurrente se empeña en observar en el supuesto de autos»[125].

Por consiguiente, nuevamente el hecho de que la circunstancia que provoca el desequilibrio sea inherente al contrato y que esté regulada en el mismo motiva la inaplicación del principio *rebus sic stantibus*.

- SAP de Navarra, Sec. 2.ª, de 22 de noviembre de 2013, que tras reproducir la STS de 17 de enero de 2013 sobre los requisitos de aplicación de esta institución, así como la posible influencia de la crisis en su estimación, establece:

«En el caso presente la negación de la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* por la juzgadora de instancia, deriva del hecho de que al hilo de la doctrina expuesta, la mera alegación de la crisis económica no es elemento determinante suficiente para, con su aplicación, dejar sin efecto el contrato, siquiera sea en el alcance que solicita la parte actora, por cuanto que la misma no podía ser desconocedora de la situación de crisis económica y precisamente por ello concierta el producto financiero CLIP/SWAP, para protegerse de las fluctuaciones en el interés respecto del producto de crédito que viene asociado al citado producto financiero CLIP/SWAP.

No deja de haber un elemento especulativo, como apunta la sentencia de instancia, en la suscripción de un contrato, ciertamente por ambas partes contratantes, y que en el caso presente ha favorecido a la parte actora, que por su condición de mercantil se sitúa en una dinámica en la que tiene la capacidad necesaria para prever los riesgos de la contratación de un producto como el suscrito.

Así las cosas, en el caso concreto que analizamos, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus,* no es factible, por cuanto que precisamente el contrato suscrito tenía como finalidad el moderar las variaciones del tipo de interés, precisamente lo que se alega como fundamento para desentenderse del contrato suscrito, volvemos a repetir una vez más, en el alcance que pretende la actora»[126].

En esta ocasión se puede observar cómo se rechaza la aplicación de la estudiada figura porque la finalidad del contrato era precisamente moderar los efectos de la circunstancia que finalmente ha causado el desequilibrio en las prestaciones. Aunque en este pronunciamiento, quizá de una manera criticable porque, por un lado parece admitirse que la bajada de los tipos era previsible, y por otro porque la permuta financiera se concertó en el año 2006 cuando la crisis fue evidente años más tarde, sostiene que además la alteración debía ser previsible para la actora principalmente por su condición de persona jurídica. Consecuentemente, en este asunto vuelve a relacionarse el perfil del demandante con la aplicación de la institución. Pero en este caso se concede una explicación para ello que parece razonable:

un perfil más elevado (formación, experiencia, etc.) puede hacer presuponer que el actor debía haber previsto la alteración radical que motiva la alegación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

- SAP de Barcelona, Sec. 4.ª, de 11 de diciembre de 2013, en la que simplemente se reproduce el criterio sostenido por el Alto Tribunal en varias sentencias, como las SSTS de 29 de octubre de 2013 y 18 de enero de 2012, para finalmente comentar que «el criterio transcrito no deja más opción que la de desestimar dicha petición subsidiaria de resolución contractual»[127].

Consecuentemente, las resoluciones de las Audiencias Provinciales recaídas en esta materia parecen no tener dudas a la hora de rechazar la aplicación del principio *rebus sic stantibus*, por cuanto entienden que en el caso de los *swaps* el riesgo de la alteración en las prestaciones motivado por el cambio en la cotización de los tipos de interés es inherente al propio contrato, está regulado en el mismo y debe ser generalmente previsible para el actor.

Sin perjuicio de lo anterior, de la comentada jurisprudencia menor también se puede destacar que ninguna de las resoluciones ha tenido en consideración otros aspectos que podrían ser relevantes, como el hecho de que pueda haber otros mecanismos jurídicos para evitar las consecuencias del desequilibrio, o el hecho de que si el *swap* efectivamente está cumpliendo la función de cobertura los efectos de las variaciones del Euribor deberían verse mitigados por la propia permuta financiera[128]. Por lo tanto, en ese caso podría sostenerse que no se ha producido un desequilibrio en las prestaciones recíprocas si se examinan las obligaciones de la financiación a tipo de interés variable coberturada y el *swap*.

3. Reflexión sobre su aplicación

La aplicación de esta cláusula a cualquier tipo de supuesto suele tener algún elemento de carácter subjetivo a la hora de resolver la cuestión. Y ello con independencia de que se siga el criterio llamado objetivo (basado en el desequilibrio de las prestaciones), o el conocido como subjetivo (asociado con las representaciones mentales de las partes sobre las circunstancias del contrato)[129]. Esto se debe principalmente a que la estimación de lo que resulta previsible, lo que supone una alteración extraordinaria o un desequilibrio inadmisible no suele poderse medir con unos criterios objetivos y uniformes que sean aplicables a todos los casos.

En todo caso, parece razonable el posicionamiento cauteloso que siempre ha seguido la jurisprudencia cuando ha interpretado esta institución[130]. Efectivamente, la posible repercusión jurídica, económica y social que puede suponer una fácil desvinculación de los contratos por una dificultad sobrevenida en su ejecución parece que así lo aconseja[131].

También parece acertado el criterio expuesto de los tribunales de que la crisis económica por sí sola[132], o el cambio de las circunstancias del mercado, no deben constituir justificación suficiente para su aplicación[133]. Lo cual no obsta a que la nueva tendencia jurisprudencial comentada por algunos autores[134], que parece sostener una postura más flexible y permisiva con esta figura, pueda tener plena eficacia en disputas sobre contratos bancarios o de inversión por la cierta analogía que puede haber entre las distintas controversias. Así puede constatarse que[135]:

- El destino del dinero del actor en el contrato bancario puede ser relevante en función de que sea una inversión especulativa o sea un contrato que tenga una finalidad distinta, como la cobertura del riesgo de variaciones

del tipo de interés, la inflación, etc. Lo cual puede acontecer cuando un *swap* efectivamente cumple tal función.

- La asignación del riesgo. A este respecto la regulación contractual del riesgo materializado que pretende justificar la aplicación del principio *rebus sic stantibus*, especialmente cuando la cláusula es clara, parece que debería motivar la desestimación de esta alegación[136]. Aunque la distribución del riesgo también dependerá de las circunstancias del actor. Así, un perfil alto puede sugerir que el riesgo no era imprevisible para el demandante o que incluso el actor realmente no se encuentra en una situación de desequilibrio inadmisible[137].
- La comparación de la situación económica del demandante entre el momento que se concluye el contrato y el tiempo en que acontece la alteración imprevista parece que igualmente debe realizarse. En este sentido, si la situación económica del actor sigue siendo buena puede que no haya ni desequilibrio inadmisible ni equidad que justifique la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. A este respecto, siguiendo lo señalado por BUSTO LAGO[138], parece que hay que atender a la modificación de las circunstancias objetivas tomadas en consideración en el momento de celebración del contrato, siendo solo relevante el cambio de las mismas imprevisible e inimputable al actor. Por consiguiente, podrían resultar irrelevantes los cambios de la situación económica del demandante que no reúnan tales condiciones, como una pérdida de empleo cuando al momento de contratar el producto se estaba en la misma situación o el contrato laboral era temporal o estaba sometido a las necesidades productivas del empleador. De la misma manera, parece que no concurrirían los requisitos mencionados por un excesivo endeudamiento del actor cuando este ya estaba ampliamente endeudado cuando contrató el producto. En este sentido, debido al principio de autorresponsabilidad e incluso de lógica, parece que puede seguirse el criterio de GARCÍA ABURUZA de que «nadie mejor que uno mismo conoce cuál es su capacidad económica para afrontar una operación así»[139].
- El grado real de imposibilidad de solucionar el desequilibrio mediante otros mecanismos, así como las causas concretas añadidas a la crisis que deban de motivar la aplicación de la comentada institución, parece que también deberían ser objeto de estudio.
- Las posibilidades reales del demandante de negociar las condiciones contractuales, así como los compromisos asumidos por la entidad financiera al respecto. Algunos autores llegan incluso a postular que una negativa injustificada a negociar la modificación del contrato podría suponer una vulneración del principio de buena fe[140]. En este sentido, si por parte de la entidad financiera se aseguró, como a veces se alega en los litigios, que en el caso de que se produjeran pérdidas por el producto ya se buscaría una solución para evitarlas, parece que podría haber más posibilidades para la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* según el criterio expuesto.
- La duración del contrato, puesto que con un mayor tiempo de vigencia parece más difícil de predecir el posible cambio en las circunstancias del contrato[141].

Por lo tanto, parece que en el ámbito de la contratación bancaria, cuando concurren excepcionalmente los requisitos que tradicionalmente ha señalado la jurisprudencia (alteración extraordinaria de las circunstancias, desproporción desorbitante en las prestaciones y que todo acontezca por circunstancias sobrevenidas y radicalmente imprevisibles[142]), y junto con la crisis económica concurren

otras circunstancias que aconsejen la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* (como que el contrato no sea de inversión o unas desfavorables circunstancias concretas del actor después de la contratación), parece no debe haber obstáculo para que proceda su admisión. Ahora bien, como se ha mencionado anteriormente, habría asimismo que tener en cuenta la verdadera imprevisibilidad de la alteración y que la misma no esté prevista en el contrato[143]. Lo cual según la jurisprudencia estudiada no suele acontecer en el caso de los *swaps*[144].

V. CONCLUSIONES

En consonancia con lo expuesto a lo largo de este trabajo, no se puede alcanzar una respuesta categórica y unitaria respecto a la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* en los litigios sobre contratos bancarios. Sin embargo, a la luz de la jurisprudencia y la doctrina analizadas, sí se pueden alcanzar algunas conclusiones que ofrecen unos determinados criterios para resolver la cuestión planteada. En concreto tales conclusiones son:

I. La cláusula *rebus sic stantibus* es un principio de creación jurisprudencial aplicable a contratos de tracto sucesivo o de tracto único, pero con una ejecución con un cierto distanciamiento temporal en relación con la celebración del contrato. Esta figura permite modificar la regulación contractual o incluso resolver el negocio jurídico. Aunque para ello han de concurrir conjuntamente una alteración radical de las circunstancias existentes en el momento de la contratación por causas sobrevenidas e imprevisibles para las partes, que han motivado que se haya destruido el equilibrio en las prestaciones recíprocas del contrato. La estimación de esta pretensión por los tribunales suele ser cautelosa y excepcional.

II. La institución *rebus sic stantibus* generalmente no podrá aplicarse en supuestos en los que la alteración sobrevenida venga originada por un riesgo inherente al contrato o tal modificación esté regulada dentro del mismo. Por ello, parece que esta pretensión tiene escasa viabilidad en las disputas sobre *swaps,* en las que habitualmente el riesgo de las liquidaciones negativas elevadas que sufra un cliente es inherente a la configuración del contrato, y además la posible alteración del elemento de referencia de la permuta financiera en la financiación a tipo de interés variable constituye usualmente el motivo de la suscripción del referido contrato.

III. La crisis generalizada o de un sector particular, con las consecuentes oscilaciones en los precios del concreto mercado, no permiten aplicar el principio *rebus sic stantibus*. Por consiguiente, parece que la reducción del precio de cotización de un producto de inversión en un mercado secundario, o la caída drástica del elemento de referencia de un *swap,* no tienen la entidad por sí solos para justificar la aplicación de la figura de la *rebus*.

IV. Las dificultades económicas o personales del deudor no suelen considerarse como causa suficiente para estimar una pretensión relativa a la cláusula *rebus sic stantibus*. Consecuentemente, es necesaria alguna circunstancia sobrevenida adicional para que la institución estudiada pueda ser aplicada.

V. Hay una cierta tendencia jurisprudencial a flexibilizar los requisitos de la figura *rebus sic stantibus*. Según esta corriente la concurrencia de una serie de aspectos acreditados, como el carácter no inversor o especulativo del contrato, la condición del demandante de no profesional del sector o un cambio sustancial en la situación económica del actor por motivos ajenos e imprevisibles, pueden determinar que se aplique la mencionada doctrina.

VI. La viabilidad de la alegación sobre la regla *rebus* depende en gran medida de la correcta configuración del suplico de la demanda debido al principio de justicia rogada que rige en la jurisdicción civil.

VII. Existen una serie de doctrinas similares que también pueden resultar aplicables a este tipo de supuestos, como la de la frustración del fin del contrato, la desaparición de la base del negocio y la de la condición tácita.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AGÜERA, S. y MARTÍN, A., La cláusula «rebus sic stantibus» y otras fórmulas alternativas utilizadas en la jurisprudencia. Especial referencia a los recientes pronunciamientos judiciales, *Aranzadi digital,* núm. 1/2014 (BIB 2014\938).

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008). *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones,* Edisofer, Madrid.

ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., Crisis económica y cláusula *Rebus Sic Stantibus:* ¿cambio de vía en la Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo? Comentario de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 1819)», *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 3/2013 (BIB 2013, 1056).

AZPEITIA GAMAZO, F. (2013). Crisis económica y cláusula "rebus sic stantibus" (pago del precio aplazado de una planta de energía fotovoltaica tras el cambio de tarifas). *2014, Práctica contenciosa para abogados,* La Ley, Madrid, pp. 859-874.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y otros (2013). *Tratado de contratos,* T. I, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

BUSTO LAGO, J. M., Comentario a la Sentencia del 8 de noviembre de 2012. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del término esencial de la obligación de entrega. La licencia de primera ocupación integra la obligación de entrega. Inaplicación de la regla rebus sic stantibus, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 94/2014 (BIB 2014, 307).

— «Comentario a la Sentencia de 17 de enero de 2013. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en las dificultades de obtención de financiación del precio. Inexistencia de imposibilidad sobrevenida e inaplicación de la regla rebus sic stantibus, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 94/2014 (BIB 2014, 309).

CARRASCO PERERA, Á. (2010). *Derecho de Contratos,* Aranzadi, Cizur Menor.

CASTIÑEIRA JEREZ, J., Pacta Sunt Servanda, imprevisión contractual y alteración sobrevenida de circunstancias, *Revista de Derecho Patrimonial,* núm. 29/2012 (BIB 2012, 2945).

DE CASTRO Y BRAVO, F. (1967). *El negocio jurídico,* INEJ, Madrid.

DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J. (2012). *Curso de Derecho Procesal Civil I,* Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid.

DE LOS SANTOS, C. y MARTÍN GÓMEZ, E., Rebus sic stantibus: una figura antigua de plena actualidad, *Actualidad Jurídica Aranzadi,* núm. 872/2013 (BIB 2013, 2338).

GARCÍA ABURUZA, M.ª P., Ejecución hipotecaria y dación en pago y cláusula «Rebus Sic Stantibus», *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 6/2012 (BIB 2012, 2852).

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación bancaria,* V. 7.º, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

JIMÉNEZ GARCÍA, D. y FRANCO PUJOL, Ó. (2013). La cláusula "rebus sic stantibus" como mecanismo para solicitar un ajuste de la renta de un contrato de arrendamiento hotelero. *Práctica contenciosa para abogados,* La Ley, Madrid, pp. 101-115.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010). *Contratos. Principios de Derecho Civil,* T. III, 13.ª ed., Marcial-Pons, Madrid-Barcelona.

MARÍN NARROS, H. D. (2013). Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los *swaps, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 737, pp. 1477-1531.

MENDIETA GRANDE, R. y SERNA CABRERA, S. (2013). Impacto de un cambio normativo sobre un contrato de transporte por ferrocarril. Las cláusulas resolutorias por alteración esencial de las circunstancias. *Práctica contenciosa para abogados,* La Ley, Madrid, pp. 79-100.

MONTEJO, R. y MARÍN, I. (2014). Aplicación por los juzgados de instancia de la doctrina de la "rebus sic stantibus" en supuestos de crisis económica, 2014 *Práctica contenciosa para abogados,* La Ley, Madrid, pp. 761-779.

NICOLÁS FRANCO, A., El principio «rebus sic stantibus» y la negociación colectiva. Sentencia comentada: TSJ de Extremadura, de 21 de mayo de 2002 (AS 2002, 2395), *Revista Doctrinal Aranzadi Social,* núm. 5114/2002 (BIB 2002, 1977).

ORDUÑA MORENO, F. J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (2013). La moderna configuración de la cláusula rebus sic stantibus, Aranzadi, Cizur Menor.

PANIZA FULLANA, A., Cambios económicos y sociales y cláusula "rebus sic stantibus". (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2012), *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil,* núm. 8/2012 (BIB 2012, 3382).

PORTILLO CABRERA, E. y ROJAS ABASCAL, T., Sobre la nulidad por vicio en el consentimiento de los contratos de permuta financiera de tipos de interés. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2013, *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 9/2014 (BIB 2013, 2697).

PUYOL MONTERO, F. J. Y FLUITERS CASADO, R. (dirs.)(2004), *Contratos bancarios,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

ROBLES GARZÓN, J. A. y otros (2010), *Conceptos básicos de Derecho procesal civil,* 2.ª ed., Tecnos, Madrid.

TORRES VARGAS, L., CARRASCO GARCÍA, F. Á. y XIOL RÍOS, J. A., Compraventa de vivienda. Regla o cláusula "rebus sic stantibus" [permaneciendo así las cosas]. Crisis económica, imposibilidad de financiación y cláusula "rebus sic stantibus" [Crónicas TS (Sala 1.ª) año 2012-2013], *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo,* enero de 2013 (BIB 2014\380).

VEGA VEGA, J. A. (2002), *El Contrato de Permuta Financiera* (Swap), Aranzadi, Cizur Menor.

ZUNZUNEGUI, F. (2001), *Lecciones de Derecho Bancario y Bursátil,* Colex, Madrid.

VII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Resoluciones del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil

- STS de 14 de diciembre de 1940 *(RJ* 1940, 1135)
- STS de 17 de mayo de 1941 *(RJ* 1941, 632)
- STS de 11 de junio de 1951 *(RJ* 1951, 1649)
- STS de 6 de junio de 1959 *(RJ* 1959, 3026)
- STS de 16 de noviembre de 1979 *(RJ* 1979, 3850)
- STS de 23 de marzo de 1988 *(RJ* 1988, 2228)
- STS de 25 de mayo de 1990 *(RJ* 1990, 4082)
- STS de 6 de noviembre de 1992 *(RJ* 1992, 9226)
- STS de 26 de julio de 1993 *(RJ* 1993, 6318)
- STS de 4 de febrero de 1994 *(RJ* 1994, 910)
- STS de 20 de abril de 1994 *(RJ* 1994, 3216)
- STS de 19 de mayo de 1996 *(RJ* 1996, 5102)
- STS de 29 de mayo de 1996 *(RJ* 1996, 3862)
- STS de 17 de noviembre de 2000 *(RJ* 2000, 9343)
- STS de 20 de febrero de 2001 *(RJ* 2001, 1490)
- STS de 28 de diciembre de 2001 *(RJ* 2002, 1650)
- STS de 27 de mayo de 2002 *(RJ* 2002, 4573)
- STS de 3 de julio de 2002 *(RJ* 2002, 5837)
- STS de 22 de abril de 2004 *(RJ* 2004, 2673)
- STS de 25 de enero de 2007 *(RJ* 2007, 592)
- STS de 1 de marzo de 2007 *(RJ* 2007, 1618)
- STS de 21 de mayo de 2009 *(RJ* 2009, 3187)
- STS de 9 de marzo de 2010 *(RJ* 2010, 3783)
- STS de 21 de julio de 2010 *(RJ* 2010, 3897)
- STS de 23 de abril de 2012 *(RJ* 2012, 5913)
- STS de 27 de abril de 2012 *(RJ* 2012, 4714)
- STS de 8 de octubre de 2012 *(RJ* 2012, 9027)
- STS de 8 de noviembre de 2012 *(RJ* 2013, 2402)
- STS de 21 de noviembre de 2012 *(RJ* 2012, 11052)
- STS de 17 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 1819)
- STS de 18 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 1604)
- STS de 13 de febrero de 2013 *(RJ* 2013, 2012)
- STS de 26 de abril de 2013 *(RJ* 2013, 3268)
- STS de 29 de octubre de 2013 *(RJ* 2013, 8053)
- STS de 6 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 3526)

Resoluciones de Audiencias Provinciales

- SAP de las Islas Baleares, Sec. 5.ª, de 20 de junio de 2011 *(JUR* 2011, 278854)
- SAP de Asturias, Sec. 7.ª, de 15 de marzo de 2012 *(JUR*, 2012, 138529)
- SAP de Valencia, Sec. 8.ª, de 29 de junio de 2012 *(JUR*, 2012, 308592)
- SAP de Madrid, Sec. 11.ª, de 10 de diciembre de 2012 *(AC* 2013, 157)
- SAP de las Islas Baleares, Sec. 4.ª, de 13 de febrero de 2013 *(JUR* 2013, 127117)

- SAP de Guipúzcoa, Sec. 3.ª, de 22 de febrero de 2013 *(JUR* 2014, 158127)
- SAP de Madrid, Sec. 8.ª, de 22 de abril de 2013 *(JUR* 2013, 191667)
- SAP de Navarra, Sec. 2.ª, de 22 de noviembre de 2013 *(JUR* 2014, 36449)
- SAP de Barcelona, Sec. 4.ª, de 11 de diciembre de 2013 *(JUR* 2014, 147876)

NOTAS

[1] Vid. con esta denominación JIMÉNEZ GARCÍA, D. y FRANCO PUJOL, Ó. (2013), La cláusula *rebus sic stantibus* como mecanismo para solicitar un ajuste de la renta de un contrato de arrendamiento hotelero, *Práctica contenciosa para abogados*, La Ley, Madrid, p. 110, SSTS de 9 de marzo de 2010, de 13 de febrero de 2013 y de 29 de octubre de 2013. Esta expresión latina podría traducirse como estando así las cosas.

[2] Vid. con tal tratamiento STS de 18 de enero de 2013, MONTEJO, R. y MARÍN, I. (2014), Aplicación por los juzgados de instancia de la doctrina de la *rebus sic stantibus* en supuestos de crisis económica. *Práctica contenciosa para abogados*, La Ley, Madrid, p. 777, TORRES VARGAS, L., CARRASCO GARCÍA, F. Á. y XIOL RÍOS, J. A., Compraventa de vivienda. Regla o cláusula "rebus sic stantibus" [permaneciendo así las cosas]. Crisis económica, imposibilidad de financiación y cláusula "rebus sic stantibus" [Crónicas TS (Sala 1.ª) año 2012-2013], *Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, enero de 2013, p. 1, ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., Crisis económica y cláusula *Rebus Sic Stantibus*: ¿cambio de vía en la Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo? Comentario de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 1819), *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2013, p. 1.

[3] Vid. aludiendo a esta institución DE LOS SANTOS, C. y MARTÍN GÓMEZ, E., *Rebus sic stantibus*: una figura antigua de plena actualidad, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 872/2013, p. 1.

[4] Vid. utilizando ese término en relación con la jurisdicción social NICOLÁS FRANCO, A., El principio "rebus sic stantibus" y la negociación colectiva. Sentencia comentada: TSJ de Extremadura, de 21 de mayo de 2002 *(AS* 2002, 2395), *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5114/2002, p. 1.

[5] Cfr. STS de 30 de junio de 2014.

[6] Concretamente en los artículos 1467 y 1468 del Código Civil italiano.

[7] Particularmente en el precepto 437 del Código Civil portugués.

[8] En concreto en la Ley 493.

[9] Cfr. artículo 6.2.2.

[10] Conocidos por sus siglas en inglés PECL, en su precepto 6.111.

[11] Así tanto la jurisprudencia como las SSTS de 17 de enero de 2013 y de 30 de junio de 2014, o la doctrina (cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, D. y FRANCO PUJOL, Ó., *op. cit.*, pp. 110 y 111, BUSTO LAGO, J. M., Comentario a la Sentencia de 17 de enero de 2013. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en las dificultades de obtención de financiación del precio. Inexistencia de imposibilidad sobrevenida e inaplicación de la regla «rebus sic stantibus», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 94/2014, pp. 12-14, DE LOS SANTOS, C. y MARTÍN GÓMEZ, E., *op. cit.*, p. 3), se hacen eco de estas referencias de Derecho comparado (incluyendo el § 313.1 del BGB), de los proyectos uniformadores internacionales y de la propuesta de modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación del año 2008.

[12] Cfr. SSTS de 22 de abril de 2004, de 25 de enero de 2007 y de 18 de enero de 2013, entre otras. De igual manera, cfr. DE LOS SANTOS, C. y MARTÍN GÓMEZ, E., *op. cit.*, p. 1, AGÜERA, S. y MARTÍN, A., La cláusula "rebus sic stantibus" y otras fórmulas alternativas utilizadas en la jurisprudencia. Especial referencia a los recientes pronunciamientos judiciales, *Aranzadi digital*, núm. 1/2014, p. 1, JIMÉNEZ GARCÍA, D. y FRANCO PUJOL, Ó., *op. cit.*, p. 110.

[13] Cfr. SSTS de 11 de junio de 1951, de 16 de noviembre de 1979, de 23 de marzo de 1988, de 6 de noviembre de 1992 y de 26 de julio de 1993.

[14] Cfr. SSTS de 27 de abril de 2012, de 8 de noviembre de 2012, de 17 de enero de 2013, BUSTO LAGO, J. M., Comentario a la Sentencia del 8 de noviembre de 2012. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del término esencial de la obligación de entrega. La licencia de primera ocupación integra la obligación de entrega. Inaplicación de la regla «rebus sic stantibus», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 94/2014 y DE LOS SANTOS, C. y MARTÍN GÓMEZ, E., *op. cit.*, PANIZA FULLANA, A., Cambios económicos y sociales y cláusula "rebus sic stantibus". (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2012), *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2012, TORRES VARGAS, L., CARRASCO GARCÍA, F. Á. y XIOL RÍOS, J. A., *op. cit.*, ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., *op. cit.*

[15] Cfr. GARCÍA ABURUZA, M.ª P., Ejecución hipotecaria y dación en pago y cláusula «Rebus Sic Stantibus», *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 6/2012.

[16] Cfr. MARÍN NARROS, H. D. (2013), Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los *swaps, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 1.518 y sigs., MONTEJO, R. y MARÍN, I., *op. cit.*, p. 777, PORTILLO CABRERA, E. y ROJAS ABASCAL, T., Sobre la nulidad por vicio en el consentimiento de los contratos de permuta financiera de tipos de interés. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2013, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2014, 1 y sigs.

[17] Cfr. ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., *op. cit.*, DE LOS SANTOS, C. y MARTÍN GÓMEZ, E., *op. cit.*, p. 2, AGÜERA, S. y MARTÍN, A., *op. cit.*, pp. 7 y sigs., GARCÍA ABURUZA, M.ª P., *op. cit.*, p. 1.

[18] Cfr. DE LOS SANTOS, C. y MARTÍN GÓMEZ, E., *op. cit.*, p. 2.

[19] Cfr. DE LOS SANTOS, C. y MARTÍN GÓMEZ, E., *op. cit.*, p. 2.

[20] Cfr. AGÜERA, S. y MARTÍN, A., *op. cit.*, p. 7, GARCÍA ABURUZA, M.ª P., *op. cit.*, pp. 1 y sigs., DE LOS SANTOS, C. y MARTÍN GÓMEZ, E., *op. cit.*, p. 2, MONTEJO, R. y MARÍN, I., *op. cit.*, pp. 777 y 778.

[21] Cfr. STS de 25 de enero de 2007, BUSTO LAGO, J. M., Comentario a la Sentencia de 17 de enero de 2013. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en las dificultades de obtención de financiación del precio. Inexistencia de imposibilidad sobrevenida e inaplicación de la regla «rebus sic stantibus», *op. cit.*, p. 8, ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., *op. cit.*, p. 3, DE LOS SANTOS, C. y MARTÍN GÓMEZ, E., *op. cit.*, p. 1, GARCÍA ABURUZA, M.ª P., *op. cit.*, p. 4, PANIZA FULLANA, A., *op. cit.*, p. 6, CASTIÑEIRA JEREZ, J., «Pacta Sunt Servanda», imprevisión contractual y alteración sobrevenida de circunstancias, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 29/2012, p. 7, JIMÉNEZ GARCÍA, D. y FRANCO PUJOL, Ó., *op. cit.*, p. 111.

[22] Cfr. BUSTO LAGO, J. M., Comentario a la Sentencia de 17 de enero de 2013. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en las dificultades de obtención de financiación del precio. Inexistencia de imposibilidad sobrevenida e inaplicación de la regla «rebus sic stantibus», *op. cit.*, p. 14, ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., *op. cit.*, p. 4, CASTIÑEIRA JEREZ, J., *op. cit.*, p. 3, JIMÉNEZ GARCÍA, D. y FRANCO PUJOL, Ó., *op. cit.*, p. 111, AZPEITIA GAMAZO, F. (2013), Crisis económica y cláusula *rebus sic stantibus* (pago del precio aplazado de una planta de energía fotovoltaica tras el cambio de tarifas), *Práctica contenciosa para abogados*, La Ley, Madrid, pp. 870 y 871.

[23] Cfr. SSTS de 17 de enero de 2013 y de 30 de junio de 2014.

[24] En concreto el citado artículo señala: «Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisiblemente durante su ejecución de manera que esta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquel pedir su resolución.

La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que

restaure la reciprocidad de intereses del contrato». Propuesta consultada en la web http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197982545/Estructura_P/1288781213995/Detalle.html el 29 de julio de 2014 a las 21:10.

[25] Cfr. CASTIÑEIRA JEREZ, J., *op. cit.*, p. 8, ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., *op. cit.*, p. 3, SSTS de 14 de diciembre de 1940 y de 17 de mayo de 1941, JIMÉNEZ GARCÍA, D. y FRANCO PUJOL, Ó., *op. cit.*, pp. 110 y 111.

[26] Cfr. GARCÍA ABURUZA, M.ª P., *op. cit.*, p. 4, DE LOS SANTOS, C. y MARTÍN GÓMEZ, E., *op. cit.*, p. 2, JIMÉNEZ GARCÍA, D. y FRANCO PUJOL, Ó., *op. cit.*, p. 110.

[27] Cfr. PANIZA FULLANA, A., *op. cit.*, p. 4 y NICOLÁS FRANCO, A., *op. cit.*, p. 1. El último autor citado analizando su aplicación en el ámbito laboral por varias sentencias, llega a la conclusión que esta figura permite reclamar la alteración de un convenio colectivo durante su vigencia debido a un cambio absoluto y radical de las circunstancias existentes en el momento de su celebración.

[28] Cfr. BUSTO LAGO, J. M., Comentario a la Sentencia de 17 de enero de 2013. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en las dificultades de obtención de financiación del precio. Inexistencia de imposibilidad sobrevenida e inaplicación de la regla «rebus sic stantibus», *op. cit.*, p. 9.

[29] Que establece: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

[30] Cfr. GARCÍA ABURUZA, M.ª P., *op. cit.*, p. 4. Para más información al respecto vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y otros (2013), *Tratado de contratos*, T. I, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 112 y sigs., MENDIETA GRANDE, R. y SERNA CABRERA, S. (2013), Impacto de un cambio normativo sobre un contrato de transporte por ferrocarril. Las cláusulas resolutorias por alteración esencial de las circunstancias, *Práctica contenciosa para abogados*, La Ley, Madrid, p. 92.

[31] Cfr. MENDIETA GRANDE, R. y SERNA CABRERA, S., *op. cit.*, p. 92. Para un mayor conocimiento de esta teoría vid. DE CASTRO Y BRAVO, F. (1967), *El negocio jurídico*, I.N.E.J., Madrid, pp. 313 y sigs.

[32] Cfr. AGÜERA, S. y MARTÍN, A., *op. cit.*, p. 9.

[33] Cfr. DE LOS SANTOS, C. y MARTÍN GÓMEZ, E., *op. cit.*, p. 2, PANIZA FULLANA, A., *op. cit.*, p. 6.

[34] Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010), *Contratos. Principios de Derecho Civil*, T. III, 13.ª ed., Marcial-Pons, Madrid-Barcelona, pp. 156 y 157, GARCÍA ABURUZA, M.ª P., *op. cit.*, p. 4, DE LOS SANTOS, C. y MARTÍN GÓMEZ, E., *op. cit.*, p. 1, ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., *op. cit.*, p. 2, AGÜERA, S. y MARTÍN, A., *op. cit.*, p. 1.

[35] Cfr. SSTS de 22 de abril de 2004, de 25 de enero de 2007 y de 18 de enero de 2013.

[36] Nótese que a estos efectos subsidiariedad quiere decir que no puede pretenderse su aplicación cuando existen otros instrumentos dentro del ordenamiento jurídico que permiten solucionar el problema. Cfr. GARCÍA ABURUZA, M.ª P., *op. cit.*, p. 5, AGÜERA, S. y MARTÍN, A., *op. cit.*, p. 2, MARÍN NARROS, H. D., *op. cit.*, p. 1.518.

[37] Tradicionalmente se ha entendido que esta doctrina únicamente era aplicable a los contratos de tracto sucesivo (DE LOS SANTOS, C. y MARTÍN GÓMEZ, E., *op. cit.*, p. 1, ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., *op. cit.*, p. 2), pero tanto los autores como la jurisprudencia han terminado aceptando su aplicación en contratos de tracto único que se ejecutan con una cierta dilación en el tiempo. Cfr. GARCÍA ABURUZA, M.ª P., *op. cit.*, p. 4, BUSTO LAGO, J. M., Comentario a la Sentencia de 17 de enero de 2013. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en las dificultades de obtención de financiación del precio. Inexistencia de imposibilidad sobrevenida e inaplicación de la regla «rebus sic stantibus», *op. cit.*, p. 9. Aunque hay que resaltar que en los supuestos de contratos de tracto único la estimación de esta pretensión es todavía más restrictiva (cfr. STS de 20 de febrero de 2011, ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., *op. cit.*, p. 3).

[38] Cfr. SSTS de 17 de noviembre de 2000, de 28 de diciembre de 2001 y de 27 de mayo de 2002, TORRES VARGAS, L., CARRASCO GARCÍA, F. Á. y XIOL RÍOS, J. A., *op.*

cit., p. 1., GARCÍA ABURUZA, M.ª P., *op. cit.*, p. 4, PANIZA FULLANA, A., *op. cit.*, p. 6, ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., *op. cit.*, p. 3, BUSTO LAGO, J. M., Comentario a la Sentencia de 17 de enero de 2013. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en las dificultades de obtención de financiación del precio. Inexistencia de imposibilidad sobrevenida e inaplicación de la regla «rebus sic stantibus», *op. cit.*, p. 9, CASTIÑEIRA JEREZ, J., *op. cit.*, p. 7, MONTEJO, R. y MARÍN, I., *op. cit.*, p. 775.

[39] Cfr. STS de 20 de febrero de 2001, SAP de Madrid, Sec. 8.ª, de 22 de abril de 2013, MENDIETA GRANDE, R. y SERNA CABRERA, S., *op. cit.*, p. 94, GARCÍA ABURUZA, M.ª P., *op. cit.*, p. 5. Aunque parte de la doctrina especializada que ha analizado el potencial conflicto con la vertiente negativa del principio *pacta sunt servanda* (consistente en la irrelevancia y consecuente ineficacia de los elementos o circunstancias no contempladas expresamente en el contrato o no deducibles mediante la integración o interpretación del mismo), entiende que la regla *rebus sic stantibus* no es contraria al mismo porque i) el alcance del primer principio comentado no es ilimitado y ii) porque existen parcelas y circunstancias que no pueden verse afectadas por el sentido negativo del *pacta sunt servanda*. CASTIÑEIRA JEREZ, J., *op. cit.*, p. 5.

[40] Cfr. SSTS de 25 de enero de 2007, de 1 de marzo de 2007, de 21 de mayo de 2009, PANIZA FULLANA, A., *op. cit.*, p. 6, CASTIÑEIRA JEREZ, J., *op. cit.*, p. 7.

[41] Cfr. GARCÍA ABURUZA, M.ª P., *op. cit.*, pp. 3 y sigs. y CASTIÑEIRA JEREZ, J., *op. cit.*, pp. 3 y sigs. El último autor citado, tras señalar el reconocimiento expreso que tiene este principio en los artículos 1255, 1256, 1258 y 1091 del Código Civil (entre otros), comenta que mediante los contratos se delimitan, se asumen y se excluyen los riesgos, siendo las partes responsables tanto de los riesgos contemplados en el contrato como de los que con una diligencia ordinaria deberían haber previsto conforme al principio de autorresponsabilidad y confianza en el tráfico jurídico (STS de 3 de julio de 2002). Así, según el referido autor, esta es una cuestión fundamentalmente ligada a la distribución de riesgos, siendo este tema relevante cuando el riesgo únicamente afecta a una de las partes o tiene una mayor repercusión en una que en otra. Por ello CASTIÑEIRA JEREZ entiende que el análisis de esta problemática debe de partir de la determinación de a qué parte del contrato y a qué obligación afecta la alteración, así como de la identificación de cuáles son las consecuencias legales que se atribuyen al acontecimiento en cuestión.

[42] Cfr. CASTIÑEIRA JEREZ, J., *op. cit.*, p. 7, que lo acaba resumiendo en la concepción estricta del *pacta sunt servanda* que maneja el Alto Tribunal.

[43] Cfr. AGÜERA, S. y MARTÍN, A., *op. cit.*, p. 3, ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., *op. cit.*, pp. 5 y sigs.

[44] Cfr. AGÜERA, S. y MARTÍN, A., *op. cit.*, p. 3.

[45] Cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, D. y FRANCO PUJOL, Ó., *op. cit.*, pp. 110-115, CASTIÑEIRA JEREZ, J., *op. cit.*, p. 8. Este último autor siguiendo a parte de la doctrina también indica algunas posibles razones para la falta de evolución de la mencionada figura: el hecho de que se alegara recurrentemente sin viabilidad y su origen vinculado a la posguerra española. Otro sector doctrinal parece mostrarse reacio a adaptar la mencionada institución debido a los cambios sociales, económicos o de mercado, por estimar que supondría un «exceso hermenéutico». Cfr. GARCÍA ABURUZA, M.ª P., *op. cit.*, p. 5. No obstante, lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil respecto a la interpretación de las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas parece avalar la primera posición.

[46] Cfr. DE LOS SANTOS, C. y MARTÍN GÓMEZ, E., *op. cit.*, p. 1.

[47] Cfr. GARCÍA ABURUZA, M.ª P., *op. cit.*, p. 4.

[48] Cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, D. y FRANCO PUJOL, Ó., *op. cit.*, p. 110, aludiendo a su revisión doctrinal por los autores alemanes tras la Primera Guerra Mundial y por los tribunales españoles tras la Guerra Civil española.

[49] Cfr. AGÜERA, S. y MARTÍN, A., *op. cit.*, p. 2, JIMÉNEZ GARCÍA, D. y FRANCO PUJOL, Ó., *op. cit.*, p. 110, ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008), *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Edisofer, Madrid, pp. 464 y sigs., LASARTE ÁLVAREZ, C., *op. cit.*, pp. 158 y 159, PANIZA FULLANA, A., *op. cit.*, p. 6, CASTIÑEIRA JEREZ, J., *op. cit.*, p. 9, MARÍN NARROS, H. D., *op. cit.*, pp. 1.518 y 1.519, GARCÍA ABURUZA, M.ª P., *op. cit.*, pp. 4 y 5,

MONTEJO, R. y MARÍN, I., *op. cit.*, p. 775, MENDIETA GRANDE, R. y SERNA CABRERA, S., *op. cit.*, pp. 94 y 95, entre otros.

[50] Cfr. SSTS de 19 de mayo de 1996, de 29 de mayo de 1996 y de 25 de enero de 2007.

[51] Cfr. AZPEITIA GAMAZO, F., *op. cit.*, pp. 868 y 869, MENDIETA GRANDE, R. y SERNA CABRERA, S., *op. cit.*, p. 87 comentado diversos laudos.

[52] Vid. *ut supra* apartado II.1., MENDIETA GRANDE, R. y SERNA CABRERA, S., *op. cit.*, p. 95 y STS de 6 de junio de 1959.

[53] Para un mayor estudio de este elemento vid. CASTIÑEIRA JEREZ, J., *op. cit.*, pp. 9 y sigs.

[54] Para una mayor profundización en el tema vid. CASTIÑEIRA JEREZ, J., *op. cit.*, pp. 15 y sigs.

[55] Para una explicación más detallada de este requisito vid. CASTIÑEIRA JEREZ, J., *op. cit.*, pp. 20 y sigs.

[56] Cfr. MONTEJO, R. y MARÍN, I., *op. cit.*, p. 777, comentando una sentencia de primera instancia en relación con un contrato de compraventa de acciones a término en el que tanto el vendedor como el comprador participaban en la entidad cuyas acciones iban a ser vendidas.

[57] Cfr. SSTS de 19 de mayo de 1996, de 29 de mayo de 1996, de 17 de noviembre de 2000, de 1 de marzo de 2007, de 27 de abril de 2012, AGÜERA, S. y MARTÍN, A., *op. cit.*, p. 2, GARCÍA ABURUZA, M.ª P., *op. cit.*, p. 4, ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., *op. cit.*, pp. 9 y 10, MONTEJO, R. y MARÍN, I., *op. cit.*, p. 776.

[58] Que establece: «Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales». Para mayor información sobre estos principios, vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J. (2012), *Curso de Derecho Procesal Civil I*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, pp. 204 y sigs., ROBLES GARZÓN, J. A. y otros (2010), *Conceptos básicos de Derecho procesal civil*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid, pp. 139 y sigs.

[59] Cfr. ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., *op. cit.*, p. 10.

[60] Cfr. MENDIETA GRANDE, R. y SERNA CABRERA, S., *op. cit.*, p. 95, JIMÉNEZ GARCÍA, D. y FRANCO PUJOL, Ó., *op. cit.*, p. 110, BUSTO LAGO, J. M., Comentario a la Sentencia del 8 de noviembre de 2012. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del término esencial de la obligación de entrega. La licencia de primera ocupación integra la obligación de entrega. Inaplicación de la regla «rebus sic stantibus», *op. cit.*, p. 12; Comentario a la Sentencia de 17 de enero de 2013. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en las dificultades de obtención de financiación del precio. Inexistencia de imposibilidad sobrevenida e inaplicación de la regla «rebus sic stantibus», *op. cit.*, p. 9.

[61] Cfr. SSTS de 17 de enero de 2013 y de 26 de abril de 2013.

[62] Cfr. ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., *op. cit.*, p. 5.

[63] Cfr. AGÜERA, S. y MARTÍN, A., *op. cit.*, p. 4.

[64] Cfr. BUSTO LAGO, J. M., Comentario a la Sentencia de 17 de enero de 2013. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en las dificultades de obtención de financiación del precio. Inexistencia de imposibilidad sobrevenida e inaplicación de la regla «rebus sic stantibus», *op. cit.,* pp. 4 y sigs., AGÜERA, S. y MARTÍN, A., *op. cit.*, pp. 4 y sigs.

[65] Cfr. GARCÍA ABURUZA, M.ª P., *op. cit.*, p. 4. Ilustrativamente, la STS de 30 de junio de 2014 a la hora de diferenciar la resolución de la cláusula *rebus sic stantibus* señala en su Fundamento de Derecho Segundo, apartado 6, que «el contraste se realiza, no desde la causa del negocio propiamente dicha, sino desde la base del negocio y del riesgo normal derivado del contrato, como expresión de la conmutatividad o razón económica del equilibrio contractual del mismo, y la relevancia que para el mantenimiento de dicho equilibrio o razón económica presenta la mutación o alteración de las circunstancias inicialmente previstas».

[66] Cfr. AGÜERA, S. y MARTÍN, A., *op. cit.*, p. 5.

[67] Cfr. AGÜERA, S. y MARTÍN, A., *op. cit.*, p. 6.

[68] Cfr. STS de 10 de febrero de 1997.

[69] Cfr. GARCÍA ABURUZA, M.ª P., *op. cit.*, p. 4, DE LOS SANTOS, C. y MARTÍN GÓMEZ, E., *op. cit.*, p. 2.

[70] Cfr. STS de 6 de junio de 1959, MARÍN NARROS, H. D., *op. cit.*, p. 1.520, ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., *op. cit.*, p. 4.

[71] Cfr. PANIZA FULLANA, A., *op. cit.*

[72] Cfr. BUSTO LAGO, J. M., Comentario a la Sentencia del 8 de noviembre de 2012. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del término esencial de la obligación de entrega. La licencia de primera ocupación integra la obligación de entrega. Inaplicación de la regla «rebus sic stantibus», *op. cit.*, AGÜERA, S. y MARTÍN, A., *op. cit.*

[73] Cfr. TORRES VARGAS, L., CARRASCO GARCÍA, F. Á. y XIOL RÍOS, J. A., *op. cit.*, ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., *op. cit.*, AGÜERA, S. y MARTÍN, A., *op. cit.*, DE LOS SANTOS, C. y MARTÍN GÓMEZ, E., *op. cit.*, BUSTO LAGO, J. M., «Comentario a la Sentencia de 17 de enero de 2013. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en las dificultades de obtención de financiación del precio. Inexistencia de imposibilidad sobrevenida e inaplicación de la regla «rebus sic stantibus», *op. cit.*

[74] Cfr. ORDUÑA MORENO, F. J. y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (2013), *La moderna configuración de la cláusula "rebus sic stantibus"*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 254, 305 y sigs., ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., *op. cit.*, pp. 7 y sigs., AGÜERA, S. y MARTÍN, A., *op. cit.*, pp. 7 y sigs.

[75] Cfr. STS de 30 de junio de 2014, Fundamento de Derecho Segundo, apartado 5.

[76] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, apartado 5 de la citada sentencia.

[77] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, apartado 5 de la referida resolución.

[78] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, apartado 7 de la comentada sentencia.

[79] Cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, D. y FRANCO PUJOL, Ó., *op. cit.*, p. 113.

[80] Cfr. SSTS de 17 de noviembre de 2000 y de 25 de enero de 2007, SAP de Valencia, Sec. 8.ª, de 29 de junio de 2012, MENDIETA GRANDE, R. y SERNA CABRERA, S., *op. cit.*, p. 94, TORRES VARGAS, L., CARRASCO GARCÍA, F. Á. y XIOL RÍOS, J. A., *op. cit.*, p. 1, AGÜERA, S. y MARTÍN, A., *op. cit.*, p. 3, ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., *op. cit.*, p. 8, MONTEJO, R. y MARÍN, I., *op. cit.*, pp. 775 y 776, AZPEITIA GAMAZO, F., *op. cit.*, pp. 873 y 874.

[81] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, apartado 7 de la STS de 30 de junio de 2014.

[82] Cfr. SSTS de 4 de febrero de 1994 y de 29 de mayo de 1996.

[83] Cfr. SSTS de 27 de abril de 2012, de 8 de noviembre de 2012, de 17 de enero de 2013, CARRASCO PERERA, Á. (2010), *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 1019 y 1020, ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., *op. cit.*, MONTEJO, R. y MARÍN, I., *op. cit.*, pp. 776 a 778, AGÜERA, S. y MARTÍN, A., *op. cit.*, pp. 8 y sigs., BUSTO LAGO, J. M., Comentario a la Sentencia del 8 de noviembre de 2012. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del término esencial de la obligación de entrega. La licencia de primera ocupación integra la obligación de entrega. Inaplicación de la regla «rebus sic stantibus», *op. cit.*, p. 12.

[84] Cfr. GARCÍA ABURUZA, M.ª P., *op. cit.*, p. 5, MONTEJO, R. y MARÍN, I., *op. cit.*, p. 777, haciendo una alusión particular al ámbito empresarial.

[85] Cfr. AGÜERA, S. y MARTÍN, A., *op. cit.*, pp. 7 y sigs.

[86] Ilustrativamente la citada sentencia en su Fundamento de Derecho Séptimo comenta: «la estimación, como hecho notorio, de que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido. No obstante, reconocida su relevancia como hecho impulsor del cambio o mutación del contexto económico, la aplicación de la cláusula *rebus* no se produce de forma generalizada ni de un modo automático».

[87] Así la STS de 30 de junio de 2014 alude al examen que debe realizarse de la incidencia real de la crisis en la relación contractual concreta.

[88] Cfr. DE LOS SANTOS, C. y MARTÍN GÓMEZ, E., *op. cit.*, p. 3, AGÜERA, S. y MARTÍN, A., *op. cit.*, p. 7.

[89] Cfr. ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., *op. cit.*, p. 8.

[90] Cfr. BUSTO LAGO, J. M., Comentario a la Sentencia de 17 de enero de 2013. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en las dificultades de obtención de financiación del precio. Inexistencia de imposibilidad sobrevenida e inaplicación de la regla «rebus sic stantibus», *op. cit.*, pp. 17 y 18.

[91] Cfr. BUSTO LAGO, J. M., Comentario a la Sentencia de 17 de enero de 2013. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en las dificultades de obtención de financiación del precio. Inexistencia de imposibilidad sobrevenida e inaplicación de la regla «rebus sic stantibus», *op. cit.*, p. 16.

[92] Vid. *infra* apartado IV.3.

[93] Cfr. AGÜERA, S. y MARTÍN, A., *op. cit.*, p. 8, MONTEJO, R. y MARÍN, I., *op. cit.*, p. 776, PANIZA FULLANA, A., *op. cit.*, p. 10, analizando algunos pronunciamientos de jurisprudencia menor.

[94] Cfr. STS de 23 de abril de 2012, en un caso relativo a la imposibilidad sobrevenida de explotar una mina por falta de carbón.

[95] Cfr. STS de 27 de abril de 2012 en un pleito de un arrendamiento de inmueble que preveía la actualización de la renta en el propio contrato, PANIZA FULLANA, A., *op. cit.*, pp. 7 y sigs., MONTEJO, R. y MARÍN, I., *op. cit.*, pp. 777 y 778.

[96] Vid. *infra* apartado IV, 3.

[97] Cfr. STS de 10 de febrero de 1997, PANIZA FULLANA, A., *op. cit.*, p. 9 comentando diversa jurisprudencia.

[98] Vid. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013), *Derecho Mercantil. La contratación bancaria*, V. 7.º, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (dirs.) (2004), *Contratos bancarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, ZUNZUNEGUI, F. (2001), *Lecciones de Derecho Bancario y Bursátil*, Colex, Madrid.

[99] Cfr. DE LOS SANTOS, C. y MARTÍN GÓMEZ, E., *op. cit.*, p. 4.

[100] Cfr. SSAP de Madrid, Sec. 11.ª, de 10 de diciembre de 2012, de Madrid, Sec. 8.ª, de 22 de abril de 2013, de Navarra, Sec. 2.ª, de 22 de noviembre de 2013, de Barcelona, Sec. 4.ª, de 11 de diciembre de 2013.

[101] Cfr. SSAP de las Islas Baleares, Sec. 5.ª, de 20 de junio de 2011, de Asturias, Sec. 7.ª, de 15 de marzo de 2012, de las Islas Baleares, Sec. 4.ª, de 13 de febrero de 2013 y de Guipúzcoa, Sec. 3.ª, de 22 de febrero de 2013.

[102] Cfr. MARÍN NARROS, H. D., *op. cit.*, pp. 1.518 y sigs.

[103] Cfr. PORTILLO CABRERA, E. y ROJAS ABASCAL, T., *op. cit.*, pp. 1 y sigs.

[104] Cfr. SAP de Barcelona, Sec. 4.ª, de 11 de diciembre de 2013, aunque haciendo una referencia equivocada al mes de la sentencia (es octubre en vez de mayo).

[105] Cfr. Antecedente de Hecho Primero y sigs. de la sentencia comentada y PORTILLO CABRERA, E. y ROJAS ABASCAL, T., *op. cit.*, pp. 1 y sigs.

[106] Cfr. Antecedente de Hecho Primero.

[107] Cfr. Antecedente de Hecho Segundo.

[108] Cfr. Fundamento de Derecho Primero.

[109] Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto y sigs., de la sentencia estudiada, PORTILLO CABRERA, E. y ROJAS ABASCAL, T., *op. cit.*, pp. 3 y sigs.

[110] Cfr. SSTS de 8 de noviembre de 2012 y de 17 de enero de 2013.

[111] Citando numerosas sentencias del mismo Tribunal, como la STS de 18 de enero de 2012.

[112] Cfr. Fundamento de Derecho Décimo.

[113] Cfr. PORTILLO CABRERA, E. y ROJAS ABASCAL, T., *op. cit.*, p. 6.

[114] Cfr. VEGA VEGA, J. A. (2002), *El Contrato de Permuta Financiera (Swap)*, Aranzadi, Cizur Menor, p. 45.

[115] Cfr. Fundamento de Derecho Noveno de la STS de 29 de octubre de 2013.

[116] Cfr. Fundamento de Derecho Octavo de la sentencia analizada.

[117] Cfr. Fundamento de Derecho Octavo de la resolución comentada.

[118] Cfr. STS de 8 de octubre de 2012, ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., *op. cit.*, pp. 5 y sigs.

[119] Vid. *ut supra* apartado III, SSTS de 23 de abril de 2012, de 27 de abril de 2012 y de 17 de enero de 2013, entre otras.

[120] Cfr. SSAP de Vizcaya, Sec. 5.ª, de 19 de marzo de 2012 y de Madrid, Sec. 11.ª, de 10 de diciembre de 2012. En el mismo sentido también se había pronunciado algún autor. Cfr. MARÍN NARROS, H. D., *op. cit.*, pp. 1.518 y sigs.

[121] Cfr. AGÜERA, S. y MARTÍN, A., *op. cit.*, pp. 7 y sigs., TORRES VARGAS, L., CARRASCO GARCÍA, F. Á. y XIOL RÍOS, J. A., *op. cit.,* pp. 2 y sigs., ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., *op. cit.*, pp. 5 y sigs.

[122] Así en julio de 2014 el autor no encontraba resoluciones a este respecto sobre otro tipo de productos bancarios en westlaw.

[123] Cfr. MARÍN NARROS, H. D., *op. cit.*, p. 1.520.

[124] Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto.

[125] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

[126] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

[127] Cfr. Fundamento de Derecho Noveno.

[128] Cfr. MARÍN NARROS, H. D., *op. cit.*, pp. 1519 y 1520.

[129] Vid. SAP de Barcelona, Sec. 4.ª, de 11 de diciembre de 2013, citando otras resoluciones judiciales.

[130] Cfr. SSTS de 1 de marzo de 2007 y de 21 de mayo de 2009.

[131] Cfr. CASTIÑEIRA JEREZ, J., *op. cit.*, p. 3, MONTEJO, R. y MARÍN, I., *op. cit.*, pp. 776-778, GARCÍA ABURUZA, M.ª P., *op. cit.*, pp. 3 y sigs.

[132] Cfr. SSTS de 27 de abril de 2012 y de 17 de enero de 2013, entre otras.

[133] Cfr. STS de 27 de abril de 2012, CARRASCO PERERA, Á., *op. cit.*, pp. 1.019 y 1.020, MONTEJO, R. y MARÍN, I., *op. cit.*, p. 776-778.

[134] Cfr. ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., *op. cit.*, pp. 7 y sigs., AGÜERA, S. y MARTÍN, A., *op. cit.*, pp. 7 y sigs.

[135] Cfr. STS de 17 de enero de 2013 y BUSTO LAGO, J. M., Comentario a la Sentencia de 17 de enero de 2013. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en las dificultades de obtención de financiación del precio. Inexistencia de imposibilidad sobrevenida e inaplicación de la regla «rebus sic stantibus», *op. cit.*, pp. 15 y sigs.

[136] Cfr. MONTEJO, R. y MARÍN, I., *op. cit.*, pp. 777 y 778, MENDIETA GRANDE, R. y SERNA CABRERA, S., *op. cit.*, pp. 92 y 93. Como indican los últimos autores citados, no conviene olvidar que la falta de claridad de la cláusula sobre la asignación del riesgo debe perjudicar al predisponente en virtud del principio *contra preferentem vel contra stipulatorem* contemplado en el artículo 1288 del Código Civil. Aunque el posicionamiento doctrinal sobre la ausencia de regulación contractual del riesgo materializado está dividido. Así algunos autores sostienen que en ese caso no debe proceder la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* porque se entiende que no se ha asumido ese riesgo (cfr. AZPEITIA GAMAZO, F., *op. cit.,* pp. 873 y 874) y otros estiman que tal falta de previsión contractual no debería *per se* suponer un obstáculo para su aplicación (cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, D. y FRANCO PUJOL, Ó., *op. cit.*, p. 110).

[137] Cfr. ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., *op. cit.*, pp. 6 y sigs., comentando diversa jurisprudencia menor, BUSTO LAGO, J. M. Comentario a la Sentencia de 17 de enero de 2013. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en las dificultades de obtención de financiación del precio. Inexistencia de imposibilidad sobrevenida e inaplicación de la regla «rebus sic stantibus», *op. cit.*, p. 16, MONTEJO, R. y MARÍN, I., *op. cit.*, p. 776, analizando la condición de empresario y la imprevisibilidad.

[138] Cfr. Comentario a la Sentencia de 17 de enero de 2013. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en las dificultades de obtención de financiación del precio. Inexistencia de imposibilidad sobrevenida e inaplicación de la regla «rebus sic stantibus», *op. cit.*, pp. 16 y 17.

[139] Cfr. *op. cit.*, p. 16.

[140] Cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, D. y FRANCO PUJOL, Ó., *op. cit.*, p. 112, siguiendo a otros autores.

[141] Cfr. MENDIETA GRANDE, R. y SERNA CABRERA, S., *op. cit.*, p. 92.

[142] Cfr. STS de 6 de junio de 1959 y ALEJANDRE GARCÍA CEREZO, F. M., LUNA YERGA, Á. y XIOL BARDAJÍ, M., *op. cit.*, p. 4, CASTIÑEIRA JEREZ, J., *op. cit.*, p. 9, entre otros.

[143] Cfr. MONTEJO, R. y MARÍN, I., *op. cit.*, pp. 776 a 779, que abogan por un análisis exhaustivo del impacto de la crisis en quien lo alega, así como las circunstancias que han motivo el desequilibrio y su imprevisibilidad.

[144] Cfr. STS de 29 de octubre de 2013 y SSAP de Madrid, Sec. 11.ª, de 10 de diciembre de 2012, de Madrid, Sec. 8.ª, de 22 de abril de 2013, de Navarra, Sec. 2.ª, de 22 de noviembre de 2013 y de Barcelona, Sec. 4.ª, de 11 de diciembre de 2013.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA

El día 27 de enero de 2015, se celebró en Sevilla, en el Decanato Territorial de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores, la MESA REDONDA SOBRE LA *MODIFICACIÓN DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO, ANÁLISIS PRÁCTICO*.

Intervienen:

— Eduardo GÓMEZ LÓPEZ, Magistrado-Juez de lo Mercantil nº 1 de Sevilla.
— Ricardo ASTORGA MORANO, Abogado. Socio de Montero-Aramburu.
— Juan Ignacio MADRID ALONSO, Registrador Mercantil de Sevilla.

Modera: Juan José JURADO JURADO, Registrador Mercantil de Sevilla.

Los días 8, 9 y 10 de abril de 2015, se celebró en Granada, en el Paraninfo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada el II CONGRESO NACIONAL *PRESENTE Y FUTURO DEL MERCADO HIPOTECARIO. La Segunda Oportunidad para Consumidores y Empresarios,* organizada por esa Facultad y la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada.

Colaboran:

— Tribunal Constitucional.
— Consejo General del Notariado.
— Consejo General de la Abogacía.
— Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.
— Real Académica de Jurisprudencia y Legislación de Granada.
— Cátedra de Derecho Notarial.

— Departamento de Derecho Civil. UGR.
— Departamento de Derecho Mercantil. UGR.

Dirección:

— D. Miguel OLMEDO CARDENETE, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.
— Dña. Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Directora de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada.

Comité de Honor:

— D. Francisco PÉREZ DE LOS COBOS, Presidente del Tribunal Constitucional.
— D. Lorenzo DEL RÍO FERNÁNDEZ, Presidente del Tribunal Superior. de Justicia de Andalucía.
— D. Juan Antonio XIOL RÍOS, Magistrado del Tribunal Constitucional, Expresidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo.
— D. Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Director General de los Registros y el Notariado. Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación.
— D. Francisco GONZÁLEZ LODEIRO, Rector Magnífico de la Universidad de Granada.
— D. Luis María LINDE DE CASTRO, Presidente del Banco de España.
— D. Gonzalo AGUILERA ANEGÓN, Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.
— D. Rodrigo BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Catedrático de Derecho Civil. UAM.
— D. Juan María DÍAZ FRAILE, Director del Centro de Estudios Registrales.
— D. Antonio PAU PEDRÓN, Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Registrador de la Propiedad de Madrid núm. 5.
— D. José Manuel GARCÍA COLLANTES, Presidente del Consejo General del Notariado, Decano del Ilustre Colegio de Notarios de Madrid.
— D. Carlos CARNICER DÍEZ, Presidente del Consejo General de la Abogacía.

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, 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.
— D. Joaquín DELGADO RAMOS, Director del Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.

8 de abril:
Inauguración del Congreso:

— D. Francisco GONZÁLEZ LODEIRO, Rector de la Universidad de Granada.
— D. Lorenzo DEL RÍO FERNÁNDEZ, Presidente del TSJ de Andalucía.
— D. Miguel OLMEDO CARDENETE, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.
— D. Gonzalo AGUILERA ANEGÓN: Decano del 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 Colegio Notarial de Andalucía.
— D. Eduardo TORRES GONZÁLEZ-BOZA, Decano del Colegio de Abogados de Granada.
— Dña. Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Directora de la Cátedra de Derecho Registral.

BLOQUE TEMÁTICO I: *Situación actual y perspectivas de futuro del mercado hipotecario:*
Ponencia de inauguración: "Cláusulas abusivas y control de transparencia: intervención de notarios y registradores".
Ponente: D. Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Director General de los Registros y el Notariado.

Presenta: D. Gonzalo AGUILERA ANEGÓN, Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España.

Panel 1. "Alternativas de futuro del Mercado Hipotecario"

D. Ángel SERRANO DE NICOLÁS, Notario de Barcelona.
D. Ángel VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Registrador de la Propiedad de Madrid núm. 22.
D. Antonio ORTI VALLEJO, Catedrático de Derecho Civil. UGR.
Modera: D. Salvador TORRES RUIZ, Vicepresidente del Consejo General del Notariado, Decano del Ilustre Colegio Notarial de Andalucía.

9 de abril:
Ponencia 2: "El procedimiento especial de ejecución hipotecaria. Últimas reformas".
Ponente: D. José Luis GONZÁLEZ MONTES, Catedrático de Derecho Procesal. UGR.
Presenta: D. Jesús RODRÍGUEZ ALCÁZAR, Decano Juez/Magistrado. Granada.

Panel 2: "La nulidad de las cláusulas abusivas. Consumidores y Empresas"

D. Antonio SEDA HERMOSÍN, Notario de Sevilla y Director de la Academia Sevillana del Notariado.
D. Joaquín DELGADO RAMOS, Director del Centro de Estudios Registrales de Andalucía Oriental del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.
D. Enrique PINAZO TOBES, Magistrado de la Audiencia Provincial de Granada.
Modera: Francisco PERTIÑEZ VILCHEZ, Profesor Titular de Derecho Civil. UGR.

BLOQUE TEMÁTICO II: *La segunda oportunidad para consumidores y empresarios:*
Ponencia 3: "La ley de segunda oportunidad en Europa".
D. Francisco LLEDÓ YAGÜEZ, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Deusto, Socio Fundador de Iurelicet.
Presenta: D. Guillermo OROZCO PARDO, Catedrático de Derecho Civil. UGR.

Panel 3: "Consumidores: crédito y segunda oportunidad"

Dña. Matilde CUENA CASAS, Profesora Titular de Derecho Civil. Catedrática Acreditada. UCM. Editora del blog ¿Hay Derecho?

D. Luis PINEDA SALIDO, Presidente de AUSBANC.
D. Jesús SÁNCHEZ GARCÍA, Abogado de Barcelona. Miembro de la Junta del Colegio de Abogados de Barcelona
Modera: D. Miguel PASQUAU LIAÑO, Magistrado de la Sala Civil y Penal del TSJ de Andalucía, Profesor Titular de Derecho Civil, Catedrático Acreditado UGR.

Panel 4: "Empresarios: crédito y segunda oportunidad"

D. José María FERNÁNDEZ SEIJO, Juez de lo Mercantil, juzgado núm. 3, Barcelona.
D. Salvador CURIEL CHAVES, Director territorial de Andalucía de BMN Caja Granada.
D. Lázaro RODRÍGUEZ ARIZA, Catedrático de economía financiera y contabilidad y Director de la Cátedra Santander de Empresa Familiar de la Universidad de Granada.
Modera: D. José Luis PÉREZ SERRABONA-GONZÁLEZ, Catedrático de Derecho Mercantil UGR.

10 de abril: *Jornada de Clausura del II Congreso:*
"La protección constitucional de los derechos sociales"
Ponente*:* D. Juan Antonio XIOL RÍOS, Magistrado del Tribunal Constitucional. Expresidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo.
Presenta: D. Lorenzo DEL RÍO FERNÁNDEZ, Presidente del TSJ de Andalucía.

Presentación obra colectiva "Desahucios y ejecuciones hipotecarias: un drama social y un problema legal" y clausura del Congreso
Co-dirección: Dña Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA y D. Miguel OLMEDO CARDENETE, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
Prólogo: D. Juan Antonio XIOL RÍOS, Magistrado del Tribunal Constitucional, Ex Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo.
D. Francisco GONZÁLEZ LODEIRO, Rector Magnífico de la Universidad de Granada.
D. Lorenzo DEL RÍO FERNÁNDEZ, Presidente del TSJ de Andalucía.
D. Juan Antonio XIOL RÍOS, Magistrado del Tribunal Constitucional, Expresidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo.
D. Miguel OLMEDO CARDENETE, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (co-director obra).
D. José Manuel GARCÍA COLLANTES, Presidente del Consejo General del Notariado, Decano del Ilustre Colegio de Notarios de Madrid.
D. Juan María DÍAZ FRAILE, Director del Centro de Estudios Registrales.
D. Luis María LINDE DE CASTRO, Presidente del Banco de España.

Discurso de Clausura:
Ponente: D. Luis María LINDE DE CASTRO, Presidente del Banco de España.
Presenta: D. Juan María DÍAZ FRAILE, Director del Centro de Estudios Registrales.

Entrega del Nombramiento de los Miembros de Honor de la Cátedra de Derecho Registral.

ARAGÓN

En el mes de noviembre de 2014, se organizaron en Zaragoza y Huesca, los VIGESIMOCUARTOS ENCUENTROS DEL *FORO DE DERECHO ARAGONÉS,* organizados por el Justicia de Aragón y en los que participa, entre otros, el Decanato Autonómico de los Registradores de Aragón, con el siguiente programa:

Día 4: *Contratos del Sector Público*
Ponente: Don José María GIMENO FELIÚ, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza.
Coponentes: Doña Ana Isabel BELTRÁN GÓMEZ, Jefa del Servicio de Contratación Administrativa y Subvenciones del Gobierno de Aragón y don Luis MURILLO JASO, Abogado.
Moderador: Excmo. Sr. don Antonio MORÁN DURÁN, Decano del Colegio de Abogados de Zaragoza.

Día 11: *Incidencia del Derecho de Transmisión en las instituciones sucesorias aragonesas: Efectos Prácticos.*
Ponente: Doña María del Carmen BAYOD LÓPEZ, Profesora titular de Derecho Civil (Acr. Catedrática) Universidad de Zaragoza.
Coponentes: Don José Manuel ENCISO SÁNCHEZ, Notario y don Daniel BELLIDO DIEGO-MADRAZO, Abogado.
Moderador: Ilmo. Sr. don Francisco PIZARRO MORENO, Decano del Colegio Notarial de Aragón.

Día 18: *Revocación e ineficacia del testamento.*
Ponente: Doña María Ángeles PARRA LUCÁN, Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza.
Coponentes: Don Mariano Jesús PEMÁN MELERO, Notario e Ilmo. Sr. Don Ángel GARCÍA BERNUÉS, Decano del Colegio de Abogados de Huesca.
Moderadora: Excma. Sra. Doña Pilar PALAZÓN VALENTÍN, Decana Autonómica de los Registradores de Aragón.

Día 25: *Limitaciones al derecho de propiedad en suelo rústico: Construcciones, parcelaciones y transmisiones*.
Ponente: Don Manuel MATAS BENDITO, Registrador de la Propiedad.
Coponentes: Don Álvaro ENRECH VAL, Abogado y don Miguel VIELA CASTRANADO, Notario.
Moderador: Ilmo. Sr. Don Santiago SERENA PUIG, Presidente de la Audiencia Provincial de Huesca.

Los días 13 y 14 de noviembre de 2014, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, tuvieron lugar las JORNADAS *"REFORMAS TRAS REFORMAS: UN PROCESO CIVIL DESORIENTADO"* con el siguiente programa:

Acto de apertura a cargo del Decano de la Facultad de Derecho.
Conferencia inaugural:
"La coherencia de las reformas con el sistema de la LEC", por el Dr. D. Ángel BONET NAVARRO, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza.

Ponencias:
"El sistema judicial y el proceso civil":
Moderador Dr. D. Joaquín DE CARPI PÉREZ, Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza.
La organización de la oficina judicial y las funciones atribuidas a los secretarios judiciales, Dr. D. Julio BANACLOCHE PALAO, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Complutense.
Mediación y proceso, Dra. D.ª Carmen SENÉS MOTILLA, Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Almería.
Las reformas en el proceso civil italiano, Dra. D.ª Silvana DALLA BONTÁ, Ricercatrice di Diritto Processuale Civile, Universitá degli Studi di Trento.

"El acceso a la justicia":
Moderadora Dra. D.ª Regina GARCIMARTÍN MONTERO, Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza.
Las tasas judiciales, Dr. D. Juan F. HERRERO PEREZAGUA, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza.
La tutela colectiva, Dr. D. Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, Profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza.
El sistema de recursos, Dra. D.ª Gemma GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, Profesora titular de Derecho Procesal, Universidad de Murcia.

"Los procesos especiales":
Moderadora Dra. D.ª Rosa GUTIÉRREZ SANZ, Profesora titular de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza.
Los procesos arrendaticios, Dr. D. Jaime VEGAS TORRES, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad Rey Juan Carlos.
El proceso monitorio, Dr. D. Luis GÓMEZ AMIGO, Profesor titular de Derecho Procesal, Universidad de Almería.
La ejecución ordinaria e hipotecaria, Dr. D. Faustino CORDÓN MORENO, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Navarra.

Conferencia de clausura:
"El futuro del sistema de recursos", por el Dr. D. Fernando JIMÉNEZ CONDE, Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Murcia.

El día 28 de noviembre de 2014, organizada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, tuvo lugar LA JORNADA DE DERECHO *NEGOCIACIÓN Y PERFECCIÓN DE LOS CONTRATOS,* con el siguiente programa:

1ª Ponencia: "El derecho a la forma y documentación de los contratos", por don Adolfo CALATAYUD SIERRA, Notario de Zaragoza.
2ª Ponencia: "Actos y contratos unilaterales", por don Antoni VAQUER ALOY, Catedrático de Derecho civil, Universidad de Lleida.
3ª Ponencia: "Responsabilidad en la formación del contrato", por doña Clara ASÚA GONZÁLEZ, Catedrática de Derecho civil, Universidad del País Vasco.
4ª Ponencia: "La formación del contrato en el ámbito laboral", por don Juan MOLINS GARCÍA-ATANCE, Magistrado especialista del orden social. Tribunal Superior de Justicia de Aragón.
5ª Ponencia: "La información registral en la formación del contrato", por don Diego VIGIL DE QUIÑONES, Registrador de la Propiedad, Vicedecano de los Registradores de Aragón.

El día 3 de diciembre de 2014, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y el Justicia de Aragón, tuvieron lugar las X JORNADAS DE LA CONSTITUCIÓN *EL DEBATE DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL*, con el siguiente programa:

Inauguración de las Jornadas por el Justicia de Aragón y el Decano de la Facultad de Derecho
"Crisis institucional y reforma constitucional", por el Dr. D. Javier TAJADURA TEJADA, Profesor titular (acr. Catedrático) de Derecho Constitucional, Universidad del País Vasco.

"La jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Constitución Española", por D. Francisco SANZ GANDÁSEGUI, Abogado del Estado, Jefe de la Abogacía del Estado ante el Tribunal Constitucional, Representante de España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

"La reforma de la Constitución vista por un senador constituyente", por el Dr. D. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid.

Mesa redonda: *¿Es necesaria la reforma constitucional? ¿en qué términos?*
Moderador: Dr. D. Javier LÓPEZ SÁNCHEZ, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Profesor titular (acr. Catedrático) de Derecho Procesal.
Dr. D. Manuel CONTRERAS CASADO, Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Zaragoza.
Dra. D.ª Rosa RUIZ LAPEÑA, Profesora titular de Derecho Constitucional, Universidad de Zaragoza.
D.ª Carmen AGÜERAS ANGULO, Letrada Mayor de las Cortes de Aragón.
D. Fernando RIVARÉS, Periodista.

INFORMACIÓN BIBLIOGRÁFICA

LA DEUDA HISTÓRICA DEL ARBITRAJE MODERNO. Discurso del Académico de número, Excmo. Sr. D. Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN

por

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
Consejero Secretario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

El 20 de enero de 2014, leyó su discurso de ingreso como Académico de número, don Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, disertando sobre «La deuda histórica del arbitraje moderno», siendo contestado por el presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, Don Luis DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN.

El discurso del catedrático de Derecho romano de la Universidad Autónoma de Madrid, Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, que tomó posesión de la plaza de número medalla número 33 de la Corporación, subraya de alguna forma la importancia que para operadores jurídicos y juristas de derecho positivo tienen investigaciones romanísticas claras y accesibles, sin crítica de textos, sobre temas centrales del Ordenamiento, como el arbitraje.

Y es que en efecto analizó la temática del arbitraje, de suma actualidad, a la luz de los textos romanos. La técnica de resolución extrajudicial de conflictos pudiera parecer moderna, siendo así que ya tuvo gran utilidad en la época de los griegos y romanos. Nuevamente el autor, que en su obra sobre Derecho romano privado ya puso de manifiesto la impronta en figuras tan actuales como el contrato de sociedad, demuestra la influencia romanística en instituciones tan actuales como es el arbitraje.

Su expansión en Roma tuvo la misma razón de ser que en el mundo actual, como es la necesidad de rapidez, sencillez de tramitación y especialización del árbitro. Normalmente se producía a través del pacto de compromiso, junto con el *receptum* o aceptación del árbitro.

El nuevo Académico analizó en su Discurso, el arbitraje en Grecia, los tipos de arbitraje en Roma, la terminología en materia de arbitraje y la importancia de la buena fe y la equidad en el arbitraje romano.

Es durante la República cuando la intensificación del tráfico comercial, marítimo y terrestre, interno e intercomunitario, cuando se plantea la necesidad de protección por los pretores, como magistrados jurisdiccionales, de los acuerdos pactos o convenciones del *ius gentium*.

La vertiente mediadora del arbitraje habría constituido el germen de la acción arbitral y se habría mantenido, en el marco del arbitraje internacional, cuando ya se conocía y practicaba el arbitraje privado de naturaleza juzgadora o compromisoria, es decir, el arbitraje dirigido a resolver controversias median-

te sentencia, a semejanza de la actuación de los jueces en el procedimiento ordinario.

Es probable que hayan sido los comerciantes y emprendedores de la época, como usuarios habituales de un procedimiento como el arbitraje, más sencillo y ágil que el proceso oficial para resolver sus diferencias, quienes hayan influido en el reconocimiento oficial de la *pactum* arbitral en el edicto del pretor romano, como magistrado dotado de potestad jurisdiccional.

El mantenimiento del arbitraje, como técnica de revolución de conflictos a lo largo de toda la evolución del derecho romano, en las etapas posteriores a la República, en las que se conoce la fórmula del proceso ordinario, de impronta estatal, se explica por razones de rapidez, economía, sencillez en la tramitación, especialización en muchos casos del árbitro, frente a la lentitud y formalismo del proceso oficial, que en contrapartida presenta evidentes ventajas en materia de garantías, de seguridad jurídica y de efectividad en el cumplimiento de la sentencia.

El autor no solo estudia el arbitraje privado, sino las diversas fórmulas de arbitraje público existentes en el Derecho romano. En efecto, junto al arbitraje privado de naturaleza decisoria, el profesor Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN puso de relieve la especial importancia en el mundo romano de los arbitrajes de derecho público, a los que el Autor del Discurso dedica el capítulo tercero: arbitrajes internacional, federal, administrativo y legal. La utilización de estos tipos de arbitraje en el mundo antiguo conoce un desarrollo superior al existente al respecto en el arbitraje actual.

En relación con el arbitraje internacional, señala FERNÁNDEZ DE BUJÁN que es de Grecia, como cuna del arbitraje internacional, de donde se habría trasvasado la práctica de este tipo de arbitraje a la comunidad romana, como fórmula de resolución de controversias.

El recurso al arbitraje internacional en el marco de las relaciones comerciales entre comunidades situadas en diferente territorio estatal era, por otra parte, de frecuente previsión en las cláusulas contenidas en los tratados de amistad suscritos entre aquellas, a fin de conservar las buenas relaciones en especial, en el ámbito de la transacciones mercantiles. En los supuestos de arbitraje internacional, el procedimiento arbitral se fundamentaba más en los usos y costumbres propios del tráfico mercantil, que en la equidad o en el *ius*, como sucedía en el arbitraje privado.

Especial atención se dedica al arbitraje administrativo romano, que recae sobre materias como: canalización de aguas, delimitación de confines, conflictos entre comunidades, allanamiento de terrenos públicos, inmunidad fiscal y tributación.

En definitiva aunque no existió en Roma la actual política legislativa favorecedora de la institución arbitral, que se inicia en la segunda mitad del siglo XIX, las razones que justificaron el *arbitrium* como fórmula de resolución de conflictos a lo largo de toda la experiencia jurídica romana y del derecho histórico español, siguen vigentes como ha demostrado con gran claridad, y profusión de textos romanos el eminente catedrático de Derecho romano en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

PIÑAR, José Luis y MUÑOZ MACHADO, Santiago (Dirs.): Anuario de Fundaciones 2013, editorial Iustel, Madrid, 2014, 650 páginas. ISBN: 2172-6051

por

JUAN-CRUZ ALLI TURRILLAS
Doctor en Derecho
Profesor titular de Derecho Administrativo. UNED

Bajo la experta dirección de los catedráticos de Derecho administrativo D. José Luis PIÑAR y Santiago MUÑOZ MACHADO y con la colaboración del equipo administrativo de la Asociación Española de Fundaciones, se presenta, por quinto año consecutivo, el Anuario de Fundaciones (2013); que edita magníficamente la editorial Iustel con el apoyo de La Caixa y la Asociación Española de Fundaciones (AEF).

Se trata de un volumen compuesto por siete estudios monográficos, de gran solidez y vigencia, compuestos en torno a las cuestiones más cruciales que afrontan las fundaciones hoy día. Si otras ediciones basaron sus estudios en otros hilos temáticos (cuestiones fiscales, nuevas leyes vigentes, sectores no lucrativos en otros países), este nuevo tomo se ha centrado en algunos retos que se presentan a las fundaciones en la actualidad. Junto con ello se ha mantenido la más que útil crónica de fundaciones en las Comunidades autónomas. Cada una de las Comunidades autónomas recogidas cuenta con análisis realizados por profesores de Derecho administrativo, en los que se diseccionan las novedades legislativas, políticas y jurisprudenciales habidas en cada comunidad autónoma española. A continuación se incluye una crónica de la UE, fundamental por cuanto en tal lugar gravita, ahora mismo, el gran cambio que puede llegar a afectar a las fundaciones españolas. Después se realiza una crónica iberoamericana, con cuatro estudios, centrada esta vez en Chile, país sólido que guarda ciertas similitudes con algunos de nuestros procesos políticos y económicos. Los diversos ángulos en los que lo analizan los cinco autores invitados nos explica el panorama de modo muy completo; siendo, por eso y hasta donde conozco el único que existe publicado en nuestro país. Finalmente, la también clásica reseña jurisprudencial nos facilita conocer las novedades en el ámbito judicial del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y algún Tribunal superior de Justicia con respecto a las fundaciones en nuestro país durante 2013.

El libro tiene 650 páginas, y en varios de sus estudios iniciales cuenta con una importante reseña bibliográfica actualizada de temas concretos, pero también de bibliografía general sobre fundaciones y de algún país comparado. No estaría de más que en sucesivas ediciones se hiciera, también, una crónica general específica, quizá al final, de las novedades bibliográficas del año en curso tanto españolas como, quizá, extranjeras.

Un año más que se publica es no solo una grata noticia, sino una gran noticia. Y esto por varios motivos, ninguno de ellos menor: por la coyuntura económica, por el difícil panorama editorial, por el esfuerzo que requiere su preparación, y sobre todo porque muestra la pujanza de un sector y, con él, también, de los estudios sobre el. Son un conjunto de razones que explican y justifican el valor del volumen y de su contenido.

Uno de los hechos más destacables en los últimos años es esta suerte de re-nacer del tercer sector en la sociedad. Evidentemente el sector fundacional existía y gozaba de pujanza; y con él había importantes y valiosísimos estudios, entre los cuales destacan, precisamente los realizados e impulsados por los directores de los últimos Anuarios. Pero todavía no había eclosionado ni el sector propiamente ni los estudios sobre él. Se puede decir que a partir del año 2000 se han ido sucediendo los trabajos y análisis, a la par que se ha producido un crecimiento importante en la presencia y potencia del tercer sector, y en especial de las fundaciones.

Las cifras del sector recogidos y el análisis de tales datos realizado por Javier NADAL ARIÑO en el primer estudio de este volumen lo ponen de manifiesto de manera palmaria, con detalles de no poco interés a los cuales me remito. El acierto de este autor está, precisamente, en contextualizar el sector fundacional dentro del creciente fenómeno de movilización social civil; fundamental como factor de cohesión e *interposición* positiva entre lo puramente económico o lo simplemente político, sobre todo en los tiempos que corren. Fenómeno, por otro lado, en el que nos vamos incorporando, no sin dificultades, al panorama de otras sociedades políticas occidentales. No se puede no contar con ellas a partir de ahora a la hora de establecer políticas públicas o de actuar en la sociedad. Con una pluma ingenierilmente sobria pero incisiva y con una muy completa traza, expone el fenómeno de la «sociedad civil» en una visión histórica y presente, vitanda y teñida de realismo que permite iniciar este volumen con el grato sabor de boca de que las fundaciones queden bien situadas en el mapa de la vida social.

El libro continúa con un excelente estudio realizado por Antonio RONCERO sobre el régimen de las fundaciones bancarias. Se trata de un análisis extenso, condensado, muy enjundioso, capital por ser el primero que se hace de manera omniabarcante de esta importante novedad legislativa. Aunque la cuestión requiere análisis posteriores más en detalle, una vez se decante la reforma, este casi primer artículo —junto con otros de MARDOMINGO COZAS y SÁNCHEZ MONZO (en *Revista de Derecho del Mercado de Valores* núm. 12 de 2013 y N. IRACULIS ARREGUI (en *Nuevas orientaciones en la organización y estructuración jurídica de las fundaciones,* Marcial Pons, 2014)— es fundamental para su contextualización. Estudia un tema neurálgico que no estuvo bien resuelto cuando dio lugar a una importante Sentencia del Tribunal Constitución 49/1988, la cual generó una más que notable confusión sobre el ser de la fundación como institución jurídica y de las propias Cajas de Ahorro; en gran medida porque jugó con un concepto tan poco claro como el de la «fundación-empresa», sin concluir nada. De la lectura de esta nueva realidad se infieren importantes consecuencias que, bajo mi punto de vista, abundan en una cierta confusión de ambas instituciones. En cualquier caso si hay un estudio de obligada e ineludible lectura en este texto, también por lo brillante de su exposición, es precisamente este.

Dos capítulos recogen aspectos muy distintos del panorama «fundacional» en los EE.UU., país imán en lo que a «sociedad civil» o «tercer sector» se refiere. Un primer estudio firmado por los profesores M. MONTERO SIMÓ y J. C. ALLI TURRILLAS analiza las *private foundations* y su régimen fiscal. En cierto sentido

continúa con el inmejorable artículo de BLAZQUEZ LIDOY en el pasado Anuario de 2012 (art. brillantísimo y fundamental para poner en relaciones nuestros sistemas fiscales en particular en esta materia de los beneficios fiscales a los entes si ánimo de lucro). Ambos autores ya habían estudiado en un libro y varios artículos realizados por separado el régimen sustantivo o existencial como el fiscal de las *non profit organizations* en EE.UU. Tanto por la bibliografía y documentación que se utiliza, como por su delimitación a la «fundación privada» es un estudio esencial para entender esta institución. Su interés radica, precisamente, por conocer ese distinto contexto y sus consecuencias fiscales; régimen que, para bien o para mal, se ha ido extendiendo por mor de la globalización y de la supuesta superioridad de todo lo que provenga de ese país.

Enlazando en cierto modo con él, el profesor Richard MARKER de la Universidad de Nueva York nos presenta un estudio sobre la «filantropía de impacto» (*Venture Philanthropy*), que explica las nuevas fórmulas, sus problemas, sus logros, sus perspectivas. Se trata de un estudio fresco, diferente al resto, tanto por el objeto y el estilo, no fácil por cuanto exige ponerse en una situación muy distinta a la que aquí es habitual. Se trata de una primera aproximación, quizá preliminar, quizá necesitada de un cierto sedimento y alguna bibliografía; pero, en todo caso, expone operaciones y formas que se están utilizando en el ámbito del *marketing* y el *managment* de los gobiernos de de las fundaciones u otro tipo de entidades sin ánimo de lucro de tipo caritativo/filantrópico, con ejemplos reales y problemas presente que pueden ayudar al lector a entender hacia dónde vamos (y no tanto dónde estamos, que es lo que nos puede resultar más cómodo a los académicos).

Un tema que sí ha estado en la mesa de negociación entre el tercer sector y el gobierno en últimos tiempos, tanto aquí como en muchos otros países de Europa, que además la crisis financiera de 2008, la quiebra de los erarios públicos y todas sus consecuencias han puesto más en el tapete es el mecenazgo. El Anuario nos presenta un análisis firmado por S. LÓPEZ RIVAS sobre la fiscalidad y el mecenazgo en Europa que analiza de manera muy práctica los complejos entrecruzamientos en esta cuestión en el seno de la Unión Europea. Se trata de una cuestión muy técnica pero de enorme interés para las fundaciones. Tal utilidad radica en que si los estudios anteriores obedecían a un propósito algo más doctrinal, teórico, de conocimiento académico este es eminentemente real y sirve fundamentalmente a las fundaciones que operan en otros lugares de la UE (o de fundaciones extranjeras que operan aquí). Nos expone la situación fiscal, los equilibrios y desequilibrios en prueba jurisprudencial, y las perspectivas futuras.

Si un hecho ha marcado profundamente la existencia de cualquier institución social en los años que transcurren entre 2008 y 2012 ha sido la larga crisis económico-financiera. No ha sido menos —mas bien ha sido más— para las fundaciones tanto en EE.UU. como en Europa; aún están por analizarse sus consecuencias a medio plazo de todo este proceso de reacomodo. Esta situación, desde luego, parece claro que ha producido profundos cambios en el modo de ser y actuar económico, social, operativo, etc. de las fundaciones. En todo caso esa transformación ha venido en parte determinada por la necesidad que ha tenido el sector de dar un paso hacia adelante, de hacer «de necesidad, virtud», para contribuir, de modo directo o indirecto, a paliar o cambiar los daños que tal crisis ha producido en la sociedad. Sociedad, precisamente, que es el lugar al que el sector no lucrativo «se debe» en mayor medida y del cual provienen su legitimidad; y a la cual debe en gran medida sus prestaciones como factor de credibilidad, legitimidad y existencia.

En *El Sector Fundacional en España. Atributos fundamentales (2008-2012*) —segundo Informe, realizado J. J. RUBIO, S. SOSVILLA, M. A GALINDO (INAEF, 2014)— como el reciente análisis realizado a 181 fundaciones por la Fundación LEALTAD nos facilitan tener un panorama general bastante claro de cuál es la situación general. En el caso de este segundo, además, con importantes detalles de las fundaciones que se han sometido a sus criterios de transparencia y buen gobierno; datos que nos permiten tener una mínima radiografía de las fundaciones españolas en algunos aspectos (supongo que no en todos, por cuanto parece lógico pensar que estas fundaciones sometidas a estos tests son, precisamente, las que mejor cumplen en muchos factores). Pues bien, el sexto estudio versa sobre un particular aspecto derivado de esta situación: la extinción y el destino del patrimonio en las fundaciones que sufren estos hechos descritos. E. VIDAL LLARIO señala los aspectos cruciales desde un punto de vista eminentemente técnico-jurídico y práctico. Quizá hubiera sido oportuno incluir algún panorama de la realidad social en el sentido descrito. En todo caso este artículo nos acerca a este concreto problema que, en gran medida, ha podido verse acrecentado por la crisis.

Otro aspecto crucial que bucea bajo el sector fundacional desde hace años —de alguna manera siempre ha existido— es el de su utilización para fines fraudulentos, para lavar dinero, o para fines sospechosos de ser algo distinto a lo que anuncian o a lo que deben. Esto, dicho sea de manera simplificada, además cobró nuevo realce con los terribles atentados del 11-S, 11-M, etc., que, en algún caso también tuvieron vinculación con las redes de narcotráfico y su blanqueo de dinero. Las autoridades públicas han puesto un gran esfuerzo en evitar alcantarillas para el flujo de dinero ilegal o su blanqueo. Sobre ello hubo ya un estudio completo publicado por el BBVA hace ya algunos años.

Esto nos conduce al tema de fondo del último estudio monográfico, firmado por C. HORNERO MÉNDEZ, sobre la disposición patrimonial sin autorización administrativa y las fundaciones «sospechosas». Aunque no directamente relacionado con lo expuesto, sí conecta colateralmente con ello. Recoge doctrina jurisprudencial nacida a raíz sobre todo de las «sospechas» históricas que las fundaciones y su patrimonialización arrastran desde la Ilustración y la Revolución francesa. Se trata de un estudio técnico, casuístico, concreto pero muy bien contextualizado; y sobre todo un análisis valiente de la situación que puede producirse con unas finas propuestas de mejora del sistema (lo cual también implica a las propias fundaciones).

El análisis de las novedades autonómicas pone de relieve que estamos ante una parte del «sector no lucrativo» o del «tercer sector» especialmente vivo, vibrante y ejerciente, importante por su implantación y presente en todo el territorio nacional. Sin poder detenerse más parece imprescindible señalar la conveniencia de mantener esta apartado del Anuario dedicado al análisis de las en las diferentes Comunidades autónomas. Se trata, además del interés concreto que pueda tener cada año o región en particular, de un excelente análisis para trazar, en perspectiva, el panorama legislativo/jurisprudencial y existencial del sector a lo largo de los años que se van analizando. Es, como inicialmente pudiera parecer no tanto o no solo un análisis puntual o concreto, del momento, cuanto uno contextual, de largo plazo y con calado que se verá al cabo del tiempo. Ahorrando, con ello, un gran esfuerzo al futuro investigador como, ahora, al abogado o técnico que deba conocer una realidad concreta. Al menos hasta que se aprecie la conveniencia de una mejor interacción político-territorial en este ámbito (como en términos de Registro único y de protectorados comunes, aun cuando sea dentro de cada Administración, la estatal o la territorial) ¡Que ójala llegue algún día!

Antes del interesante estudio de algunos aspectos del sector filantrópico en Chile, Rosa GALLEGO realiza un análisis de las principales novedades acontecidas en la Unión europea, en especial con respecto al avance, lento pero ya parece que imparable, del Estatuto europeo de fundaciones. Se van sumando las instituciones que lo recogen y avalan, dándole la fuerza para convertirlo en un futuro Reglamento. También realiza esta autora, verdadera *insider* en ambos procesos, una breve pero intensa crónica de la situación impositiva —especialmente del IVA/VAT— con respecto a las donaciones y las fundaciones en general. Es importante conocer esto especialmente para quien actúa en este ámbito.

Pese a su ya consolidada trayectoria con este nombre, el término utilizado —Anuario— podría tener una connotación no peyorativa pero sí excesivamente conservadora en cuanto al desarrollo y su contenido. En efecto, podría parecer que estamos ante una mera crónica de sucesos más o menos *anodinos* que ocurren con respecto a las fundaciones dentro de un concreto año y en diversos lugares. No sé otros Anuarios de otros temas, pero sí sé que este Anuario —como los que vinieron antes— son mucho, muchísimo más que eso; aunque también sea una crónica anual, sin duda. Es un «Anuario-como-título-excusa» que encubre algo mucho más potente: un verdadero compendio anual de análisis de gran calado sobre aspectos cruciales y evoluciones sustantivas e importantes en el ser y la regulación de las fundaciones y para las fundaciones españolas.

En tal sentido, y como ya comentara, este nuevo Anuario de Fundaciones representa una piedra más en la construcción del edificio fundacional español que tras dos siglos de cierto ostracismo ha ido saliendo de esa situación. Y lo hace de manera sólida y solvente. Estos Anuarios son la crónica —y a la vez un impulso— de cómo y por qué lo hace así. Por eso su consulta y lectura, como su tenencia, es una vez más fundamental para ubicarse en este rico, complejo y apasionante mundo de las fundaciones en España y el extranjero.

RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno: *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons 2013, 326 páginas

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Profesora Derecho Civil
Facultad de Ciencias Sociales
Universidad Nebrija y Centro Universitario Villanueva

El libro publicado por Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO, profesor titular de Derecho civil en la Universidad de Málaga, sobre «Resolución y sinalagma contractual» es una de esas obras que se van a convertir en referencia en un tema tan complejo y tan casuístico como es la resolución contractual.

El autor demuestra el dominio del tema que desarrolla, basado en un profundo estudio de la materia, en el que pretende abarcar la no poco compleja evolución de la resolución por incumplimiento en los contratos bilaterales.

La obra está basada y fundamentada en un meticuloso análisis de la doctrina existente, y en un excelente estudio de la evolución jurisprudencial en la interpretación de los requisitos y de la aplicación de la resolución contractual

como remedio al incumplimiento, que ha pasado de ser una medida de aplicación restrictiva en virtud del principio de *pacta sum servanda*, a ser un medida de carácter frecuente, y de aplicación cada vez mas extensiva ante situaciones en las que antes no procedía.

El propósito del autor es encontrar el origen, el germen y, en definitiva, el fundamento de la resolución para, de ese modo, poder entenderla, explicarla y diseccionarla, como si de un experto cirujano se tratase. RODRÍGUEZ ROSADO aborda el estudio de la resolución desde una perspectiva nueva, poniendo el foco en dicho fundamento: el sinalagma funcional. El sinalagma funcional, a diferencia del genético, se basa en la reciprocidad de las prestaciones no en el momento de su nacimiento, sino —y sobre todo— en el momento del cumplimiento, lo que conduce a que el incumplimiento de una de las partes guarde también reciprocidad en la otra: los incumplimientos también están mutuamente condicionados.

El sinalagma funcional, así entendido, se convierte en el hilo conductor de toda la obra, dotándole de unidad ya que, a partir del sinalagma, se desarrolla un estudio transversal de la resolución que lleva al estudioso lector a entender muchas de las dificultades inherentes a la propia resolución y a comprender el alcance de dos de los elementos que componen y se derivan del sinalgama funcional, consecuencia de la interdependencia de las prestaciones en el momento del cumplimiento: la excepción de contrato no cumplido, *exceptio non adimpleti contractus*, y la suerte de la obligación del contratante en caso de incumplimiento no imputable de la otra. Dos situaciones que eximen del cumplimiento propio, basadas en la recíproca dependencia de las prestaciones que, curiosamente, debían cumplirse.

La obra tiene una estructura clara y lógica, acorde con la pretensión del autor y el hilo conductor del trabajo. De este modo, el libro se divide en siete capítulos. En el primero de ellos se lleva a cabo el estudio histórico del origen y evolución del sinalagma: cómo se ha ido formando y transformando en las sucesivas etapas: desde el derecho romano, donde la resolución por incumplimiento era casi un extraño remedio al propio contrato, donde la interdependencia contractual no estaba bien conformada, pasando por la evolución en el *ius commune*, donde se afianza la interdependencia de las prestaciones al reconocerse el recurso de la excepción de contrato no cumplido. Después, en la etapa del renacimiento a la codificación se consolida la excepción de contrato no cumplido, mientras que la resolución por incumplimiento se va abriendo paso, sin llegar a ser aceptada con carácter general por los sucesivos Códigos Civiles. A partir de los mismos y hasta la época actual se describe cómo se van aceptando los elementos del sinalagma funcional, hasta la última etapa donde se examina la influencia del Derecho contractual de aplicación supranacional que, a través de la Convención de Viena y los principios UNIDROIT sobre contratos internacionales, van a terminar de asumir, aceptar y reforzar los elementos del sinalagma funcional, y en consecuencia de la resolución por incumplimiento, la excepción de contrato no cumplido que libera de su cumplimiento al deudor y la aceptación de liberación del cumplimiento frente a quien incumplió de forma no culpable.

¿Y qué ha pasado en España? El segundo capítulo se dedica a describir cómo se produjo la recepción del sinalagma y sus elementos en el Derecho español, con sus peculiaridades, y prestando una especial atención a la excepción de contrato no cumplido: cómo fue recepcionada, cómo se ha interpretado, y cómo debería interpretarse en el futuro; se refleja cómo se acoge de forma definitiva la resolución como remedio general frente al incumplimiento contractual, que terminó por positivarse en el artículo 1124 del Código Civil, de cuyo origen y evolución

se hace buen análisis. Se analiza igualmente la Propuesta de Modernización del Código Civil de la Comisión General de Codificación, de 2009, en la que se prevé, asimismo, la positivización de la excepción de contrato no cumplido, en el posible nuevo artículo 1191 del Código Civil.

A partir del tercer capítulo, el autor, como ya adelantábamos, disecciona cada uno de los elementos del sinalgama contractual. En el tercer capítulo se aborda uno de ellos con gran detalle: la excepción del incumplimiento contractual y del cumplimiento defectuoso, como supuestos en los que procede la resolución. Se examina la discutida naturaleza jurídica de la *exceptio non adiplendi contratus*, su configuración, la distinción con figuras afines, sus requisitos, el ámbito de aplicación, es decir, los contratos, en los que se aplica y admite, y las consecuencias procesales de su ejercicio. Por último, se dedica un apartado a las peculiaridades de la excepción de cumplimiento defectuoso o *exceptio non rite adimpleti contractus*, subtipo de la anterior, pero la mas frecuente en la práctica, tal y como corrobora la extensa doctrina jurisprudencial existente. Es crítico el autor con la corriente jurisprudencial más reciente que solo admite como verdadera excepción de cumplimiento defectuoso cuando se trate de cumplimiento defectuoso de menor trascendencia o que afecte a obligaciones accesorias del contrato, ya que cuando se trate de un cumplimiento defectuoso grave, debe asimilarse al incumplimiento total, y procederá, en consecuencia, la excepción por incumplimiento. Supone esta interpretación una desnaturalización de la excepción de cumplimiento defectuoso, debiendo volverse a la tesis tradicional de aplicar la excepción por incumplimiento solo ante una falta de cumplimiento, y la segunda cuando se produjera el cumplimiento defectuoso, —grave o no—.

Los capítulos cuarto, quinto y sexto se dedican al estudio de la resolución por incumplimiento. En concreto, se destina el cuarto capítulo al análisis de la propia estructura y función de la resolución por incumplimiento, desde sus orígenes europeos (en el Código civil francés, el suizo, pasando por el BGB y el derecho inglés, etc), para entender el actual funcionamiento y bases del régimen de resolución por incumplimiento incorporado en nuestro Código Civil. En este punto, una vez comprendidas las bases europeas, se hace un detenido análisis del ejercicio de la resolución por incumplimiento a la luz de la jurisprudencia, sea de forma judicial o extrajudicial, explicándose después la verdadera naturaleza de la resolución como remedio al incumplimiento, y no como condición resolutoria que opera *ipso iure*, pues no produce efectos extintivos del contrato que se resuelve, sino que este permanece aunque se obligue a la restitución de las principales prestaciones, lo que le hace compatible por tanto con el resarcimiento consecuente si correspondiera. A continuación, se realiza un detenido examen de los requisitos necesarios para que prospere la resolución y, en último lugar, se dedica un epígrafe al análisis del funcionamiento de la resolución en comparación con figuras afines y en casos especiales como pueden ser la pluralidad de sujetos, en caso de cesión del crédito o contrato, el pacto resolutorio expreso, la resolución por impago en venta de bienes inmuebles del 1504 del Código Civil, y la resolución de pleno derecho 1505 del Código Civil en la venta de bienes muebles.

Si este capítulo cuarto se ha destinado al estudio de la resolución (naturaleza, forma de ejercicio, requisitos, y especialidades), el capítulo quinto se detiene en el propio análisis del incumplimiento: su concepto, y distinción de otros incumplimientos, para centrarse en el incumplimiento esencial como eje o base de la resolución en nuestro sistema. En este caso se trata de perfilar

por el autor en qué casos hay realmente incumplimiento esencial, determinando sus requisitos y analizando los supuestos mas conflictivos o «zonas oscuras» —en palabras del autor— como pueden ser el cumplimiento defectuoso, el retrasado y el parcial. Se hace en estos casos un excelente examen de los distintos pronunciamientos jurisprudenciales, dibujando el concepto actual de incumplimiento como un incumplimiento objetivo, basado en la frustración del contrato, pero no exento de sombras, ya que nuestros tribunales siguen un criterio excesivamente casuístico a la hora de valorar el incumplimiento, generando la correspondiente indefinición y arbitrariedad a la hora de saber cuándo procede o no la resolución.

Por eso, el autor aboga, como una de las grandes conclusiones y aportaciones de este trabajo, en la necesidad de abandonar el carácter excepcional de la resolución basada en un incumplimiento esencial, para integrarla como cualquier otro remedio al incumplimiento, de forma que pueda generalizarse y aplicarse con mayor frecuencia, cediendo solo ante la posibilidad de cumplimiento real de la prestación. Para ello, hay que superar la concepción tradicional de incumplimiento esencial como requisito de la resolución, pasando al sistema del plazo adicional, ya admitido en otros ordenamientos, lo que significaría que procede la resolución cuando pasado el plazo fijado para el cumplimiento, llegado el vencimiento, si no se cumple y se recibe la prestación acordada, puede resolverse el contrato.

En el capítulo sexto se desarrollan los efectos de la resolución: restitución de prestaciones y la indemnización de daños y perjuicios, deteniéndose en el examen de dicha restitución tanto en los contratos de tracto único como en los contratos de tracto sucesivo; por último, se hace un breve examen de los efectos de la resolución contractual en el concurso.

Para terminar, el capítulo séptimo recoge unas de las cuestiones más controvertidas —y sin regulación legal en nuestro ordenamiento— como es la suerte de la obligación del contratante cumplidor ante el incumplimiento no imputable de la otra parte: ¿sigue debiendo? ¿es exigible su cumplimento? ¿se ha extinguido su obligación reciproca? Es el otro elemento del sinalagma funcional que se analiza con detenimiento tanto, en primer lugar, en el Derecho comparado, y las soluciones que allí se ofrecen, para concretar después los efectos del incumplimiento no imputable en el ordenamiento español. En este sentido hay unanimidad en la solución ofrecida por la doctrina española a este supuesto: ante la imposibilidad no imputable de una prestación en un contrato sinalagmático, no puede imponerse el cumplimiento de la otra, precisamente por su carácter recíproco. Sin embargo, las vías para llegar a esta solución sinalagmática, no regulada legamente, son variadas: la vía que basa la solución en la teoría de los riesgos, produciendo una especial extinción del contrato, y la que engloba la extinción dentro de la propia resolución, pues esta procede ante un incumplimiento, sea culpable o no, de la otra parte, siendo esta vía la más aceptada por la jurisprudencia y el propio autor. A continuación se dibuja el ámbito de aplicación de la resolución por incumplimiento no imputable y los supuestos que quedan fuera del mismo, como son la compraventa, el contrato de obra de carácter personal, y el arrendamiento de cosa que tienen su propia regulación, en los que no se aplica la «solución sinalagmática», no procediendo la resolución ante el incumplimiento no culpable.

Muchas son por tanto las aportaciones e ideas que recoge el autor en esta obra, todas ellas debidamente argumentadas y sobre todo basadas y fundadas en extensas opiniones doctrinales y pronunciamientos jurisprudenciales —baste

ver el extenso índice bibliográfico y jurisprudencial—; también es destacable el rigor en el método de comparación de sistemas y del estudio histórico jurídico de la evolución en el tiempo de la institución que se somete a examen. Todo ello, lleva a calificar este trabajo como un verdadero trabajo, no ya de investigación, sino de habilitación, como con modestia pretende el autor en el prólogo de la obra, y que yo me atrevo a afirmar que se ha conseguido. Si pretendía poner sobre la mesa cuestiones relevantes, candentes, actuales y con contradicciones y problemas jurídicos, el objetivo está más que logrado. Pero no solo eso, ha sido capaz de desarrollar y de explicar y defender sus tesis con una congruencia impecable desde el minuto cero del libro hasta el final, gracias al magnífico hilo conductor de la obra que consigue unir en una extraordinaria transversalidad todos los problemas derivados de la resolución: el sinalagma funcional.

En resumen, un libro completo, exhaustivo, e impregnado de rigor científico, que se convertirá, sin duda, en obra de referencia en cuestiones de incumplimiento, resolución de los contratos y, en general, remedios al incumplimiento.

MARAÑÓN GÓMEZ, Raquel y VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Diego. (2014). *Opositar: reto y oportunidad*. Madrid: LA LEY (grupo Wolters Kluwer). ISBN: 978-84-9020-332-3.

por

IGNACIO ZAMORA SANTA BRÍGIDA
Becario colaborador en el Departamento de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

La presente obra es fruto del esfuerzo y el buen hacer de Raquel MARAÑÓN GÓMEZ, Letrada de las Cortes Generales, y Diego VIGIL DE QUIÑONES OTERO, Registrador de la Propiedad y Mercantil. Gracias a su labor de coordinación, ha sido posible que vea la luz algo inédito hasta la fecha: un compendio de consejos, pautas y datos acerca del complejo mundo de las oposiciones. Su esencia radica en la condición de sus coautores; un elenco de altos funcionarios pertenecientes a distintos Cuerpos de la Administración del Estado.

Asimismo, también fruto de su autoría (Diego VIGIL DE QUIÑONES OTERO), puede encontrarse el ejemplar «*Consejos para opositar con éxito*», cuyo propósito es sin duda complementario, pues se encarga de exponer con mayor profundidad lo que en la primera parte de la presente obra se adelanta: la repercusión vital de la oposición.

La finalidad de este comentario no es solo dar a conocer la obra, también se pretende explicar el porqué de su enorme valía desde un enfoque personal, pues las consideraciones que sobre la misma pueda hacer alguien cuyo perfil encaja con el de potencial lector, seguramente animen a aquellos que, ya sea por escepticismo o por mera inquietud intelectual, la información recogida en la contraportada no les resulte bastante.

Es por ello que, a continuación, se tratará de exponer con la mayor claridad posible; lo que el libro ofrece, el modo en que se estructura su contenido y, lo más

importante, lo que le hace ser una obra *sui generis* dentro del escaso repertorio bibliográfico existente sobre oposiciones.

II. QUÉ APORTA

Lo que la obra ofrece varía, pues esta aportará más o menos en función de la predisposición del lector. Ahora bien, dando por sentado un cierto interés por parte de este, lo que el libro aporta es mucho. Da tanto por la siguiente razón; no se trata de un manual al uso, sino más bien de un diálogo. Mientras que un manual comprende la exposición estática de una materia, aquí cada coautor permite al lector sentirse interlocutor, dado que, a medida que se lee, las dudas que surgen van siendo resueltas con la inmediatez propia de la oralidad.

Por tanto, aparte de consejo, opinión, e información, lo que el lector recibe en mayor medida es el calor de la cercanía. Esta no es cuestión baladí. En un manual lo habitual es que el autor acapare todo el protagonismo, pues sus observaciones sobre el tema objeto de estudio son lo más relevante, ocupando así el lector la categoría de mero espectador. Mientras, en «*Opositar: reto y oportunidad*», lo esencial es el lector y su porvenir, relegándose a un segundo plano la autoridad académica de quienes escriben.

III. SU ESTRUCTURA INTERNA

La obra se divide en dos partes; «La oposición en la vida», la primera, y «La vida en la oposición», la segunda. Asimismo, cada parte de subdivide en capítulos.

La lectura de la primera parte se presenta trascendental, pues se ocupa de la oposición en cuanto tal, abordando cada uno de los elementos personales y formales que han de integrar el proceso y, en consecuencia, atenderse con independencia de a qué Cuerpo se pretenda acceder.

La segunda parte es específica, ya que cada capítulo trata un Cuerpo distinto (todos ellos comprendidos en el Subgrupo A1), ofreciendo una visión particular y muy completa de los mismos al lector y, a su vez, proponiéndole un abanico repleto de posibilidades (recoge más de veinte Cuerpos). Será entonces decisión del propio lector, en función de sus intereses y aspiraciones, dedicar más tiempo a la lectura de un capítulo u otro.

En definitiva, se trata de una división necesaria. Ambas partes se complementan y la lectura del conjunto llega a ser fundamental para poder tomar una decisión acertada o, al menos, de manera informada. Para ello, resulta realmente útil la estructura planteada; partir de las premisas (primera parte) para, una vez interiorizados los elementos comunes, tomar una decisión en el ámbito de lo particular (segunda parte).

IV. SU VALOR AÑADIDO

Se está ante una obra original, de excelente contenido, y tremendamente útil. De las tres cualidades mencionadas, ha de destacarse la utilidad. Probablemente se puedan leer obras que aporten ideas innovadoras y cuyo contenido sea sobresaliente; sin embargo, «*Opositar: reto y oportunidad*» reúne dos elementos que, juntos, dotan a la obra de un valor inmenso.

Los componentes propios de la obra que hacen de ella un ejemplar único, son los siguientes:

a) La pluralidad de coautores:

Sin duda, este es el elemento diferenciador de la obra, pues cuenta con la participación de una treintena de altos funcionarios y reconocidos profesionales del sector privado. Por tanto, la visión que ofrece sobre la función pública es muy completa, pero también muy detallada; se proponen múltiples opciones y, a su vez, cada una es expuesta con el afecto y entusiasmo de quien escribe sobre su pasado y presente para que, a ser posible, el futuro del lector llegue a ser igual de próspero que el suyo propio.

b) La completitud de su contenido:

Como ya se apuntó, la obra consta de dos partes complementarias entre sí. Esta es otra de sus grandes virtudes ya que, gracias a ello, puede dar frutos tanto en el momento de tomar la decisión, como en una fase posterior. La segunda parte, seguramente, sea la que más interese a quien se plantea opositar pero aún no sabe a qué. No obstante, una vez se tiene decidido el destino, ya sea por vocación o por consideración de distintos factores, es necesario fijar la atención en el camino. Para ello, la lectura de la primera parte es fundamental, pues aporta valiosas consideraciones sobre cuestiones tales como: las razones que hacen de la oposición un proceso vital intrínseco al opositor; la necesidad de contar con un preparador, su función, y las cualidades que este ha de reunir; los aspectos que el Tribunal evaluará del opositor, más allá de sus conocimientos específicos; los inconvenientes que la función pública presenta en contraposición con el ejercicio en el sector privado; y la oposición a una edad tardía, es decir, tras haber trabajado para un despacho de abogados o empresa.

V. CONCLUSIÓN

Napoleon HILL, prestigioso escritor estadounidense de autoayuda, formuló la siguiente reflexión: «Piensa en grande y tus hechos crecerán, piensa en pequeño y quedarás atrás, piensa que puedes y podrás; todo radica en el estado mental».

Si bien, se trata de una propuesta válida en abstracto, resulta muy oportuna si se aplica a la temática de la obra, pues hace referencia a tres virtudes fundamentales en cualquier opositor: aspiraciones elevadas, confianza en uno mismo, y estabilidad emocional.

Una vez el interesado se miré a sí mismo y llegue a la sincera conclusión de que está en posesión de las mismas, y no antes, es cuando será oportuna y fecunda la lectura de la obra.

La información contenida en la misma y previamente descrita no se podrá localizar en ninguna otra fuente por separado (Internet, manuales, blogs, etc.), por lo que en ella el lector encontrará todo lo que se necesita saber para estar en condiciones de tomar una decisión meditada y consciente.

En suma, animo vivamente a que se lea «*Opositar: reto y oportunidad*». De lo contrario, quizá se sea un candidato idóneo y no se sepa.

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, Mª 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.

Suscripción anual: 120,99 €
Número suelto: 23 €
ISSN 0210-0444

Calidad de Revistas Científicas Españolas
FECYT | FUNDACIÓN ESPAÑOLA PARA LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA | 2014